



UNIVERSIDAD
Finis Terrae

UNIVERSIDAD FINIS TERRAE
FACULTAD DE DERECHO
DIRECCIÓN DE POSTGRADO

**LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE EFICIENCIA, EFICACIA,
PROBIDAD Y TRANSPARENCIA Y LOS MECANISMOS DE
CONTROL ADMINISTRATIVOS EN LOS PROCESOS DE COMPRAS
PÚBLICAS.**

INÉS JORQUERA RODRÍGUEZ

Tesina presentada a la Dirección de Postgrados de la Facultad de Derecho de la
Universidad Finis Terrae para optar al grado de Magíster en Derecho Público
mención Transparencia, Regulaciones y Control.

Director Tesina: José Luis Lara Arroyo.

Santiago, Chile

2020

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO I LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA Y LA LEY 19.886 DE COMPRAS PÚBLICAS.....	6
1.1. Historia legislativa de la contratación administrativa	6
1.2. Marco jurídico aplicable de la Ley 19.886 y su alcance en los órganos de la administración pública.....	11
1.3. Normas complementarias en materia de contratación administrativa y compras públicas	13
CAPÍTULO II LOS PRINCIPIOS DE EFICIENCIA, EFICACIA, TRANSPARENCIA Y PROBIDAD EN LOS PROCESOS DE COMPRAS PÚBLICAS.....	17
2.1. Concepto y aplicación de los principios en materia administrativa.....	17
2.2. Consagración legislativa de los principios de eficiencia, eficacia, transparencia y probidad.....	19
2.3. Análisis conceptual.....	21
a) Los principios de eficiencia y eficacia.....	22
b) El principio de transparencia	26
c) El principio de probidad.....	29
2.4. Alcance, contenido y aplicación de los principios de eficiencia, eficacia, transparencia y probidad en los procesos de compras públicas	33
CAPÍTULO III LOS MECANISMOS DE CONTROL ADMINISTRATIVOS EN LOS PROCESOS DE COMPRAS PÚBLICAS	3938
3.1. El control administrativo	39 38
3.2. El rol fiscalizador en los procesos de adquisición y contratación administrativa ¿En quién recae?.....	40

3.3. Aplicación y alcance de los mecanismos de control en los procesos de compras públicas 43

CONCLUSIONES **4645**

BIBLIOGRAFÍA **48**

INTRODUCCIÓN

El Estado en el ejercicio de sus funciones requiere de la contratación de bienes y provisión de servicios que le permitan cumplir con el rol que Constitucionalmente le ha sido asignado. Para ello, se vinculará jurídicamente con los particulares mediante la celebración de contratos administrativos.

Las altas sumas que involucran la contratación administrativa, hacen del todo necesario que la Administración actúe dentro del ámbito de competencias que le son conferidas y los funcionarios de su dependencia actúen en el ejercicio de sus labores en base a un alto estándar ético con el objeto de optimizar el patrimonio y recursos disponibles, resguardando que éstos sean utilizados para los fines que han sido requeridos y ajustados a la normativa vigente.

El proceso de modernización del Estado llevado a cabo en Chile a partir del año 1994, tuvo como consecuencia una profunda reforma en esta materia. Ya en esa época la Contraloría General de la República, los tribunales de justicia y la doctrina administrativista habían desarrollado los principios que rigen la contratación pública e interpretado la escasa y dispersa normativa que regía en ese entonces. En razón de ello, se publicaron diversas leyes que vinieron a regular en forma específica y sistemática el sistema de compras y contratación pública del Estado y los principios que regirán dichos procedimientos.

En ese contexto, importante es definir si las reglas y principios que en estos cuerpos normativos se contienen, se encuentran suficientemente definidos a objeto de que los servicios realicen una adecuada lectura de su aplicación y alcance para ejercer en el ejercicio de la función un control interno permanente.

Entre se orden de ideas, muy relevantes en el ámbito de las compras públicas son principios de eficiencia, eficacia, probidad y transparencia, los cuales desde luego deben ser fiscalizados con la finalidad de verificar su cumplimiento, pues su inobservancia acarrea responsabilidad administrativa, derivando en la aplicación de sanciones.

Por tal razón, que la materialización de la función de control es fundamental en el seguimiento y monitoreo de materias relevantes como la asignación y posterior ejecución de los recursos del Estado, ya que es valioso no tan sólo para resguardar que los órganos del Estado actúen con apego a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, ejerciendo precisamente las atribuciones y cumpliendo las tareas asignadas por ley, sino porque esta función pública es uno de los campos o áreas de actividad administrativa en los que aumenta el riesgo objetivo de conductas corruptas.

Por lo anterior, mediante la investigación de la literatura administrativa existente sobre la materia de análisis, se busca determinar el ámbito de competencias de los organismos obligados por la Ley N° 19.886 sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios y el alcance del control en la aplicación de los antedichos principios en esta materia, en miras de determinar la efectividad de la función fiscalizadora realizada por los órganos que la ejercen.

CAPÍTULO I LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA Y LA LEY 19.886 DE COMPRAS PÚBLICAS

1.1. Historia legislativa de la contratación administrativa.

La contratación administrativa durante décadas estuvo a cargo de la Dirección de Aproveccionamiento del Estado, órgano que efectuaba la adquisición, almacenamiento y distribución de todos los elementos necesarios para el funcionamiento de la Administración Pública.

Esta Institución surgió legislativamente con la promulgación del Decreto con Fuerza de Ley N° 2.925 de fecha 30 de diciembre de 1927, cuya elaboración se basó en la propuesta del Asesor Técnico de la Contraloría General de la República de la época¹, el cual consideró para su creación el interés público de reunir en un sólo organismo administrativo todas las operaciones de compra. Bajo ese contexto, al centralizar la contratación administrativa se buscaba mejorar la organización de los servicios de aprovisionamiento del Estado y el control en las adquisiciones, razón por la cual se dotó al jefe de dicha entidad de amplias facultades para responder al Presidente de la República de la eficiencia de los servicios a su cargo.

Dentro de las funciones del Director de Aproveccionamiento se encontraba formar las especificaciones técnicas y la nomenclatura de materiales de consumo que sirvieran de base para la solicitud de propuestas públicas, la posterior apertura de ofertas y dar cuenta del resultado de ellas para la aprobación del Consejo Directivo del organismo². Es posible apreciar que los procesos de compra en este período se regían por regla general en base a las propuestas públicas elaboradas por dicho servicio y las ofertas que conforme a esos antecedentes presentaran los proveedores interesados, estableciéndose una excepción a la centralización en los casos especiales autorizados por el Gobierno para la

¹ Artículo 1° D.F.L. 2.925 que crea la Dirección de Aproveccionamiento del Estado.

² Facultades y obligaciones del Director de Aproveccionamiento establecidas en la letra d) y e) del artículo 8° del D.F.L. 2.925. De conformidad a lo dispuesto en el artículo 3° de este cuerpo normativo, "El Director será asesorado por un Consejo Directivo, formado por un delegado de cada Ministerio, nombrado por el Presidente de la República. Presidirá el Consejo el Ministro de Hacienda y en su ausencia, el Director del Servicio".

adquisición, fabricación o enajenación de determinados elementos sin la intervención de la Dirección de Aprovisionamiento del Estado³.

Posteriormente, con la dictación de la Ley Orgánica N° 4.800⁴ se estableció detalladamente el ámbito de acción, el personal que integraría el servicio, la regulación de sus funciones y el procedimiento de rendición anual de cuentas por las operaciones que serían ejecutadas. Interesante resulta mencionar sobre este cuerpo normativo, la instauración de la licitación pública como procedimiento de aplicación general, en el cual se establecieron expresamente las excepciones que configurarían la aplicación de una modalidad excepcional de contratación⁵.

Las modificaciones legislativas que se promulgaron sucesivamente sobre la regulación de adquisiciones y compras del sector público, concluyeron en el año 1978 con la dictación del Decreto N° 404 del Ministerio de Hacienda, que refundió la Ley Orgánica de la Dirección de Aprovisionamiento del Estado.

A partir del año 1990 las políticas gubernamentales en nuestro país se centraron en la estabilidad, fortalecimiento y modernización del Estado, a través de la formación de comisiones especializadas y/o intersectoriales que analizaron la realidad país para definir los lineamientos y posteriores reformas a implementar en Chile, con el objeto de mejorar la gestión de la función pública. Así, durante el gobierno de don Patricio Aylwin se realizó un reconocimiento de los problemas que presentaba la administración pública, en cuanto a la falta de coordinación intergubernamental; escasa capacidad tecnológica; criterios organizacionales obsoletos; y recursos humanos y financieros reducidos⁶, para posteriormente, centrarse el gobierno de don Eduardo Frei Ruiz-Tagle, en la modernización del Estado, creando con tal finalidad el Comité Interministerial de Modernización de la

³ Artículo 4° D.F.L 2.925 que crea la Dirección de Aprovisionamiento del Estado.

⁴ Promulgada el 24.01.1930.

⁵ En tal sentido, el artículo 10° señala que "podrá omitirse la licitación pública: 1.o Cuando se trate de adquisiciones cuyo monto no exceda de diez mil pesos; 2.o Cuando los materiales sean de tal naturaleza que su compra no pueda sujetarse a licitación o no hubiere oportunidad de pedir propuestas públicas; 3.o Cuando se trate de artículos que deben adquirirse directamente del productor; 4.o Cuando se trate de casos urgentes o imprevistos, relacionados con los artículos por adquirir. En estos casos las adquisiciones no podrán exceder de la cantidad necesaria para satisfacer la urgencia que los motive; 5.o Cuando se trate de artículos patentados en el extranjero y que se adquieran por contratos directos con el fabricante; y 6.o En los demás casos que determine el Consejo, por el voto de los tres cuartos de los miembros presentes".

⁶⁶ TELLO NAVARRO, F., La política de reforma y modernización de la gestión pública en Chile: Actores y procesos, Revista Universum, N° 26, Vol. 2, p. 248.

Gestión Pública, para impulsar y coordinar los esfuerzos modernizadores de los Ministerios y servicios del Estado y diseñar y proponer políticas generales sobre la materia⁷ y la Comisión Nacional de Ética Pública⁸, como instancia de estudio y elaboración de propuestas de políticas públicas e iniciativas legales que, contribuyeran a perfeccionar la democracia y a reforzar los procedimientos e instituciones que cautelan el cumplimiento de los deberes legales y éticos en la actividad pública⁹.

En ese contexto, el informe del Comité de Ética Pública en cuanto a contratación pública, hizo presente la gran cantidad de recursos que maneja el Estado para la adquisición de bienes y servicios, pudiendo generar espacios de desarrollo a la corrupción y en consecuencia debilitar y/o destruir la probidad pública. Por ello, estableció *que la transparencia e imparcialidad de las regulaciones de los contratos y las licitaciones del Estado, son los medios más eficaces para prevenir y controlar la corrupción, observando en ese contexto que en nuestro país las normas que regulan los contratos y las licitaciones estatales son heterogéneas y están diseminadas en distintos instrumentos legales. Por esta razón este órgano propuso legislar para establecer una Ley Marco sobre Contratos y Licitaciones del Estado, en la cual se asegurara la transparencia, objetividad, imparcialidad, certidumbre del cumplimiento contractual y detallada publicidad de todos los procesos de adjudicaciones de compra de bienes y servicios por parte del Estado y simultáneamente se le diera homogeneidad y coherencia a la legislación sobre el tema. Adicionalmente sugirió que se adoptara un sistema de adjudicación electrónica de las propuestas del Estado a sus proveedores y reglamentar el sistema de adquisiciones de las Municipalidades*¹⁰.

A partir de este levantamiento de información se inició un análisis y estudio profundo de las políticas necesarias para mejorar la gestión del Estado, implementándose incipientes y aisladas medidas que se abordaron de forma

⁷ Ibid., p. 250.

⁸ Mediante Decreto Supremo 453 del Ministerio del Interior que crea la Comisión Nacional de Ética Pública.

⁹ En detalle el artículo 1º Decreto Supremo 453 del Ministerio del Interior, establece los objetivos de la Comisión Nacional de Ética Pública.

¹⁰ Informe Comisión Nacional de Ética Pública, Revista de Ciencia Política, Vol. 18, (1996), p. 211, Repositorio Pontificia Universidad Católica de Chile, disponible en <https://repositorio.uc.cl/handle/11534/10870?show=full>

integral, durante la segunda etapa del gobierno del Presidente Frei. En ese orden de ideas, relevante es destacar el Programa de Reforma presentado por el Comité Interministerial de Modernización de la Gestión Pública enmarcado en el Plan Estratégico 1997-2000, el cual respecto de la Reforma al Sistema de Compras y Contrataciones del Sector Público¹¹, estableció las directrices e iniciativas que se ejecutarían entre 1998 y 2000, consistentes en crear un sistema de informaciones y difusión del sistema de compras gubernamentales, una normativa marco de compras y contrataciones del sector público y reglamentos por servicios, un sistema de intermediación de compras gubernamentales y una unidad de asistencia técnica¹².

En base a ello y teniendo en consideración el proceso en marcha de modernización de la gestión del Estado, la necesaria incorporación y aprovechamiento de nuevas tecnologías para el logro de los objetivos programados en materia de gestión de adquisiciones y contrataciones, la consagración y observancia de los principios de probidad, publicidad y transparencia en el combate a la corrupción fortaleciendo la ética pública, se dictó por el gobierno el Decreto Supremo N° 1.312 del Ministerio de Hacienda¹³, que estableció el Sistema de Información de Compras y Contratación Pública, asignándosele a dicha cartera de Estado las labores de coordinación de las compras y contrataciones públicas que sean necesarias para los diversos organismos del Sector Público, con la asesoría de un Consejo integrado por especialistas dirigido por el Subsecretario de Hacienda, quién también los designaría. Adicionalmente correspondería a la Subsecretaría la responsabilidad de contratar los servicios de procedimientos computacionales necesarios para el desarrollo y operación de este sistema, el cual debía encontrarse disponible en la red de internet.

En paralelo se le asignó a la Dirección General de Aprovisionamiento del Estado llevar un listado actualizado de antecedentes de aquellas personas

¹¹ Programa de Reforma al Sistema de Compras y Contrataciones del Sector Público, enero 1998 y disponible en http://intranet.goreloslaqos.cl/GoreloslaqosIntraNeo/CONTROLS/NEOCHANNELS/Neo_CH5309/Deplow/politica.pdf

¹² *Ibid.*, pp. 7 – 8.

¹³ Publicada el 26.11.1999.

naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras que manifiesten su voluntad de participar como proveedores en los procesos de compras y contratación pública que bajo este soporte se realizaran, el cual estaría disponible para los usuarios de la plataforma¹⁴.

La aplicación del sistema consideró a los órganos y servicios públicos contemplados en el artículo 1º de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado¹⁵, con excepción de la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas, las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, el Consejo Nacional de Televisión, las empresas públicas creadas por ley y las Municipalidades sin perjuicio de poder acogerse voluntariamente a esta normativa¹⁶. Esta disposición fue posteriormente modificada, incluyendo a las Instituciones que inicialmente tenían posibilidad de acogerse voluntariamente¹⁷.

Mientras se desarrollaba el sistema de información de compras públicas, se dictó la Ley N° 19.653 sobre Probidad Administrativa aplicable a los Órganos de la Administración del Estado¹⁸, que introdujo modificaciones a la Ley 18.575, estableciendo que los contratos administrativos se celebrarán previa propuesta pública, en conformidad a la ley, e incorporando la modalidad de contratación de licitación privada y trato directo y los presupuestos generales de su aplicación¹⁹. Es en este momento que se consagran legislativamente las modalidades de contratación que integran el sistema de compras públicas, instaurando a la propuesta o licitación pública como la regla general, y la licitación privada y el trato directo, como excepcionales. En ese tenor se estatuyó que la licitación privada podrá implementarse previa resolución fundada y el trato directo, sólo en atención a la naturaleza de la negociación.

¹⁴ Artículo séptimo Decreto Supremo 1.312 del Ministerio de Hacienda que establece el Sistema de Información de Compras y Contratación Pública.

¹⁵ Artículo 1º Ley N° 18.575 "para los efectos de esta ley, se entenderán por Administración del Estado los órganos y servicios indicados en el artículo 1º de la ley N° 18.575, salvo las empresas públicas creadas por ley y demás casos que señale la ley".

¹⁶ Artículo cuarto Decreto Supremo 1.312 del Ministerio de Hacienda que establece el Sistema de Información de Compras y Contratación Pública.

¹⁷ La Ley N°19653 en su artículo 1º N° 1, modificó el artículo 1º de la Ley N° 18.575

¹⁸ Ley sobre probidad administrativa aplicable de los órganos de la administración del estado, dictada el 14.12.1999.

¹⁹ Artículo 1º numeral 6 de la Ley N° 19.653, que introduce un nuevo artículo 8 bis a la Ley Orgánica N° 18.575.

Las otras iniciativas propuestas por el Comité Intersectorial se encontraban en curso legislativo²⁰, concluyendo con la promulgación de la Ley 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos y la Ley 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

La Dirección de Aprovechamiento del Estado ejerció sus funciones de contratación administrativa hasta la entrada en vigencia de la Ley 19.886, ya que en su artículo 37° derogó el Decreto Supremo N° 404, de 1978, del Ministerio de Hacienda, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 353, de 1960 de la su Ley Orgánica.

Los cambios que apuntaron a la modernización del Estado, en especial la ley marco que homogenizó en gran medida la normativa de adquisiciones de productos y servicios del Estado, la creación de la Dirección de Compras y Contratación Pública (ChileCompra) como unidad gubernamental centralizada y especializada y la plataforma de intermediación con los proveedores del estado denominado mercado público, dieron origen al régimen de contratación administrativa que conocemos hoy.

1.2. Marco jurídico aplicable de la Ley 19.886 y su alcance en los órganos de la administración pública.

La aprobación de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios 19.886²¹, estableció un marco regulatorio para las adquisiciones y contrataciones que deben llevar a cabo los distintos órganos de la Administración del Estado, en el cual priman los principios de eficiencia, eficacia, publicidad y transparencia en la ejecución de los procesos de compras públicas y en consecuencia en la administración y gestión de los recursos del Estado, como una herramienta para combatir la corrupción e inhibir las conductas contrarias a la probidad, debido a que los funcionarios deben

²⁰ El 27.10.1999, el Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle remitió el Mensaje sobre el Proyecto de la Ley de Bases Sobre Contratos Administrativos y de Suministro y el 04 de octubre de 2000 el Presidente Ricardo Lagos Escobar remitió el Mensaje sobre el Proyecto de Ley que establece plazos para el procedimiento administrativo y regula el silencio administrativo.

²¹ Cuerpo normativo promulgado el 11.07.2003 y publicado en el Diario Oficial el 30.07.2003.

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 los sistemas electrónicos o digitales que establezca al efecto la Dirección de Compras y Contratación Pública. Este servicio se creó formalmente el 29 de agosto del año 2003 de conformidad a lo establecido en el artículo 28 de la mencionada regulación, sin perjuicio de que las bases del origen de su programa se remontan a fines de la década de los noventa, en el contexto del profundo proceso de modernización del Estado²².

Esta ley viene a unificar en gran medida la contratación administrativa del Estado, tratando específicamente los contratos de suministro y prestación de servicios, cuya aplicación primará por sobre otras que regulen los contratos administrativos en general. Su implementación fue entregada a la potestad reglamentaria de ejecución con la dictación del Decreto Supremo N° 250 del Ministerio de Hacienda, correspondiente al año 2004²³. Así el artículo 1° de este cuerpo legal prescribe que *“Los contratos que celebre la Administración del Estado, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones, se ajustarán a las normas y principios del presente cuerpo legal y de su reglamentación”*. Sus principales innovaciones radicarón en la centralización efectiva de las compras públicas, con la creación de ChileCompra, el desarrollo de los sitios web www.chilecompra.cl y www.mercadopublico.cl como plataforma pública de acceso universal de intermediación entre la demanda estatal y la oferta privada y la creación de un Registro Nacional de Proveedores.

El establecimiento de esta plataforma pública de transacciones para las adquisiciones de productos y servicios del Estado, mantiene a disposición de las entidades, de los proveedores y los ciudadanos todos los antecedentes relativos a la contratación administrativa, mejorando con la automatización la aplicación de los principios de eficiencia y eficacia y el resguardo a la publicidad y transparencia

²² Historia de ChileCompra, disponible en <https://www.chilecompra.cl/que-es-chilecompra/nuestro-historia/>

²³ “En un sentido estricto, la potestad reglamentaria alude a la atribución especial del Presidente de la República para dictar normas jurídicas generales o especiales, destinadas al gobierno y administración del Estado o a la ejecución de las leyes”. CORDERO QUINZACARA, E., El sentido actual del dominio legal y la potestad reglamentaria, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXII, 1° Semestre 2009, p. 416.

de los actos de los órganos de la administración del Estado que guardan relación con la ejecución del presupuesto público.

Adicionalmente la ley fue clara en establecer a la licitación pública como modalidad general de contratación para los organismos a los cuales les era aplicable e instauró la obligatoriedad de ejecutar los procesos de compra de bienes y servicios a través del portal de mercado público, independientemente de los montos asociados a la transacción. Sin duda, a su vez, la incorporación de los denominados convenios marco, para los productos de demanda recurrente de los organismos públicos y la creación del Tribunal de Compras y Contratación Pública²⁴, como órgano jurisdiccional especializado competente para conocer de la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación²⁵, fueron los aspectos más novedosos implementados por esta regulación.

Con posterioridad el Ministerio de Hacienda, dictó el Decreto Supremo N° 250, que estableció el Reglamento de la Ley 19.886, ya mencionado y que en particular definió la aplicación y procedimientos del antedicho cuerpo legal.

1.3. Normas complementarias en materia de contratación administrativa y compras públicas.

Como se ha esbozado en los puntos desarrollados anteriormente, la Ley N° 19.886 de carácter especial, tiene directa aplicación sobre los procesos de contratación pública, sin embargo, regirá, a su respecto supletoriamente en todo lo no regulado por sus normas específicas la Ley N° 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos que *“regula los principios y criterios generales a que deberán ajustarse los procedimientos administrativos de los organismos de la Administración”*²⁶. Ambas *“(…) constituyen textos legales de bases, esto es, contienen las reglas y principios directrices mínimos, fundamentales y obligatorios que rigen a los sectores de la administración del Estado, ya en relación con los*

²⁴ Su naturaleza jurídica es la de un órgano jurisdiccional especial e independiente de los órganos de la Administración del Estado, sometido a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema.

²⁵ Artículo 24 de la Ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

²⁶ POBLETE V., J., Actos y Contratos Administrativos, 3ª edición, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2007, p. 29.

*procedimientos administrativos, ya con la celebración de contratos administrativos de suministro y prestación de servicios (...)*²⁷.

Al existir diversas etapas en el procedimiento de contratación administrativa, entre ellos la confección de las bases técnicas y administrativas de la licitación y sus anexos integrantes, el llamado a propuesta pública, las preguntas y respuestas enmarcadas en el proceso licitatorio, la recepción de las ofertas, evaluación de las ofertas, la resolución que declara inadmisibilidad de una o todas las ofertas y en consecuencia la declaración deserción o adjudicación de la licitación, confección y suscripción del contrato, resolución aprobatoria, y emisión de la orden de compra y dentro de los cuales varios de ellos constituyen actos administrativos requiriéndose respecto de éstos motivación o fundamento. En ese sentido, (...) *“no puede desconocerse que con ocasión de los contratos públicos se emiten actos administrativos, como actos trámites que pueden dar lugar a un procedimiento, a través de los cuales la autoridad manifiesta tanto su voluntad de contratar, como de adoptar diversas decisiones conexas, a cuyo respecto cabe aplicar reglas adjetivas –sobre la forma y oportunidad en que debe exteriorizarse, como las de la ley 19.880, por el carácter general, básico y supletorio de su normativa– y sustantivas, respecto de la competencia y fines del Servicio, al tenor de sus reglas propias (...) Así también, cabe manifestar que, si como consecuencia de tales contratos se produce un procedimiento administrativo propiamente tal, con actos trámites y actos finales, solo en lo no regido por la ley 19.886, aludida, rigen las de la ley 19.880 (...)*²⁸”.

A su vez, tiene relevancia la aplicación de la Ley 18.575 en cuanto establece tres principios básicos de la contratación administrativa que se derivan del artículo 9º del DFL N° 1/19.653, que aprueba el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, de Bases Generales de la Administración del Estado, y que se reafirman por la Ley N° 19.886, de Compras Públicas, relativos que la modalidad básica de contratación en la Administración pública es la propuesta pública; el asegurar la libre concurrencia de los oferentes al llamado

²⁷ Dictamen N° 24.152 del año 2005.

²⁸ Dictamen N° 32.424, del año 2005.

administrativo y la garantía de igualdad de los participantes ante las bases que rigen el contrato²⁹.

En cuanto a la ejecución de la función contractual por parte de los órganos de la Administración, la Dirección de Compras y Contratación Pública emite instrucciones asociadas a los procesos de adquisiciones de bienes y servicios de las entidades sujetas a la Ley 19.886 y su Reglamento, las cuales contienen buenas prácticas y recomendaciones en esta materia. Este servicio (...) funda su facultad para emitir normas orientadoras para el sistema de compras y contratación pública en el artículo 30 letra h) de la Ley N° 19.886 al disponer entre sus funciones, *“establecer las políticas y condiciones de uso de los sistemas de información y contratación electrónicos o digitales que se mantengan disponibles”*. Como se advertirá, es un mandato bastante acotado, sin perjuicio de lo cual ha sido invocado para la dictación de una serie de manifestaciones normativas no contenidas propiamente en acto administrativos. Como se podrá advertir, se trata de instrumentos normativos denominados “Guías” o “Directivas” no vinculantes que en principio y como bien lo señala su referencia, se trataría de actos internos de la Administración, asimilándose a la institución del “instructivo” (...) que como tal reconoce existencia en nuestro ordenamiento en la medida que solo produzcan efectos *intra* administración³⁰.

Igualmente es fundamental destacar el Decreto Ley Orgánico de Administración Financiera del Estado N° 1.263, que se relaciona con la asignación, administración y ejecución de los fondos públicos, ya que los procesos de contratación requieren previo a ser *iniciados* *“contar con las autorizaciones presupuestarias que sean pertinentes, previamente a la resolución de adjudicación del contrato definitivo en conformidad a la Ley de Compras y al Reglamento”*, tal

²⁹ Así lo ha señalado CAMACHO CEPEDA, G., Los contratos administrativos, en especial el contrato de suministro”, Derecho Administrativo. 120 años de cátedra, Ed. Jurídica, 2008, p. 376.

³⁰ LARA ARROYO, J. L., *“La responsabilidad del Estado por su actividad jurídica bilateral: el caso de las licitaciones en materia de contrato de suministro y prestación de servicios bajo la Ley N° 19.886”*, Ius Publicum, p. 54.

como lo establece el artículo 3 del Reglamento sobre Compras dispone expresamente las denominadas “Autorizaciones presupuestarias”.³¹

Incluso, la Contraloría General de la República, bajo la potestad dictaminante, posee *amplias atribuciones para impartir instrucciones o emitir dictámenes a requerimiento de los Ministros de Estado, Jefes Superiores de servicio u otras autoridades*³². También puede hacerlo a petición de funcionarios o de particulares cuando, habiéndole solicitado éstos a la administración activa, no se hubiere emitido pronunciamiento alguno o se haya denegado el derecho pretendido³³. Precisamente por lo mismo, se ha sostenido que *“otro medio de fiscalización que se reserva Contraloría es la emisión de dictámenes, al amparo de atribuciones generales que en tal sentido le acuerdan los artículos 6, 9 y 19 de su ley orgánica...”*³⁴.

En razón de ello, el órgano contralor configura la jurisprudencia en el ámbito administrativo, dado el carácter general y obligatorio de sus dictámenes³⁵, (...) especialmente habilitados para precisar el sentido y alcance de una ley y, en general, de las normas positivas³⁶, con el (...) objeto principal de interpretar la regla jurídico-administrativa en su adaptación a los casos concretos (...)”³⁷. Trascendental es entonces esta función ejercida por la Contraloría General de la República, ya que constituye una fuente del Derecho Administrativo, llenando los vacíos existentes a través de interpretación de la legislación aplicable, en especial en materia de contratación pública, en base a un vasto desarrollo y aplicación de los principios y reglas que integran esta disciplina.

³¹ La importancia del presupuesto ha sido destacada por diversos autores, siendo desarrollada en estos términos en el contexto de la responsabilidad del Estado por su actividad bilateral por LARA ARROYO, J. L., en Op. Cit., p. 56.

³² Bajo esta potestad, la Contraloría General de la República impartió instrucciones sobre el cumplimiento del principio de probidad en materia de contratación pública de suministro de bienes muebles y servicios a través de dictamen N° 2.453 del año 2018

³³ AYLWIN AZÓCAR A., Algunas reflexiones sobre la Contraloría General de la República, 2001, p. 608 en NAVARRO BELTRAN, E., “Bases constitucionales de la toma de razón y de la potestad dictaminante de la Contraloría General de la República”, Revista de Derecho Público - Vol. 78, 1° Sem., 2013, p. 106.

³⁴ ARÓSTICA MALDONADO, I., El trámite de toma de razón de los actos administrativos, Revista de Derecho Público, N° 49, 1991, p.159 en NAVARRO BELTRAN, E., “Bases constitucionales de la toma de razón y de la potestad dictaminante de la Contraloría General de la República”, Revista de Derecho Público - Vol. 78, 1° Sem., 2013, p. 106.

³⁵ Artículo 6° inciso 1° de la Ley N° 10.336 de organización y atribuciones de la Contraloría General de la República.

³⁶ CORDERO VEGA, L., Lecciones de Derecho Administrativo. Segunda Edición Corregida. Santiago, Legal Publishing Chile, 2015, pp. 169 –170.

³⁷ En ese sentido SILVA CIMMA, E., Derecho Administrativo Chileno y Comparado: Introducción y Fuentes, Cuarta Edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 294.

CAPÍTULO II LOS PRINCIPIOS DE EFICIENCIA, EFICACIA, TRANSPARENCIA Y PROBIDAD EN LOS PROCESOS DE COMPRAS PÚBLICAS.

2.1. Concepto y aplicación de los principios en materia administrativa.

El concepto de principio en la acepción aplicable al análisis de estudio, ha sido definido en términos generales, como *“norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta”*³⁸.

En la esfera jurídica, los principios (...) *“constituyen normas que contienen mandatos de optimización, y obedecen al criterio de la maximización de un determinado bien jurídico, vale decir, que son cumplidas en la mayor medida posible, y carecen de la estructura clásica de antecedente, consecuencia y sanción propia de las reglas jurídicas tradicionales de tipo kelseniano, que solo pueden ser cumplidas al modo del todo o nada, siendo su criterio el de la realización”*³⁹. Más concretamente se ha definido a los principios generales del derecho como *“aquellos enunciados de la ciencia jurídica que por su grado de generalidad permiten la sistematización coherente del ordenamiento jurídico o de una parte del mismo, orientando la interpretación y aplicación de las normas jurídicas”*⁴⁰. *“Los principios generales del derecho se expresan a través de todas las diversas clases de normas jurídicas, siendo inmanentes a ellas”*⁴¹. En este sentido, orientan el ordenamiento jurídico, formando parte de su estructura normativa, ya sea encontrándose implícitamente mencionados o establecidos formalmente a nivel constitucional o legal.

En el derecho público y especialmente en el ámbito administrativo, cobran especial importancia los principios de probidad y publicidad que cuentan en la actualidad con una consagración constitucional, al haberse incorporado el año

³⁸ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, disponible en <https://dle.rae.es/principio>.

³⁹ ROBERT, A. en CELIS DAZINGUER, G., *“Principios constitucionales en la ley de compras públicas”*, Revista Nomos, Universidad de Viña del Mar, N° 1, 2008, p. 76.

⁴⁰ Terrazas Ponce, J., *“Algunas consideraciones sobre los principios generales del derecho y un breve análisis de su aplicación en el ordenamiento jurídico chileno”*, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte – Sede Coquimbo, Sección Estudios, año 11 N° 1, 2004, p. 144.

⁴¹ LIMA TORRADO, J., *“La naturaleza de los principios generales del Derecho”*, Revista de Ciencias Sociales, N° 23, 2° semestre, año 1983, p. 137 en *Ibid.*, p. 145.

2005 a través de reforma de la carta fundamental⁴², un nuevo artículo 8º que vino a establecer que el ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones y a que serán públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen, prescribiendo que sólo mediante una ley de quórum calificado podrá establecerse causales de reserva o secreto, cuando se afectare el debido cumplimiento de las funciones los órganos involucrados, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional⁴³. Asimismo, son relevantes aquellos principios que se encuentran tipificados en los artículos 3º y siguientes de la Ley Orgánica Constitucional N° 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado, los principios procedimentales de la Ley N° 19.880 que establece las Base de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado y los relativos a las compras públicas de la Ley N° 19.886 de Base de Contratos Administrativos de suministro y prestación de servicios.

La aplicación, desarrollo y utilización de estos principios por parte de la Contraloría General de la República, por medio de la dictación de sus dictámenes, ha profundizado su alcance y sentido, constituyendo además el medio válido constitutivo de jurisprudencia administrativa⁴⁴. La importancia de la potestad dictaminante del órgano contralor⁴⁵ radica en que los abogados, fiscales o asesores jurídicos de las distintas oficinas de la Administración Pública o instituciones sometidas al control de la Contraloría que no tienen o no tengan a su cargo defensa judicial, quedarán sujetos a la dependencia técnica de la

⁴² Ley N° 20.050 Reforma constitucional que introduce diversas modificaciones a la Constitución Política de la República.

⁴³ Artículo 8º incisos 1º y 2º de la Constitución Política de la República.

⁴⁴ Artículo 6º inciso 1º de la Ley N° 10.336 de organización y atribuciones de la Contraloría General de la República.

⁴⁵ En este sentido, NAVARRO BELTRÁN, E. en "*Jurisprudencia constitucional en materia de control de legalidad (toma de razón y potestad dictaminante) de la Contraloría General de la República*", Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, año 19 - N° 2, 2012, p. 446, ha señalado al respecto que (...) La potestad dictaminante de la CGR encuentra su fundamento en la propia Carta Fundamental (arts. 98 y 99), en el derecho de petición y en los artículos 6, 9 y 19 de la Ley Orgánica de la Contraloría. Dichos dictámenes son obligatorios para los funcionarios públicos y no resultan procedentes tratándose de asuntos litigiosos y en aquellos que se encuentran sometidos al conocimiento de los tribunales de justicia.

Contraloría, cuya jurisprudencia y resoluciones deberán ser observadas por esos funcionarios⁴⁶.

2.2. Consagración legislativa de los principios de eficiencia, eficacia, transparencia y probidad.

Nuestro país en armonía con las legislaciones de otros Estados y buscando modernizar la gestión pública orientada en el desarrollo de sus funciones, cumplimiento de sus objetivos, mejorando la eficiencia, la productividad y la calidad de las prestaciones que otorgan los servicios públicos, con el objeto de actualizar los mecanismos jurídicos que previenen y reprimen los fenómenos de la corrupción, el tráfico de influencias y colisión de intereses, en base a una mayor exigencia de transparencia y publicidad de las actuaciones y actos dictados por los órganos de la Administración del Estado, por la estrecha vinculación entre el sector público y privado y la conveniencia de mejorar los mecanismos de control y fiscalización de dichos organismos⁴⁷, creó en abril del año 1994 la Comisión Nacional de Ética Pública⁴⁸, *como instancia de estudio y elaboración de propuestas de políticas públicas e iniciativas legales que, contribuyendo a perfeccionar la democracia, refuercen los procedimientos e instituciones que cautelan el cumplimiento de los deberes legales y éticos en la actividad pública*⁴⁹.

Uno de los objetivos de esta Comisión fue estudiar la legislación nacional vigente en materia de probidad funcionaria con el objeto de proponer perfeccionamientos o reformas, cuyas conclusiones fueron posteriormente plasmadas en un informe final, que abordó el fenómeno de la corrupción en el mundo y el diagnóstico provisorio en el país, la relación preventiva de la probidad en el ejercicio de la función pública, la necesidad de fortalecer la ética pública, el reconocimiento constitucional del principio de probidad funcionaria y transparencia de la función pública, la consolidación de la imparcialidad e independencia de los

⁴⁶ Artículo 19º Ley N° 10.336 de organización y atribuciones de la Contraloría General de la República. En este punto es aplicable el dictamen 40.797/2015 de la Contraloría General de la República, el cual señala *"En este contexto, es necesario recordar que conforme con lo establecido en el inciso final del artículo 6º de la ley N° 10.336, las decisiones y dictámenes de este Ente Contralor, en las materias de su competencia, son obligatorios y vinculantes para los servicios sometidos a su fiscalización, los que no sólo son imperativos para el caso concreto a que se refieren, sino que constituyen la jurisprudencia administrativa que deben observar, lo que se fundamenta en los artículos 6º, 7º y 98 de la Constitución Política de la República, 2º de la ley N° 18.575, y 1º, 5, 6º, 9º, 16 y 19 de la Ley N° 10.336"*.

⁴⁷ Razones esenciales contenidas en el Considerando del Decreto Supremo 453 que crea la Comisión Nacional de Ética Pública.

⁴⁸ Órgano aludido en el capítulo anterior por su rol en los cambios legislativos en materia de contratación administrativa.

⁴⁹ Artículo 1º Decreto Supremo 453 que crea la Comisión Nacional de Ética Pública.

agentes públicos, la revisión de los mecanismos regulatorios de control y fiscalización, la regulación de los contratos y licitaciones estatales, la transparencia del financiamiento político y el perfeccionamiento del sistema penal en el ámbito de la corrupción⁵⁰. El informe final de este órgano técnico, concluyó el año 1996 con 41 recomendaciones en los diversos ejes de análisis, muchas de las cuales se materializaron posteriormente en el año 1999, con la promulgación de la Ley N° 19.653 sobre probidad administrativa aplicable de los órganos de la Administración del Estado, con la regulación *de ámbitos tales como el tráfico de influencias, el uso indebido de información privilegiada, conflicto de intereses, inhabilidades y enriquecimiento ilícito, concurriéndose a modificar asimismo, y tal como se había recomendado por la Comisión, el Código Penal sancionando los delitos de corrupción*⁵¹.

Es en esta época donde se produce (...) la interacción declarativa que se refiere al supuesto de un principio jurídico ya existente que es recogido y declarado en un texto normativo con el efecto general de precisarlo y sistematizarlo por escrito⁵², como ocurrió con la mencionada Ley N° 19.653 que estableció los principios de eficiencia, eficacia, control, probidad, transparencia y publicidad administrativa al reconocerlos expresamente al reemplazar el artículo 3° de la Ley N° 19.653⁵³.

Esta ley declaró que las autoridades y funcionarios deberán velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública⁵⁴, observar el principio de probidad administrativa y, en particular, las normas legales generales y especiales que lo regulan. A su vez, estableció que la función pública se ejercerá con transparencia,

⁵⁰ Informe Comisión Nacional de Ética Pública, Revista de Ciencia Política, Vol. 18, (1996), p. 202-247, Repositorio Pontificia Universidad Católica de Chile, disponible en <https://repositorio.uc.cl/handle/11534/10870?show=full>

⁵¹ Una política integral para la transparencia de la política y administración del Estado, 2005, disponible en <http://www.subdere.gob.cl/documentacion/documento-una-pol%C3%ADtica-integral-para-la-transparencia-de-la-pol%C3%ADtica-y-administraci%C3%B3n>

⁵² DIEZ DE VELASCO, M., Instituciones de Derecho Internacional Público -16ª edición-, Madrid, España, Editorial Tecnos (2007), p. 143.

⁵³ El N° 2 inciso 2° del artículo 1° de la Ley N° 19.653 a la letra señaló "Introdúcense las siguientes modificaciones en la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado: 2° Reemplazase el artículo 3° por el siguiente "(...)La Administración del Estado deberá observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas, y garantizará la debida autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos, respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica, en conformidad con la Constitución Política y las leyes".

⁵⁴ Artículo 1° N° 3 de la Ley N° 19.653, que sustituyó el inciso primero del artículo 5° de la Ley N° 18.575.

de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella y que serán públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial⁵⁵. Sin perjuicio de ello, el requerimiento de información, basado en el principio de publicidad se podía denegar por causales de reserva o secreto establecidos en disposiciones legales o reglamentarias; por impedimento o entorpecimiento del debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido; oposición deducida en tiempo y forma por los terceros a quienes se refiere o afecta la información contenida en los documentos requeridos; por afectación sensible de los derechos o intereses de terceras personas, según calificación fundada del Jefe Superior del órgano requerido y por la afectación de la seguridad de la Nación o del interés nacional. A través de uno o más reglamentos establecerán los casos de secreto o reserva de la documentación y antecedentes que obren en poder de los órganos de la Administración del Estado⁵⁶.

A partir de este momento, se inició la evolución en materia de ética pública, con el reconocimiento normativo de los principios antes indicados en nuestro ordenamiento jurídico, la dictación de una Ley de Procedimientos Administrativos N° 19.880, una ley marco de compras y contrataciones del Estado N° 19.886, la posterior consagración constitucional de los principios de probidad y publicidad, mediante la reforma a la carta fundamental el año 2005, la promulgación de las leyes N° 20.285 de acceso a la información pública, N° 20.730 que regula el lobby y las gestiones que representen intereses particulares ante autoridades y funcionarios y N° 20.880 de declaración de intereses y patrimonio.

2.3. Análisis conceptual.

Con el objeto de determinar el sentido y alcance los principios que rigen el derecho público y en especial la contratación administrativa, se desarrollarán a continuación cada uno de ellos en particular, con el objetivo de disponer de un adecuado marco regulatorio.

⁵⁵ Artículo 1° N° 7 de la Ley 19.653, que incorporó el artículo 11 y el artículo 11bis a la Ley N° 18.575.

⁵⁶ Inciso final artículo 11 bis de la Ley N° 19.653.

a) Los principios de eficiencia y eficacia.

La eficiencia, proviene del latín “efficientia” que significa cualidad del que completa algo⁵⁷. Respecto al concepto de esta palabra corresponde señalar que es la capacidad de disponer de alguien o de algo para conseguir un efecto determinado⁵⁸.

En cuanto a la eficacia, es dable hacer presente que su origen viene del latín “efficacia” y corresponde a la habilidad o capacidad de producir el efecto deseado⁵⁹. Respecto de su contenido, ha sido definida como la capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera⁶⁰.

Si bien ambas palabras se relacionan entre sí, tienen un significado diverso, orientándose la eficiencia a la optimización máxima de los recursos para conseguir un resultado, mientras que la eficacia busca obtener el resultado propuesto.

Estos principios, como se ha señalado anteriormente, se encuentran mencionados en el artículo 3 inciso 2º y 5 inciso 1º de la Ley N° 18.575 General de Bases de la Administración del Estado, sin que se haya definido expresamente su definición y alcance.

El desarrollo en el ámbito jurídico, reconoce a la eficacia como la fuerza y poder para obrar encontrándose vinculada con la efectividad, término que entre nosotros es “lograr los resultados apetecidos o esperados”⁶¹. Consiguientemente, la palabra eficacia sugiere la obtención intencionada, en tanto deliberada y conscientemente orientada a un fin de un resultado o efecto determinado por parte de un agente con poder y fuerza para obrar. Mientras que la eficiencia alude a la

⁵⁷ Concepto etimológico consultado en <http://etimologias.dechile.net/?eficiencia>

⁵⁸ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, disponible en <https://dle.rae.es/eficiencia>

⁵⁹ Raíz etimológica y concepto consultado en <https://es.glosbe.com/es/la/eficacia>

⁶⁰ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, disponible en <https://dle.rae.es/eficacia>

⁶¹ Diccionario Ejemplificado de Chilenismos de la Academia Superior de Ciencias Pedagógicas de Valparaíso, 1985, en CAMACHO CEPEDA., G., Las modalidades de la actividad administrativa y los principios que rigen la actuación la Administración del Estado, p 275.

idoneidad de la actividad dirigida a producir tal fin constituyendo por demás términos estrechamente interrelacionados⁶².

La eficiencia mide la capacidad o la cualidad de la actuación de un sistema o sujeto económico para lograr el cumplimiento de un objetivo determinado, minimizando el empleo de recursos⁶³. Por su parte la eficacia es el logro de las metas propuestas -generalmente analizadas solo desde una perspectiva cuantitativa- por la propia Administración, en especial con el tiempo definido para lograrlas⁶⁴.

En nuestro ordenamiento normativo, los principios de eficiencia y eficacia constituyen un imperativo que la administración debe observar al ejercer sus funciones, constituyendo en determinadas circunstancias uno de los parámetros que exige la probidad administrativa. En tal sentido, se deben utilizar de la mejor manera posible los recursos disponibles para satisfacer los requerimientos públicos objetivos de una organización, cuidando que la relación entre calidad de los productos y sus costos sea la adecuada y que en el proceso de compra no se utilicen más recursos de los estrictamente necesarios. En ese mismo orden de ideas, viene a cobrar vital importancia en la ejecución de la actuación de los funcionarios y de la función pública, el control en sus diversas manifestaciones en el resguardo del patrimonio del Estado. En este ámbito, corresponderá a los órganos de la administración el logro de las metas definidas por el respectivo servicio con un uso óptimo de los recursos, lo que incide en el éxito de la gestión. En base a ello los diversos recursos, comprendidos el esfuerzo de las personas y horario de trabajo destinado a cumplir determinados objetivos, los equipos y herramientas tecnológicas en cuanto a su empleo en la ejecución de las tareas y

⁶² CAMACHO CEPEDA, G., Las modalidades de la actividad administrativa y los principios que rigen la actuación la Administración del Estado, p. 275.

⁶³ BARRA GALLARDO, N., "Probidad Administrativa. Aproximación a la Ley 19.653 y a la jurisprudencia administrativa", Revista Chilena de Derecho, Vol. 30, Ed. Lexis Nexis Conosur, 2002, p. 77

⁶⁴ Contraloría General de la República. Documento de Trabajo. "La Contraloría General y el Control de Eficacia". Revista Chilena de Administración Pública, año II, N° 9, 1996, p. 75 citado por BARRA GALLARDO, N., Probidad Administrativa. Aproximación a la Ley 19.653 y a la jurisprudencia administrativa, p. 78.

los financieros en su correcta inversión en relación al gasto y presupuesto asignado, permiten la buena administración de los fondos públicos⁶⁵.

Más concretamente *la eficacia o la actuación necesaria para la lograr la satisfacción de los fines establecidos por el ordenamiento jurídico y, en todo caso, del interés público, dice relación en el uso del medio con el fin y concretamente con la capacidad o aptitud del medio para alcanzarlo, se usa para la actividad administrativa en general. Se encamina a la obtención del fin de la norma jurídica y se vulnera cuando la Administración usa un medio inadecuado para el fin jurídico*⁶⁶, sin perjuicio de la concreción misma de éste, excluyendo la adopción de fines irreales en la medida que no guarden relación con la efectiva capacidad de que disponga la Administración o que no se dispongan de los medios idóneos para su consecución⁶⁷. Esto recuerda el principio de proporcionalidad, pero no a cualquier precio al exigir una proporción entre los costos y los sacrificios de la medida eficaz y los beneficios que lleva consigo la realización del fin perseguido⁶⁸.

El principio de eficiencia por su parte exige la optimización de la relación de los medios con los fines, lo que se logra seleccionando entre varias alternativas conducentes al mismo cumplimiento, la que implique un menor gasto y dentro de ésta, la que lleve al mejor cumplimiento de los objetivos de la administración. Esta optimización en la consecución del fin es la razón misma de la atribución de potestades discrecionales a la Administración, por lo que su control jurídico debe hacerse desde esta perspectiva.

Ambos principios se relacionan con el deber de servicialidad del Estado establecido en el artículo 1 inciso 4° de la Constitución Política de la República, el cual ha sido reiterado por el artículo 3 de la Ley N° 18.575, cuando insta a la administración a ejercer sus funciones *“atendiendo las necesidades públicas en forma continuada y permanente”, es decir, mediante el servicio público, y*

⁶⁵ Análisis efectuado en base a lo señalado por GARDAIS ONDARZA, G., “El control de legalidad y la eficiencia y eficacia como principios jurídicos fiscalizables”, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XXIII, 2002, p. 323.

⁶⁶ MENÉNDEZ PELAYO, S., “El principio de la eficacia de la función administrativa. Virtualidad práctica: estudio jurisprudencial: Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo”, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1994, p. 16 y ss. en GARDAIS ONDARZA, G., El control de legalidad y la eficiencia y eficacia como principios jurídicos fiscalizables, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XXIII, 2002, p. 328.

⁶⁷ PAREJO ALFONSO, L., *La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública*, números 218 - 219 (1989), p. 15 p. 38 en GARDAIS ONDARZA, G., El control de legalidad y la eficiencia y eficacia como principios jurídicos fiscalizables, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XXIII, 2002, p. 328.

⁶⁸ Idem.

“fomentando el desarrollo del país” a través de las atribuciones que le confieren tanto la Constitución como la ley, así como mediante la aprobación, ejecución y control de las políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal” , en forma eficiente y eficaz⁶⁹ y en cuanto a su aplicación el artículo 5 de esta misma normativa expresa que las autoridades y los funcionarios deben velar por “la eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública”.

El incumplimiento de los principios de eficiencia y eficacia, reconocidos como exigencia en la ley y en la Carta Fundamental, constituyen una transgresión al ordenamiento jurídico, sin perjuicio de un menoscabo al patrimonio del Estado⁷⁰. La infracción a dichos principios, involucra también una contravención al principio de legalidad⁷¹, más bien, el de juridicidad, que impone la existencia de normas jurídicas que vinculan a la Administración cuando actúa y que la someten a Derecho⁷².

Tal como se ha expuesto, si bien estos principios se encuentran consagrados en la legislación vigente, se les ha dotado de contenido mediante la vía de la interpretación doctrinaria y jurisprudencial, por tanto carecen de una definición legal expresa que permita acotar su sentido y aplicación en la actuación administrativa, a pesar de que constituyen elementos relevantes del cumplimiento de otros principios asociados a la ética pública; en ese tenor son *conceptos jurídicos indeterminados con todos los problemas que derivan de esa circunstancia y como la ley no los define, porque son ideas que no admiten cuantificación o determinación a priori, la requieren al momento de su aplicación. En ese evento, sólo debería admitirse una sola solución: se da o no se da la eficacia y la eficiencia en la actuación administrativa*. Lo que es indiscutible es que

⁶⁹ *Ibíd.*, p. 330.

⁷⁰ *Op. Cit.*, PAREJO ALFONSO, L., *La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública*, números 218 - 219 (1989), p. 15 p. 38 en GARDAIS ONDARZA, G, p. 332.

⁷¹ SANTAMARÍA PASTOR, J., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, p. 195.

⁷² JIMÉNEZ CAMPOS, J., *“Derecho constitucional. Sistema de fuentes. De Ignacio Otto”*, Revista Española de Derecho Constitucional, año 8, N° 23, 1988, p. 157.

son valores jurídicos que gozan de protección jurídica y, por lo tanto, se trata de verdaderos principios de Derecho⁷³.

b) El principio de transparencia.

La palabra “transparente” viene del latín y está formada por el prefijo trans- (de un lado a otro) y la raíz del verbo parere que quiere decir "aparecer, comparecer" y en algunos contextos "obedecer" o "estar al servicio de"⁷⁴. En cuanto al concepto universalmente aceptado, es posible señalar que se refiere a lo “claro, evidente, que se comprende sin duda ni ambigüedad”⁷⁵.

Respecto del término jurídico de transparencia, es definido en el inciso 2º del artículo 11 de la Ley Nº 18.575, como una cualidad del ejercicio de la función pública, señalando que ésta conlleva ejercer dicha función de modo que se “permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en el ejercicio de ellas”.

El principio de transparencia, si bien no tiene una consagración constitucional expresa en términos generales, como ocurre con los principios de probidad y publicidad, tiene una estrecha relación con este último, ya que la publicidad de la información es una medida que, al exponer la actividad del gobernante al escrutinio del público, fomenta una cultura de transparencia de la Administración que desincentiva las prácticas corruptas⁷⁶.

En ese sentido, publicidad en términos amplios, es la “cualidad o estado de público”⁷⁷, lo cual nos lleva a analizar ¿Qué es lo público?, señalando al respecto que conceptualmente es, lo “conocido o sabido por todos”⁷⁸,

⁷³ CAMACHO CÉPEDA, CAMACHO CÉPEDA, Gladys, Los principios de eficacia y eficiencia administrativas. Los principios de eficacia y eficiencia administrativas, en La Administración del Estado de Chile. Decenio 1990 - 2000”, Ed. Jurídica Conosur Ltda., 2001, 1ª edición, p. 524.

⁷⁴ Concepto etimológico consultado en <http://etimologias.dechile.net/>. Indicar fecha de revisión! Idem los otros

⁷⁵ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, disponible en <https://dle.rae.es/transparente>

⁷⁶ BERMÚDEZ SOTO, J., Presentación sobre instrumentos Internacionales en la lucha contra la corrupción, IV Seminario Probidad y Transparencia para la Administración, Noviembre – Diciembre 2013.

⁷⁷ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, disponible en <https://dle.rae.es/publicidad>

⁷⁸ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, disponible en <https://dle.rae.es/p%C3%BAblico>

entendiéndose con ello la estrecha vinculación que existe entre los mencionados principios, ya que se asegura la transparencia de la actuación de los órganos del Estado y de sus funcionarios, en la medida que sus actos y fundamentos sean públicos o se encuentren a disposición de los ciudadanos. *La publicidad, consiguientemente, se predica de la información pública y el grado de su realización no se debe medir exclusivamente por la voluntad o disposición a la entrega de la misma una vez que ha sido solicitada, sino porque ésta tenga el estado de público, lo que involucra que esté a disposición de cualquier persona a medida que se vaya generando. Facilitar la publicidad tiene un efecto positivo inmediato de desburocratizar y de allanar al ciudadano el ejercicio de su derecho a la información pública*⁷⁹.

*El acceso a la información debe garantizarse, aunque duela, pues ello facilita la prevención y el control (accountability) de la conducta de los integrantes de los órganos y entes públicos. También y más importante aún, permite ingresar al círculo virtuoso que genera la transparencia, cuyos efectos son directamente proporcionales a la “incomodidad” de las autoridades que se pretende examinar*⁸⁰.

El legislador estableció los principios de transparencia y publicidad por primera vez, con motivo de las reformas a la normativa promotora de la probidad, precisamente porque facilitan la vigencia real de los valores consustanciales a la ética pública en el ámbito administrativo. Los deberes específicos relacionados con la publicidad obligan a la autoridad a abstenerse de toda subjetividad o tendencia a considerar en sus decisiones motivaciones de orden particular y a ser muy cuidadosa en fundamentarlas con racionalidad y proporcionalidad, para así descartar la intervención de consideraciones éticamente reprochables⁸¹.

Sin perjuicio de las ideas desarrolladas en los párrafos precedentes, es necesario aclarar que publicidad y transparencia no son términos equivalentes o idénticos como lo ha indicado el Profesor Navarro, ya que en palabras del profesor

⁷⁹ CAMACHO CEPEDA, G., Derecho Administrativo. 120 años de cátedra., “Las modalidades de la actividad administrativa y los principios que rigen la actuación la Administración del Estado”, Ed. Jurídica, p. 271.

⁸⁰ Vid. FERREIRO, A., *Razones para promover la Transparencia Pública y Privada*, presentación Seminario Internacional sobre Acceso a la Información, Santiago, octubre de 2005, disponible en www.proacceso.cl.

⁸¹ ASTORQUIZA ALTANER, G. Legislación, control y cultura de probidad, exposición realizada en el Seminario Función Pública y Corrupción, organizado por la Contraloría General de la República y la Fiscalía Nacional del Ministerio Público, Septiembre 2003, Revista Española de Control Externo, pp. 68 – 69.

Pantoja “(...) la publicidad se entiende como hecho de notificar o publicar un acto, pero el sentido que le asigna la Ley sobre Probidad Administrativa fue más bien el de dar a conocer y tener siempre a disposición de los ciudadanos los actos de la administración. La publicidad, entonces, está estrictamente ligada a los actos de la Administración, en tanto que la transparencia está vinculada a los procedimientos, contenidos y fundamentos de estos actos”; en cambio, según lo expresado por el profesor Nogueira, el principio de transparencia “dice relación con el conocimiento de algo, que no es lo mismo que la publicidad. Desde este punto de vista, la publicidad se vincula más bien con la obligación del órgano que desarrolla la función de entregar al público los temas que son de relevancia pública. En cambio, la transparencia implica que la ciudadanía tiene derecho a reclamar esa información para que la actuación del órgano sea efectivamente legitimada desde el punto de vista de lo que es una sociedad democrática”⁸². En el mismo sentido, el senador Larraín hizo presente que la publicidad “consiste en dar a conocer los contenidos y fundamentos de las decisiones que se adoptan”, mientras que la transparencia “significa que las personas puedan acceder a la información”⁸³.

Entonces ¿Por qué es necesaria una mayor transparencia?, en palabras del actual Contralor General de la República, es porque “se produce un incentivo a la eficacia y eficiencia ya que el secretismo potencia la ineficacia e ineficiencia en el actuar administrativo. El hecho que los actos de los agentes públicos se encuentren sometidos a las miradas del público, al menos representa un desincentivo para la desidia, ineficacia, ineficiencia y la dilapidación de recursos en el obrar de la Administración”⁸⁴.

Los objetivos que persiguen los principios de publicidad y transparencia están orientados principalmente a terminar con el secretismo tradicional; favorecer el control sobre las autoridades (profesionalización de la administración) y los

⁸² PFEFFER, E., Reformas Constitucionales 2005. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, (2005), pp. 29 – 30, analizado por NAVARRO BELTRÁN, E., en “Bases constitucionales del principio de transparencia”, Revista de Derecho Universidad Finis Terrae, Segunda época año I, Nº1-2013, Transparencia y acceso a la información, P.153.

⁸³ En Senado de la República (2006), Reformas constitucionales 2005, historia y tramitación, p. 49, citado por NAVARRO BELTRÁN, E., en *Ibid.*, p. 153.

⁸⁴ BERMÚDEZ SOTO, J., *Op. Cit.*, p. 38.

órganos estatales y favorecer la participación ciudadana y mejorar la gestión pública⁸⁵.

En este mismo contexto, se ha señalado *que existen numerosas medidas simples de control que pueden ser utilizadas para aumentar la transparencia. Entre ellas están, por ejemplo, la exigencia a los funcionarios públicos de declarar su patrimonio e intereses y la publicidad de todos los actos de la administración del Estado. Este tipo de medidas apunta a facilitar el control interno y externo de los funcionarios y sin duda es fundamental para evitar la corrupción*⁸⁶, lo cual viene a contribuir en la ética pública y en la eficiente administración de los recursos estatales por parte de los agentes públicos

Sobre su contenido normativo, el artículo 4 inciso 2° de la Ley 20.285 de Acceso a la Información Pública establece que *“el principio de transparencia de la función pública consiste en respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley”*, estructurales de la gestión contractual de la Administración del Estado, los cuales contribuyen con su aplicación en la protección del patrimonio público. En el mismo orden de ideas, el artículo 13 inciso 2° de la Ley 18.575 instauró que la transparencia administrativa es aquella en que se permite y promueve el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella.

c) El principio de probidad.

El vocablo "probidad" tiene su origen etimológico del latín "probitas", que significa bondad, rectitud⁸⁷.

⁸⁵ CAMACHO CÉPEDA, G., Derecho Administrativo. 120 años de cátedra, Las modalidades de la actividad administrativa y los principios que rigen la actuación la Administración del Estado, p. 274.

⁸⁶ SOTO, R., "La corrupción", Programa de Postgrado en Economía, ILADES-Georgetown University y Banco Central de Chile, agosto del 2000, versión preliminar, p.36.

⁸⁷ Concepto etimológico consultado en <http://etimologias.dechile.net/>

En cuanto a su nomenclatura conceptual, la probidad ha sido definida por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española como honradez, integridad y rectitud en el actuar⁸⁸.

Para el derecho administrativo, el concepto de probidad administrativa tiene dos alcances. Por una parte, viene a constituir la finalidad o propósito de la ética específica de la función pública, consistente en que los agentes públicos actúen en forma moralmente correcta en el desempeño de sus funciones. Por la otra, representa una cualidad o virtud moral que poseen o pueden desarrollar los agentes públicos y que, al tenerla realmente, los impulsa a actuar de un modo ético o moralmente correcto en el ejercicio de su función⁸⁹. Es considerado como un principio básico o fundamental en la estructuración y funcionamiento del Gobierno y la Administración del Estado, y se la incluye junto con los otros dos principios esenciales de la administración en un Estado de Derecho contemporáneo, cuales son la legalidad y la eficiencia. Estos tres principios conforman la trilogía que configura el basamento del modelo de una Administración Pública idónea e ideal⁹⁰.

Este principio rector constituye una base esencial para el correcto ejercicio de la función pública y por ello se proyecta al ejercicio de toda función pública con independencia del cuerpo de normas y especificidad de la ley estatutaria que regule a quien la desarrolla⁹¹.

Tal como se ha señalado precedentemente la Constitución Política de la República en su artículo 8 inciso 1º establece **la obligación de dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones a quienes ejercen funciones públicas**. Sin embargo, su contenido ha sido desarrollado en el artículo 52 inciso 2º de la Ley General de Bases de la Administración del Estado N° 18.575, la cual señala que *“consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia*

⁸⁸ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, disponible en <https://dej.rae.es/lema/probidad>.

⁸⁹ DRAPKIN BUNSTER, Á., Algunas precisiones sobre la noción de probidad en la Función Pública, 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, p. 7.

⁹⁰ *Ibid.* p. 7.

⁹¹ SILVA CIMMA, E., Derecho Administrativo y Comparado, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1993, p. 122.

del interés general sobre el particular”. De acuerdo lo prescribe el artículo 53 de la misma ley, “el interés general exige el empleo de medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, para concretar, dentro del orden jurídico, una gestión eficiente y eficaz. Se expresa en el recto y correcto ejercicio del poder público por parte de las autoridades administrativas; en lo razonable e imparcial de sus decisiones; en la rectitud de ejecución de las normas, planes, programas y acciones; en la integridad ética y profesional de la administración de los recursos públicos que se gestionan; en la expedición en el cumplimiento de sus funciones legales, y en el acceso ciudadano a la información administrativa, en conformidad a la ley”.

Este principio, tiene por objeto impedir que las personas que desempeñan cargos o cumplen funciones públicas puedan ser afectadas por un conflicto de interés en su ejercicio, aun cuando aquel sea solo potencial, para lo cual deberán cumplir con el deber de abstención que impone la ley⁹².

En su aplicación, la Contraloría General de la República ha señalado que “los funcionarios deben priorizar en el ejercicio de sus funciones, el interés público por sobre el privado, actuando con objetividad, imparcialidad y transparencia en su gestión, evitando que sus prerrogativas o esfera de influencias se proyecten en sus actividades particulares”⁹³ y que lo contraviene especialmente, “(...) el solicitar, hacerse prometer o aceptar, en razón del cargo o función, donativos, ventajas o privilegios de cualquier naturaleza, sea para sí o para terceros”⁹⁴. A su vez que, (...) “conforme lo establecen los artículos 52 y 53 de la citada ley N° 18.575, implica observar una conducta intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular, y se expresa -en lo que interesa-, en el recto y correcto ejercicio del poder público por parte de las autoridades administrativas, en lo razonable e imparcial de sus decisiones y en la expedición en el cumplimiento de sus funciones legales”⁹⁵.

⁹² Dictamen de la Contraloría General de la República N° 58.558 año 2002.

⁹³ Dictamen de la Contraloría General de la República N° 44.672 año 1999.

⁹⁴ Dictamen de la Contraloría General de la República N° 21.809 año 2000.

⁹⁵ Dictamen de la Contraloría General de la República N° 28.088 año 2011.

Con formato: Resaltar

Con formato: Sin Superíndice / Subíndice , Resaltar

Con formato: Resaltar

Con la dictación de la Ley N° 18.834, que aprobó el nuevo Estatuto Administrativo, se incorporó en la letra g) del artículo 55 como una obligación funcionaria el “*observar estrictamente el principio de probidad administrativa, que implica una conducta funcionaria moralmente intachable y una entrega honesta y leal al desempeño de su cargo, con preeminencia del interés público sobre el privado*”, lo cual ha implicado interpretaciones por el principal órgano de control y fiscalización de los órganos del Estado, en el sentido de que este principio, (...) “*impone a las autoridades o funcionarios respectivos el deber de evitar que sus prerrogativas o esferas de influencia se proyecten en su actividad particular, en virtud de circunstancias que objetivamente puedan alterar la imparcialidad con que éstos deben desempeñarse aun cuando la producción de un conflicto sea sólo potencial*”⁹⁶.

El principio de probidad, entonces viene a un marco de conducta honesto e idóneo acorde al estándar ético con el que debe obrar un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, focalizado en el interés general, en la protección del patrimonio público y la eficacia y eficiencia administrativa. Es así que de la regulación de la probidad administrativa se derivan adicionalmente los deberes de eficacia y eficiencia, de imparcialidad, de abstención y de transparencia⁹⁷.

Los recursos públicos deben ser gastados además respetando los principios de eficiencia, de eficacia, de economía y de oportunidad. Estos principios significan que se debe verificar el correcto empleo de los dineros de los contribuyentes; que se deben alcanzar los objetivos previstos; que se deben reducir los costos administrativos sin afectar la calidad y cantidad de los servicios que se proveen a los ciudadanos; y que todo esto debe hacerse en el momento preciso.⁹⁸

⁹⁶ Dictamen de la Contraloría General de la República N° 69.434 año 2013.

⁹⁷ En ese mismo sentido, en virtud de la Ley N° 19.653, (...) “el legislador configura la probidad como un supra principio de la actuación administrativa porque hace depender de él otros “sub principios” como la publicidad y transparencia, imparcialidad, razonabilidad, proporcionalidad, abstención y eficacia y eficiencia”, CAMACHO CEPEDA, G., Derecho Administrativo. 120 años de cátedra, Las modalidades de la actividad administrativa y los principios que rigen la actuación la Administración del Estado, Ed. Jurídica, p. 263.

⁹⁸ PALLAVICINI MAGNÈRE, J., “El principio de probidad administrativa en la jurisprudencia de la Contraloría General”, Estudios Contraloría General de la República, Revista de Derecho Público, Vol. 78, 1º Sem. 2013, p. 119.

Con formato: Sin Superíndice / Subíndice , Resaltar

En concordancia a las recomendaciones de la Comisión Nacional de Ética Pública, y a las regulaciones legislativas que ya se habían concretado para fortalecer y modernizar el Estado, se dictó en el año 2003 la Ley 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de suministro y prestación de servicios, cuyo objeto era regular los procesos de adquisiciones y contrataciones del Estado con particulares, optimizando los recursos financieros y humanos utilizados, permitiendo igualdad de oportunidades de los participantes, procurando un mayor grado de transparencia y publicidad, y en consecuencia desincentivar los actos de corrupción. Bajo este concepto, cobran relevancia la tipificación de diversas actuaciones contenidas en la Ley N° 18.575 que contravienen especialmente el principio de la probidad administrativa, dentro de las cuales se encuentra la omisión o elusión de la propuesta pública en los casos que la ley la disponga, hacer valer indebidamente la posición funcionaria para influir sobre una persona con el objeto de conseguir un beneficio directo o indirecto para sí o para un tercero, 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, participar en decisiones en que exista cualquier circunstancia que le reste imparcialidad, contravenir los deberes de eficiencia, eficacia y legalidad que rigen el desempeño de los cargos públicos, con grave entorpecimiento del servicio o del ejercicio de los derechos ciudadanos ante la Administración. En caso de concurrencia de alguna de estas situaciones, las autoridades y funcionarios deberán abstenerse de participar en estos asuntos, debiendo poner en conocimiento de su superior jerárquico la implicancia que les afecta.

2.4. Alcance, contenido y aplicación de los principios de eficiencia, eficacia, transparencia y probidad en los procesos de compras públicas.

Considerando el marco normativo y conceptual general ya desarrollado, corresponde analizar como su contenido se vincula y es aplicable en los procesos de contratación de los órganos de la administración pública.

Como se ha establecido la Ley N° 19.886 y su Reglamento han definido los procedimientos de contratación vigente en nuestro país que deben adoptar los órganos a los que dicha normativa es aplicable, estableciendo en ellos el convenio marco, la licitación pública, la licitación privada y el trato directo. Por regla general y con el fin de asegurar la libre concurrencia de los oferentes, la igualdad ante las bases que rigen el contrato y la igualdad de trato respecto de los participantes, las entidades licitantes efectuarán sus adquisiciones y contratarán sus servicios a través de convenio marco o gran compra si el monto involucrado es superior a 1.000 U.T.M⁹⁹ o por medio de licitación pública.

Los principios de eficiencia y la eficacia se manifiestan en estos procesos en el deber que recae sobre la entidad pública de establecer las condiciones que permitan alcanzar la combinación más ventajosa entre todos los beneficios del bien o servicio por adquirir y todos sus costos asociados, presentes y futuros, considerando no sólo su precio, sino a todas las condiciones que impacten en los beneficios o costos que se espera recibir. Adicionalmente al determinar las condiciones que se expresarán en las bases deberán propender a la eficacia, eficiencia, calidad de los bienes y servicios que se pretende contratar y ahorro en sus contrataciones¹⁰⁰. Aquí existe una clara manifestación del resguardo en el patrimonio público.

Sin perjuicio de lo establecido para los procedimientos concursales abiertos, la normativa también ha contemplado la aplicación de dichos principios en la licitación privada y en el trato directo al incluirlos dentro de las circunstancias que permiten acceder a estas modalidades excepcionales de contratación¹⁰¹.

El legislador para asegurar el cumplimiento de todos estos principios asignó funciones a la Dirección de Compras y Contratación Pública consistentes en emitir orientaciones y recomendaciones generales, conducentes a difundir buenas prácticas y a fortalecer la probidad, la transparencia y la eficiencia en las compras

⁹⁹ De acuerdo a lo previsto por el artículo 14 del Reglamento de la Ley N° 19.886 que estipula que cada entidad estará obligada a consultar el Catálogo antes de proceder a llamar a una Licitación Pública, Licitación Privada o Trato o Contratación Directa. Se hace presente que cuando las adquisiciones vía convenio marco sean superiores a 1.000 UTM, se denominarán Grandes Compras y para su materialización las entidades deberán comunicar, a través del Sistema, la intención de compra a todos los proveedores adjudicados en la respectiva categoría del Convenio Marco al que adscribe el bien o servicio requerido, tal como lo establece el artículo 14 bis del mismo cuerpo reglamentario.

¹⁰⁰ Artículo 20 Reglamento de la Ley N° 19.886, en concordancia al artículo 6° de la ley N° 19.886.

¹⁰¹ Especialmente en los casos establecidos en las letras h), i), j), k) l) y n) del numeral 7 del artículo 10 del Reglamento de la Ley 19.886.

públicas por parte de los compradores y los proveedores y fomentar y proponer acciones para una mayor eficiencia y probidad en las compras públicas regidas por la Ley de Compras, pudiendo, entre otras, desarrollar o incentivar procesos de compras coordinadas¹⁰². En el ejercicio de esta función ChileCompra mantiene actualizadas en su plataforma las instrucciones relativas a la adecuada ejecución de los procesos de contratación y a disposición de los usuarios del sistema la Directiva N° 26 con recomendaciones para una mayor eficiencia en la contratación de bienes y servicios. Estos lineamientos y orientaciones fueron confeccionados en base a que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) establece que la eficiencia y la transparencia son los objetivos primarios de todo sistema de compras públicas, especificando que *“por el enorme volumen de gasto que representa, una contratación pública bien gestionada puede y debe desempeñar un papel de primer orden en el fomento de la eficiencia del sector público y como elemento que inspira confianza en los ciudadanos. (...) Una contratación pública **eficiente y eficaz de bienes, servicios y obras** es fundamental para el logro de los objetivos principales de la gestión pública, incluida la inversión en infraestructuras y la prestación a los ciudadanos de servicios esenciales”*¹⁰³. En ese contexto “los organismos públicos y, en particular, las áreas de compra de cada entidad, tienen la responsabilidad de obtener el mejor valor posible de las compras para sus instituciones, considerándose para tal efecto la consideración de criterios sustentables, la minimización de los impactos negativos que se puedan derivar de esa adquisición y, finalmente, la mayor eficiencia en el uso de recursos públicos. Para ello, deberán elegir dentro del marco legal entre todos los instrumentos disponibles (tienda de convenios marco, licitaciones y trato directo) la opción más adecuada para cumplir con sus tareas y la que les permita obtener las mejores condiciones posibles”¹⁰⁴.

¹⁰² Artículo 104 bis del Reglamento de la Ley N° 19.886, el cual fue incorporado en la reciente modificación de sus disposiciones realizada mediante Decreto N° 821 del Ministerio de hacienda de fecha 21.01.2020.

¹⁰³ Recommendation of the Council on Public Procurement, 2015. <http://www.oecd.org> en Compra Pública Eficiente, Directiva N° 26 ChileCompra, p. 1, disponible en https://www.chilecompra.cl/wp-content/uploads/2018/05/Directiva26_Res209B.pdf.

¹⁰⁴ Directiva N° 26 ChileCompra, p. 2, disponible en https://www.chilecompra.cl/wp-content/uploads/2018/05/Directiva26_Res209B.pdf

Paralelamente, los principios de probidad y transparencia están vinculadas estrechamente a la actuación diligente y eficaz por parte de los órganos de la Administración en la consecución de los fines que la ley les ha encomendado. Bajo esta hipótesis existe falta a la probidad cuando el ejercicio de la función pública no es eficiente o no cumple con la finalidad de servicio a la comunidad.

El alto estándar de probidad pública, exige la publicidad y transparencia de los actos que son dictados conforme a su competencia y funciones, lo cual se encuentra resguardado mediante el sistema de información para las contrataciones del Estado en la plataforma de mercado público, debido a que inhibe conductas corruptas y permite un mejor control por parte de los organismos fiscalizadores y de la ciudadanía sobre el actuar de la Administración.

Para el caso del principio de transparencia, su consagración en materia de adquisiciones se produjo con la plataforma de “mercado público”, por la amplia difusión a los procedimientos licitatorios y contractuales del Estado, encontrándose los organismos a los que la ley les es aplicable obligados en general a desarrollar todos sus procesos de adquisición y contratación de bienes y servicios a través de este sistema electrónico¹⁰⁵. En dicho sistema se publicará toda la información de las contrataciones (bases de licitación, acta de comisión evaluadora, informe de evaluación, resolución de adjudicación, el texto del contrato definitivo y la orden de compra. Para el caso de las licitaciones públicas se suma el llamado o convocatoria y en la licitación privada la invitación a participar en ella, la resolución fundada que autoriza su procedencia, cotizaciones y resolución de adjudicación. Lo propio ocurre con la contratación directa, dado que a pesar de no constituir un proceso concursal será pública la oferta o cotización, la resolución que exime el llamado a propuesta pública o privada y autoriza su contratación, con la sola excepción de los casos determinados por ley.

¹⁰⁵ La excepción a esta regla la constituye la información sobre adquisiciones y contrataciones calificada como de carácter secreto, reservado o confidencial en conformidad a la ley, tal como se prescribe en el inciso 2° del artículo 20 de la Ley N° 19.886.

Desde el punto de vista del principio de probidad, ha tenido un amplio desarrollo legislativo y jurisprudencial en el ámbito administrativo, debido a su importancia en las actuaciones de los órganos y funcionarios dependientes de la administración al desarrollar la función pública que les corresponda por ley en virtud del principio de servicialidad del Estado. En las contrataciones se torna aún más relevante su observancia al verse comprometido el patrimonio del Fisco. En razón de ello el Reglamento de la Ley N° 19.886, recientemente modificado ha incorporado la disposición de que *“los usuarios de las entidades licitantes deberán contar con las competencias técnicas suficientes para operar en el Sistema de Información, de acuerdo a lo establecido en las Políticas y Condiciones de Uso del Sistema de Información y Contratación Electrónica. Tales competencias técnicas estarán referidas a los distintos perfiles de usuarios y comprenderán materias relacionadas con gestión de abastecimiento, uso del portal, aplicación de la normativa y conceptos de ética y probidad en los Procesos de Compra, entre otros”*¹⁰⁶; cobra así esencial importancia la profesionalización de los funcionarios de la Administración para una adecuada ejecución e inversión del presupuesto público.

Asimismo, se ha resguardado la probidad mediante la especificación de las conductas que le son contrarias y a través de la instauración de instrumentos preventivos como el principio de imparcialidad y el deber de abstención¹⁰⁷. A esto se relaciona la objetividad en el ejercicio de la función pública de cualquier órgano administrativo cuya finalidad es asegurar la imparcialidad de la del actuar de la Administración, durante todo el proceso de contratación, especialmente en el proceso de confección de bases del concurso como en la etapa de evaluación de las ofertas; en ese sentido el Reglamento de la Ley 19.886 ha dispuesto que para seleccionar la mejor oferta deben considerarse *“criterios técnicos y económicos para evaluar de la forma más objetiva posible”*¹⁰⁸.

Como ya se había esbozado, muy ligado al principio de probidad administrativa se encuentra el deber de abstención, que impone un límite a la

¹⁰⁶ Artículo 5 bis del Reglamento de la Ley N° 19.886, incorporado por modificación del Decreto 821 del Ministerio de Hacienda de fecha 21.01.2020.

¹⁰⁷ Establecidos en los artículos 11 y 12 de la Ley N° 18.575.

¹⁰⁸ Artículo 38 inciso 2° del Reglamento de la Ley N° 19.886.

actuación de los funcionarios públicos, para aquellos casos en que exista alguna razón de implicancia o interés que afecte su imparcialidad, debiendo abstenerse de participar e informar a su superior jerárquico, previniendo los conflictos de interés. Se ha estimado que el incumplimiento de este deber constituye una contravención expresa al principio de probidad, y como lo establece el numeral 6° del artículo 64 de la Ley N° 18.575 lo contraviene especialmente (...) *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 abstenerse de participar en estos asuntos, debiendo poner en conocimiento de su superior jerárquico la implicancia que les afecta.* Al respecto, la reiterada jurisprudencia administrativa de este Ente Fiscalizador, contenida, entre otros, en los dictámenes Nos 75.791, de 2011; 25.336, de 2012 y 30.313, de 2013, ha manifestado que *“la finalidad de la normativa en análisis es impedir que tomen parte en la resolución, examen o estudio de determinados asuntos o materias aquellos funcionarios que puedan verse afectados por un conflicto de interés en el ejercicio de su empleo o función, en virtud de circunstancias que objetivamente puedan alterar la imparcialidad con que éstos deben desempeñarse, aun cuando dicha posibilidad sea sólo potencial, para lo cual deberán cumplir con el referido deber de abstención¹⁰⁹.”*

La Contraloría en esta materia ha profundizado su aplicación no sólo a través de dictámenes particulares, sino que a través de una instrucción general pronunciándose respecto del cumplimiento del principio de probidad en materia de contratación pública¹¹⁰. En el mismo tenor, pero en una naturaleza jurídica no vinculante, la Dirección ChileCompra dictó el Código de Ética sobre la probidad en las compras públicas, que ha servido como manual de apoyo a los funcionarios públicos que ejecutan procesos de contratación administrativa.

¹⁰⁹ Dictamen N° 53.466, de 2013.

¹¹⁰ Dictamen N° 2453, de 2018. En tal documento se analizan en detalle cada uno de los deberes y obligaciones de los servicios públicos frente a las contrataciones y se dirige a desarrollar las directrices generales, prohibiciones y procedimientos que permitan cumplir con el principio de probidad.

CAPÍTULO III LOS MECANISMOS DE CONTROL ADMINISTRATIVOS EN LOS PROCESOS DE COMPRAS PÚBLICAS.

3.1. El control administrativo.

La palabra “control” proviene del francés *contrôle* cuyo significado ha sido conceptualizado como comprobación, inspección, fiscalización, intervención¹¹¹.

El control “es un acto o procedimiento por medio del cual una persona o un órgano debidamente autorizado para ello, examina o fiscaliza un acto realizado por otra persona u órgano, a fin de verificar si en la preparación y cumplimiento de dicho acto se han observado todos los requisitos que exige la ley.¹¹²”

En el ámbito del Derecho Administrativo ha sido definido como “actividad encaminada a determinar si un órgano u organismo administrativo ha actuado como correspondía hacerlo según los patrones objetivos que sirven de base al control¹¹³. De igual forma, se ha afirmado que el control es de la esencia y está íntimamente vinculado al régimen democrático del gobierno¹¹⁴.

La función pública ha de ser controlada tanto interna como externamente, lo que implica que se ejerza una supervisión dentro de los organismos públicos, como por otros entes públicos que tengan por misión fiscalizar la actividad de los órganos de la Administración. *Se releva como aspecto fundamental del control público su perspectiva institucional, es decir, la relativa a los medios y formas que se establecen por el ordenamiento jurídico para el mejor funcionamiento estatal con pleno respeto al principio de legalidad¹¹⁵.*

La fiscalización en un amplio concepto, abarca la totalidad de las actuaciones de la Administración del Estado, ya que “ningún campo de la actividad administrativa se encuentra exenta de control, pues como la Administración no tiene potestades originarias o propias al margen de la asignación legal, cualquier interés o fin, aun novedoso o imprevisto, que asumiera la Administración podrá ser

¹¹¹ Concepto y origen reseñado por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, consultado en <https://dle.rae.es/control>

¹¹² FERNÁNDEZ VÁSQUEZ, E., Diccionario de Derecho Público, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1981, pág. 101.

¹¹³ PANTOJA BAUZÁ, R., La organización administrativa del Estado, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, pág. 351.

¹¹⁴ SILVA CIMMA, E., Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El Control Público, Ed. Jurídica de Chile, 1994, p. 15.

¹¹⁵ CORDERO VEGA, L., El control de la Administración del Estado, LegalPublishing, p. 6.

*reconducido a la Constitución, que afina un importante principio: la instrumentalidad del poder público*¹¹⁶, lo que implica determinar que el control de la actividad administrativa es una exigencia natural de un Estado que se proclama *de derecho*, porque somete a todos sus poderes públicos al orden jurídico, con lo que se proscribire su arbitrariedad y limita estructural y funcionalmente sus posibilidades de actuación¹¹⁷. *Desde esta perspectiva, el control se transforma en el vehículo efectivo de limitación del poder, considerándose dentro de este a todas las formas e instrumentos que posee el sistema político para supervisar el ejercicio de los poderes públicos*¹¹⁸.

El control no es propiamente un acto, sino que un desarrollo lógico de una actividad comprobadora, por lo que requiere necesariamente de parámetros previos (jurídicos, contables, fines desarrollados a través de programas o planificaciones) y que al término de su fase activa envuelve un juicio de valoración (...) ¹¹⁹. En razón de ello la función de control abarca diversas dimensiones asociadas a la actividad material, contable o financiera, jurídica y de gestión, así como este se produce previo a la ejecución del acto y una vez que produce sus efectos.

3.2. El rol fiscalizador en los procesos de adquisición y contratación administrativa ¿En quién recae?

El control de la contratación administrativa, es ejercido bajo diversos parámetros por la Contraloría General de la República, la Unidad de Análisis Financiero, la Fiscalía Nacional Económica, la Dirección de Compras y Contratación Pública y por los Tribunales de Justicia tanto ordinarios como especiales, todos los cuales comprenden el sistema nacional de control, cumpliendo un rol fiscalizador en las adquisiciones de bienes y contratación de servicios por parte del Estado.

¹¹⁶ PEÑA FREIRE, A. M., La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho, Trotta, 1997, citado por CORDERO VEGA, L., LegalPublishing, 2009, p. 24.

¹¹⁷ *Ibid.*, p.16.

¹¹⁸ ARAGON REYES, M., Constitución y Control del Poder, Ciudad de Argentina, Buenos Aires, 1995, p. 69 citado en CORDERO VEGA, L., El control de la Administración del Estado, LegalPublishing, 2009, p.18.

¹¹⁹ En relación a los estándares de control, en CORDERO VEGA, L., El control de la Administración del Estado, LegalPublishing, 2009, p.20.

Sus funciones son diversas en cuanto a la intervención que realicen en el proceso de contratación.

La Contraloría General de la República, la Unidad de Análisis Financiero, la Fiscalía Nacional Económica y la Dirección de Compras y Contratación Pública, dentro del ámbito administrativo entregan las pautas que deben guiar una adecuada inversión de los recursos en la adquisición de bienes y contratación de servicios y ejecutan el control externo de las contrataciones de bienes y servicios de los órganos que integran la Administración Pública.

El órgano contralor, como ya se ha especificado con anterioridad tiene un importante rol preventivo y correctivo en el control de la función pública ejercida por la Administración mediante la toma de razón, su potestad dictaminante y la realización de auditorías a los servicios sujetos a ser fiscalizados, cuyo resultado puede acarrear responsabilidad administrativa; cabe hacer presente al respecto que la Contraloría General de la República tiene por obligación constitucional llevar la contabilidad nacional, sin perjuicio de las facultades que correspondan al Ministerio de Hacienda y a la Dirección de Presupuestos, en el marco de las regulaciones presupuestarias¹²⁰. A su vez, la Unidad de Análisis Financiero¹²¹ tiene por objeto prevenir e impedir la utilización del sistema financiero, y de otros sectores de la actividad económica chilena, para la comisión de los delitos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo. Para ello realiza inteligencia financiera, emite normativa, fiscaliza su cumplimiento, impone sanciones administrativas, capacita y difunde información de carácter público¹²². En su función este organismo ha dictado lineamientos en relación a las señales de alerta relevante en el ejercicio de la actividad pública asociadas a la probidad funcionaria. Aquí es donde interviene en materia de contratación al observar acciones en las licitaciones y compras públicas que pueden estar asociadas a la comisión de delitos a través del sistema financiero; todo esto por las cuantiosas

¹²⁰ CORDERO VEGA, L., El Control de la Administración del Estado, Ed. Legal Publishing, p. 86.

¹²¹ Fue creada por la Ley N° 19.913 como un servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios, que se relaciona con el Presidente de la República por medio del Ministerio de Hacienda.

¹²² <https://www.uaf.cl/acerca/quehacemos.aspx>

sumas de dinero que se transan a través de la plataforma de mercado público¹²³. Por su parte a la Fiscalía Nacional Económica le corresponde aplicar el Decreto Ley N° 211 que fija normas para la libre competencia, la cual tiene como fin promoverla y defenderla en los mercados; para ello cuenta con facultades amplias para fiscalizar, investigar y proponer sanciones respecto de los atentados contra la libre competencia en las actividades económicas¹²⁴. En este mismo ámbito de acción la Dirección de Compras y Contratación Pública como ente especializado en los procesos de contratación pública, además de entregar los lineamientos de los procesos, efectuar las mejoras del sistema y proponer modificaciones a la regulación en materia de compras, efectúa mediciones del volumen de las transacciones realizadas en el portal, pudiendo identificar los diversos factores que intervienen en dichos procedimientos. Con esta importante data es posible ir evaluando el desarrollo del modelo y distinguir las principales necesidades de los organismos compradores que servirán de base para la posterior preparación de los convenios marco. Adicionalmente, como encargado de las capacitaciones periódicas a los funcionarios públicos y de emitir las certificaciones de las aptitudes alcanzadas en la operatoria del sistema y en la ejecución de la contratación administrativa, permite de forma indirecta mantener un control permanente de los procesos de adquisiciones que permitan evitar conductas contrarias al principio de probidad por parte de los usuarios y proveedores de la plataforma. *Así, mantienen un compromiso de generar eficiencia en la contratación pública con altos estándares de probidad y transparencia, basado en un sistema de gestión calidad buscan constantes mejoras en los procesos, controlando desde una mirada integral los posibles riesgos tanto operativos como de seguridad de la información*¹²⁵.

¹²³ En el año 2019 a través del portal www.mercadopublico.cl se transaron US\$11.500 millones en contrataciones públicas. Fuente: Cuenta Pública ChileCompra año 2019, disponible en <https://www.chilecompra.cl/wp-content/uploads/2020/05/CuentaPublicaChileCompra2019-2010.pdf>

¹²⁴ Respecto de la contratación administrativa ha elaborado material de promoción en la serie de Sector Público y Mercados, sobre las compras públicas y la libre competencia, 2011, disponible en <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Material-de-Promoci%C3%B3n-1-Compras-p%C3%BAlicas-Abr2011-1.pdf>

¹²⁵ <https://www.chilecompra.cl/sistema-de-gestion/>

En cuanto a los Tribunales Ordinarios y Especiales (*en particular el Tribunal de Contratación Pública*), ejercen una función jurisdiccional sobre los actos administrativos, cualquiera sea su procedencia, ya que (...) ha de admitirse la posibilidad de acudir ante ellos en defensa de los derechos e intereses legítimos que por él hubieren resultado lesionados¹²⁶, esto sin perjuicio de los recursos administrativos que procedan¹²⁷. *La regla general, será que estos fiscalicen los actos administrativos (...) enjuiciándolos, tanto desde la perspectiva del derecho como de los hechos, cuestión que por cierto será a posteriori*¹²⁸. Es menester mencionar “la realidad existente en nuestro ordenamiento jurídico en lo que respecta a los sistemas de solución de controversias originadas con ocasión de las relaciones de la Administración del Estado y los particulares”¹²⁹, debido a que se ha indicado por la academia que “*la justicia administrativa en nuestro país se presenta como una cuestión confusa y compleja, carente de principios y reglas uniformes y claras*”¹³⁰.

Cabe precisar que en próximo capítulo se desarrollará la aplicación de los mecanismos y herramientas de control preventivos y correctivos ejercidos en particular por la Contraloría General de la República y el Tribunal de Contratación Pública, atendido su injerencia en los procesos de contratación administrativa.

3.3. Aplicación y alcance de los mecanismos de control en los procesos de compras públicas.

Toda la contratación administrativa se encuentra sometida a controles de legalidad y mérito, pero éste último sólo radicado en la Administración Activa, a través de sus poderes jerárquicos¹³¹.

El control preventivo en esta materia es ejercido por la Contraloría General de la República, cuando a este órgano le corresponde tomar de razón las bases

¹²⁶ CORDERO VEGA, L., El Control de la Administración del Estado, Ed. Legal Publishing, p. 157.

¹²⁷ En ese sentido el Profesor Luis Cordero Vega, ha señalado que la tutela judicial es exigible frente a la Administración como consecuencia del contenido y redacción del artículo 38 inciso 2°, del texto Constitucional (...), El Control de la Administración del Estado, Ed. Legal Publishing, p. 158.

¹²⁸ CORDERO VEGA, L., Op. Cit., p. 165.

¹²⁹ LARA ARROYO, J. L., Aspectos críticos y desafíos de la contratación administrativa bajo la Ley N° 19.886.

¹³⁰ FERRADA BÓRQUEZ, J., La justicia administrativa, Santiago 2007, p. 7 citado por LARA ARROYO, J. L., Op. Cit., p. 136.

¹³¹ MORAGA KLENNER, C., Contratación Administrativa, Ed. Jurídica, p. 85.

de licitación, el decreto supremo o la resolución que adjudica el contrato y los actos administrativos que aprueben modificaciones al régimen contractual; función que realiza con amplias atribuciones para cautelar la juridicidad de estos actos administrativos. En la actualidad la Resolución N° 7 de fecha 26.03.2019 de la Contraloría General de la República¹³², fija las normas sobre exención de toma de razón, y por tanto aquellos actos administrativos exentos quedan sometidos a la supervisión de este órgano mediante el registro y los controles de reemplazo¹³³.

Comentario [JLL1]: Revisar espacio entre párrafos!

Ello armoniza, por lo demás, con una acción fiscalizadora orientada a controlar especialmente los aspectos relacionados con la sujeción de los actos a los aspectos jurídicos sustanciales comprometidos en la actividad administrativa, con la racionalidad y proporcionalidad de las decisiones, con la suficiente y objetiva motivación y fundamentación de las mismas, aspectos que al ser verificados pueden ser decisivos en los efectos de impedir la ocurrencia de actos reñidos con la ética pública¹³⁴. Pues bien, conocida es la circunstancia de que a propósito de sus propias tareas de control –y de la función misma de emitir dictámenes jurídicos– el organismo contralor tiene como política la de promover la aplicación constante, reiterada y uniforme de sus criterios interpretativos, los que solo admiten modificación frente a nuevos antecedentes de hecho o de derecho muy poderosos. Da así plena cabida en su propia actividad al principio de obligatoriedad del precedente administrativo, que junto con ser garantía de igualdad, certeza y previsibilidad, promueve la uniformidad de los criterios y la generalización, que hemos valorado, de las conductas y los hábitos en materia de probidad¹³⁵.

Comentario [JLL2]: Exponer la diferencia entre ambos

Que a este órgano en el ejercicio de la función de control externo le corresponde fiscalizar la juridicidad de los actos de la Administración del Estado, el ingreso y la inversión de los fondos públicos y la probidad administrativa, resguardar el patrimonio público y verificar la exactitud y/o razonabilidad de sus estados financieros y para dichos efectos, efectuará auditorías¹³⁶ a los servicios públicos y a las entidades sujetos a su fiscalización y formulará instrucciones,

¹³² La Resolución N° 7 de fecha 26.03.2019 emitida por la Contraloría General de la República, fue publicada en el Diario Oficial N° 42.317 de fecha 29.03.2019 reformuló las normas relativas a toma de razón contenidas en la resolución N° 1.600, de 2008.

¹³³ La Resolución N° 8 de la Contraloría General de la República de fecha 26.03.2019 determina los montos en unidades tributarias mensuales, a partir de los cuales los actos que se individualizan quedarán sujetos a toma de razón y a controles de reemplazo cuando corresponda.

¹³⁴ ASTORQUIZA A., G., *A propósito de la jurisprudencia de la Contraloría General y de su quehacer interpretativo del ordenamiento jurídico*, pp. 173 y ss., en ASTORQUIZA A., G., *Legislación, control y cultura de probidad*, exposición realizada el día 30 de septiembre de 2003 en el Seminario «Función Pública y Corrupción», organizado por la Contraloría General de la República y la Fiscalía Nacional del Ministerio Público, *Revista Española de Control Externo*, p. 64.

¹³⁵ SOTO KLOSS, E., *«Acercas de la obligatoriedad de los precedentes en la actividad administrativa»*, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 26, N° 2, Santiago, 1999, p.

¹³⁶ Basadas en la Resolución N° 20 que fija las normas que regulan las auditorías efectuadas por la Contraloría General De La República

medidas correctivas y proposiciones para subsanar las infracciones, irregularidades, deficiencias y vacíos que detecte.

Para el caso del Tribunal de Contratación Pública, colegiado, de primera instancia con competencia para conocer de la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por la Ley de Compras¹³⁷, el cual es definido *desde el punto de vista de su competencia como un tribunal contencioso administrativo de licitaciones de carácter precontractual, ya que no conoce impugnaciones contractuales, sino que aquellas que van desde la aprobación de las bases hasta la etapa de adjudicación*¹³⁸.

El artículo 24 inciso 2° de la Ley 19.886 ha establecido que la acción procederá contra cualquier acto u omisión ilegal o arbitrario que tenga lugar entre la aprobación de las bases de la respectiva licitación y su adjudicación, ambos inclusive. Lo que hace concluir al interprete que tal vía judicial no aplica a los tratos directos, situación que ha sido confirmada por la Contraloría General de la República mediante los dictámenes N° 19.343 de 2005 y 55.774 de 2007.

En cuanto al alcance del control jurisdiccional especializado que realiza este tribunal se comparte lo señalado por el Profesor Lara sobre la inexistencia de un mecanismo de solución de controversias en la materialización de la actividad bilateral de la Administración del Estado en su etapa contractual, esto es una vez celebrado el acuerdo contractual y hasta su completa ejecución y/o terminación¹³⁹. Lo mismo ocurre, con la contratación mediante trato directo y que pudiera manifestarse también en otras modalidades incorporadas recientemente en la modificación del Reglamento de la Ley N° 19.886 relativas a la compra ágil y las compras coordinadas.

Esta actividad de control de una u otra institución es incompatible entre sí de forma simultánea de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 6° de la Ley 10.336, según el cual el órgano contralor está impedido de intervenir o informar los asuntos de naturaleza litigiosa o que estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia, conforme fue expresado en el dictamen N° 20.710 de 2011. Sin embargo, dicho precepto se refiere a la facultad de este organismo fiscalizador para emitir dictámenes sólo en dichos asuntos, lo que de ningún modo impide el

¹³⁷ Concepto extraído de BARRA GALLARDO, N. y CELIS DANZINGER, G., Contratación Administrativa bajo la Ley de Compras, Ed. Abeledo Perrot, 2012, p. 215.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 216.

¹³⁹ LARA ARROYO, J. L., Perspectivas para la modernización del derecho a la contratación administrativa, "Aspectos críticos y desafíos de la contratación administrativa bajo la Ley N° 19.886, p. 142. [\(NO ESTÁ EN LA BIBLIOGRAFÍA\)](#)

ejercicio de las demás funciones y atribuciones que el ordenamiento jurídico le ha conferido¹⁴⁰.

A través de las facultades conferidos a cada uno de ellos se ejerce el control sobre los servicios y funcionarios públicos para que ajusten su actuar a la ley de compras públicas y otros cuerpos normativos que rigen la contratación administrativa.

CONCLUSIONES

Del análisis efectuado es posible determinar que, para ejercer adecuadamente una interpretación normativa respecto del control de la función pública en las contrataciones administrativas, se requiere configurar el sentido y alcance de la regulación aplicable, en especial de los principios que informan el proceso de compras. En ese tenor, se dificulta la correcta aplicación de los principios de eficiencia y eficacia respecto de los órganos de la Administración, por carecer de contenido dogmático, ya que la legislación vigente los ha tipificado como obligatorios, lo cual es de toda lógica por tratarse de la custodia y administración de fondos públicos; pero desconociendo la importancia de puntualizar su contenido jurídico, aun más cuando su contravención acarrea una falta a la probidad administrativa, con las consecuentes sanciones que ello puede ocasionar para el órgano observado y el funcionario involucrado.

Las recientes modificaciones al Reglamento en materia de compras públicas, han generado avances en cuanto a la incorporación de instrumentos que ayudan a interpretar el real significado jurídico de dichos conceptos, al establecer procesos de contratación “eficientes”, entendiéndose estos en el sentido de cumplir con los objetivos del servicio procurando la máxima optimización de recursos.

Los principios desarrollados en la presente investigación permiten configurar un sistema de protección robusto e interrelacionado en resguardo de la utilización y fiscalización del patrimonio público y el cual orienta en su totalidad las contrataciones de bienes del Estado, incluyendo aquellos procesos exceptuados

¹⁴⁰ Aplican dictámenes N° 11.752 y 18.779 de 2003, 18.712 de 2005 y 56.773 de 2009.

de la Ley N°. 19.886. Sin embargo, la imposibilidad de ejercer un control externo permanente y que abarque a todos los órganos que deban ser supervisados, deriva en concluir que los esfuerzos adoptados por nuestro país aun son insuficientes para medir a cabalidad la efectividad de la función contractual del Estado.

Por ello, es fundamental fortalecer el control jerárquico a nivel interno en las instituciones, inclinándose por efectuar un trabajo coordinado, capacitar al personal encargado de los procesos de adquisición en el ámbito administrativo y técnico, para que desde la esfera de cada servicio se logre un avanzado cumplimiento de la normativa vigente. En esta estrategia es relevante reconocer las iniciativas que fomenten el ahorro y buenas prácticas en el ejercicio de la función adquisitiva del Estado, ya que en la actualidad los usuarios de la plataforma pueden optimizar los recursos, pero la supervisión técnica de la Dirección de Presupuestos bajo las premisas administrativas actuales hace necesario una ejecución total de las sumas asignadas para evitar una rebaja en las partidas presupuestarias del año siguiente.

Los cambios que se han producido en materia de contratación administrativa, al aumentarse los ~~limites~~ límites de los procesos que se encontrarán afectos al control de juridicidad mediante la toma de razón, se alinea en el sentido de mejorar los mecanismos de control interno de las entidades públicas, dado que a futuro el órgano contralor debiese ejecutar procesos de revisión de los antecedentes contractuales de los procedimientos exentos, pudiendo aumentar las auditorías que deba ejercer la Contraloría, si estos no se ajustan a la normativa aplicable.

Finalmente, es del todo necesario ampliar las competencias del control jurisdiccional en los procesos de contratación del Estado, que contribuyan a resolver las controversias generadas en las etapas no contempladas actualmente por la ley y en escenarios diversos a la licitación pública.



BIBLIOGRAFÍA

ASTORQUIZA ALTANER, G., Legislación, control y cultura de probidad, exposición realizada en septiembre de 2003 en el Seminario Función Pública y Corrupción, organizado por la Contraloría General de la República y la Fiscalía Nacional del Ministerio Público.

BARRA GALLARDO, N., *“Probidad Administrativa. Aproximación a la Ley 19.653 y a la jurisprudencia administrativa”*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 30, Ed. Lexis Nexis Conosur, 2002.

BARRA GALLARDO, N. y CELIS DANZINGER, G., *Contratación Administrativa bajo la Ley de Compras*, Ed. Abeledo Perrot, 2012.

BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Presentación sobre instrumentos Internacionales en la Lucha contra la corrupción, IV Seminario Probidad y Transparencia para la Administración*, Noviembre – Diciembre 2013.

CAMACHO CÉPEDA, Gladys, *Los principios de eficacia y eficiencia administrativas. Los principios de eficacia y eficiencia administrativas, en La Administración del Estado de Chile. Decenio 1990 - 2000*, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 2001, 1ª Ed.

CAMACHO CEPEDA, G., *Los contratos administrativos, en especial el contrato de suministro*, Derecho Administrativo. 120 años de cátedra, Ed. Jurídica, 2008.

CAMACHO CÉPEDA, G., *Las modalidades de la actividad administrativa y los principios que rigen la actuación la Administración del Estado*, Derecho Administrativo. 120 años de cátedra, Ed. Jurídica, 2008.

CELIS DAZINGUER, G., *“Principios constitucionales en la ley de compras públicas”*, Revista Nomos, Universidad de Viña del Mar, N° 1, 2008.

[CORDERO QUINZACARA, E., “El sentido actual del dominio legal y la potestad reglamentaria”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXII, 1º Semestre 2009.](#)

CORDERO VEGA, L., *El control de la Administración del Estado*, Ed. LegalPublishing, 2009.

CORDERO VEGA, L., *Lecciones de Derecho Administrativo. Segunda Edición Corregida*. Santiago, Ed. Legal Publishing Chile, 2015.

~~CORDERO QUINZACARA, E., “El sentido actual del dominio legal y la potestad reglamentaria”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXII, 1º Semestre 2009.~~

DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público -16ª edición-*, Madrid, España, Editorial Tecnos, 2007.

DRAPKIN BUNSTER, Á., *“Algunas precisiones sobre la noción de probidad en la Función Pública”*, 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.

FERNÁNDEZ VÁSQUEZ, E., Diccionario de Derecho Público, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1981.

FERREIRO, A., Razones para promover la Transparencia Pública y Privada, presentación en el Seminario Internacional sobre Acceso a la Información, octubre de 2005.

GARDAIS ONDARZA, G., El control de legalidad y la eficiencia y eficacia como principios jurídicos fiscalizables, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XXIII, 2002.

Informe Comisión Nacional de Ética Pública, Revista de Ciencia Política, Vol. 18, (1996), Repositorio Pontificia Universidad Católica de Chile.

JIMÉNEZ CAMPOS, J., "*Derecho constitucional. Sistema de fuentes. De Ignacio Otto*", Revista Española de Derecho Constitucional, año 8, N° 23, 1988.

LARA ARROYO, J. L., La responsabilidad del Estado por su actividad jurídica bilateral: el caso de las licitaciones en materia de contrato de suministro y prestación de servicios bajo la Ley N° 19.886, *Ius Publicum*.

NAVARRO BELTRÁN, E., "Jurisprudencia constitucional en materia de control de legalidad (toma de razón y potestad dictaminante) de la Contraloría General de la República", Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, año 19 - N° 2, 2012.

NAVARRO BELTRAN, E., Bases constitucionales de la toma de razón y de la potestad dictaminante de la Contraloría General de la República, Revista de Derecho Público - Vol. 78, 1° Sem., 2013.

NAVARRO BELTRÁN, E., en Bases constitucionales del principio de transparencia, Revista de Derecho Universidad Finis Terrae, Segunda época año I, N°1-2013, Transparencia y acceso a la información.

PALLAVICINI MAGNÈRE, J., El principio de probidad administrativa en la jurisprudencia de la Contraloría General, Estudios Contraloría General de la República, Revista de Derecho Público, Vol. 78, 1° Sem. 2013.

Pantoja Bauzá, Rolando, La organización administrativa del Estado, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, pág. 351.

POBLETE V., Julia: Actos y Contratos Administrativos, 3ª edición, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2007.

Programa de Reforma al Sistema de Compras y Contrataciones del Sector Público.

SANTAMARÍA PASTOR, J., Fundamentos de Derecho Administrativo (Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988.

SILVA CIMMA, E., Derecho Administrativo Chileno y Comparado: Introducción y Fuentes. Cuarta Edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1994.

SOTO KLOSS. E., *“Acerca de la obligatoriedad de los precedentes en la actividad administrativa”*, Revista Chilena de Derecho, vol. 26, N° 2, Santiago, 1999.

SOTO, R., “La corrupción”, Programa de Postgrado en Economía, ILADES-Georgetown University y Banco Central de Chile, agosto del 2000, versión preliminar.

TELLO NAVARRO, F., La política de reforma y modernización de la gestión pública en Chile: Actores y procesos, Revista Universum, N° 26, Vol. 2.

TERRAZAS PONCE, J., “Algunas consideraciones sobre los principios generales del derecho y un breve análisis de su aplicación en el ordenamiento jurídico chileno”, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte – Sede Coquimbo, Sección Estudios, año 11 N° 1, 2004

Una política integral para la transparencia de la política y administración del Estado, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2005.