



UNIVERSIDAD
Finis Terrae

*UNIVERSIDAD FINIS TERRAE
FACULTAD DE DERECHO
MAGISTER EN DERECHO PÚBLICO,
TRANSPARENCIA,
REGULACIÓN Y CONTROL*

*NATURALEZA, PROCEDENCIA Y CARACTERÍSTICAS DE
LA CONTRATACIÓN DE SUMINISTRO Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS,
MEDIANTE TRATO DIRECTO
EN LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA.*

ANA VERÓNICA ORREGO ORREGO

*Artículo Académico presentado a la Facultad de Derecho
de la Universidad Finis Terrae, para optar al grado de
Magister en Derecho Público:
Transparencia, Regulación y Control.*

*Profesor Guía: Gabriel Celis Danzinger
Santiago, Chile
2020*



Resumen

El presente trabajo, tiene como finalidad, realizar un análisis práctico, de la legislación y de la jurisprudencia administrativa, que faculta la correcta contratación para la adquisición de bienes o servicios por parte instituciones públicas, mediante contratación o trato directo. En la causal establecida por el artículo 8° letra g) de la Ley N°19.886, de Bases Sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios. Esto es, naturaleza, circunstancias y características, de la contratación mediante trato directo, para que haga procedente su suscripción. *Específicamente los casos y criterios desarrollados por el artículo 10 N° 7 del Decreto 250, que aprueba el Reglamento de la Ley 19886.*

Palabras clave: Análisis práctico, legislación, jurisprudencia administrativa, trato directo, procedimiento sintético.

Key words: Practical analysis, legislation, administrative jurisprudence, direct deal contracting, synthetic procedure.

Introducción

La contratación mediante trato directo, representan una de las problemáticas a las que se ven enfrentadas las instituciones y organismos estatales, como asimismo, las Municipalidades, cuando requieren esgrimir éste tipo de contratación, debido a que su uso está restringido a las circunstanciadas y características desarrolladas para su aplicación, en el artículo 8° de la Ley N°19.886, de Bases Sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

¿Cuándo es procedente recurrir a contratación mediante trato directo?

De la redacción utilizada en el artículo 9° inc. 2° de LOC. 18.575, de Bases del Estado, debemos desprender, es que éste tipo de contratación es excepcional. Mismo criterio se expresa en la Ley N°19.886 de Compras Públicas en el artículo 8°, cuyo detalle lo encontramos en el Reglamento de la misma norma citada en el artículo 10.



UNIVERSIDAD **Finis Terrae**

Por ello debemos entender que sólo se puede recurrir a éste tipo de contratación, en aquellos casos en que la naturaleza de la negociación, haga imprescindible su uso, conforme a circunstancias o características que la envuelvan.

La errónea aplicación o la mala calificación de la naturaleza o circunstancias, por las que se debe recurrir a la contratación mediante trato directo. Ha sido fuente de origen de constantes observaciones y reparos por parte de la Contraloría General de la República. En la revisión y control, tanto para los órganos del Estado, como asimismo, para las Municipalidades. Por ello es importante que se conozca con toda claridad y precisión, cuando es procedente recurrir a éste tipo de contratación y las ritualidades establecidas en su procedimiento.

Comenzaremos por describir el marco legislativo que lo ampara, luego revisaremos el procedimiento que se debe cumplir en su práctica. Para concluir con el análisis del método que la Jurisprudencia administrativa, ha dado a las causales desarrolladas por el artículo 10 N° 7 del Decreto 250, que aprueba el Reglamento de la Ley de Compras Públicas.

Desarrollo

I Marco legislativo:

Conforme con lo dispuesto por nuestra Carta Fundamental en los artículos 6°, 7° y 8°, los órganos del Estado deben actuar bajo estricto apego a la Constitución y las leyes, dentro de su competencia y guardando cabal observancia al principio de probidad.

El Principio de Probidad aparece citado explícitamente, en el artículo 4° de la Ley 19886 y en los Artículos 4°, 5° bis y 104° del Decreto 250, que aprueba el Reglamento de la Ley 19.886. Principio que la Jurisprudencia Administrativa, ha señalado que en el marco de la Ley de Compras, está enfocado desde la perspectiva de obtener “bienes y servicios de calidad, al mejor precio, con transparencia”. Consiguiendo la satisfacción de las necesidades que se requiere con el contrato respectivo, prevaleciendo y resguardando los intereses de la administración, por sobre los de los funcionarios y proveedores. (Dictamen N° 2453-2018)



La Ley N° 18.575 de Bases de Administración del Estado, en el artículo 9° al establecer la regla general por la cual se deben celebrar los contratos administrativos, esto es, mediante Licitación Pública, a su vez instaure la Licitación Privada y el Trato Directo como excepciones. En el inciso segundo del mismo cuerpo legal citado dispone, “... salvo que por la naturaleza de la negociación corresponda acudir al trato directo”.

Por su parte, la Ley N° 19.886 de Bases Sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, en su Artículo 1 inciso 1° dispone que los contratos que celebre la administración a título oneroso, respecto de suministro de bienes o servicios, se sujetarán a la Ley de Compras¹.

Luego el Decreto 250 que aprueba el Reglamento de la Ley N° 19886, en su artículo 2° N° 31. Alude al Trato o Contratación Directa, como un procedimiento, que debido a la naturaleza de la negociación, (compra de bienes o contratación de servicios), debe efectuarse sin los requisitos dispuestos para la Licitación Pública y privada².

Situación similar es replicada en el Artículo 7° letra c) Ley 19.886³.

¹ Ley N° 19.886 Artículo 1 inciso 1° “Los contratos que celebre la Administración del Estado, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones, se ajustarán a la Ley de Compras, sus principios y al presente Reglamento. Supletoriamente, se les aplicarán las normas de Derecho Público y, en defecto de ellas, las normas de Derecho Privado”.

² El Decreto 250 que aprueba el Reglamento de la Ley N° 19886, en su artículo 2° N° 31.

“Trato o Contratación Directa: Un Procedimiento de contratación que por la naturaleza de la negociación debe efectuarse sin la concurrencia de los requisitos señalados para la Licitación o Propuesta Pública y para la Privada.”

³ Artículo 7° letra c) Ley 19.886, “Para efectos de esta ley se entenderá por: “Trato o contratación directa: el procedimiento de contratación que, por la naturaleza de la negociación que conlleva, deba efectuarse sin la concurrencia de los requisitos señalados para la licitación o propuesta pública y para la privada. Tal circunstancia deberá, en todo caso, ser acreditada según lo determine el reglamento.



La norma que da origen al presente trabajo es el *artículo 8º letra g)* de la Ley 19886, la dispone: “Procederá la licitación privada o el trato o contratación directa en los casos fundados que a continuación se señalan: g) Cuando, por la naturaleza de la negociación, existan circunstancias o características del contrato que hagan del todo indispensable acudir al trato o contratación directa, según los criterios o casos que señale el reglamento de esta ley”..

Cuyas hipótesis están desarrolladas en el Decreto N° 250, que aprueba el Reglamento de la ley 19.886, en su artículo 10º, en cuanto a las circunstancias que hacen procedente acudir a la Licitación Privada o el Trato Directo⁴. Establece casos taxativos, para la contratación mediante trato directo, para ello es fundamental considerar dicha contratación, como indispensable para satisfacer las necesidades del órgano, en su aplicación.

Destacar que las Municipalidades, conforme con lo establecido por el artículo 30 letra d) *inciso* tercero de la Ley 19.886, no tienen la obligación de suscribir convenios marcos, para la adquisición de bienes o servicios^{5 6}.

No obstante, la Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades, en su artículo 66, sujeta la regulación de los procedimientos administrativos de contratación y el procedimiento

⁴ Decreto N° 250 que aprueba el Reglamento de la Ley N° 19.886, artículo 10º N° 7, dispone, “Circunstancias en que procede la Licitación Privada o el Trato o Contratación Directa:

La Licitación Privada o el Trato o Contratación Directa proceden, con carácter de excepcional, en las siguientes circunstancias:

7. Cuando por la naturaleza de la negociación existan circunstancias o características del contrato que hagan del todo indispensable acudir al Trato o Contratación Directa, de acuerdo a los casos y criterios que se señalan a continuación:”..

⁵ Artículo 30 letra d) inciso tercero de la Ley 19.886 “La suscripción de convenios marco no será obligatoria para las municipalidades, sin perjuicio de que éstas, individual o colectivamente, puedan adherir voluntariamente a los mismos.”..

⁶ Reglamento Ley N°19.886 Artículo 2.- N° 14. Convenio Marco: Procedimiento de contratación realizado 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.



otorgamiento de concesiones, a la Ley N°19.886, salvo en los establecido por los incisos 4°, 5° y 6° del artículo 8° de esa misma ley y lo ya señalado, por artículo 30 letra d) inciso tercero de la Ley 19.886.

Por ello, y por la agilidad que éste proceso presenta, es recurrente la contratación mediante trato directo, en dichas instituciones.

La Directiva de Contratación Pública, en su instructivo N° 10, establecido para la utilización del trato directo lo conceptualizó como un proceso de compras simplificado y excepcional⁷.

Al observar la calificación que tanto las normas, como asimismo, la Dirección de Compras y Contratación Pública, ChileCompra, le dan a la contratación o trato directo. Podemos concluir que si bien el trato directo es un tipo o modalidad de contratación administrativa, la normativa alude al proceso de compras de bienes o contratación de servicios, que se produce con su práctica. Puesto que tanto el proceso, como la contratación mediante trato directo, representan la excepción dentro de los contratos amparados bajo el marco del Derecho Administrativo. No tienen los requisitos, características, ni formalidades de los contratos administrativos propiamente tal. Pues se rige por el procedimiento establecido en la Ley 19.886 y su Reglamento.

El artículo 9° inciso 1° de la Ley N° 18.575 dispone, “*Los contratos administrativos se celebrarán previa propuesta pública, en conformidad a la ley*”...

En materia de compras públicas, la licitación pública es regla general, las excepciones son la licitación privada y el trato directo. Éste último, es un proceso que se caracteriza por ser sintético o simplificado, que si bien, tiene en su desarrollo formalidades, son menos extensas que en los procesos de licitación, ya sea ésta pública o privada. Lo que se debe atender, es a la naturaleza de

⁷ “Un proceso de compra simplificado y excepcional, definido como aquel procedimiento de contratación que, por la naturaleza de la negociación que conlleva, debe efectuarse sin la concurrencia de los requisitos señalados para la licitación pública como para la privada, circunstancia que debe ser acreditada”. <https://www.chilecompra.cl/wp-content/uploads/2017/02/3-Compras-por-Trato-Directo.pdf>. Pág.1



los servicios o bienes específicos en que recae. Además no necesita un proceso de participación de oferentes en un concurso abierto y público, entre otros aspectos propios de las licitaciones.

Es importante considerar que su uso, debe quedar restringido cuando se estime estrictamente necesario y razonadamente justificado. Debe tratarse de las hipótesis taxativas dispuestas por la normativa, y que cumpla con todos los requisitos específicos descritos en la norma, acreditándose al efecto, las circunstancias que configuran cada hipótesis. Debe tener su origen, en una resolución fundada que los autorice, pronunciada y refrendada por la autoridad competente.

II Analizando la fisonomía de la contratación mediante trato directo

a) Naturaleza Jurídica.

Representa una modalidad dentro de la contratación administrativa de carácter excepcional.

Nuestra legislación se refiere a éste tipo de transacción, como procedimiento de contratación directa o trato directo.

La normativa establece especialmente los mecanismos y causales mediante las cuales la Administración, puede llegar a suscribir éste tipo de contratación, más no el contenido de las mismas, puesto que será casuístico, conforme a la naturaleza del encargo.

La contratación o trato directo debe efectuarse, sin que concurran los requisitos prescritos, para la licitación pública y privada, acreditando las circunstancias que lo autorizan.

Por lo expuesto, siempre se debe sustentar en una resolución previa y fundada tanto en los hechos como en la normativa que la autorice; justificando la causa legal; acreditando las circunstancias que configuran la causa legal.

b) Clasificación de la contratación mediante trato directo.

Conforme con lo establecido por el artículo 1° de la Ley 19.886, los contratos se clasifican en:

De suministro de bienes muebles o de servicios. El precepto si bien es amplio, del análisis de la norma, podemos desprender que establece hipótesis específicas señaladas a casos concretos a propósito del suministro de bienes.



El artículo 2° del mismo cuerpo legal citado, dispone que el contrato de suministro recae exclusivamente respecto de productos o bienes muebles, con el objeto de: Comprar-Arrendar-Incluso arrendar con opción de compra

Luego en el inciso 3° del mismo artículo referido, expresa que dentro del concepto de contrato de suministro se entenderán, entre otros (las hipótesis no son taxativas):

- a) La adquisición y arrendamiento de equipos y sistemas para el tratamiento de la información.
- b) Los de mantenimiento de equipos y sistemas para el tratamiento de la información y
- c) Los de fabricación.

Por su parte los contratos de prestación de servicios que la administración requiera “para desarrollo de sus funciones”, se ajustarán a las normas y principios de la Ley 19.886 y su reglamento. Sin perjuicio, que de la redacción de la frase destacada, podríamos entender que abarca diversos contratos, en el artículo 3° de la misma ley, establece aquellos tipos de contratos que quedan excluidos de la ley. Tales como: La contratación de personal de acuerdo a los respectivos estatutos de cada organismo o sujetos honorarios; los convenios que celebre entre sí, los organismos públicos, por señalar algunos.

¿Qué significa que la resolución que autoriza el trato directo deba ser fundada⁸?

1. El Organismo debe estar facultado por la ley que lo rige, para proceder mediante éste tipo de contratación.
2. Debe dictarse el correspondiente acto administrativo, en donde se resuelve la contratación mediante trato directo.
3. La resolución debe ser previa o al menos anterior a la ejecución de la contratación.
4. Se deben expresar con todo detalle, las circunstancias que hacen procedente y necesaria el uso de dicha modalidad.

⁸ Reglamento Ley 19.886. Artículo 49.- Resolución fundada: Sólo cuando concurren las causales establecidas en la Ley de Compras o en el artículo 10 del presente reglamento, las entidades deberán autorizar el Trato o Contratación Directa, a través de una resolución fundada. Además, cada Entidad Licitante deberá acreditar la concurrencia de la circunstancia que permite efectuar una adquisición o contratación por Trato o Contratación Directa.



5. Se debe acreditar con antecedentes de hecho y de derecho, la causal legal o reglamentaria en la que se sustenta.

6. Debe publicarse en el portar electrónico, www.mercadopublico.cl.

c) Conforme a la Jurisprudencia Administrativa. ¿Cuándo se entiende fundada la resolución, en que se sustenta la contratación mediante trato directo?

La Jurisprudencia Administrativa, ha dado respuesta a ésta interrogante, señalando que independiente de la causal a la que se recurra para esgrimir la contratación mediante trato directo. Ésta se debe demostrar, acreditar y justificar en los hechos y en la norma que la autoriza. No basta con argumentaciones que no sean demostrables, no siendo suficiente los dichos, para acreditar los hechos.

Dictamen N° 80.806-2009 *“Cualquiera sea la causal que se invoque para un trato directo, no basta para fundamentarlo la sola referencia a disposiciones legales y reglamentarias, sino que, dado el carácter excepcional de esta modalidad, se requiere la demostración efectiva y documentada de los motivos que justifican su procedencia, debiendo acreditarse de manera suficiente la concurrencia simultánea de todos los elementos que configuran las hipótesis contempladas en la normativa cuya aplicación se pretende.”*

Aplica dictámenes, N° 27.015-2008; N° 23.568-2009; N° 44.888-2009; N° 5.492-2020.

III Procedimiento de contratación mediante trato directo.

Los diversos organismos e instituciones de la administración del Estado, necesitan para desarrollar sus actividades y funciones, distintos insumos y servicios. Después de la entrada en vigencia de la Ley 19.886, que comenzó a operar formalmente el 29 de agosto de 2003, la Dirección de Compra y Contratación Pública, también denominada “ChileCompra”, a través de su página www.mercadopublico.cl. Que es la “Entidad encargada de la administración del mercado público, a través de la plataforma de comercio electrónico”⁹.

En dicha plataforma, convergen tanto los oferentes de bienes y servicios, como los demandantes que son organismos los organismos públicos. Dentro de un mercado regulado que les asegura

⁹ <https://www.chilecompra.cl/que-es-chilecompra/>



transparencia, puesto que se trata de un portal de libre acceso público; eficiencia, pudiendo encontrar a todos los oferentes en el mismo portal; universalidad, permite su conocimiento y uso a nivel nacional como internacional; accesibilidad y no discriminación, cualquiera persona natural o jurídica, tiene acceso a participar como oferente, cumpliendo previamente con los requisitos uniformes establecidos, para todos los participantes de éste mercado.

Es obligatorio para los organismos públicos, que durante el proceso de adquisición de bienes o contratación de servicios, operen a través de la plataforma, y les prohíbe adjudicar contratos, cuando las ofertas no hayan sido recibidas por los medios electrónicos o digitales dispuestos para dichos efectos, por la Dirección de Compras públicas. Sin perjuicio, el Reglamento puede establecer casos en que se pueda proceder, sin utilizar el sistema de adquisición y contratación, artículo 18 de la Ley 19.886¹⁰.

Fases del procedimiento:

1° Requerir un mínimo de tres cotizaciones previas¹¹.

2° Fundamentación del trato directo, mediante acto o resolución administrativa¹².

¹⁰ Artículo 18.- Los organismos públicos regidos por esta ley deberán cotizar, licitar, contratar, adjudicar, solicitar el despacho y, en general, desarrollar todos sus procesos de adquisición y contratación de bienes, servicios y obras a que alude la presente ley, utilizando solamente los sistemas electrónicos o digitales que establezca al efecto la Dirección de Compras y Contratación Pública.

Dicha utilización podrá ser directa o intermediada a través de redes abiertas o cerradas, operando en plataformas de comercio electrónico o mercados digitales de transacciones, sea individualmente o acogiéndose a los beneficios de los contratos marco que celebre la señalada Dirección. Dicha actividad deberá ajustarse a lo dispuesto en sus respectivas leyes orgánicas, en la ley de firma electrónica y en las normas establecidas por la presente ley y su reglamento. Los organismos públicos regidos por esta ley no podrán adjudicar contratos cuyas ofertas no hayan sido recibidas a través de los sistemas electrónicos o digitales establecidos por la Dirección de Compras y Contratación Pública. No obstante, el reglamento determinará los casos en los cuales es posible desarrollar procesos de adquisición y contratación sin utilizar los referidos sistemas.

¹¹ Reglamento Ley 19.886:

Artículo 1 N° 35. Define la Cotización como: Información respecto de precios, especificaciones y detalles del bien o servicio e identificación del proveedor.

Artículo 51.- Procedimiento de Trato o Contratación Directa: Los tratos directos que se realicen en virtud de lo dispuesto en los artículos 10 y 10 bis requerirán de un mínimo de tres cotizaciones de diferentes proveedores, con excepción de aquellos tratos o contrataciones directas contenidas en los números 3, 4, 6 y 7 del artículo 10.

Artículo 8° Inciso 5° “Siempre que se contrate por trato o contratación directa se requerirá un mínimo de tres cotizaciones previas, salvo que concurran las causales de las letras c), d), f) y g) de este artículo.”



3° Celebración de la Contratación, una vez concluida la negociación directa¹³.

4° Publicación, en el portar electrónico, www.mercadopublico.cl¹⁴.

Como podemos constatar las partes o fases del proceso de contratación directa son sintéticas, ello debido a la naturaleza de la contratación, puesto que se requiere un proceso ágil, para la eficacia en su uso y porque las motivaciones y situaciones, para recurrir a ésta modalidad de contratación son excepcionales, establecidas en forma taxativa por el artículo 8° de la Ley 19.886.

Considerando que el presente trabajo lo hemos circunscrito, específicamente a las causal establecida en el artículo 8° letra G, “Procederá la licitación privada o el trato o contratación directa en los casos fundados que a continuación se señalan”... Específicamente las hipótesis desarrolladas con el Artículo 10 N° 7 del Reglamento, ambos de la Ley 19.886, es necesario hacer algunas precisiones.

1. Si bien es regla general es contar con *tres cotizaciones previas* a la contratación mediante trato directo, el inciso 5° del artículo 8° de la Ley 19886, exime de dicha obligación respecto los casos establecidos en las letras c, d, f y g.

Un ejemplo: Si la contratación se refiere a la causal establecida en el artículo 10 N° 7 letra d) del Reglamento de la Ley 19.886, Consultorías encomendadas en especial consideración de las facultades del proveedor. Acá la naturaleza del servicio requerido, está dada por la experticia del prestador. Esto es, el prestador de servicio no sólo cuenta con los conocimientos teóricos vastos, si no que la pericia práctica, además de una trayectoria profesional que lo avala, respecto de la materia específica requerida. Dichas características del proveedor, es lo que marca la diferencia

¹² .. “se requiere la demostración efectiva y documentada de los motivos que justifican su procedencia, debiendo acreditarse de manera suficiente la concurrencia simultánea de todos los elementos que configuran las hipótesis contempladas en la normativa cuya aplicación se pretende.” Dictamen N° 80.806, 09.12-2013

¹³ “Concluida la negociación directa, procederá la suscripción del contrato de suministro y/o prestación de servicios respectivo, el que luego debe ser aprobado mediante acto administrativo. Lo anterior sin perjuicio de que, la negociación directa concluya si haber alcanzado el concierto de voluntades, y por lo tanto no se perfeccione el contrato.” Celis Danzinger Gabriel Enrique. (2020). Manual de Derecho Administrativo General. Chile: Shammurabi. Pag.608

¹⁴ Artículo 8° Ley 19.886. Inciso 3°. En los casos previstos en las letras señaladas anteriormente, salvo lo dispuesto en la letra f), las resoluciones fundadas que autoricen la procedencia del trato o contratación directa, deberán publicarse en el Sistema de Información de Compras y Contratación Pública, a más tardar dentro de las 24 horas de dictadas.



respecto de cualquier otro participante en el mercado y que hacen indispensable, la contratación con esa persona natural o jurídica, determinada. En el acto administrativo o resolución fundada, se debe expresar con todo detalle, cuales son las cualidades que han inducido a la administración al razonamiento que dicho prestador es el único o el más competente, para desarrollar el encargo. Acompañando a dicha resolución, los antecedentes y documentos que les han permitido llegar a la convicción, de que el proveedor elegido, es el indicado para la realización del encargo.

La Directiva De Contratación Pública en sus instrucciones N° 10, para la utilización del trato directo. Expresa que éste tipo de contratación puede clasificarse en tres tipos: a) Sin cotización, como el ejemplo anteriormente comentado, que es la naturaleza de los servicios requeridos, quien determina el proveedor adecuado. b) Cerrado o privado, es la administración que elige los participantes, usando los criterios de eficiencia, eficacia y economía y c) Abierto o público, en donde se insta a los proveedores inscritos (convenios marco) en el portal de compras www.mercadopublico.cl, en los rubros requeridos por la entidad contratante¹⁵.

Recordar que las Municipalidades, no están obligadas suscribir convenios marcos, para la adquisición de bienes o servicios. Conforme con lo establecido por el artículo 30 letra d) inciso tercero de la Ley 19.886.

2. La *fundamentación fáctica es indispensable*, no basta con citar la causal legal que la autoriza, sino que debe ser sustentada y acreditada en hechos circunstanciados y concretos, conjuntamente con otros antecedentes.

Un ejemplo: Si la contratación se refiere a la causal establecida en el artículo 10 N° 7 letra a) del Reglamento de la Ley 19.886, “Prórroga de un contrato”. Se debe gestionar la contratación, antes del vencimiento del plazo de vigencia del contrato. Expresando la norma legal que lo autoriza, acompañando copia del contrato a que accede y de cualquier otro antecedente justificativo relacionado; enunciando las razones efectivas que dieron origen a dicha prórroga; especificando el valor de los servicios prorrogados, los cuales no pueden exceder a 1.000 UTM.; el plazo o duración de la prórroga, que debe ser acotado al tiempo necesario para proceder a un nuevo

¹⁵ <https://www.chilecompra.cl/wp-content/uploads/2017/02/3-Compras-por-Trato-Directo.pdf>. Pág.13



proceso de compras y lo más importante la motivación, importancia o necesidad de contar con dichos servicios.

3. En cuanto a la *celebración de la contratación*, tener presente que los actos administrativos producen efectos a futuro, y no tienen efectos retroactivos, salvo que exista norma legal expresa que lo autorice o que se trate de actos invalidatorios (Artículo 52 de la Ley 18.880). Por ello es fundamental, que previo a la realización de la contratación mediante trato directo, se encuentren concluidas las fases del procedimiento anteriormente señaladas (salvo eventualmente la exigencia de las tres cotizaciones, que podría ser un número menor o prescindir de ella dependiendo de la causal que se invoque para su uso, conforme con lo señalado en el artículo 8° inciso quinto letra g) del mismo artículo de la ley N°19.886). Ello porque, la Jurisprudencia Administrativa a propósito del perfeccionamiento de la contratación mediante trato directo, ha expresado: “*Un acuerdo de voluntades solo se perfecciona jurídicamente una vez que se ha puesto término a la tramitación del acto administrativo que lo aprueba...*”. Contraloría General de la República. Informe Auditoría Administrativa N°88316.

Agregar que el Artículo 52 del Reglamento de la ley de Compras Públicas, hace aplicable al trato o contratación directa, las normas dispuestas para la Licitación Pública y Privada, en todo aquello que sea procedente, conforme a su naturaleza.

4. En cuanto a la *Publicación requerida*, una vez terminada las fases del procedimiento de contratación, conforme con lo dispuesto por Artículo 8° Ley 19.886. Inciso 3°. “deberán publicarse en el Sistema de Información de Compras y Contratación Pública, a más tardar dentro de las 24 horas de dictadas”.

Luego en el artículo 57 del Reglamento del mismo cuerpo legal citado, dispone respecto del trato directo, en sus numerales establecidos en la letra d), los antecedentes que se deben publicar a través del sistema de información en el portar electrónico, www.mercadopublico.cl.

1. *La resolución fundada que autoriza el Trato o Contratación Directa, salvo lo dispuesto en la letra f) (servicios de naturaleza confidencial) del Artículo 8 de la Ley de Compras y en el Artículo 10 bis del presente Reglamento (compra ágil).*



3. *La recepción y el cuadro de las cotizaciones obtenidas*, a menos que la Ley de Compras permita efectuar el Trato o Contratación Directa a través de una cotización.
4. *La resolución de la Entidad Licitante que resuelva sobre la Adjudicación*. En estos casos, la orden de compra respectiva, hará las veces de la señalada resolución.
5. *Los datos básicos del contrato*, incluyendo la ubicación precisa en el caso de contratos de obras.
6. *El texto del Contrato de Suministro o Servicio definitivo, si lo hubiere, la forma y modalidad de pago*, el documento que dé cuenta de la recepción conforme de los bienes o servicios adquiridos y cualquier otro documento que la entidad licitante determine, teniendo en consideración la Ley de Compras y su Reglamento .

IV Análisis práctico de la causal genérica (naturaleza, circunstancias o características) establecidas por el artículo 8° letra g), en relación a los criterios y circunstancias desarrolladas por el artículo 10 N°7 del Decreto 250, que hacen indispensable y procedente la Licitación Privada o el Trato o Contratación Directa, ambas normas de la ley N°19.886 y su Reglamento respectivamente, conforme con la Jurisprudencia Administrativa.

ARTICULO 10° N° 7 Letras:

a) Prórroga de un contrato o contratación de servicios conexos.

Ésta hipótesis contempla dos tipos de contrataciones o trato directo, por una parte la prórroga de una contratación y por otra la contratación de servicios conexos.

De la sola lectura de la norma, podemos desprender que una de las hipótesis se refiere a la prolongación o continuidad de una contratación que se encuentra en curso, y la otra se refiere a una contratación distinta independiente, que se basta por lo pactado en dicha contratación, al momento de su suscripción. Por ello es fundamental, en el instante de invocar la causal, circunscribir la contratación requerida, a la hipótesis específica de la que se trate. Siempre ajustando e internalizando su proceder a la totalidad de las normas establecidas en la Ley 19.886. Interpretando en forma restrictiva sus preceptos. Puesto que en el caso de la prórroga, ésta tiene una duración delimitada, al tiempo necesario para proceder a un nuevo proceso de compras.



UNIVERSIDAD **Finis Terrae**

Situación distinta respecto de los servicios conexos, pues se trata de una contratación diferente, cuyo tiempo de duración está subordinado al acto administrativo que le dio origen, cuyo límite o plazo de duración, es el pactado en dicha contratación.

En cuanto al monto límite en que debe recaer éste tipo de contrataciones, debemos distinguir, apeándonos al tenor literal de la norma, el monto de lo pactado en caso de la prórroga no podrá exceder a las 1.000 UTM. Pues la norma es clara pues precisa “siempre que el monto de dicha prórroga no supere las 1.000 UTM”. Situación que no es la misma respecto de los servicios conexos, puesto que el legislador cita textualmente el límite en cuanto al monto, a propósito de la “prórroga”. Por ello no corresponde al intérprete hacer extensivo dicho monto a los servicios conexos.

Si bien en las dos hipótesis planteadas en términos generales, los requisitos son exigibles para ambas causales; prórroga de una contratación y servicios conexos, tienen diferencias. En cuanto al tiempo de duración y en cuanto al límite pecuniario por el cual proceden, conforme a su naturaleza.

La Contraloría General de la República, en diversos dictámenes ha precisado, las ideas anteriormente planteadas, de la siguiente manera:

Dictamen N° 71748/2012. *“Precisado lo anterior, corresponde aclarar, que la referida letra a) contempla dos situaciones para contratar mediante trato directo, cuales son, la prórroga de un contrato y la contratación de servicios conexos, estableciéndose a continuación las condiciones para ello.”...*

“Sobre el particular, debe anotarse que la exigencia de que se contrate exclusivamente por el tiempo que señala dicha letra a) no resulta aplicable a la contratación de servicios conexos, debido a que conforme a su naturaleza, su vigencia se encuentra subordinada a un contrato anterior, teniendo como límite la duración de éste.”...

En estas condiciones, atendido que el tenor literal de este precepto se refiere al límite de 1.000 UTM sólo respecto al monto de la prórroga, sin aludir a la contratación de servicios conexos, no resulta procedente por la vía interpretativa extender la aplicación de esa exigencia a tales convenios....



Por consiguiente, cabe concluir que de los términos de la norma en estudio, sus requisitos son exigibles para ambas causales de trato directo, salvo la exigencia a su extensión en el tiempo, y a que el monto de la operación no supere las 1.000 UTM, los cuales se requieren únicamente para la prórroga de un contrato.”... ¹⁶. Aplica Dictámenes N° 6204/2002, 57215/2006, 26151/2008, 61442/2012

b) Gastos de representación.

Los gastos de representación conforme con lo establecido en el Decreto 854, de 2004, del Ministerio de Hacienda, sobre clasificaciones presupuestarias. Específicamente en el Ítem 22.12.003, corresponden a aquellos gastos realizados a propósito de ceremonias y protocolo de los diversos organismos. Tales como inauguraciones, aniversarios, atención de autoridades en representación del organismo, como asimismo, cuando se requiera la exteriorización del organismo, por causas netamente institucionales y excepcionales, que deban realizarse (una feria de servicios por ejemplo). También incluye la realización de reuniones con representantes o integrantes de organizaciones públicas y privadas, de otros poderes del Estado, con expertos o autoridades nacionales o extranjeras, cuando así lo determine la autoridad superior. En todos los organismos centralizados, dicho ítem, forma parte de su presupuesto, el cual se considera en la Ley de Presupuesto anual, conforme a la información que cada organismo remite al gobierno central y los descentralizados, como las Municipalidades, cuentan con un plan de compras y adquisiciones anuales (Artículo 98 del Reglamento). En cada uno de ellos, se establece un monto designado para los gastos de representación, conforme al desarrollo propio de sus funciones.

Agregar que a partir de año del 01 de Enero del año 2008, las municipalidades quedaron sometidas a la clasificación de ingresos y gastos en general que regula el decreto precedentemente citado, en cuanto a la formulación, aprobación y ejecución del presupuesto correspondiente. Es importante considerar que el artículo 53 del Decreto 250 que fija el Reglamento de la Ley N° 19.886, establece excepciones respecto de ciertos gastos, los cuales podrán efectuarse fuera del sistema de información. Destacar que en la letra c) del citado artículo, establece la exclusión de las contrataciones que se financien con gastos de representación,

¹⁶ <https://www.contraloria.cl/web/cgr/buscar-jurisprudencia>



cuando éstos se ajusten a la Ley de Presupuestos respectiva y a sus instrucciones presupuestarias. Sin perjuicio, podrán realizarlo voluntariamente si lo consideran pertinente¹⁷.

Por ello es fundamental, la motivación pronunciada en la resolución fundada o acto administrativo que autoriza la contratación mediante trato directo, basada en la causal en comento. La correcta imputación al gasto y la justificación del egreso, para que puedan ser clasificados como gastos de representación, en la clasificación presupuestaria. Expresando con toda claridad y detalle, los bienes o servicios adquiridos, la razón y destinación de dichos bienes o servicios. Por ejemplo: La celebración del aniversario de un organismo o institución.

La Contraloría General de la República en dictamen N° 18.294 de fecha 09 de abril del 2009 expresa: *“En estas condiciones, entonces, la entidad edilicia debe atender al motivo o causa que origina el gasto efectuado para los efectos de disponer la imputación pertinente, de manera que los egresos por los bienes adquiridos o los servicios arrendados puedan ser calificados como gastos de representación, en los términos establecidos en la referida asignación 003 del aludido clasificador presupuestario, aun cuando individualmente considerados correspondan a egresos por impresión de folletos, arriendo de vehículos, alimentos, bebidas, bienes o artículos relacionados con las situaciones a que se refiere esa misma asignación...”*

Finalmente, es preciso considerar que atendido que el artículo 53, letra c), del decreto reglamentario N° 250, de 2004, se encuentra ubicado en el Capítulo VI, Del Trato o Contratación Directa, debe entenderse que la exclusión del sistema de información que dicha norma contempla, sólo resulta aplicable a los bienes o servicios que se adquieran exclusivamente por concepto de gastos de representación en la medida que se trate de adquisiciones efectuadas mediante trato o contratación directa.”..

¹⁷ Artículo 53.- Exclusión del sistema: Podrán efectuarse fuera del Sistema de Información:

- a) Las contrataciones de bienes y servicios cuyos montos sean inferiores a 3 UTM.
- b) Las contrataciones directas, inferiores a 100 UTM, con cargo a los recursos destinados a operaciones menores (caja chica), siempre que el monto total de dichos recursos haya sido aprobado por resolución fundada y se ajuste a las instrucciones presupuestarias correspondientes.
- c) Las contrataciones que se financien con gastos de representación, en conformidad a la Ley de Presupuestos respectiva y a sus instrucciones presupuestarias. Con todo, las contrataciones señaladas precedentemente podrán efectuarse de manera voluntaria a través del Sistema de Información.
- d) Los pagos por concepto de gastos comunes o consumos básicos de agua potable, electricidad, gas de cañería u otros similares, respecto de los cuales no existan alternativas o sustitutos razonables.



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

En la hipótesis planteada, no sólo es necesario que el prestador de los servicios, mediante trato directo, brinde seguridad a la integridad personal de las autoridades, sino que además, debe tratarse de un proveedor probado, que asegure discreción y confianza. La hipótesis debe ser demostrada. Y cumplir conjunta y simultáneamente con todos los requisitos descritos en la hipótesis, para que sea procedente y ajustada a derecho. Puesto que como sabemos, la regla general, salvo para las municipalidades, es actuar a través de los convenios marco, suscritos por la Dirección de Compra y Contratación Pública, a través del sistema electrónico establecido para dichos efectos¹⁸.

El artículo 15 del Decreto 250 que aprueba el Reglamento de la Ley 19886, describe que es lo que se debe considerar como condiciones ventajosas, al momento requerir una contratación, cuestión esencial, en ésta hipótesis analizada. Puesto que como se señaló, se requiere cumplir copulativamente con los requisitos establecidos en la norma, y justificarlos, puesto que si encontramos en el catálogo de oferentes establecidos por la Dirección de Compras, candidatos que cumplan con los requisitos, se debe recurrir a ellos. Por lo tanto, se deben acentuar las razones y motivaciones para recurrir al trato directo con el prestador elegido, que marque diferencia o atribución, respecto de los otros proveedores. Por ejemplo: Que asegure una atención exclusiva y personalizada, con disponibilidad permanente, sin distinción horaria, durante cualquier día de la semana. Y que conjuntamente con ello, también se pronuncien respecto de las razones por las cuales dicho proveedor asegura discreción y confianza. Todos éstos antecedentes deben ser objetivos, demostrables y sustanciales, comprobables mediante antecedentes y documentos concretos.

La Contraloría General de la República en el Dictamen N°55563 del año 2015 expresa:

“... no basta la sola referencia a las disposiciones legales y reglamentarias que lo fundamenten, sino que, dado su carácter excepcional, se requiere una demostración efectiva y documentada de los motivos que justifican su procedencia, debiendo acreditarse de manera suficiente la

¹⁸ Artículo 2 N° 14 Reglamento y Artículos 18 y 30 letra d) todos de la Ley 19886



conurrencia simultánea de todos los elementos que configuran las hipótesis contempladas en la normativa cuya aplicación se pretende, lo que no ha tenido lugar en la especie.

...no se advierte cómo el trato directo en cuestión vino a velar por la seguridad e integridad personal del ministro, ni en qué sentido dicha empresa asegura discreción y confianza de una forma diferente a los otros oferentes adjudicados en el referido convenio marco, tal como lo exige la citada letra c) del N° 7 del artículo 10 del decreto N° 250, de 2004.”

d) Consultorías encomendadas en especial consideración de las facultades del proveedor.

La causal conlleva varios requisitos. Debe tratarse de consultorías, que éstas se encarguen a un proveedor determinado, en razón de las facultades especiales que detenta en la materia en que recaerá la contratación. Debido a la especialidad de dicho proveedor, no pueden ser sometidas a licitación. La consultoría debe recaer en cuestiones claves, estratégicas y fundamentales para el cumplimiento de las funciones de la entidad. Y finalmente que el encargo, no pueda ser realizado por personal de la propia entidad.

Como se observa, la norma describe y ordena para la contratación bajo ésta hipótesis, que se cumpla con todos los requisitos de consuno. Puesto que el legislador se ha dado a la labor de describir una a una las exigencias. Por ello, es necesario, previo a proceder a la contratación establecida en ésta hipótesis, realizar un análisis exhaustivo del asunto, y cuando se tenga la certeza que se cuenta y se cumple tanto en los hechos como en el derecho, con los requisitos y presupuestos planteados en la norma. Proceder a través de la correspondiente, resolución o acto administrativo, que como se ha dicho reiteradamente, debe ser fundado y motivado.

La Contraloría General de la República se ha pronunciado a propósito de ésta causal, acogiendo o rechazando su aplicación en diversos dictámenes revisaremos uno y otro caso respectivamente:

Dictamen N°100902-2015. *“También se sigue que, dentro del ámbito precedentemente establecido, el aludido ministerio puede contratar mediante trato directo cuando requiera consultorías, en la medida que: 1) aquella se refiera a aspectos claves y estratégicos, fundamentales para el cumplimiento de las funciones de esa repartición, que no puedan ser realizados por su propio personal; 2) que se acuerde con un determinado proveedor en*



consideración especial a sus facultades; y 3) que por lo anterior, esa contratación no pueda ser sometida a una licitación pública”...

Luego, en relación con la justificación de esa modalidad de contrato, el considerando N° 5 de la aludida resolución exenta estimó que la referida consultoría abordaría aspectos claves y estratégicos, ya que permitiría "otorgar herramientas para un mejor desarrollo de las comunicaciones que efectúan los organismos públicos y perfeccionar la conexión de la ciudadanía con la identidad gubernamental", lo que armoniza con las funciones que el ordenamiento jurídico le ha asignado a la SEGEGOB, según se ha concluido en los dictámenes N°s.5.803, de 2012 y 28.236, de 2015, de este origen, entre otros.”

Dictamen N° 9405-2006. “En efecto, cabe reiterar que no concurre la causal prevista en el referido artículo 10°, número 7, letra d), por cuanto el curriculum de la empresa contratada, y la positiva impresión que de la misma se haya formado el Ministerio de Relaciones Exteriores por sus anteriores desempeños, no constituyen un obstáculo que impida a dicha Secretaría de Estado llevar a efecto un proceso de compras ajustado a las reglas generales que la Ley N° 19.886, ya citada, impone a los organismos de la Administración del Estado, circunstancia indispensable para la aplicación del aludido literal, como tampoco lo constituyen la necesidad de que el mobiliario y decoración de los recintos descritos concuerden con el estilo arquitectónico de los mismos, así como con las funcionalidades y calidad que exige la actividad protocolar.”...
Aplica Dictámenes, N°100902- 2015/ N°63945-2016

e) Contrataciones que sólo pueden realizarlas los titulares de los respectivos derechos de propiedad intelectual, industrial, licencias, patentes y otros.

La propiedad intelectual e industrial, forman parte los derechos fundamentales consagrados en nuestra Carta Fundamental en el Artículo 19, específicamente en el N°25. Por ello son de uso exclusivo de sus titulares, cuando éstos han sido adquiridos y registrados conforme a la ley. La duración en el tiempo, depende del tipo de derechos de que se trate. Por ejemplo: El registro de marca, tienen una duración de diez años, renovable. En cambio, las obras intelectuales, duran la



vida del autor y aún por setenta años más, a contar de su fallecimiento o de la publicación de la obra¹⁹.

Es por lo razonado, que en el caso en comento, sólo se puede recurrir a la contratación mediante trato directo. Puesto que los titulares de los derechos, son los únicos calificados y autorizados por ley, para el uso de sus derechos de propiedad como autores de los mismos.

Por ello es esencial, que previo a la contratación mediante trato directo, se solicite y se examine los títulos de propiedad industrial o intelectual. Para cerciorarse que el prestador del bien o servicio, sea el titular del derecho o que cuenten con las correspondientes licencias, para el uso del derecho. Debiendo detallarse, la motivación y los antecedentes necesarios del titular del derecho o licencias de uso, en la resolución fundada o acto administrativo que da origen y justifica la contratación.

La Contraloría General de la República se ha pronunciado reparos en diversos dictámenes respecto de la causal analizada, porque no ha sido justificada la titularidad de los derechos de propiedad industrial o intelectual.

Dictamen N° 9406-2006 *“Asimismo, cabe consignar que tampoco en esta oportunidad se ha justificado ni fundamentado la utilización del procedimiento excepcional del trato o contratación directa, como quiera que las consideraciones contenidas en el instrumento del rubro, como las incluidas en la Resolución Exenta N° 1.406, de 2005, de la Subsecretaría de Relaciones Exteriores que autoriza su empleo en la especie y aquellas que se precisan en esta oportunidad, no acreditan la concurrencia de los casos y criterios previstos en las hipótesis excepcionales ya señaladas, puesto que no concuerdan con los requisitos específicamente establecidos en ellas a dicho objeto.”...*

Finalmente, es necesario señalar que tampoco hay nuevos antecedentes que ameriten el reestudio de la observación formulada en referencia a la letra e) del citado precepto

¹⁹ DFL 3. Ley de Propiedad Industrial. Artículo 24.- El registro de una marca tendrá una duración de diez años, contados desde la fecha de su inscripción en el registro respectivo. El titular tendrá el derecho de pedir su renovación por períodos iguales, durante su vigencia o dentro de los 30 días siguientes a la expiración de dicho plazo.

Ley 17336 de Propiedad Intelectual. Artículo 10.- La protección otorgada por esta ley dura por toda la vida del autor y se extiende hasta por 70 años más, contados desde la fecha de su fallecimiento. En el caso previsto en el inciso segundo del artículo 8° y siendo el empleador una persona jurídica, la protección será de 70 años a contar desde la primera publicación.



reglamentario, el cual exige que "la contratación sólo pueda realizarse con los proveedores que sean titulares de los derechos de propiedad intelectual, industrial, licencias, patentes y otros" - situación que no concurre en la especie- y no, como se indica, que el organismo público contratante respete el derecho del proveedor sobre las creaciones intelectuales que deriven de la ejecución de las prestaciones pactadas." ... Aplica Dictámenes, N°121-2009/ N° 2.410-2017

f) Cuando la magnitud e importancia de la contratación hace indispensable recurrir a un proveedor determinado.

La causal exige varios requisitos que deben cumplirse simultáneamente. Debe tratarse de un encargo que por la importancia o magnitud, hace recurrir a un proveedor determinado. En razón de la confianza y seguridad, que otorga la experiencia comprobada de ese proveedor, respecto de los bienes o servicios requeridos. Y además, que no existan otros proveedores que otorguen la misma seguridad y confianza. En la resolución fundada, en que se materializa la contratación, se debe detallar y justificar, el cumplimiento de cada uno de los requisitos, establecidos en la norma, éstos deben concurrir conjuntamente al momento de requerirse la contratación. No basta sólo con los dichos o argumentos, se debe demostrar con hechos y antecedentes, los motivos por los cuales, el proveedor elegido, cumple con todos y cada uno de los requisitos exigidos por la norma.

La Contraloría General de la República, ha reparado múltiples contrataciones mediante trato directo, a propósito de la causal en análisis, porque no cumplen con los requisitos o porque concurriendo alguno de ellos. No han justificado la totalidad de los mismos y la exigencia es copulativa y coetánea al momento en que se realice la contratación de todos y cada uno de los requisitos descritos en la norma.

Dictamen N° 2.410-2017 ... *"Ahora bien, la sola alusión a razones vinculadas con la tecnología y la continuidad en la prestación del servicio que se contrata y a las especialidades con que cuenta el proveedor, como se indica en los considerandos N°s. 11, 15 y 16 de la resolución del rubro, no es suficiente para invocar dicha causal en este caso, pues la norma exige además que se estime fundadamente que no existan otros proveedores que otorguen seguridad y confianza, circunstancia que no se acredita en la especie (aplica dictamen N° 23.774, de 2015)."*



g) Reposición o complementación de equipamiento y servicios accesorios.

La hipótesis no está establecida para compra o contratación de un servicio accesorio, sino para complementar el ya existente, o para reponer por ejemplo, un equipo dado de baja por deterioro.

Esta causal supone que, un organismo o institución pública ha adquirido equipos o ha contratado servicios. Luego en el futuro, le es necesario complementar dicho equipamiento o servicio accesorio. Por ello es necesario realizar una contratación respecto de equipos o servicios accesorios que sean compatibles con los ya existentes. Para la eficacia en el uso de los bienes o servicios, conforme a los fines requeridos. Es importante que al momento de dictar la resolución fundada o acto administrativo, se justifique y exprese con toda claridad y detalle, los motivos por los cuales el proveedor elegido, cumple con los requerimientos, de eficiencia y compatibilidad a diferencia de otros oferentes. Por lo cual se hace indispensable la contratación mediante trato directo, justificando de esa forma, la omisión de licitación pública o privada.

La Contraloría General de la República se ha pronunciado con reparos en diversos dictámenes respecto de la causal analizada, revisaremos un párrafo del siguiente Dictamen:

Dictamen N° 63669-2011. *“En efecto, los antecedentes acompañados no acreditan de manera suficiente la concurrencia de los elementos que configurarían la citada causal, puesto que la reposición o complementación de equipamiento o servicios accesorios supone la existencia de un equipo o servicio principal al cual complementen o accedan, situación que no consta en la especie.”...* Aplica Dictamen N° 29.481-2005

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

Lo que busca la norma al describir la causal, es evitar que la publicidad que conlleva el proceso de licitación, ocasione peligro al cumplimiento y al fin perseguido con la contratación, en que se sustenta en ésta causal. Para una mayor comprensión no ponemos en el caso, que la contratación recaiga en una consultora para realizar un estudio de calidad y eficiencia, respecto de un bien o servicio contratado. El conocimiento de dicha contratación, por parte de la empresa proveedora o



prestadora del servicio. Podría alterar su comportamiento habitual, o la calidad de sus productos. De ese modo el estudio no reflejaría la realidad. Viéndose afectados los resultados del mismo. Por ello es fundamental, describir con toda precisión en el acto administrativo o resolución fundada, la forma de como la publicidad de la contratación, podría afectar los fines y resultados de la misma. La Contraloría General de la República se ha referido a propósito de ésta causal en el Dictamen N° 58.741-2008, de la siguiente manera: *“Al respecto, es dable reparar el referido acto administrativo, en cuanto invoca lo dispuesto en el artículo 10, número 7, letra h), del decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que fija el Reglamento de la ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicio, para justificar el trato directo, toda vez que no se advierte de que modo el conocimiento público que generaría el proceso licitatorio previo a la contratación pudiera poner en serio riesgo el objeto y la eficacia de la misma.*

En este sentido, debe agregarse que los antecedentes que se describen en la parte considerativa del acto que se examina, no son conducentes a fundamentar debidamente la causal de trato directo que se invoca.” ...

i) Adquisiciones de bienes muebles a oferentes extranjeros, para ser utilizados o consumidos fuera de Chile.

La causal describe con precisión las circunstancias y características particulares que se deben cumplir en ésta hipótesis.

Debe tratarse de “adquisiciones de bienes muebles a oferentes extranjeros” y que dichas compras de bienes muebles, se realicen para ser usados o consumidos fuera de Chile “en el cumplimiento de las funciones propias de la entidad adquirente, y en las que por razones de idioma, de sistema jurídico, de sistema económico o culturales, u otra de similar naturaleza, sea del todo indispensable acudir a este tipo de contratación.” La causal faculta a las entidades por medio de una resolución que debe ser fundada, en los procedimientos internos del organismo, con el objeto de resguardar, “la eficiencia, transparencia, publicidad, igualdad y no discriminación arbitraria en esta clase de adquisiciones”.



Por la redacción de la norma, debemos desprender que su uso, está establecido y restringido, a organismos que tengan representación o funcionamiento en países extranjeros. Tales como, Embajadas, Agencias Diplomáticas, Consulados o instituciones públicas chilenas.

Lo que se deduce, es que el legislador busca agilizar los procesos de compras, de los organismos que funcionan o prestan servicios en países extranjeros. Puesto que los faculta a realizar éste tipo de contratación, recurriendo a procedimientos internos para adquisiciones de bienes o servicios, que posea la institución. Por ello el proceso, pueden realizarlo mediante el procedimiento establecido en la página www.mercadopublico.cl, si el proveedor estuviera registrado en dicho sistema o prescindir de su uso, conforme con lo establecido por el artículo 62 N° 6 de la Ley 19.886²⁰.

La Contraloría General de la República ha reparado contrataciones, cuando no se ajustan a los estrictos estándares, descritos por la norma.

Dictamen N°19863-2011. *“Por otra parte, acerca de si resulta aplicable en este caso la causal de trato o contratación directa prevista en el mencionado artículo 10, N° 7, letra i), del decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, se debe tener en cuenta que dicho precepto prevé que ese procedimiento procede, con carácter de excepcional “Cuando se trate de adquisiciones de bienes muebles a oferentes extranjeros, para ser utilizados o consumidos fuera de Chile, en el cumplimiento de las funciones propias de la entidad adquirente, y en las que por razones de idioma, de sistema jurídico, de sistema económico o culturales, u otra de similar naturaleza, sea del todo indispensable acudir a este tipo de contratación”.*

Ahora bien, considerando que en la especie se trata de la adquisición de bienes muebles para ser utilizados o consumidos en Chile, ella no se enmarca dentro del supuesto previsto en el artículo

²⁰ Artículo 62.- Licitaciones en soporte papel: Las Entidades podrán efectuar los Procesos de Compras y la recepción total o parcial de ofertas fuera del Sistema de Información, en las siguientes circunstancias:

6. Tratándose de las contrataciones de bienes y servicios, indicadas en el artículo 10 números 5 y 7 letras i) y k) de este reglamento, efectuadas a proveedores extranjeros en que por razones de idioma, de sistema jurídico, de sistema económico o culturales, u otra de similar naturaleza, sea indispensable efectuar el procedimiento de contratación por fuera del Sistema de Información. Sin perjuicio de ello, las entidades deberán publicar en el Sistema de Información las órdenes de compra y la resolución de adjudicación y el contrato, en los casos que corresponda.



10, N° 7, letra i), del referido reglamento, toda vez que este literal se refiere precisamente a la contratación de dichos bienes para ser consumidos fuera del país.”

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

La causal en análisis, atiende a hechos y gastos objetivos, comprobables contablemente. Puesto que lo que se busca es evitar un gasto desproporcionado e innecesario para la administración y sus organismos, que envuelve el llamado a licitación. El examen debe ser casuístico. En caso de que el costo en un proceso de licitación sea exagerado, ya sea, desde el punto de vista económico monetario o en capital humano. Cuando se trate de una contratación que no supere el valor de 100 UTM. Debe expresarse en la resolución fundada o acto administrativo, la justificación detallada y objetiva, que demuestre al alto e injustificado costo que significaría la licitación, la cual la hace desproporcionada e improcedente. Y la necesidad del servicio, de recurrir mediante trato directo amparado en ésta causal.

La Contraloría General de la República se ha pronunciado en el Dictamen N° 12.128-20, en el siguiente sentido, respecto de la causal en análisis.

“Ahora bien, en lo que se refiere a la consulta que se atiende, es menester señalar que la ponderación del costo de la evaluación de las ofertas -y, por ende, la determinación de si es desproporcionado o no en relación con el monto de la contratación- debe realizarse caso a caso, toda vez que el mismo depende de la naturaleza de la correspondiente adquisición.

Para efectuar el análisis a que se refiere el párrafo anterior, las entidades deben tener en consideración, por una parte, el costo que les signifique llevar a cabo una licitación pública desde el punto de vista financiero o de utilización de recursos humanos y, por otra, el valor del bien o servicio que se requiera contratar y, asimismo, el sobrecosto que, en cada caso, se deba incurrir por el hecho de llevar a cabo un proceso concursal público para efectuar la correspondiente contratación. En todo caso, de dicha ponderación -que debe sustentarse en antecedentes objetivos y comprobables- tiene que dejarse constancia en las resoluciones fundadas que autoricen la procedencia del trato directo por la causal en comento.”



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

La causal está acotada, respecto de compra de bienes o contratación de servicios destinados a la a) docencia, b) investigación, c) extensión, cuando la publicidad que se genera con la licitación pública, pueda afectar el fin perseguido con el proyecto. Por ello la resolución fundada, que genera el acto, debe describir el proyecto específico y singular con todo detalle, y que la contratación se refiera exclusivamente a proyectos o actividades de docencia, investigación o extensión. Como asimismo, explicitar el razonamiento observado para llegar a la convicción, que la publicidad que conlleva la licitación pública, pueda perjudicar los fines que se pretenden alcanzar con el proyecto. Un ejemplo: Se requiere desarrollar un proyecto de investigación, el que será aplicado en un determinado territorio, con el objeto obtener datos, para el desarrollo de políticas públicas, con el fin de mitigar o erradicar el consumo de drogas y estupefacientes en un segmento determinado de la población. La publicidad, puede ser perjudicial para la interversión territorial de los profesionales. Como también para los consumidores y proveedores drogas y estupefaciente, puesto que les otorgaría conocimiento de los detalles del proceso.

La publicidad que conlleva, podría afectar los fines perseguidos, puesto que los sujetos de estudio, podrían abandonar el territorio o cambiar sus estrategias en el consumo o distribución, por el tiempo que dure el proyecto de investigación, afectando el resultado y el fin que se pretendía con la investigación.

La Contraloría General de la República, ha señalado reparos a propósito de la causal, cuando el proyecto a desarrollar, no se enmarca dentro de los destinos para los cuales fue convida la norma. Dictamen N° 72.817-2010. ...“*Las referidas normas permiten recurrir al trato directo cuando se trate de la compra de bienes y/o contratación de servicios que se encuentren destinados a la ejecución de proyectos específicos o singulares, de docencia, investigación o extensión, en que la utilización del procedimiento de licitación pública pueda poner en riesgo el objeto y la eficacia del proyecto de que se trata, todo lo cual no se cumple en la especie.*



En efecto, por una parte, de los antecedentes del acto administrativo en estudio, consta que el objeto de la contratación no se enmarca dentro de un proyecto específico o singular de la mencionada repartición y, por otra, que los servicios que se acuerdan por el referido convenio no configuran actividades de docencia, investigación o extensión, en los términos indicados en los citados preceptos, sino de capacitación.”...

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

Si bien ésta causal se asemeja con la establecida en N° 1 del mismo artículo 10 del Reglamento de la Ley 19.886. Las circunstancias o condiciones establecidas para su uso no son las mismas, puesto que la causal establecida en el N° 1 se requiere que en un llamado a licitación pública, no se presenten interesados, luego previamente se debe proceder mediante licitación privada y en caso que no haya nuevos interesados, aún en la licitación privada. Podrán proceder mediante contratación directa. La aplicación de la contratación o trato directo en ese caso, sería residual.

En el caso en comento, la aplicación es más directa, puesto que habiendo un llamado a licitación pública, no se presenten oferentes o presentándose, la o las ofertas no sean admitidas por no cumplir con los requisitos esenciales, establecidos en las bases de la licitación, y que dicha contratación sea *indispensable* para el organismo, de lo que se desprende que existe una premura de contar con el bien o servicio, lo cual también marca una diferencia respecto de la causal establecida en el N° 1 del artículo 10, precedentemente citado.

Como lo hemos señalado insistentemente, a través del desarrollo de éste trabajo. En el acto administrativo o resolución fundada, se debe explicitar, la naturaleza de la contratación, las circunstancias y características de la contratación, que la enmarcan dentro de la causal analizada.

La Contraloría General de la República ha manifestado a reparos cuando los hechos fundantes, no se ajustan a las características descritas en la norma:

Dictamen N° 39.181-2014. *“En primer término, cabe manifestar que resulta improcedente que para justificar el trato directo, en mérito del cual se celebró el contrato que se aprueba por la*



resolución en trámite, se invoque como causal aquella contenida en la letra l) del N° 7 del artículo 10 del decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que aprueba el reglamento de la ley N° 19.886, según el cual aquel mecanismo de contratación excepcional procederá cuando habiendo realizado una licitación pública previa “no se recibieran ofertas o estas resultaran inadmisibles por no ajustarse a los requisitos esenciales establecidos en las bases y la contratación es indispensable para el organismo.”.

Lo anterior, por cuanto, en el proceso licitatorio ID N° 5599-114-LP13, al que se alude como antecedente del contrato de la especie -que fuera declarado desierto mediante resolución exenta N° 2.730, de 2013, de la enunciada Central de Abastecimiento- se presentó un oferente y su propuesta se estimó admisible, de tal manera que no se cumple el supuesto previsto en el referido precepto.”... Aplica dictámenes N° 22188/2011; 11476/2012; 22551/2014; 63030/2013

m) Cuando se trate de la contratación de servicios especializados inferiores a 1.000 UTM, de conformidad con lo establecido en el artículo 107 del presente reglamento²¹.

La causal se refiere a la contratación de servicios especializados. Se trata de profesionales expertos en alguna ciencia o arte con habilidades muy específicas. Es el organismo quien califica la especialización de los servicios, conforme con lo dispuesto por el en el artículo 106, del Decreto 250, que aprueba el Reglamento de la Ley 19.886.

Es la experticia del proveedor, la que se debe considerar al momento de recurrir a ésta causal, la cual debe ser comprobada con antecedentes y documentos. Explicando las razones por las cuales, la tarea no pueden ser realizadas por personal de la propia entidad. Justificando que el profesional o empresa con quien se realizará la contratación, cuenta con la idoneidad técnica. Y la

²¹ “Artículo 107°.-Contratación de Servicios Personales Especializados:

Las entidades efectuarán licitación pública de conformidad al siguiente procedimiento:

Excepcionalmente, tratándose de servicios especializados de un monto inferior a 1.000 UTM, las entidades podrán efectuar una contratación directa con un determinado proveedor, previa verificación de su idoneidad. La resolución fundada que autorice este trato directo deberá señalar la naturaleza especial del servicio requerido, la justificación de su idoneidad técnica y la conveniencia de recurrir a este tipo de procedimiento, la que deberá publicarse en el Sistema de Información.”...



UNIVERSIDAD **Finis Terrae**

necesidad del organismo de contar con los servicios. El artículo 105 del mismo cuerpo legal citado, entrega una definición de servicios especializados y describe algunos de los casos de dichos servicios, como por ejemplo: Anteproyectos de Arquitectura; Asistencia jurídica especializada. El procedimiento debe ajustarse a lo dispuesto por el artículo 107, de la misma norma legal citada. Se confecciona el requerimiento de los servicios y de las competencias del proveedor, como asimismo un presupuesto del servicio, con estimaciones referenciales. Se invita a través del sistema de información a un proveedor que se estima idóneo, si no lo fuera o no se presenta, se invita a otro. Una vez alcanzado un acuerdo con un proveedor determinado, debe publicarse conforme a las reglas generales. Agregar que el monto del contrato, no puede superar el valor de 1.000 UTM.

Algunos párrafos de Jurisprudencia Administrativa, ilustran lo expresado a propósito de la causal. Dictamen N° 32938-2014 “... *bajo la modalidad de trato directo, por tratarse de servicios personales especializados inferiores a 1.000 unidades tributarias mensuales en conformidad con los artículos 8°, letra g), de la ley N° 19.886, y 10, N° 7, letra m), del decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que reglamenta dicho texto legal, dado que tal labor demanda un alto grado de conocimiento intelectual y técnico en el desarrollo de proyectos del área del diseño y la ambientación de interiores de carácter histórico o patrimonial, y que el mencionado profesional cuenta con una vasta trayectoria en la materia.*”...

Dictamen N°9605 de 2019 “*Finalmente, los artículos 106 y 107 de la normativa en examen, en sus incisos segundo y tercero, respectivamente, disponen que la resolución que autorice esa clase de trato directo deberá expresar los motivos que lo justifican, la clasificación de una labor como especializada y las razones por las cuales esas funciones no pueden ser realizadas por personal de la propia entidad, debiendo dicho acto señalar, en tal caso, la justificación de la idoneidad técnica y la conveniencia de recurrir a este tipo de procedimiento, la que deberá publicarse en el Sistema de Información.*”... Aplica dictámenes 31356/2013, 71184/2014, 46564/2011, 80720/2015, 74547/2011, 30591/2005, 50873/2013.



n) Cuando se trate de adquisiciones inferiores a 10 UTM, y que privilegien materias de alto impacto social.

La causal lo que busca es beneficiar ciertas materias, en razón del alto impacto social positivo que producen en la comunidad.

La norma entrega algunos ejemplos tales como: Desarrollo inclusivo; lanzamiento de las empresas de menor tamaño; descentralización y el desarrollo local; protección del medio ambiente; contratación de personas en situación de discapacidad o de vulnerabilidad social.

En la resolución fundada o acto administrativo, debe expresarse, la forma en que la contratación cumplirá los objetivos de acuerdo a sus características y objetivos perseguidos, conforme a la materia y circunstancias específicas planteadas, que se quiere favorecer. Las cuales deben ajustarse a un monto inferior a 10 UTM., y que dicho monto se encuentre enmarcado de acuerdo a los valores de mercado, considerando los fines perseguidos con la contratación.

En la práctica ésta hipótesis ha ido perdiendo uso, desde que el 21 de enero del presente año, fecha en que se introdujo una modificación al Decreto 250, que aprueba el Reglamento de la Ley 19.886, agregando el artículo 10 bis “La Compra Ágil”. La cual consiste en contrataciones iguales o inferiores a 30 UTM. En donde el fundamento del trato o la contratación directa, se refiere únicamente a la cuantía o monto de la misma. La Dirección ChileCompra ha señalado, que lo que se busca con la incorporación de la norma al Reglamento. Es “reducir la burocracia y aumentar la digitalización de las compras públicas menores a 30 UTM.”

No obstante, se requiere de tres cotizaciones obtenidas a través del sistema de información de ChileCompra. En la resolución fundada se debe citar la norma, la compra se debe ajustar al monto establecido y especificar los bienes y fines para los cuales se adquirirán. Y posteriormente que el proveedor acepte la orden de compra, para que se perfeccione la contratación. Siempre dando preeminencia a los Convenios Marcos vigentes, salvo que se obtengan condiciones más ventajosas, conforme con lo dispuesto por el artículo 15 del citado Reglamento.



CONCLUSIONES

La Contratación mediante trato directo, nació con la promulgación de la Ley 19.886, el 11 de Julio del año 2003, la cual comenzó a operar debidamente, el 29 de agosto del mismo año, con el objeto de otorgar a los organismos públicos, herramientas para agilizar sus procesos de compras y adquisición de servicios. La unificación de dichas compras en un mismo portal www.mercadopublico.cl, otorga transparencia, publicidad y asegura un trato igualitario y sin discriminación a los distintos participantes de dicho mercado.

La regla general en materia de contratación pública, es la licitación pública, proceso que requiere un mayor desarrollo en el tiempo. Las excepciones son la licitación privada y el trato directo. Pero tanto la licitación pública como privada, aunque en menor medida, requieren un mayor plazo para proceder a su ejecución. El trato directo o contratación directa, nació como una necesidad de abastecimiento tanto de bienes como de servicios, indispensables para el desarrollo de las funciones de cada organismo. Los cuales se ajustan a un procedimiento sintético, que asegura una mayor rapidez. Sin perjuicio de ello, el legislador estableció requisitos, circunstancias y características específicas y taxativas, a las cuales deben ajustarse las instituciones, cuando requieran proceder mediante éste tipo de contratación. Recordemos que el Derecho Público es de derecho estricto, están sujetos al principio de legalidad. Principio por el cual, sólo les es permitido actuar, dentro de lo que expresamente permite la ley, por ello la normativa dispuesta para la contratación mediante trato directo, debe observarse y cumplirse con estricto apego a lo dispuesto por sus normas.

Es fundamental, que el acto o resolución administrativa que autoriza la contratación mediante trato directo, se baste a sí misma. Describiendo con todo detalle, la motivación, la causa legal que lo autoriza, las circunstancias y características que la hacen procedente, acompañando todos los documentos y antecedentes, que sustenten los hechos fundantes descritos. Los cuales deben llevar a la conclusión lógica, que la contratación es indispensable para el organismo y que se encuentra justificada, tanto en los hechos como en la normativa.



UNIVERSIDAD
Finis Terrae

Se debe analizar y sustentar correctamente éste tipo de contratación, para evitar los reparos y observaciones por parte de la Contraloría General de la República. Puesto que los requisitos, descritos en las normas, se deben cumplir todos en su conjunto y simultáneos a la época de la resolución o acto administrativo. No siendo dable interpretar las normas, sino cumplir con lo que invocan.

La resolución fundada, se materializará mediante resolución, en el caso de los ministerios por ejemplo, y será acto administrativo, plasmado en un Decreto, en el caso de las Municipalidades.

Agregar, que los mayores reparos de la Jurisprudencia Administrativa, como pudimos notar en cada una de las hipótesis y fallos analizados, se producen por la falta o errónea interpretación o aplicación de las normas; la falta de cumplimientos de los requisitos en su conjunto, o la equivocada calificación jurídica.

También se han producido reparos, debido a la fragmentación de compras con el propósito de variar el procedimiento de contratación. Cuestión que está expresamente prohibida por la Ley de Compras y su Reglamento, en los artículos 7° inciso final y 13° respectivamente.

Por tratarse de un proceso de contratación excepcional, debe aplicarse restrictivamente, cumpliendo en su aplicación todas y cada una de las circunstancias y características, que conforme a la naturaleza descrita, dieron origen a las diversas hipótesis planteadas en las normas.



UNIVERSIDAD
Finis Terrae

BIBLIOGRAFÍA

Contraloría General de la República. Pronunciamientos Jurídicos. Dictámenes.
<https://www.contraloria.cl/web/cgr/dictamenes-y-pronunciamientos-juridicos>

Contraloría General de la República. Informe Auditoría Administrativa N°88316.

Dirección Chile Compras. Directiva de Contratación Pública N° 10, Instrucciones para la Utilización Del Trato Directo. (2008)

<https://www.chilecompra.cl/wp-content/uploads/2016/11/directiva-n10.pdf>

Dirección Chile Compras. Mesa de Trabajo de Probidad Municipal. Contrataciones a través de Trato o Contratación Directa. (2016)

<https://www.chilecompra.cl/wp-content/uploads/2017/02/3-Compras-por-Trato-Directo.pdf>

Dirección Chile Compras. Políticas Y Condiciones De Uso Modalidad Microcompra.

https://www.mercadopublico.cl/MicroCompra/Content/pdf/Condiciones_de_uso.pdf

Transparencia y Competencia En Las Compras Públicas Chilenas Enero De 2019 Chile Transparente, Capítulo Chileno De Transparencia Internacional Observatorio Del Gasto Fiscal En Chile.

http://www.chiletransparente.cl/wp-content/files_mf/1563468048CompiladodeComprasPublicas12MAR19.pdf

Silva Cimma, Enrique. (1995) Derecho Administrativo chileno y comparado. Actos, contratos y bienes (1), Editorial Jurídica de Chile.

Celis Danzinger Gabriel. (2020). Manual de Derecho Administrativo General. Chile: Shammurabi.



UNIVERSIDAD
Finis Terrae

Navarro Beltrán, Enrique. (2012). Jurisprudencia Constitucional En Materia De Control De Legalidad: (Toma De Razón Y Potestad Dictaminante) De La Contraloría General De La República. *Revista De Derecho (Coquimbo)*, 19(2), 431-446.

<https://Dx.Doi.Org/10.4067/S0718-97532012000200016>.

Ley N° 19886 De Bases Sobre Contratos Administrativos De Suministro Y Prestación De Servicios.

Decreto N° 250. Que aprueba el Reglamento de la Ley N° 19886 De Bases Sobre Contratos Administrativos De Suministro Y Prestación De Servicios.

Ley N° 19880. Establece Bases De Los Procedimientos Administrativos Que Rigen Los Actos De Los Órganos De La Administración Del Estado.

Ley N° 18.575. Orgánica Constitucional De Bases Generales De La Administración Del Estado.

DFL 3. Ley de Propiedad Industrial.

Ley 17336 de Propiedad Intelectual.

Decreto 854. Sobre determinación de las clasificaciones presupuestarias.