

Contribuciones Públicas a la Versión Preliminar del Estudio de Mercado de Compras Públicas

División de Estudios de Mercado

Santiago, noviembre de 2020

Tabla de contenido

I.	Alejandro Barros	3
II.	Asociación de Proveedores de la Industria de Salud.....	10
III.	Cámara Nacional de Laboratorios A.G.....	19
IV.	Central de Abastecimiento.....	27
V.	Open Contracting Partnership	37
VI.	Paola Bordón	40
VII.	Pronova Technologies S.A.	100
VIII.	Ricardo Loyola	188
IX.	Consortio de Universidades del Estado de Chile	191

I. Alejandro Barros

¡Chilecompra ya cumplió un ciclo!¹

Agosto – 2020

Alejandro Barros²

abc@alejandrobarrros.com

www.alejandrobarrros.com

Desde inicios de los años 2000 en la región, la mayoría de los estados han mostrado preocupación por modernizar sus sistemas de contratación pública. Es así como la mayoría de sus países se han desarrollado profundas reformas para dotarlos de sistemas modernos, en sus diferentes dimensiones: normativa, operacional y tecnológica.

Muchos de estos procesos se iniciaron sustentados en dos ejes, lucha contra la corrupción y modernización del estado, en particular, implementado plataforma de contratación pública electrónica.

Estos procesos de implementación no han estado libres de dificultades y probablemente una de las más frecuentes es subdimensionar su complejidad y tamaño, cayendo en varios de los errores que se comente en este tipo de proyectos en el Estado.

El caso de Chile no ha sido la excepción, y a comienzos de los años 2000 se inició un proceso de modernización de la contratación pública, fue así como se diseñó un modelo innovador de contratación pública, basado en tres ejes fundamentales: i) institucionalidad robusta, ii) marco normativo y iii) finalmente un portal de contrataciones públicas electrónicas de última generación.

¹ Este documento refleja opiniones de carácter personal del autor y no necesariamente reflejan la posición oficial del Centro de Sistemas Públicos y/o la Universidad de Chile

² [Alejandro Barros](#), Consultor Internacional, Académico Asociado, [Centro de Sistemas Públicos](#), Ingeniería Industrial, Universidad de Chile – abc@alejandrobarrros.com

Generando Valor Público

Los desafíos frente a la innovación en las compras públicas es que estas deben tener presente que todas las nuevas soluciones deben finalmente **generar valor público**.

Valor Público



PROVISIÓN DE SERVICIOS

Servicios más eficientes, de mayor calidad, y que aumenten la satisfacción de los ciudadanos.



IMPACTOS SOCIALES

Impactos sociales deseables como mayor cohesión, equidad, seguridad, o bien salud, educación, en otros aspectos.



CONFIANZA Y LEGITIMIDAD

Confianza y legitimidad de los ciudadanos sobre la provisión del servicio.

Fuente: Centro de Sistemas Públicos

Por lo tanto, hay que mirar nuestra política pública de contrataciones con ese prisma, a la hora de diseñar el futuro del Chilecompra, es decir, *¿qué acciones y/o iniciativas generan una mejor provisión del servicio, tienen impactos sociales y aumentan la confianza y legitimidad?*

Los sistemas de compras públicas dado su tamaño de mercado, representan un porcentaje significativo del producto interno bruto³, en el caso de Chile es un mercado de más de 10.000 millones de dólares, en muchos países son las plataformas de comercio electrónico más grande del país.

El desarrollo de la política de Contratación Pública en Chile, tuvo un gran impulso desde comienzos de los años 2000, ello llevó a nuestro a un lugar de privilegio y liderazgo no sólo en la región sino también a nivel mundial, siendo destacado a mediados de los años 2000 por diversos organismos multilaterales, incluyendo el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Mundial. Pero eso fue hace ya muchos años, más de 15 para ser más precisos, y

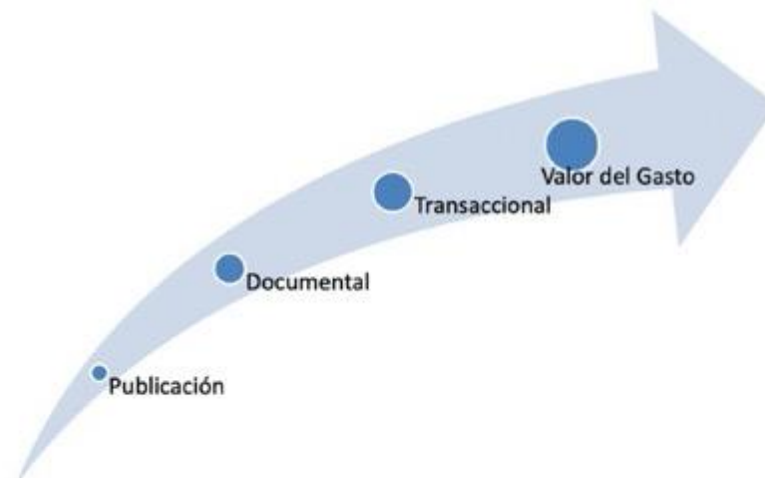
³ Según estimaciones de la OCDE el promedio de sus países miembros es del 12% del PIB, Government at a Glance, OCDE, 2017

al parecer *nos dormimos en los laureles*, como dice el dicho. Ya hace un tiempo que ChileCompra tiene importantes desafíos:

- Rediseñar e implementar una nueva plataforma de contrataciones (ojo puede ser más de una), este es un proceso largo y que debe ser manejado en forma muy cuidadosa (es un servicio de misión crítica).
- Integrar el circuito financiero de la contratación pública al proceso de compras
- Identificar y promover otros modelos de contratación, reduciendo los espacios de sobre explotación de algunos modelos
- Dotar de un garrote más grande al regulador de la contratación pública, para que pueda sancionar de mejor forma
- Fortalecer el músculo consultivo que le permita acompañar a los servicios públicos en el mejor diseño de contrataciones.

Niveles de Madurez

Cuando se analizan los niveles de madurez de estas plataformas, se debe tener presente que evolucionan desde niveles muy básicos, esto es, publicadores de oportunidades hasta sistemas muy sofisticados de carácter transaccional y que permiten potenciar el proceso de contratación pública, dotando a los organismos públicos de una herramienta de gestión del gasto.



Fuente: Elaboración Propia

Este proceso de madurez del sistema tiene básicamente cuatro niveles:

- **Publicación:** nivel más básico de evolución, habitualmente es desde donde inician su proceso modernizador los países, el cual corresponde a un portal web en el que se publican los antecedentes de las convocatorias y licitaciones de la contratación pública, es lo que se llama comúnmente “pizarra electrónica”. En este nivel buena parte del proceso se realiza fuera del sistema y se sustenta en documentos en soporte papel, utilizando la plataforma como un mecanismo de difusión.
- **Documental:** En este nivel, la plataforma se utiliza como un repositorio documental (DMS) y los documentos (bases de licitación, cuadros comparativos, resoluciones de adjudicación y otros) se encuentran tanto en formato digital, como documentos en soporte papel y que fueron digitalizados. Incluso en algunos casos se pueden entrar y salir del proceso digital, (imprimo, firmo, escaneo) perdiendo las ventajas de un circuito end-to-end digital. *La plataforma del Chilecompra (mercadopublico.cl) se encuentra en esta etapa.*
- **Transaccional:** En este nivel, los procesos se basan en una lógica totalmente transaccional de punta a punta del proceso, lo cual exige que muchos de los documentos soportantes del proceso sean documentos que nacen y mueren en soporte digital. En esta etapa los documentos se reducen al mínimo indispensable, y los procesos se basan en transacciones, es decir, cada proceso de compra pública se traduce en un conjunto de múltiples transacciones del comprador y proveedores, y el proceso completo se realiza en soporte digital transaccional. Toda la información de los procesos (productos, ofertas, ordenes de compra, facturas) son datos del tipo procesables.
- **Valor del Gasto:** Con un sistema del tipo transaccional, se puede avanzar a un nivel más sofisticado de compra pública, pudiendo incorporar algunas técnicas de BI para apoyar tanto a compradores como proveedores a poder identificar de mejor forma: procesos óptimos, competitividad de mis productos, planificación y muchos más.

Hace unos días, la [Fiscalía Nacional Económica evacuó su informe de evaluación del sistema de compras públicas](#), en dicho informe queda claro que nuestro sistema requiere de mejoras en forma urgente y que ya los había señalado antes, tales como: [convenios marco mal utilizados y sobre explotados](#), débil gestión de contratos, falta de atribuciones de fiscalización y pocas sanciones por mal uso del sistema o uso excesivo de tratos directos.

Esto va mucho más allá, incluyendo algunos elementos sustantivos del marco normativo, [como lo destacaron varios medios](#), incluso la propia fiscalía estima un potencial máximo de

ahorro de cerca de 850 millones de dólares por año, esto es cerca de un 8% del total de la contratación pública.

En todo caso, llama la atención que según los datos de la [Secretaría de Modernización](#), dependiente del Ministerio de Hacienda, en los últimos 5 años la Dirección de Compras y Contrataciones, ha recibido aproximadamente 10.8 millones de dólares, por la vía de transferencias desde esa Secretaría para la modernización de la plataforma, y que esos necesarios cambios y mejoras se hayan notado bastante poco hasta la fecha.

La modernización de la plataforma es un tema que he conversado con varios de los *stakeholder* del sistema, y me parece de la mayor importancia y urgencia, ya que obviamente la plataforma cumplió un ciclo de vida, más que razonable, y se encuentra con un alto nivel de obsolescencia funcional y tecnológica.

Ahora bien, el proceso de modernización tecnológica requiere de varios cuidados a tener en consideración, me atrevo a mencionar algunos

- **Arquitectura y plataforma tecnológica**, para lo cual se deben evaluar diferentes alternativas, i) desarrollo a la medida, ii) implementación de un COTS o iii) bien contratación de software como servicios. El diseño de la nueva arquitectura debe pensarse desde la lógica de sistemas críticos, altamente transaccionales y con altas exigencias de seguridad y trazabilidad.
- **Identificar el mejor modelo de remplazo y estrategia de externalización**, con esto me refiero al tipo de plataforma que se quiere utilizar, proveedores y soluciones que den cuenta del requerimiento, identificando adecuadamente los costos totales (TCO de la solución), tanto a nivel de implementación como de operación⁴.
- **Proyecto de implementación**, dado que se trata de un sistema de misión crítica para la operación del Estado y que a diferencia de cuando este se implementó originalmente, hoy requiere de un alto nivel de continuidad de servicios, por lo tanto, el proceso de puesta en marcha debe ser muy cuidadoso, y establecer un proceso de transición entre la plataforma actual y la o las nuevas.

Por lo anteriormente señalado se trata de un proyecto complejo y de larga duración, varios años, y que requiere de un cuidadoso diseño e implementación, así como de equipos profesionales que lo puedan llevar a cabo. Es por ello que la Dirección de Compras y

⁴ ¿Cuánto cuesta un sistema de contrataciones públicas electrónicas (eGP)?, Alejandro Barros, 2012 - <https://www.alejandrobarrros.com/cuanto-cuesta-un-portal-de-compras-publicas-egp/>

Contrataciones debiera establecer a la brevedad un grupo de trabajo dedicado a este propósito.

II. Asociación de Proveedores de la Industria de la Salud. A.G.

En Santiago, a 23 de septiembre de 2020

Señor
Sebastián Castro Quiroz
Jefe División Estudios de Mercado
Fiscalía Nacional Económica
PRESENTE

Ref.: Comentarios al Informe Preliminar Estudio de Mercado sobre Compras Públicas (EM05-2019) elaborado por Fiscalía Nacional Económica (FNE)

De nuestra consideración:

En atención al estudio de la referencia y en virtud de la existencia de espacios en el mercado de compras públicas que no funcionan de forma adecuada desde el punto de vista de la competencia, la Asociación de Proveedores de la Industria de la Salud (en adelante APIS A.G.) viene en emitir comentarios y recomendaciones al informe preliminar elaborado con fecha agosto de 2020, en lo relativo al mercado de insumos y dispositivos médicos, para que estos sean considerados por la Fiscalía Nacional Económica (en adelante FNE) en el informe final que será enviado al Poder Ejecutivo para mejorar y modernizar el sistema de compras públicas nacional, lo que para efectos ilustrativos será desarrollado en capítulos por temática. Debe tenerse presente y hacer especial hincapié que el mercado de los dispositivos médicos es un mercado que funciona con lógicas económicas, técnicas y sociales distintas a los demás productos que se comercializan a través del mercado de compras públicas, por lo que su tratamiento debe ser claramente diferenciado de los restantes y tener una apreciación de regulación distinta.

a) Licitaciones Públicas.

1. Se propone para mejorar la competencia, estandarizar cláusulas en las bases de licitación según los distintos modelos de negocio existentes. La estandarización de las bases de licitación favorecerá la administración de los procesos desde sus inicios, bajando los costos y disminuyendo la judicialización de los mismos. Para el mercado de dispositivos

médicos en el sector salud, se sugiere dividir las bases estandarizadas en los siguientes grupos:

- a. Adquisición de insumos.
- b. Adquisición de equipos de baja complejidad.
- c. Adquisición de equipos complejos que requieren instalación, implementación y capacitación.
- d. Adquisición de insumos asociados a comodatos de equipos que a su vez se presenta en tres modalidades:
 - i. Por reactivos en embalaje original.
 - ii. Kits necesarios por cada test o examen.
 - iii. Test o examen reportado.
- e. Adquisición de implantes en consignación.

2. Actualmente, dentro del período de postulación, en el período de preguntas y respuestas es posible originar cambios en las especificaciones técnicas y en las bases de licitación o bien, en la determinación de su alcance o interpretación, lo que genera incertidumbre en el proceso. Para prevenir lo anterior, debería establecerse un plazo mayor entre el cierre del proceso de preguntas y respuestas y el cierre de la licitación, no menor a 7 días hábiles, para efectos de ceñir la oferta a los cambios o resultado de interpretación de las bases que resulten del proceso anterior y unificando los plazos de las bases administrativas. Esto permitiría que más oferentes participen al tener absoluta certeza de las condiciones de oferta que serán objeto de la licitación.

3. Actualmente, las licitaciones y en general todo el sistema de compras públicas son clasificadas según el sistema de las Naciones Unidas (UNSPSC) la cual clasifica en forma general productos y servicios para fines comerciales. En el caso del mercado de dispositivos médicos, este sistema de clasificación es impreciso y atenta contra la competencia, permitiendo que la administración al publicar las ofertas públicas de compra, puedan clasificar erróneamente los productos que requieren, lo que induce a error y deriva en que participen muy pocos oferentes. Para evitar lo anterior, se sugiere usar la clasificación para

dispositivos médicos Universal Medical Device Nomenclature System (en adelante UMDNS), la cual es específica para dispositivos médicos y es la usada actualmente por el ente regulador Instituto de Salud Pública (en adelante ISP). Esta transparencia beneficia la competencia permitiendo una mayor participación, garantizando el acceso uniforme a la oferta y adjudicación de los productos.

4. También es importante evitar las licitaciones cuyas bases administrativas contemplen especificaciones que sean inductivas (*por ejemplo especificaciones propias de una marca*) o bien que agreguen dichas especificaciones requisitos propios y excluyentes que desde el punto de vista técnico son inoficiosos, diseñados para que sólo un proveedor pueda cumplir con la oferta, fiscalizándose exhaustivamente si así ocurre esta anomalía y generando las sanciones correspondientes.

b) Convenios Marco.

5. Sin perjuicio de la importancia de la competencia en el mercado de las compras públicas, debe considerarse la importancia de la seguridad del paciente y no transformar los dispositivos médicos en *commodities*. El mayor riesgo de la estandarización, es que los compradores pierdan visibilidad frente a la tecnovigilancia de productos que han tenido problemas o proveedores que hayan sido sancionados por la autoridad sanitaria. Por consiguiente, deben tener un tratamiento diferenciado mediante un proceso de certificación de calidad y cualquier cambio en su regulación debe ser debidamente estudiado.

6. Se propone que las grandes compras sean efectuadas por cada Hospital y conforme a períodos de tiempo acotado y continuo (*máximo 1 año cada uno*) dado que los requerimientos de cada entidad son distintos y garantiza que se mantengan más competidores evitando la concentración en aquellas grandes empresas que pueden tomar contratos de envergadura mayor. Este plazo acotado es importante para las PYMES dado que les permite competir en licitaciones que sean capaces de abastecer y si no son adjudicadas, tener la capacidad de prepararse para la próxima licitación.

7. Por último, el catálogo de Convenios Marco debe estar basado en la clasificación de dispositivos médicos UMDNS, de manera de evitar lo que ocurre actualmente, que es que los productos se clasifican en más de un tipo y por lo tanto se excluyen de las grandes compras aquellos productos que no pertenecen al tipo de producto de la referencia y por consiguiente, aumenta la competitividad.

c) Trato Directo.

8. Se propone estudiar las excepciones a los tratos directos y regularlo sólo a situaciones realmente excepcionales y acotar la discrecionalidad de la administración.

d) Multas e incumplimientos.

9. Se propone para efectos de fomentar la competencia y participación de más actores en el mercado, fijar un tope máximo para las multas asociadas a los incumplimientos. En la práctica, cada comprador establece en forma arbitraria el tope de las multas asociadas al incumplimiento y, en algunos casos, no establece tope. Se propone que el límite de la multa sea un porcentaje que no supere el 20% sin IVA del valor de lo incumplido. Por consiguiente, deben ser aplicadas sobre el valor de lo 'no cumplido' y no sobre el total del monto del contrato.

10. Asimismo, se propone regular derechamente sobre la proporcionalidad de las multas en el caso de que estas deban ser aplicadas por la administración, considerando un porcentaje sobre el valor del incumplimiento con el objeto de consagrar expresamente en la ley el principio de proporcionalidad de la multa administrativa. Muchas licitaciones establecen multas que se reajustan en UF o UTM. En la actualidad, si la adjudicación es de cuantía baja y existe incumplimiento, la multa puede incluso ser superior al monto adjudicado, lo que representa un enriquecimiento ilícito que limita la competencia y por tanto encarece los productos y servicios que se le venden al Estado.

11. También dentro de las propuestas se insta a establecer plazos razonables y acotados para iniciar los procedimientos administrativos de cobro de multas, que en la práctica se realizan hasta mucho tiempo después de cumplirse el contrato.

12. Por último, se propone establecer la imposibilidad de la administración de aplicar multas a aquellos proveedores con quienes ésta tenga pagos en mora o atrasados de conformidad a la Ley N° 21.131 sobre Pago a 30 días, debiendo acreditar al momento de imponerse la multa que no existe mora o retraso en la deuda con el sancionado. Lo anterior fomentaría la participación de nuevos actores por la certeza que entrega el pago oportuno a los oferentes.

e) Emisión oportuna de documentos en el proceso de compra.

13. Un gran problema que existe en la actualidad y que evita que participe un número mayor de oferentes consiste en la situación en que mientras existe un acto administrativo de adjudicación que no establece derechos sino solamente mera expectativa, la administración emite órdenes de compra con anterioridad a la resolución que apruebe el contrato, lo que es contraproducente para los oferentes si se busca mantener certeza y seguridad en el proceso. De esta forma se tendrá claridad de la secuencia en que deben emitirse los documentos y los oferentes tendrán certeza jurídica sobre el proceso.

14. En aquellos casos en que el contrato se materialice con la emisión de la orden de compra, debe ser ésta la que determine el nacimiento de los derechos y obligaciones. Adjudicada la licitación la administración puede generar órdenes de compras que obligan al oferente, sin embargo, al no encontrarse perfeccionado el contrato por falta del acto administrativo que lo aprueba y que en la práctica puede tomar varios meses, retrasa el pago de la prestación ejecutada, con el perjuicio que de ello conlleva.

15. Es importante señalar que uno de los problemas actuales para los oferentes y que limita su participación en los procesos de compra es la exigencia, a través de las bases administrativas y contratos de emitir facturas de sus ventas fuera de los plazos determinados

por el Decreto Ley 825 sobre impuesto a las ventas y servicios y su reglamento. Dicha exigencia, genera no sólo contingencias y retrasa sus pagos sino que permite que la administración extienda artificialmente los plazos previstos en la Ley N° 21.131 sobre Pago a 30 días.

f) Plazos del contrato.

16. Se recomienda para fomentar la competencia y participación de nuevos actores, establecer plazos de implementación según las características de los productos transados y las cantidades solicitadas. También plazos de implementación que consideren la envergadura y complejidad de los equipos adquiridos de acuerdo a los grados de dificultad que involucre su fabricación, importación, implementación, entrega y/o puesta en marcha.

17. Es importante también que la confección de las bases de licitación debe considerar las características propias de cada mercado. En la industria de la salud, es muy distinto proveer equipos simples, como lo es un fonendoscopio, que equipos de mayor complejidad, como lo es una lámpara de pabellón quirúrgico, que por su volumen y peso es preferible que su transporte de importación sea por vía marítima y que además posteriormente requiere instalación. En general, mientras más breves los plazos, menos oferentes podrán participar y las condiciones podrían resultar mas gravosas para la administración.

g) Flexibilidad en la relación comercial.

18. Facultar a las partes para introducir cambios de común acuerdo a los contratos lo que permitirá adecuar las condiciones del mismo a circunstancias sobrevinientes y no previstas por el oferente que puedan significar una excesiva onerosidad en el cumplimiento de sus obligaciones o bien, adecuar o actualizar las características técnicas de los bienes transados lo que permitiría cumplir con el mismo con productos distintos a los ofertados en la medida que cumplan las expectativas del mandante, lo que fomentaría la participación de nuevos oferentes.

h) Reajustes y riesgos del contrato.

19. Se hace presente que en la actualidad los contratos generados en procesos de compras públicas sean por licitaciones, trato directo o convenios marco, pueden tener un largo plazo de duración y muchos no contemplan ningún tipo de reajuste. En la práctica esto repercute en que los oferentes deben asumir los riesgos de inflación y tipo de cambio, que además de encarecer la propuesta para la administración puede ser perjudicial para los oferentes si las condiciones del mercado se vuelven más onerosas. Por lo anterior, se sugiere incluir en las compras públicas la reajustabilidad de precios según IPC y tipo de cambio para aquellos contratos que sean de tracto sucesivo que superen un año de vigencia. Lo anterior no es baladí en atención a que los insumos y equipos que se utilizan en salud son en casi su totalidad importados, por lo que están sujetos a las variaciones del tipo de cambio.

i) Institucionalidad.

20. Se propone establecer un plazo de impugnación de los actos administrativos que permita determinar la fecha en que aquellos se entiendan inimpugnables, es decir, el plazo fatal después del cual se establezca la preclusión de los derechos de terceros para impugnar el acto de adjudicación. La mayor certeza jurídica ayudará a que más oferentes participen y exista una menor judicialización de los procesos.

21. Asimismo, establecer la obligación de compra a través de los mecanismos de Chilecompra a las Corporaciones Municipales, centralizando las compras para los Consultorios a través de los Servicios de Salud, siendo estas entidades las encargadas y responsables de los pagos.

22. También es importante que Chilecompra aumente sus facultades para efectos de emitir directrices o circulares que regulen materias o hechos relacionados con compras públicas y que estos tengan el carácter de vinculantes para la administración.

j) Sanciones.

23. El comportamiento contractual para evaluar la oferta de un proveedor resulta ser un criterio no deseable cuando se fundamenta en la cantidad de multas cursadas ya que la multa constituye una pena de carácter administrativo la que cumplida por el proveedor no debe ser considerada para evaluar su comportamiento ya que resulta ser, la aplicación de una medida punitiva que se cumple dos veces, la primera; al pagar la multa y, la segunda, al momento de ser evaluado. Se propone revisar dicha normativa en pos de propender una mayor participación en las ofertas.

24. Asimismo, se propone establecer sanciones a los funcionarios que tienen a su cargo la gestión y administración del contrato, cuando sea por hecho, acción u omisión imputable a su desempeño, se produzca un incumplimiento en el contrato o una infracción en el proceso de compra. Estas sanciones deben cumplir el objetivo de evaluar una medición del desempeño, lo que evitaría arbitrariedades y manejos deficientes y aumentaría la participación de los oferentes.

Finalmente, dada la importancia que reviste para nuestra asociación gremial el funcionamiento y rendimiento competitivo del mercado de compras públicas de dispositivos médicos y dado el tratamiento y especial apreciación que debe tener su regulación considerando además de la competencia la seguridad del paciente, proponemos a Ud. y quedamos a su disposición, si lo estima necesario, para aclarar o profundizar cualquiera de las recomendaciones que por este documento hemos formulado.

Sin otro particular, se despiden atentamente de Ud.



Christian Hänel Rossel
Presidente APIS A.G.



Eduardo del Solar Cádiz
Director Ejecutivo APIS A.G.

III. Cámara Nacional de Laboratorios A.G.

Santiago 23 de septiembre de 2020

**INFORME FNE ESTUDIO DE MERCADO SOBRE COMPRAS PÚBLICAS
COMENTARIOS Y PROPUESTAS DE LA CÁMARA NACIONAL DE LABORATORIO A.G.**

GENERALES

Las Compras Públicas es uno de los segmentos del Mercado Farmacéutico de Chile, que ha adquirido progresivamente mayor relevancia, y en este contexto el Estudio de Mercado sobre Compras Públicas es bienvenido y valorado.

El Estudio se concentra en el análisis de costo eficiencia del proceso de adquisiciones públicas. No analiza la relación Comprador/Proveedor, así como no se visualizan vías de integración de los proveedores.

Señala que el 96% de los reclamos en mercadopublico.cl corresponden a deuda, pero no se refiere en mayor detalle a su origen y tampoco a las condiciones que permitan su disminución, y finalmente a su eliminación. Entendemos que un proceso transparente termina con el cumplimiento en tiempo y forma del pago comprometido.

Coincidimos en que la Planificación en Compras Públicas no es un sistema armonizado de glosas técnicas, de criterios de evaluación, y de estrategia de adquisiciones. Aún prevalece la atomización y el trabajo manual. El informe apunta correctamente a la ausencia de un sistema de Indicadores y sistema de estímulos/sanciones por eficacia/eficiencia.

Se detallan limitantes del ordenamiento jurídico en Tribunal de Compras Públicas (TCP), Contraloría General de la República (CGR), Tribunales Ordinarios, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Observatorio: emiten Recomendaciones. Se suma el hecho que no existe accesibilidad para reclamos o resolución de controversias, sólo el observatorio, que recomienda, sin conocimiento técnico de los productos, pero sí de los procesos. En estas condiciones un proveedor pequeño no tendrá la capacidad de llegar hasta TCP, limitando así la inclusión de competidores.

El Informe analiza los canales utilizados en las Compras Públicas (Licitaciones, Convenios Marco y Tratos Directos), e indica que su gestión es técnicamente insuficiente. Las tres se diferencian en su ambiente jurídico, con correspondientes grados de exposición al Oferente: menos exposición en Licitaciones, mayor en Convenios Marco y absoluto en Tratos Directos. Resalta el hecho de que las controversias con las Corporación Municipal son a través de Tribunales Ordinarios.

Cuando se habla de un análisis riguroso de necesidades y definición de mercado, se debe considerar la estandarización de glosas por parte de los compradores, siendo este un punto altamente recomendable, debido a que hoy un producto puede licitarse de numerosas formas y nomenclaturas lo que atenta incluso con la modernización digital y el manejo óptimo de la información.

Siendo la CENABAST el mayor Comprador del Mercado Público, esta entidad no ha sido analizada en profundidad, en particular sus procesos de compra y definición de criterios de elegibilidad. Tampoco en relación con el sistema de evaluación a posteriori en su efectividad respecto a adjudicados, su cumplimiento y tampoco del pago oportuno a los proveedores en cada proceso.

ESPECÍFICOS

1. Párrafos 582-583 se indica que ChileCompra debe actuar en un marco mejor reglamentado. Estimamos que en ese proceso, el avance en reglamentación debería incluir los intereses de Compradores y Oferentes/Proveedores, todo con el objetivo de asegurar la disponibilidad del producto en oportunidad, calidad y accesibilidad al paciente. Por otra parte, la situación actual limita la libre competencia y auto regulación de los mercados, mezclando conceptos institucionales con precios de retail. ChileCompra debe ejercer control y fiscalización formal pudiendo sancionar y establecer mecanismos de fácil acceso, transparentes y resolutivos.
2. Párrafo 586 se indica la necesidad de independencia garantizada, pero a la vez el órgano rector necesitará de un sistema regulatorio que vele con ecuanimidad los derechos/obligaciones de las partes en los contratos.
3. Párrafos 591-592 el ampliar y ajustar atribuciones del Tribunal de Compras Públicas (TCP) conlleva la necesidad que este tribunal comprenda su real aporte, generando canales de solución de controversias más expeditos.
4. Párrafos 593-594 versan sobre un sistema adecuado de solución de controversias (mejoras en tiempos de respuesta, potestad resolutive y sistema de monitoreo de cumplimiento). Coincidimos con este requerimiento: fortalecer el tribunal, es el lugar para poder defender actos viciados. El facilitar el acceso y una rápida solución, inhibe conductas indeseadas.
5. Párrafos 595 al 601 Compartimos lo expresado en estos párrafos, más aún, con el objetivo de equilibrio entre las partes, elevar el nivel de certeza jurídica y el de gestión, eliminar la posibilidad de posición dominante, establecer garantías bancarias por cumplimiento y

además por pagos según Bases, permita la planificación de inventario y así garantizar oportunamente su disponibilidad (CENABAST eliminó dicha información referencial en sus licitaciones, acto contrario a la naturaleza de lo que es la producción farmacéutica).

6. Párrafos 603-608 establecen la necesidad de rediseño de la plataforma mercadopublico.cl para aumentar la eficacia en compras públicas. Un importante aspecto para incluir es la diferencia entre un medicamento (de no estar disponible, 70%-80% de la población es impactada negativamente), de otras mercancías que no constituyen un bien esencial, tales como papel tamaño carta, lapicera pasta negra, etc., que de no haber disponibilidad el paciente prácticamente no sufre ningún impacto.
7. Una práctica altamente improductiva para el comprador y oferente es la edición de innumerables certificaciones, licitación tras licitación, de igual contenido y diferente formato. El comprador institucional debe elevar la integración de gestión vía informática, operando en línea con el Servicio de Impuestos Internos (SII), Dirección del Trabajo (sanciones), Municipalidades (patentes), Conservador de Bienes Raíces (CBR) (vigencias), ANAMED (vigencias registros sanitarios, otros), Cámara de Comercio (documentos del oferente, vigencia códigos de barra, etc.).
8. La estandarización de requisitos conllevará a aumentar el número de participantes en las licitaciones. De esta forma se evitaría las licitaciones donde se presentan un solo proveedor (o muy pocos).
9. Entendemos que es de extrema urgencia definir si el menor precio logrará finalmente mejorar el acceso a salud de calidad y de forma oportuna, por tanto, nos preguntamos si las recomendaciones del Informe Preliminar FNE van en dirección de asegurar estos dos puntos. ¿Tiene la FNE mecanismos claros para evaluar esta eficiencia ex post respecto de sus recomendaciones?

Competir por precio, sin considerar el desarrollo de una industria local fuerte, sin reconocer su real posibilidad de inyectar competencia al mercado (público y privado) es el mayor riesgo que corre el paciente. Que Chile quede con pocos oferentes, de dudosa calidad y por sobre todo sin asegurar la entrega oportuna, es claramente el menos deseado de los resultados.
10. Sugerimos que la CENABAST, que es el más importante Comprador Público, restituya el criterio de variación 30% en cantidad/mes, (considera los tiempos de respuesta obligatorios de producción farmacéutica) y permite planificación de inventario. Este criterio eliminaría la incerteza de hoy en contratos de abastecimiento de fármacos intermediados por Cenabast.

Si un Contrato de CENABAST es para abastecer al 80% de la población (no cubierta por ISAPRES), hace necesario y urgente definir el criterio de finalización de contrato, no pudiendo ser tiempo o cantidad sino debe ser sólo uno de ellos. Hasta hace 2 años CENABAST establecía que el término de contrato era al despachar la última unidad de la cantidad total indicada en el contrato, ¿por qué se eliminó ese criterio?
11. Otra falencia es la de conocer la cantidad a distribuir sólo cuando el adjudicado debe certificar la cantidad a entregar el mes entrante. Esta práctica de hoy conlleva el riesgo de no poder cumplir y recibir la sanción de multa por CENABAST, cuando la génesis del problema

es la imposibilidad de planificar, y el principal afectado es el paciente al no poder recibir su medicamento a tiempo. CENABAST tenía el método para definir y establecer con estabilidad relativa, pero administrable, la demanda mensual, ¿por qué lo dejó de aplicar?

12. Párrafos 615-621 se establece la necesidad de fiscalización y publicidad de sanciones administrativas. Mayor injerencia de CGR, Tribunales de Contratación Pública, o ChileCompra. Estimamos que estas necesidades, o nuevo ordenamiento, al considerar actuales falencias, se deben implementar en el actual sistema, y al hacerlo es necesario considerar la relación comprador/proveedor.
13. Párrafos 622-624 indica "... no existe regulación que detalle la forma de hacer análisis de necesidades...", y párrafo 625 dice "los organismos públicos no pueden prever con exactitud el timing de necesidades y compras a lo largo del año..." (problemas de contratos de suministros también). En esta etapa de Compras, es menester que la FNE consulte los datos del Ministerio de Salud (demanda derivada de comportamiento epidemiológico y desarrollo en el avance/desaparición de ciertas dolencias), Servicios de Salud (demanda de cada producto según el área geográfica y las características socio económicas) y Cenabast (extensa trayectoria y experiencia en abastecimiento del sistema público de salud del país); por lo tanto son tres órganos con bases sólidas en demanda de productos farmacéuticos. Tener presente que Compras Públicas abastece al sistema de salud pública, el cual soporta aproximadamente al 80% de la población.
14. Párrafos 626-627 menciona Indicador de Desempeño de Eficiencia Institucional (MEI), y hoy es central que el nuevo sistema se focalice en análisis y reformas poniendo en el centro al paciente y sus tratamientos.
15. Párrafos 628-632: Recomendaciones sobre procesos de contratación y competencia entre ellos. Recogiendo la relevancia de la CENABAST en Compras Públicas, proponemos una actualización de criterios utilizados hoy en día, vía consulta pública, al igual que este Informe de la FNE, y así lograr nuevas Bases Administrativas y Técnicas. Estamos dispuestos a participar en dicha consulta y a colaborar con propuestas.
16. Párrafos 633-640, Convenio Marco. Análisis de la FNE indica que atomizar la demanda (varias OC), es ineficiente y que una mejor variante es recurrir a las grandes compras. La Cámara Nacional de Laboratorios está preparada y dispuesta a esta alternativa. Por otra parte, ampliar los lotes o categorías, hace que más proveedores puedan cumplir con todo lo que él contiene. La certeza del volumen demandado final también ayuda, ya que es una limitante a proveedores pequeños.
17. Párrafo 641, Tratos Directos. Apoyamos una fiscalización más efectiva, y entendemos aquellos cambios a la regulación que apunten hacia una mayor transparencia en estos procesos.
18. Proveedor Único. Es URGENTE declarar y transparentar los criterios en la definición de proveedor único por parte del Ministerio de Salud. Relativo a el párrafo 642 y a la Ley 19.886 Artículo 8 literal d), la FNE debe consultar al Ministerio de Salud la fundamentación en sus decisiones de proveedor único, además declaramos por esta vía nuestra disposición para comunicar casos específicos.

19. Párrafo 647 versa sobre Seguridad y Confianza. Creemos necesario garantizar la democratización en participación para nuevos oferentes, y así evitar barreras de entrada subjetivas. Criterios como experiencia, uso en la institución, firmas de doctores, atentan contra la oferta de un producto que puede tener tanta calidad como uno ya en uso. Por lo demás no hay criterios uniformes para demostrar parámetros.
20. Párrafos 649-651: Elección de tipo de Contrato. Para transparencia y precisión, es importante evitar contratos etéreos sin cantidades ni compromisos, lo cual para el caso de proveedores pequeños es imposible participar.
21. Párrafo 652, Gestión de Contratos. Estamos de acuerdo que la gran herramienta para este avance es la digitalización del sistema de compras públicas, y en todos los aspectos: criterios, actas de adjudicación, acceso a la información, pagos. En lo que respecta a la gestión de contratos, el pago no oportuno impide a muchos proveedores presentarse a licitaciones, dejando sólo a entidades con mucho respaldo financiero, quienes pueden resistir el atraso en el pago. Muchos proveedores no van a postular a aquellas compras de organismos públicos con mal comportamiento de pago, provocando que esa entidad compre más caro.
22. Párrafo 635, Pago Oportuno Proveedores, indicador MEI. Son bienvenidas todas las medidas que disminuyan la deuda pública de salud y que ciertamente elimine las prácticas que favorecen su permanencia, para lo cual proponemos:
- Identificar, vía parametrización, Deudores Moroso-Históricos (DMH) entre Hospitales, Municipalidades, Corporaciones Municipales. Nuestro gremio está preparado para facilitar sus registros. Hoy son de extrema urgencia acciones concretas y eficaces para disminuir/eliminar deuda pública de años anteriores a 2018:
 - Considerando que los Deudores Morosos Históricos deben garantizar cobertura a una población definida, creemos necesario la respectiva modificación reglamentaria y así contener el crecimiento de la actual deuda pública generada por ellos. Adicionalmente, que la nueva reglamentación defina la categoría Deudor Moroso Histórico, y sean incluidos en licitaciones especiales, con injerencia externa (Tesorería General, u otro organismo a definir, pero resolutivo) con el objetivo de garantizar pagos. Como resultado de lo anterior, el Deudor Moroso Histórico verá evidentes mejoras en su gestión relativo a cobertura de su población: abastecimiento oportuno que beneficia al paciente.
 - Revisar periodos y montos de las Garantías de Fiel Cumplimiento, de tal forma que no excedan al año bancario y deban ser renovables en la primera semana hábil de enero del año entrante (se evitan costos extras financieros/bancarios y administrativos).
 - Es urgente eliminar el valor IVA en el cálculo del monto total de la Garantía (sólo agrega costo financiero bancario), la Garantía de Fiel Cumplimiento debe ser un porcentaje del valor neto del contrato.
 - La gestión de deuda debe ser un componente de MEI de cada organismo público.
 - Se debe fomentar el rol de la Tesorería General de la República como un gran órgano pagador, para evitar, por ejemplo, pagos duplicados asociados a una misma factura.

- Incorporar un historial de cumplimiento del proveedor y de la institución. Ello con el fin de incentivar la correcta gestión a lo acordado. Desde la institución: programación de compra, recepción de medicamentos y pago oportuno. Desde el laboratorio/proveedor, una oferta competitiva en precio, entrega oportuna de medicamentos de calidad. No podemos seguir incorporando al listado de abastecidos a través de CENABAST a instituciones con amplia trayectoria de incumplimiento.
 - Estimamos que la CENABAST debe apoyar a la regularización de deudas, bloquear un despacho por deuda requiere una serie de formalidades, pero podría aportar siendo actor relevante en el pago versus abastecimiento como iniciativa estatal.
 - Licitaciones "Compra Ágil", Que se adjudique producto a producto y se elimine la condición de eliminación si el oferente no oferta a todos los productos. Esto es necesario debido a la especialización de los oferentes en ciertas líneas terapéuticas y no en todas.
 - Hoy Cenabast disponibiliza medicamentos a las farmacias, buscando con esto mejorar los precios en el sector privado. Siendo medicamentos que Cenabast compra regularmente, ¿no debieran haber sido medicamentos de acceso a las personas de manera gratuita a través de los canales institucionales?
23. Párrafo 657 indica reglamentar e incentivar externalización de gestión de contratos. Estimamos de gran importancia el aumento de eficiencia logística vía externalización de este servicio, hoy la logística solo eleva el costo por unidad despachada.
- Identificar mínimos de compra en unidades.
 - De especial relevancia por inclusión de farmacias en licitaciones/Cenabast. Incorporar, si así lo amerita, centros logísticos de almacenaje farmacéutico en regiones. Objetivo: reducción costos logísticos.

CÁMARA NACIONAL DE LABORATORIOS A.G.

IV. Central de Abastecimiento.

Se hace presente que el acrónimo Cenabast corresponde a Central de Abastecimiento, y no a Central Nacional de Abastecimiento.

COMENTARIOS AL "ESTUDIO DE MERCADO SOBRE COMPRAS PÚBLICAS (EM05-2019)"
División Estudios de Mercado - Informe Preliminar
FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA.

La Fiscalía Nacional Económica realizó un estudio de la Compras públicas en el que plantea una visión crítica del mismo. En su hipótesis indica que existiría falta de competencia en este ámbito ya que no estaría funcionando adecuadamente, esto implica que las condiciones comerciales a las que accede el Estado no son las óptimas y como consecuencia de ello los recursos públicos se asignan en forma deficiente. El presente informe recae sobre las propuestas de la Fiscalía Nacional Económica sobre el Mercado de Compras Públicas.

I. INTRODUCCIÓN.

El informe de la FNE es un análisis de la competencia sobre las compras regidas por la Ley N°19.886, exceptuándose aquellas compras excluidas por el artículo 3° de dicha Ley, o reguladas por leyes especiales. Ejemplo, compra de armamento por las FFAA, concesiones de OOPP.

La División de Estudios de Mercado de la FNE para su estudio recurrió a 4 fuentes:

- 1) Base de Datos de la DCCP¹: Que presentó una utilidad limitada, por: Incorrecto registro de participantes de una licitación e información en formatos no interpretables por computadores, al ser escaneados.
- 2) Base de Datos Manual (Muestra): Comprende el análisis de: 400 licitaciones, 400 líneas de convenio marco y 400 tratos directos.
- 3) Encuesta a funcionarios del área de compras: Total 208 instituciones, compuesta por: 78 organismos centralizados y 130 municipalidades.
- 4) Documental: Se revisó su regulación, historia, literatura académica y documentos técnicos.

Con la finalidad de fomentar la competencia del mercado de compras públicas, lo que implicaría un ahorro anual de US\$ 855 millones de dólares. Dicho estudio elabora una serie de recomendaciones y propuestas recaídas en:

- a. Estructura del sistema.
- b. Planificación de las compras.
- c. Procesos de contratación.
- d. Gestión de contratos.

¹ Dirección de Compras y Contratación Pública.

II. COMENTARIOS A PROPUESTAS DE FNE.

A. ESTRUCTURA DEL SISTEMA.

a. Diseño Institucional General.

1. ChileCompra. La FNE detectó que la DCCP no puede ordenar cuestiones básicas como, por ejemplo, la forma en que deben llenarse los distintos campos de la base de datos. Además, el incumplimiento de sus directivas sea sancionable como en el caso de una serie de Superintendencias. De esta manera se facilitaría la aplicación correcta y uniforme de la normativa de compras públicas. Para ello, propone seguir el ejemplo de España.

Recomendación: *Que las directivas de la DCCP sean de carácter vinculante y no meras recomendaciones, y cuyo incumplimiento sea sancionado.*

Comentarios:

- *¿Se podría producir una pugna de criterios con la CGR?* Teniendo dos órganos que dicten directrices sobre compras públicas podría provocar un conflicto de criterios. Ejemplo, que la DCCP establezca un criterio A y CGR un criterio B, sin perjuicio de la coordinación que debe existir en la Administración Pública.
- En el informe se indica que uno de los principios rectores debería ser “simplificar” en este momento existen 36 directivas más o menos actualizadas; por lo que la regulación por este vía debe evitar la “sobre reglamentación” que entorpecería el sistema.
- En cuanto a lo formal, normativamente el término “Directiva” proviene de la legislación Comunitaria (Unión Europea: Directiva legislativa; Directiva delegada; Directiva de ejecución). En Chile, a través de los Reglamentos se establecen los aspectos particulares para la implementación o ejecución de la ley o de parte de ella; estos también pueden ser complementados por Ordenanzas y Circulares; por lo que se propone estructurar la normativa de acuerdo a nuestra realidad; las materias que deben ser vinculantes deberían en este sentido estar contenidas en el reglamento.
- Actualmente las Directivas se definen como “orientaciones” son de carácter misceláneo que en algunos casos bien podrían ser manuales de uso; buenas prácticas propiamente tales o incluso en algunos casos son reiteraciones de normas contenidas en otros cuerpos legales. La Ley de Compras tiene un Reglamento, por lo que aumentar normas de este carácter no apunta al fortalecimiento del principio rector de simplificar, que se indica en este estudio.
- Sin perjuicio de las problemáticas planteadas, una forma de solución es que las directrices sean enviadas a CGR para unificar criterios y aprobación de estas, se emita un consolidado en un tiempo determinado y disponibles en único lugar, con la finalidad de ayudar a los compradores o usuarios del sistema de compras públicas.

2. Tribunal de Contratación Pública. Que el TCP se limite a conocer de la etapa precontractual de las licitaciones, y no la ejecución de los contratos (Ej. No devolución de una garantía porque se extravió), o también actos u omisiones ilegales o arbitrarias en tratos directos o grandes compras, restringe los cursos de acción que tienen terceros afectados y la posibilidad de obtener medidas correctivas de manera oportuna y accesible.

Recomendación: *Ampliación de la competencia y que conozca de actos u omisiones ilegales o arbitrarias en tratos directos o Grandes Compras en los Convenios Marco, como también durante la gestión o ejecución de los contratos.*

Comentarios:

- *¿Qué ocurre con los proveedores extranjeros?* Sin perjuicio de establecer un apoderado o agencia, existen casos en que la contratación obedece a normas de comercio internacional (tratos directos), donde difícilmente podría establecerse una competencia a priori del TCP.

Sin embargo, en nuestra opinión es positivo que un solo órgano especializado se encargue de conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, todo lo que involucre un proceso de compras públicas desde su inicio precontractual, contractual y post contractual, y eventualmente extracontractual.

3. **Municipalidades.** No existe justificación suficiente para excluir a las municipalidades de la obligación de comprar a través de convenio marco. Además, muchas veces las municipalidades adquieren sus bienes y servicios mediante sus corporaciones municipales, las cuales se rigen por el derecho privado, por tanto, no se tiene un control sobre transparencia y probidad en sus compras. Ejemplo, no existe prohibición sobre el grado de afinidad o relación entre quienes contratan. Por último, tampoco se justifica que las resoluciones de las municipalidades estén exentas de toma de razón, esta falta de control conlleva riesgos en materia de cumplimiento de la normativa de compras públicas.

Recomendación: *Obligatoriedad de los convenios marco como mecanismo preferente, la incorporación de las corporaciones municipales al sistema de compras públicas, e incluir la toma de razón ex ante por la CGR.*

Comentarios:

- El Dictamen 37.948/2004 excluye a SERCOTEC (Corporación de Derecho Privado), al no ser parte de la Administración del Estado no resultándole aplicable la normativa de la Ley N° 19.886. En esta línea, sería conveniente aclarar que se incorporarán todas las Corporaciones que colaboran con la Administración del Estado, de lo contrario sería discriminatorio.
- b. **Plataforma de Mercado Público.** En un 8% de las licitaciones analizadas faltaba documentación importante como actas de evaluación o bases. Un 21% presentaba inconsistencias digitales, es decir, los documentos adjuntos (Bases y Actas de Evaluación) no eran consistentes con la ficha electrónica. En los convenios marco falta sistematización del proceso de elección de los adjudicatarios, porque éstas van variando de licitación en licitación, provocando una revisión caso a caso. En los tratos directos no existe vínculo en el sistema entre órdenes de compra y el contrato, dificultando su análisis e inspección. Adicionalmente, un problema que aplica a todos los procesos de compra es que no existen identificadores o códigos universales² para productos o servicios en la plataforma.

Recomendación 1: *Digitalización total del sistema (sin escaneo de documentos físicos), de manera que sean formatos interpretables por computadores. Además, permitiría utilizarse nuevamente en compras futuras, y sería menos costoso realizar análisis de información en el sistema.*

² Ejemplo, el grano de arroz. El Convenio Marco de Alimentos identifica 23 productos distintos, variando en marcas, peso, variedad (tipo de grano), entre otros atributos. Sin embargo, existe un solo código (UNSPSC) que agrupa a todas las presentaciones y variedades del grano de arroz. Esto impide una revisión de la correcta selección del mecanismo de contratación. Ejemplo, si un bien se compra fuera del convenio, se hace difícil chequear que haya estado en el convenio, o que las condiciones comerciales hayan sido más convenientes. No permite una comparación de eficiencia en las compras públicas.

Recomendación 2: Interfaces que permitan un uso expedito y limite el error humano, a través de defaults (valor por defecto, preexistente o predeterminado) y verificaciones automáticas.

Recomendación 3: Facilitar el seguimiento de unidades de análisis, mediante la individualización correcta de contratos como bienes, permitiendo las labores de análisis y fiscalización, y así saber cuánto se ha ejecutado de un contrato, o el tipo bien o contrato.

Comentarios:

- ¿Qué ocurre con los proveedores analfabetos digitalmente?
- Es necesario gestionar el cambio y nivelar conocimiento para todos los participantes, y no solo capacitar a compradores y proveedores habituales. Es necesario incluir sectores no tradicionales o que tienen difícil acceso o poca difusión como son las empresas extranjeras (Ejemplo capacitación, difusión e información en inglés)
- Es relevante contar con una catalogación, homologación que permita tener un código único para cada producto, (ejemplo para los fármacos a través del principio activo para gestionar la compra). Actualmente es utilizado el código ONU, aunque permite agrupar familias de productos, pero no va al detalle de la identificación, limitando la competencia de oferentes.
- Además, considerando que el mercado de medicamentos contiene algunas características que lo diferencian de otros, es conveniente que la información que se registre sea con una glosa genérica (Principio activo, concentración y forma farmacéutica) y se relacione con la inscripción del medicamento en los registros del Instituto de Salud Pública (Número de registro sanitario).
- La información así registrada, permitirá la trazabilidad integral de las compras, pero además proporcionará información básica y relevante para el control, análisis y seguimiento de un sector que tiene los mayores volúmenes de compras del sistema público, según información de Portal Mercado Público
-

- c. Sistema de Fiscalización y Sanciones. Falta de control y monitoreo porque pocas adquisiciones tienen control ex ante de legalidad. Tampoco existen antecedentes públicos que permitan verificar la existencia de sanciones administrativas, civiles o penales impuestas por infracción a la normativa de compras públicas.

Recomendación 1: Publicidad a las sanciones aplicadas por CGR, esto podría aumentar la disuasión.

Recomendación 2: Un cambio al sistema de fiscalización, planteando las siguientes alternativas:

- a) Que CGR instruya directamente sumarios por infracción a la normativa de compras públicas;
- b) Que DCCP tenga legitimación activa para perseguir y acusar incumplimiento;
- c) Que DCCP sancione directamente.

Recomendación 3: En relación al régimen de sanciones propone las establecidas en la Ley N° 20.850 sobre Acceso a la Información Pública, que sanciona con una multa del 20% al 50% de las remuneraciones de la autoridad, jefatura o jefe superior.

Comentarios:

- La publicidad de sanciones individualizando al funcionario podría provocar la presentación de recursos de protección o acciones civiles por afectación a la honra. Quizás sea conveniente la cantidad de sumarios por cada órgano o servicio, motivos y sanciones aplicadas al respecto.
- Es necesario que las distintas plataformas del sector público estén conectadas y eviten el doble trabajo de registro o documentos escaneados.

B. PLANIFICACIÓN DE LAS COMPRAS.

- a. Análisis de necesidades a través del portal Mercado Público. No existe regulación que detalle la forma de hacer análisis a las necesidades de manera correcta y sistemática.³

Recomendación: Contar con instrumentos estandarizados que faciliten el análisis de necesidades, además la creación de una guía vinculante y que su ejecución pueda ser fiscalizada a nivel central.

- b. Incentivos para el cumplimiento de los Planes de Compra. Considerando la ausencia de reglas y prácticas uniformes en materia de planificación, sumado a que los PAC⁴ no son vinculantes y que los organismos no pueden prever el timing de sus necesidades y compras en el año.

Recomendación: Incentivos para que los PAC se cumplan. Ej. Asociarlos a alguna meta de gestión, revisable trimestralmente, de manera de evitar la intensidad del gasto al fin de año, y en caso de desviarse del umbral de tolerancia se multe al jefe superior del servicio para incentivar una mayor supervisión.

Comentarios:

Estamos de acuerdo en la necesidad de realizar una planificación para todos los procesos que se deban ejecutar en un periodo. Adicionalmente debería ser obligatoria su publicación y modificaciones por cada Institución, medida que servirá de control y cumplimiento del PAC.

C. PROCESOS DE CONTRATACIÓN.⁵

- a. Licitaciones. Baja participación de oferentes (25% un solo oferente y 40% dos oferentes) lo que se debe a una errónea planificación impidiendo anticipar a los proveedores. El 20% de las Bases contienen limitantes, por ejemplo, criterios innecesarios dada la naturaleza del bien, como ocurre en uno de los casos que requería estaciones de combustible en todo el país para una municipalidad; o también criterios con subjetividad que asignan a la calidad un peso relevante sin especificar qué significa; solicitar experiencia previa con independencia de la naturaleza del bien adquirido.

Recomendación 1: Estandarización y simplificación de las bases, criterios de evaluación, ponderación y fórmulas de cálculo de puntaje.

Recomendación 2: Que el precio de referencia o estimado de la licitación sea reservado, para aumentar la participación.

Recomendación 3: Que la ficha electrónica de la licitación sea autocontenida y vinculante.

³ Ej. Un vehículo para el transporte periódico de un funcionario. La primera definición y más sencilla sería un vehículo sedán; la segunda definición sería elegir entre la compra de un vehículo, su arriendo o la contratación de un servicio de transporte. Cada una de estas alternativas tiene sus costos. Así podría pasar que se adquiere un vehículo a buen precio, pero esta alternativa es menos conveniente que arrendar, por ejemplo, pues el mercado de mantenciones y reparaciones es monopólico.

⁴ Plan Anual de Compras.

⁵

Comentarios:

En el ámbito de compras públicas en el caso de Cenabast, las adquisiciones inciden en el cumplimiento de políticas, planes y Programas. Nuestra Institución utiliza bases tipo y se encuentran en revisión permanente con el objetivo de proponer mejoras a las bases y a los procesos de adquisición. De nuestra mirada lo que debe prevalecer es la oferta mejor evaluada y que asegure un equilibrio entre precio y calidad.

b. **Tratos Directos.**

1. **Proveedor único.** 45% de las contrataciones se encontraban incorrectamente justificados. El 60% de la causal de titular de patentes o derechos de propiedad intelectual también.

Recomendación: *Que esta hipótesis sólo pueda aplicarse en los casos que no exista una alternativa o sustituto razonable, y no a consecuencia de una restricción artificial de los parámetros de la contratación.*

Comentarios:

En el ámbito de Cenabast esta causal es muy relevante, compras vinculadas a grandes montos con proveedores en calidad de monoproveedor, toda vez que tienen un único registro sanitario en el ISP.⁶ Existen otros productos que teniendo dos o más registros sanitarios tienen patente vigente o protección de datos, lo que generar un proceso licitatorio no es recomendable ya que no estaríamos haciendo un buen uso de los recursos públicos.

En una futura legislación se debería acreditar fundadamente que no existen alternativa o sustitutos razonables y que la ausencia de competencia no es el resultado de una restricción artificial de los parámetros de la contratación, como se hace en la Unión Europea;

2. **Reposición o complementación de equipamiento o servicios accesorios.** De acuerdo con el análisis, muchas veces se utiliza esta causal por la existencia de una marca.

Recomendación: *Respecto de una marca puede existir más de un proveedor autorizado, por ello, se recomienda la eliminación de esta causal. Las entidades en este caso deberán justificar la causal probando la existencia de un proveedor único.*

3. **Seguridad y confianza.** El 76% de los casos no se encontraba justificado, de acuerdo a la regulación y jurisprudencia administrativa.

Recomendación: *Por su mala utilización y alto riesgo en afectar la probidad, propone que sea eliminada.*

- c. **Convenio Marco.** En promedio el 78% de quienes participan entran en convenio marco, siendo un proceso de filtro formal, más que de competencia. En los últimos 5 años los vendedores fueron menos de un tercio de aquellos que se adjudicaron el convenio. La regulación permite que los

⁶ El modelo de libre mercado basado en la competencia no ha disminuido los precios de los medicamentos, esta competencia imperfecta, sumada a la protección de las patentes de "innovación", ha determinado oligopolios en la investigación, producción y comercialización de nuevas drogas. De esta manera, la única vía encontrada para poder generar competencia en los países en vías de desarrollo, es a través de la intervención de los Estados, se debe participar e incidir en las regulaciones referentes a las patentes de propiedad intelectual, manteniendo una consideración esencial: el medicamento no puede considerarse de igual manera que cualquier otro bien de comercialización, por ende, debe tener regulaciones específicas. DWA SPINELLI, Sebastián. Acceso a los medicamentos: las patentes y los medicamentos genéricos: las consecuencias de considerar al medicamento como un bien de mercado y no social. En *Rev. Bioética y Derecho* [online]. 2015, n.34 [citado 2020-09-15], pp.81-89. Disponible en: <http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=51886-58872015000200008&lng=es&nrm=iso>. ISSN 1886-5887. <http://dx.doi.org/10.1344/rbd2015.34.12068>.

compradores puedan salirse del convenio, en caso de existir condiciones más favorables fuera del mismo, por otro lado, una vez que un proveedor se adjudicó un convenio, éste puede vender en categorías distintas a las que ofertó. Si hubiera esfuerzo en los proveedores en competir no sería necesario otorgar flexibilidad para comprar fuera de los convenios marco o que los proveedores puedan ingresar lotes distintos a los adjudicados. No existe una regla de selección de proveedor determinada, haciendo convenio marco similar a Mercado Libre o Amazon y se observa que los organismos no compran al más económico.

Recomendación 1: *Disminuir el número de proveedores que puedan adjudicarse la categoría.*

Recomendación 2: *Brindar mayores certezas a los proveedores respecto de cuál será el volumen demandando en el curso de un contrato.*

Recomendación 3: *Que la duración de un convenio se ajuste en concordancia con la tasa de innovación de una determinada industria (tecnología y computación). Sugiere 4 años.*

Recomendación 4: *En cuanto a la selección del proveedor, se sugiere las reglas utilizadas por otros países que incluyen la asignación del contrato al proveedor más conveniente en base a criterios preestablecidos, la rotación en base al ranking que se obtuvo en el proceso de adjudicación del convenio, o una asignación en cascada, en que el ganador se lleve toda la demanda y el segundo y subsiguientes por hechos subjetivos como quiebre de stock del que le antecede.*

Recomendación 5: *Reducir el umbral sobre el cual es obligatoria la contratación mediante Grandes Compras, y complementar esta medida con un monitoreo cercano de prácticas de fraccionamiento.*

Recomendación 6: *Modernización de los convenios marco, configurando los mercados en relación a características objetivas estandarizadas y no como productos de marca.*

Comentarios:

- Complementando las recomendaciones, sugerimos incorporar los recargos por despacho a determinadas regiones del país, que no siempre son considerados al momento de la decisión de compra.

d. Tratos Directos.

4. **Proveedor único.** 45% de las contrataciones se encontraban incorrectamente justificadas. El 60% de la causal de titular de patentes o derechos de propiedad intelectual también.

Recomendación: *Que esta hipótesis sólo pueda aplicarse en los casos que no exista una alternativa o sustituto razonable, y no a consecuencia de una restricción artificial de los parámetros de la contratación.*

5. **Reposición o complementación de equipamiento o servicios accesorios.** De acuerdo con el análisis, muchas veces se utiliza esta causal por la existencia de una marca.

Recomendación: *Respecto de una marca puede existir más de un proveedor autorizado, por ello, se recomienda la eliminación de esta causal. Las entidades en este caso deberán justificar la causal probando la existencia de un proveedor único.*

6. **Seguridad y confianza.** El 76% de los casos no se encontraba justificado, de acuerdo a la regulación y jurisprudencia administrativa.

Recomendación: *Por su mala utilización y alto riesgo en afectar la probidad, propone que sea eliminada.*

Comentarios:

- Existen medicamentos que cuentan con restricción de patentes, situación que no es fácil constatación o demostración, considerando que en el sistema de propiedad industrial (Inapi) no se informan por Denominación Común Internacional (DCI) lo que obliga a realizar licitaciones antes la existencia de duda razonable.
Considerando el alto volumen que esas compras implican sería conveniente una norma que obligue al vendedor, en el caso de estos productos, la comprobación de existencia de patentes vigentes.
- En la generalidad del punto planteado estamos de acuerdo, aunque sugerimos evaluar esta última causal la que es utilizada para la contratación de determinados servicios en situaciones específicas, por ej. servicio de sala cuna, situación que ha sido validada por la CGR. Por esto, la eliminación de esta causal no se observa como conveniente, como en este caso puntual.
- e. Elección de tipo de contrato. No hay una directiva clara que indique sobre cuál es la mejor relación contractual posible para cada compra. Encontrándose una gran cantidad de compras recurrentes en el tiempo que se suscriben mediante orden fija (contrato estándar), lo que conlleva costos administrativos importantes.

Recomendación: *Dentro de la planificación de compras, se realice un análisis de las compras que se hicieron a través de sucesivas licitaciones, para realizar una sola licitación a través de un solo contrato.*

Comentarios:

- En la generalidad estamos de acuerdo con esta recomendación, aunque es atendible evaluar caso a caso, ya que en productos que tengan un consumo constante en el tiempo muchas veces no es aconsejable el contrato de suministro, dada la incertidumbre que percibe el oferente, el cual lo traduce a precio.
- Cabe mencionar que el mercado farmacéutico, dispositivos médicos y elementos de protección personal tienen un comportamiento distinto a los restantes productos transados en mercado público, en muchos casos es posible generar procesos de compras con cantidades fija para un periodo de tiempo, lo que se traduce en precios menores y asegura cumplimiento en la entrega.

D. GESTIÓN DE CONTRATOS.

- a. Registrar digitalmente la información sobre la gestión de los contratos. Muchas variables de los contratos (duración, forma de pago, uso de garantías o términos anticipados) dejaron de registrarse durante el período abarcado en el estudio. Lo que dificulta la supervisión.

Recomendación: *Actualizar los datos con los contratos vigentes y continuar registrando estos datos para los contratos futuros.*

Comentarios:

- Es relevante tener la información digitalizada, aunque deben estar integrados con los sistema de cada institución para evitar la doble carga de trabajo, errores en el traspaso de información y fomentar la utilización.

- Considerando lo anterior, la plataforma debiera considerar sistemas de carga automatizadas de la información, tanto desde los sistemas de las instituciones en la carga de datos de compras, considerando que este es un proceso lento y dificultosa y no exento de posibles errores, como así también información automatizada desde la plataforma hacia las Instituciones con las ofertas y otros archivos.
- b. Fortalecer el pago oportuno a proveedores. Se detectaron fallas en los pagos a proveedores, siendo uno de los principales motivos de reclamo.

Recomendación: Incorporación a las metas de gestión institucional un indicador relacionado a demoras injustificadas en los pagos, similar a los PAC. La definición del indicador y su umbral de tolerancia debiese ser determinado por la DCCP. Se recomienda que su definición considere la cantidad absoluta de reclamos en el periodo de evaluación como su mejoría o empeoramiento respecto del mismo trimestre del año anterior, para evitar un estancamiento.

Comentarios:

- La función principal de nuestra Institución es consolidar la demanda, lo que se traduce en compras a menores precios, para lo cual se han definido funciones y roles específicos. No obstante, considerando que la actividad realizada corresponde a la intermediación por cuenta de terceros, los responsables de los pagos son nuestros clientes o usuarios, por lo que no sería aplicable incorporar en las metas institucionales como los propuestos en el informe.

Formalizar la asignación de responsabilidades entre el personal de compras. Muchos organismos admiten no tener un proceso formal que asigne roles de supervisión de los contratos, lo que

- c. puede derivar en ineficiencias o duplicidad de funciones.

Recomendación: Creación de una directiva por la DCCP que determine la asignación de responsabilidades y supervisión de los contratos, considerando cantidad de personal, nivel educacional y/o experiencia en compras, habilidades duras o blandas, complejidad de la compra, posibilidad de externalización de la gestión, etc.

- d. Reglamentar e incentivar la externalización de la gestión de contratos cuando así lo amerite. Según encuesta el 25% o menos de los contratos del año 2019 fueron externalizados a terceros para su gestión. Considerando que la mitad de los compradores cumplen sus funciones con dedicación exclusiva.

Recomendación: Reglamentar la delegación de la gestión de contratos a entidades externas.

•

V. Open Contracting Partnership.

De: Nicolas Penagos [REDACTED]

Enviado el: miércoles, 16 de septiembre de 2020 06:14 p. m.

Para: estudiosdemercado <estudiosdemercado@fne.gob.cl>

CC: Oscar Hernandez <ohernandez@open-contracting.org>

Asunto: Comentarios al estudio de mercado de compras públicas

Estimados señores:

Les envío comentarios sobre el estudio de mercado de compras públicas, sobre todo en referencia a sus recomendaciones de los párrafos 606 y 652. Estos reiteran los comentarios enviados sobre el estudio de mercado de medicamentos. Pueden publicar estos comentarios en el informe final.

1. Consideramos importante avanzar en publicar toda la información de la contratación pública en formatos abiertos y estandarizados como el [OCDS](#). Es decir, hacer explícito que se debe seguir avanzando en contrataciones abiertas, que permitan hacer estos análisis a cualquier interesado, incluso a entidades compradoras que requieren entender cómo compran otros servicios. ChileCompra ha avanzado en publicar los procesos competitivos de [mercadopublico.cl](#), y pronto lo hará para tratos directos y convenios marco. Consideramos fundamental ampliar los campos publicados y mejorar las funcionalidades de la API para que sirvan de mejor manera a los usuarios. Resaltamos los ejemplos en la región de Colombia y Paraguay al respecto, si bien en ambos lugares persisten posibilidades de mejora en cuanto a la calidad de los datos se refiere.
2. Es fundamental también tener datos abiertos de los datos de pago de un contrato. Después de la orden de compra, es importante saber cuánto efectivamente se ha pagado. Es decir, la información de pagos de SIGFE2 o sistemas homologados debería estar pública para que se pueda analizar. Esta información se podría publicar también en OCDS utilizando como llave los códigos únicos de cada registro (OCID). Aquí es relevante el ejemplo de Paraguay, que además ha logrado vincular esta información con proyectos de inversión en la plataforma MapaInversiones del BID.
3. La toma de razón de la Contraloría para aprobar tratos directos debería así mismo estar basada en datos. Por ejemplo, para una solicitud de trato directo por causal de proveedor único sería indispensable ver si otros servicios han comprado ese mismo bien a otros proveedores.

Quedo a su disposición para ampliar cualquier de estos puntos. Cordialmente,

--

Nicolás Penagos

Gerente / Head of Latin America

+ 57-3142075304 | @nicolaspengosf | skype: @npenagos

*** Una economía incluyente es una economía más fuerte. Aprenda sobre [cómo empoderar](#)

[a empresas lideradas por mujeres y lograr una mayor inclusión en la contratación pública](#) en nuestro nuevo reporte***

*** An inclusive economy is a stronger economy. Learn about [emerging strategies for empowering women-led businesses through public procurement](#) in our new report. ***
| follow us @opencontracting

**OPEN
CONTRACTING
PARTNERSHIP**

VI. Paola Bordón

Comentarios y Sugerencias al Estudio de Mercado de Compras Públicas

Paola Bordón Tapia¹

A continuación, se presentan una serie de propuestas que complementarían el estudio de Mercado de Compras Públicas y se basan tanto en lo realizado por la FNE como en un estudio anterior realizado para ChileCompra.

1. El problema de agencia de los agentes en las compras públicas

Asimetrías de información y el problema de agencia

Se define una relación de agencia como un contrato bajo el cual una o más personas (principales) contrata a otra persona (el agente) para realizar algún servicio en su nombre, lo que implica delegar un cierto proceso de toma de decisiones al agente. Al ejecutar las tareas dentro de la relación agente-principal, el agente debe elegir las acciones que tienen consecuencias tanto para el principal como para el agente. Dado que estos resultados pueden ser negativos o positivos para cada uno de los actores, la acción elegida del agente afecta el bienestar de ambos. La relación principal-agente a menudo se forja porque el agente posee en mayor y mejor información de las habilidades necesarias, y/o tiempo para realizar las actividades deseadas. Inevitablemente, sin embargo, hay varios problemas para el principal al gobernar la relación con el agente, el primero de los cuales consiste en elegir un agente apropiado.

Consistente con los principios de la teoría de la agencia, la visión adoptada aquí asume que los agentes, entre ellos, los funcionarios de compras, son maximizadores de utilidad racionales e interesados en su propio beneficio. Sin embargo, no se supone que estos agentes se comporten de manera egoísta u ominosa. En otras palabras, si bien se supone que las personas son oportunistas en el sentido de que pueden actuar de una manera egoísta tratando de minimizar el esfuerzo si satisface sus necesidades, no se supone que ellos voluntariamente deformarán o mentirán acerca de ese esfuerzo. De hecho, se supone simplemente que el principal y el agente no comparten los mismos niveles de información, y como tal, el agente puede aprovechar oportunamente la situación, a veces en detrimento del principal. Esta última situación se conoce como *riesgo moral* y es a menudo el resultado de información asimétrica.

¹ Directora del Magíster de Economía Aplicada a Políticas Públicas, Profesora Asistente. Departamento de Economía. Facultad de Economía y Negocios. Universidad Alberto Hurtado. Email: pbordon@uahurtado.cl

La teoría de la agencia en economía se ha ocupado desde hace mucho tiempo de las cuestiones de control que surgen como resultado de las asimetrías de información entre los agentes delegados para maximizar el bienestar de los principales que interactúan con ellos. En general, todas las relaciones agente-principal están plagadas de incertidumbre, no sólo en el nivel de los conocimientos, capacidades y habilidades de un agente, sino también en la forma en que la acción del agente se transforma en resultados y si el agente está o no actuando en el interés del principal. Esta incertidumbre es el resultado del diferencial del conocimiento que el agente tiene sobre sus propias acciones al servir al principal. Esta diferencia es la asimetría de la información, y es un problema crucial para el principal al gobernar la relación con el agente.

Si bien es cierto que, en circunstancias normales tanto el principal como el agente pueden observar el resultado de la institución a la que pertenecen, es frecuente que el principal no pueda observar las acciones, el esfuerzo o la capacidad específica del agente que serían necesarias para obtener un resultado favorable para el principal.

Por otra parte, se debe estar consciente de que el agente no sólo observa su propia acción (características endógenas del agente), sino que también puede tener conocimiento que el principal no posee sobre otros factores que conducen al resultado (características exógenas). Esta asimetría de información describe la incapacidad del principal para evaluar adecuadamente hasta qué punto el agente elige una acción que coincida con el interés superior del principal. Como tal, no hay duda de que la información asimétrica permea la relación principal-agente.

No sólo las acciones o inacciones del agente y el principal influyen en el resultado, sino también hay factores aleatorios, fuera del control del principal o del agente (que influyen en el resultado). Por otra parte, hay costos que deben incurrir: el agente al realizar la acción por la que fue contratado por el principal, y el principal la compensación al agente y costos de monitoreo.

Por consiguiente, la racionalidad y las herramientas de la teoría de la agencia se consideran apropiadas para entender en profundidad los incentivos y por tanto, permite modelar el proceso de compras y contrataciones públicas. En primer lugar, permite visualizar fácilmente, la cadena de relaciones de agencia en las compras públicas, que pueden afectar la naturaleza de la compra. Por ejemplo, los funcionarios de compras suelen ser empleados por organización públicas. Dependiendo de las reglas, procedimientos y reglamentos de compra, puede haber incentivos diferenciados para los compradores en varios niveles que pueden no ser evidentes sin la ayuda de la teoría de la agencia.

En segundo lugar, y como se ha mencionado anteriormente, la teoría de la agencia y su teoría implícita de los incentivos generalmente asumen que las acciones y los esfuerzos son normalmente no verificables, mientras que los resultados son generalmente conocidos y confirmables (Dixit, 2002). En lo que respecta a compras públicas, el esfuerzo del funcionario de compras sólo se

verifica cuando se obtiene el resultado (la compra). Sin embargo, se demostrará que la acción, a diferencia del resultado, puede no ser fácilmente distinguida por las partes interesadas. Considere que, aunque el funcionario de adquisiciones pueda creer que la compra real es un "resultado", la compra se considera meramente una "acción" desde el punto de vista del principal para quien se realizó la compra. En otras palabras, el nivel de análisis es importante para determinar qué comportamiento es una "acción" en lugar de un "resultado".

En tercer lugar, la teoría de la agencia es un método útil para modelar la compra pública pues ayuda a identificar los diversos incentivos de las partes interesadas. Al aclarar las oportunidades y limitaciones que enfrentan, se genera la esperanza de que se aumente la eficiencia, la eficacia y la rendición de cuentas.

Modelo simple de relación de agente-principal en las compras públicas

La teoría de agente-principal en las compras y contrataciones públicas es una herramienta muy útil para estudiar los resultados del proceso de compra, el comportamiento de los interesados, la difusión de información, la toma de decisiones y la rendición de cuentas.

En su nivel más simple, el modelo de compras públicas se presenta en la Figura 2, lo que sugiere una estructura de jerarquía de agentes y principales. Se supone que el Estado existe para los beneficios de sus ciudadanos y por lo tanto los contribuyentes constituyen el original y primer principal. Además, indica que varias entidades gubernamentales satisfacen sus propias necesidades de compra utilizando sus respectivos compradores, considerando el mecanismo centralizado de compra existente en el país. Es así como en la práctica, existe una cadena de agentes-principales en el proceso de administración de las compras públicas:

Figura 1: Marco conceptual del modelo agente-principal en las compras públicas.



Fuente: Elaboración propia.

- i. **Principal 1: Ciudadanos.** Los contribuyentes son los proveedores de los ingresos para las compras públicas, comprometiendo los fondos públicos para el gobierno a través del sistema de impuestos. Sin embargo, los contribuyentes no tienen ninguna autoridad en el proceso, pues no pueden tomar decisiones de compra ni beneficiarse directamente, solo actúan como receptores de los bienes y servicios públicos.
- ii. **Agente 1: Estado.** El aparato estatal es el encargado de administrar los recursos públicos y proveer a los ciudadanos los bienes y servicios que requiere la ciudadanía. Por lo tanto, el Estado sería el agente en su relación con los contribuyentes (principal). Como agente, el Estado posee información que no poseen los contribuyentes respecto de la recaudación, asignación y utilización de los recursos.
- iii. **Principal 2: Estado.** El Estado cumple múltiples funciones, entre las que se destaca provisión de bienes y servicios a los contribuyentes, mantenimiento del orden, defensa, relaciones exteriores, administración financiera, administración de la justicia, etc. Por lo tanto, delega la administración de los recursos y finanzas al Ministerio de Hacienda.
- iv. **Agente 2: Ministerio de Hacienda.** El Ministerio de Hacienda debe administrar eficientemente los recursos públicos y por tanto sería un agente del Estado. En su rol de agente, el Ministerio de Hacienda posee información adicional sobre la recaudación, asignación y utilización de los recursos, en particular los sobre los recursos que se invierten en las compras y contrataciones públicas.
- v. **Principal 3: Ministerio de Hacienda.** El Ministerio de Hacienda debe, entre sus múltiples funciones, no sólo administrar las compras públicas, sino que también las mejores condiciones para ello. Por lo tanto, delega parte de sus funciones a instituciones especializadas en la administración de las compras públicas, por ejemplo, ChileCompra. Luego, el Ministerio de Hacienda sería el principal en su relación con el agente, ChileCompra.²
- vi. **Agente 3: ChileCompra.** Esta institución tiene el cometido de proveer los servicios informáticos y asesorías para la realización de las compras públicas requeridas por el sector público: Fuerzas Armadas y de Orden, Gobierno Central, Universidades Públicas, Municipios, Servicios Públicos y Hospitales. Por consiguiente, ChileCompra en su rol de

² En este análisis sólo se considerará las compras públicas que se rigen por la ley de Compras Públicas 19.886. El análisis es lo suficientemente general y se puede extender a otras instituciones que se encargan de la administración de compras como CENABAST, MOP o MINVU.

agente tiene más y mejor información sobre cuánto y cómo se realizan las compras públicas.

- vii. **Principal 4: ChileCompra.** Si bien ChileCompra es el encargado de proveer los servicios de compra y capacitación para la realización de las compras públicas, no realiza las compras ni contrataciones públicas, sino que esto es competencia de los encargados de compras de las instituciones públicas que se rigen por la Ley 19.886. Por lo tanto, ChileCompra sería el principal en su relación con los encargados de compras, quienes a su vez se comportan como agentes.
- viii. **Agente 4: Encargados de las compras públicas.** La actividad concreta de las compras y contrataciones públicas se lleva a cabo por empleados específicos encargados de las compras en cada una de las instituciones públicas según lo indique la ley. Los compradores son los responsables de la actividad de compra, y juegan un papel decisivo en la cadena de agente-principal. Los compradores tienen información que no posee el principal, incluyendo motivación personal, acciones y comportamiento no observable, adversidad al riesgo, etc.

Se podría cuestionar que este modelo de compras públicas puede parecer demasiado reduccionista, pero es útil al sugerir ciertas características significativas de las compras públicas. En primer lugar, es obvio que incluso una representación simple como la mostrada en la figura 1 revela varias capas del problema de agencia que no son evidentes a simple vista. Aunque, es claro que hay una cadena de agentes-principales donde en cualquier nodo dado de la relación de agencia, hay múltiples principales para los cuales el agente tiene una responsabilidad fiduciaria. A su vez, esto sugiere que las decisiones de compra pueden ser más complejas de lo generalmente reconocido en la literatura. Una segunda razón por la que esta teoría es importante es que ilustra la ambigüedad de la agencia común en el sector público, cuando se toman decisiones de compra pública, el agente de compras asume responsabilidades fiduciarias de varios principales cuyos incentivos no siempre están alineados.

2. Responsabilidad y Rendición de Cuentas en las Compras Públicas

Accountability y el problema de agencia

Mantener la integridad en la contratación pública es uno de los pilares más importantes de los sistemas modernos de compras y contrataciones públicas. Asegurar la rendición de cuentas de los funcionarios de adquisiciones es quizás el aspecto más esencial de este objetivo. La rendición de cuentas de los funcionarios encargados de las compras y contrataciones públicas no sólo es

importante desde el punto de vista del derecho público o administrativo, sino que también tiene implicaciones económicas. Estas implicaciones económicas tienen tres dimensiones principales.

En primer lugar, la falta de rendición de cuentas por parte de los funcionarios encargados de compras puede implicar costos adicionales, ya que los criterios no comerciales, como la corrupción, el favoritismo o el nepotismo, sustituyen a los criterios comerciales objetivos que permiten a los compradores llegar a un acuerdo en los mejores términos posibles. En segundo lugar, por lado de las empresas proveedoras, en ausencia de rendición de cuentas, los potenciales proveedores tienen menos incentivos a valorar los negocios con el gobierno y, por tanto, a proveer bienes y servicios de menor calidad. Esto, a su vez, distorsiona los incentivos en el mercado, ya que los proveedores menos eficientes son elegidos a expensas de proveedores eficientes, quienes no pueden seguir siendo viables y productivos. La tercera dimensión económica de la rendición de cuentas en la contratación pública influye al resto de la sociedad, que se ve afectada por las acciones tanto del gobierno como de las empresas. Por consiguiente, el interés público requiere que las transacciones gubernamentales se hagan de manera que se garanticen que los gastos se hacen de la manera más económicamente racional. Esto es necesario tanto para ahorrar dinero a los contribuyentes, y para asegurar el crecimiento a largo plazo del mercado mediante la asignación de contratos a los contratistas más eficientes.

El problema de la rendición de cuentas en el contexto de la contratación pública se deriva del hecho de que para alcanzar profesionalismo se requiere de la delegación de la autoridad de decisión de los representantes elegidos a los funcionarios encargados de las compras públicas. Esto es necesario porque los funcionarios de adquisiciones tienen mayor experiencia y conocimiento superior en cuanto a qué tipo de bienes, servicios u obras son los más adecuados para los propósitos de la autoridad pública y cómo obtener estos requisitos en las mejores condiciones posibles (Trepte, 2004). Además, es probable que la delegación del poder discrecional de los representantes electos a la burocracia ocurra incluso en los casos en que dicha delegación implique costos. Esto se debe a que la delegación confiere un beneficio a los legisladores, permitiéndoles confiar en la burocracia para formular las políticas que ellos mismos hubieran hecho si tuvieran el conocimiento, el tiempo y los recursos para hacerlas. Así, al delegar poderes discrecionales a la burocracia, los legisladores pueden ampliar el alcance de la actividad políticamente relevante disponible para ellos.

El problema con la delegación, sin embargo, es que en la medida en que los objetivos personales del funcionario de compras sobrepasen a los de su principal (contribuyentes, Estado, Ministerio de hacienda), existe el peligro de que el comprador demuestre apatía en el resultado o decida favorecer a su familia, amigos y grupos de interés, o aceptar sobornos, en el peor de los casos. La evasión y la corrupción por parte de los compradores podría ocurrir por tres razones principales. En primer lugar, las medidas adoptadas por el funcionario de contratación pública, que dan lugar a consecuencias de eficiencia para el principal, no siempre son fáciles de observar, por lo que los

principales pueden enfrentar dificultades para hacer cumplir y vigilar el comportamiento de sus agentes.

En segundo lugar, como ya se ha mencionado anteriormente, los funcionarios suelen poseer un conocimiento superior y conocimientos especializados sobre cuestiones específicas que su principal no posee. Por lo tanto, aun en ausencia del problema de observación, el principal puede tener dificultades para determinar si las acciones del agente promueven efectivamente sus mejores intereses o si sus acciones están motivadas por otras consideraciones de interés propio que sobrepasan las preferencias del principal. Por último, debido a las elevadas sumas de que se trata y al importante alcance y naturaleza económica de la contratación pública, se hace atractiva la participación en actividades corruptas y poco éticas en nombre de los funcionarios de adquisiciones.

De lo anterior, se desprende que, en ausencia de mecanismos de control eficaces, es probable que los funcionarios encargados de las compras públicas incluyan algunas preferencias personales, derivadas de sus intereses privados, perspectivas de carrera, contactos sociales, recompensa monetaria o simplemente aversión al riesgo y al esfuerzo. Por lo tanto, la falta de rendición de cuentas significa que el agente (de compras) es más probable que realice un bajo esfuerzo en el desempeño de sus tareas. Por consiguiente, el reto que enfrentan los reguladores de contratación pública es asegurar que los costos de agencia que suben cuando los agentes de compras llevan a cabo tareas en nombre de su principal no excedan el beneficio derivado de tal delegación de autoridad de decisión.

Controlando el problema de agencia

Puesto que los principales otorgan cierta discrecionalidad a los agentes que, en ausencia de metas definidas o medibles, pueden explotar la facultad concedida para tomar al menos algunas decisiones en su propio interés y no en interés de su principal. Sin embargo, la diferencia entre el caso de los agentes públicos y los privados radica en la disponibilidad y calidad de los posibles mecanismos de control (Bishop, 1990; Ogas, 1994). Por ejemplo, cuando tales problemas surgen en el sector privado, como en el caso de los gerentes y accionistas de las empresas, estos se ven atenuados por restricciones legales, obligaciones fiduciarias, términos contractuales, etc. Por tanto, el pobre desempeño de los agentes reducirá el valor de las acciones de la compañía, lo que puede terminar en despido de los compradores indisciplinados o flojos.

Por otra parte, en el caso de la contratación pública ejercer el control sobre los agentes es mucho más complicado. En primer lugar, no hay un grupo homogéneo de principales que supervise las acciones tomadas por el agente (oportunismo en la supervisión). En cambio, existe una cadena de principales, cuyos objetivos e incentivos no siempre están alineados. En segundo lugar, los agentes de compras no enfrentan amenazas reales por su comportamiento poco eficiente, como el despido, a menos que se trate de una grave conducta criminal o disciplinaria. Por último, dado que los

objetivos del gobierno no son necesariamente la maximización de las utilidades, sino que la búsqueda del interés público, es casi imposible medir el desempeño de los agentes en términos monetarios. En cambio, el control sobre los agentes de compras se basa en observaciones de los insumos en vez de en la producción, y en los procedimientos preventivos.

En este contexto, es posible identificar dos tipos de mecanismos de control tradicionalmente utilizados por la mayoría de los sistemas de adquisiciones para restringir el problema de la agencia a nivel administrativo. El primero consiste en medidas de control *ex ante*, en forma de procedimientos administrativos destinados a limitar el alcance de la facultad discrecional de que dispone el agente en el ejercicio de sus funciones. La segunda es la supervisión *ex post*, que puede adoptar diversas formas, incluida la vigilancia, la imposición de sanciones o el uso de restricciones presupuestarias.

Control Ex Ante

El método de control más importante del problema de agencia es a través de la definición de las obligaciones y deberes de los agentes públicos *ex-ante* mediante normas procesales. Los reglamentos son los procedimientos que los agentes deben seguir al ejercer sus poderes delegados. En general, están diseñados para administrar la recopilación y difusión de información de una manera que sea fácilmente verificada y aplicada. En un contexto de contratación pública, el control de los procedimientos suele adoptar la forma de obligaciones sustantivas y de normas formales, como procedimientos de licitación, derechos de publicación, definición previa de los parámetros sobre los que deben adoptarse las decisiones de adjudicación de contratos y la aplicación de principios como la transparencia y la no discriminación. Esto ayuda a reducir las posibilidades de decisiones incompetentes, que de otro modo tomarían discrecionalmente. Además, el control procesal ayuda a mitigar las asimetrías informacionales entre el principal y el agente al exigir que estos últimos divulguen información a través de reportes periódicos.

Obviamente, la forma en que se redacta la reglamentación procesal tiene consecuencias importantes sobre el grado de autonomía y discreción de los funcionarios públicos en la implementación de políticas específicas. En el contexto de la contratación pública, la legislación basada en normas puede privar a los funcionarios de compras de los medios necesarios para lograr acuerdos económicos superiores. Esto se debe a la reducción del margen de negociación o al desarrollo de relaciones a largo plazo con los proveedores. Desde esta perspectiva, existe una tensión entre los objetivos de la rendición de cuentas en la contratación pública, por una parte, y la garantía de la eficiencia económica, por otra, y cualquier intento de mejorar el logro de uno de estos objetivos podría venir a expensas del otro.

Control Ex Post

Existen varias maneras de implementar la supervisión *ex post* para mitigar el problema de agencia en el contexto de la contratación pública. En primer lugar, los agentes de adquisiciones pueden estar sujetos a algún tipo de control ministerial, que a su vez es directamente responsable ante el

electorado (contribuyentes). Por ejemplo, los ministros pueden exigir informes formales o informales o celebrar audiencias públicas e investigaciones que faciliten el debate público sobre ciertas cuestiones y fomenten la divulgación de información de lo contrario no disponible. En ciertas situaciones, los medios pueden ser ejercidos permitiendo que las agencias sean castigadas, o que los funcionarios públicos sean destituidos. Esto también puede afectar los incentivos que enfrentan los agentes de adquisiciones *ex ante*.

Sin embargo, el control ministerial está lleno de debilidades. En primer lugar, dado que el tiempo y los conocimientos especializados de los legisladores son limitados, es más probable que respondan sólo a las preocupaciones urgentes de los ciudadanos o grupos de interés afectados. En segundo lugar, es dudosa la capacidad técnica de los ministros para absorber, examinar y hacer evaluaciones efectivas de la información sobre las decisiones financieras y profesionales adoptadas por la burocracia. En tercer lugar, como nos enseña la teoría de la elección pública, los políticos suelen estar sujetos a presiones de grupos de interés. Por lo tanto, la intervención de los políticos en el proceso burocrático de toma de decisiones puede en realidad crear más distorsiones y abrir oportunidades para la corrupción política. Por último, la supervisión de la burocracia por el nivel político puede implicar un costo excesivo y puede causar serios retrasos en la provisión de bienes y servicios públicos.

Un mecanismo alternativo para ejercer la supervisión *ex post* de los agentes de adquisiciones es mediante el nombramiento de autoridades superiores o delegados encargados de supervisar las decisiones adoptadas por compradores. Estas instituciones son, sin duda, menos vulnerables a la influencia de los grupos de presión y, por lo tanto, el problema de elección pública se alivia (aunque no se soluciona completamente). Por otra parte, las autoridades superiores suelen estar equipadas con personas más calificadas y con más experiencia y por lo tanto son más capaces de auditar los gastos realizados por los compradores. Las investigaciones y auditorías realizadas por las autoridades superiores pueden ser internas o externas. En el primer caso, la autoridad auditoria pertenece a la institución que realiza las compras y contrataciones públicas. En el caso externo, habrá una entidad independiente, específicamente creada para revisar los procesos de adquisición, lo que en muchos países está a cargo de una oficina superior de auditoría, la fiscalía nacional económica u otros órganos de supervisión independientes.

En el caso de las autoridades internas, existe el peligro de que, en lugar de proporcionar una supervisión eficaz, la autoridad superior también se encuentre sujeta al problema principal-agente. En tales casos, también se les puede acusar de sesgo favorecer su administración o en casos más severos, de crear mayores oportunidades de corrupción hacia arriba. La supervisión externa, por otra parte, es menos vulnerable a estos problemas y goza, al menos al principio, de la percepción por los licitadores de su independencia. Para ser eficaces, las instituciones de supervisión externa también deben estar equipadas con la capacidad de imponer sanciones a los compradores que se consideren incumplidores de los procedimientos de contratación.

Por último, la supervisión *ex post* también puede adoptar la forma de un control judicial. Los jueces gozan de independencia y autonomía, lo que significa que están relativamente aislados de las presiones que surgen de los grupos políticos y de intereses. A primera vista, esto les permite un mayor grado de independencia y efectividad en la revisión de las actividades de los agentes de contratación pública. Tradicionalmente, sin embargo, el papel de los tribunales a este respecto ha sido relativamente limitado en comparación con los otros mecanismos discutidos anteriormente. Esto se ha atribuido a tres razones principales. En primer lugar, la tarea de corregir el proceso de toma de decisiones de la burocracia generalmente recae en los tribunales sólo después de que todos los demás mecanismos hayan fallado. En segundo lugar, una característica importante de la revisión judicial es que los tribunales sólo pueden intervenir cuando son invitados a hacerlo por una o más personas que piensan que sus derechos han resultado perjudicados como resultado de un acto administrativo. Por lo tanto, desde este punto de vista, el control judicial es más reactivo que proactivo.

Otras consideraciones

Un aspecto importante en términos del tipo de control, ya sea *ex ante* o *ex post* tiene que ver con la eficiencia real que le generan al sistema de compras públicas como un todo. Si bien, se necesitan controles y auditorías, no es conveniente que el costo de éstas sea mayor que los beneficios obtenidos. Muchas veces se invisibilizan los costos de horas hombres en las revisiones de cada procedimiento, y los costos de oportunidad del retraso de las compras públicas, pues los procedimientos de compras deben ser aprobados *ex ante*. Dicho lo anterior, los principios de transparencia, probidad, no discriminación o igual trato, acceso y competencia justifican los controles en los procedimientos de compra, lo que no es tan claro, es el tipo de auditoría o control que se ejercerá y los costos de estas auditorías.

Por otro lado, debe destacarse que, a pesar del sistema de control que se utilice, no es suficiente para eliminar todas las formas del problema de agencia, tales como oportunismo, aversión al riesgo, comportamiento burocrático, corrupción tanto de la oferta como de la demanda. Más crucial aún es que, aun cuando existan mecanismos de control relativamente eficaces, es probable que el proceso de contratación pública se vea afectado por factores fuera del alcance del propio agente de compras. Por ejemplo, la corrupción puede estar motivada por políticos que buscan rentas para grupos de presión que tratan de influir en las decisiones de compras. La corrupción puede originarse en el lado de la oferta, que se enfrenta a oportunidades económicas valiosas y, por lo tanto, puede intentar capturar tales ganancias por todos los medios a su disposición. Si los agentes de las compras públicas son mal pagados, los sobornos solicitados por los licitadores corruptos pueden convertirse en una tentación demasiado buena para negarse.

Además, la corrupción, la falta de integridad y la aversión al riesgo también pueden ser una cuestión de cultura y normas sociales aceptadas, en las que el agente de compras se ve obligado a participar. En todos estos casos, será esencial utilizar medios adicionales para garantizar que no se vea afectado el procedimiento de contratación. Eso significa que los medios pueden incluir

sanciones penales y civiles, exclusión y lista negra de los proveedores acusados de corrupción, mejor capacitación y profesionalización de los funcionarios de compras, salarios más altos para los servidores públicos, entre otras medidas. Sin la ayuda de este tipo de medidas, asegurar la rendición de cuentas y la integridad en el proceso de adquisiciones centrándose únicamente en los procedimientos del agente de compras será insuficiente para eliminar todo tipo de problemas relacionados con la integridad y eficiencia en las compras y contrataciones públicas.

3. Comportamiento e incentivos de los agentes en las compras públicas

Incentivos de los agentes en las compras públicas

Los incentivos están presentes cada vez que se realiza algún tipo de transacción. La aplicación efectiva de los incentivos es clave para la construcción de acuerdos comerciales exitosos que maximicen conjuntamente el valor para todas las partes. Por tanto, es esencial que se adopten estrategias de alineamiento de incentivos para mejorar la eficiencia del sistema de compras en su conjunto.

A continuación, se describen los incentivos más importantes para cada uno de los agentes involucrados en el sistema de compras públicas, considerando los problemas de asimetría de información, costos de transacción, sistemas regulatorios, normativos y políticos.

Contribuyentes

Los ciudadanos contribuyentes tienen el rol de principal en su relación con el Estado. Sin embargo, el beneficio individual es bajo, por lo que cada contribuyente no tiene incentivo para esforzarse mucho. Este tipo de conducta se conoce como *comportamiento oportunista* en la supervisión de los principales.

El resultado del comportamiento oportunista genera una pérdida agregada de eficiencia enorme para la sociedad en su conjunto, pero el costo de compartir esa responsabilidad es bastante pequeño a nivel individual. Incluso si cada contribuyente decidiera supervisar, lo que cuesta tiempo y energía, el beneficio individual es muy bajo respecto del costo de oportunidad individual de ese tiempo y energía, incluso cuando el encargado de compras públicas se comportara de acuerdo a los intereses del principal individual. Por lo tanto, cada principal no tiene el entusiasmo ni la motivación para supervisar al agente, y espera que otros lo supervisen, lo que lleva al problema que al final nadie supervisa. Además, cada principal confía que el Estado en su rol de principal supervise a los compradores.

Por otra parte, los diferentes principales tienen información diferente, y es muy difícil llegar a una coincidencia en la asignación de beneficio de la cooperación de los principales. Más aún, en cada etapa de la cadena existe un costo de supervisión, que aumenta a medida que avanza la cadena, pues se tiene aún menos información de los agentes.

Por último, es importante notar que entre los contribuyentes también se encuentran los proveedores nacionales y los compradores, quienes se pueden organizarse mejor y de alguna manera pueden tomar el rol de principal para su propio beneficio. Así, los proveedores y/o compradores pueden exigir o demandar ciertos beneficios que no necesariamente aumentan el bienestar general de los contribuyentes.

Estado

En la cadena de agentes-principales, el Estado cumple el rol de agente y de principal. Tal como se ha mencionado anteriormente, el Estado se comporta como agente en su relación con los contribuyentes, y es el principal en su relación con el Ministerio de Hacienda.

Es importante tener en cuenta para el análisis del Estado como agente, que las instituciones públicas no necesariamente actúan motivadas por la maximización de utilidades, por lo que tienen menos incentivos para maximizar la productividad y eficiencia (Stiglitz, 1988). De hecho, muchas veces el sector público tiene fines políticos, como crear empleo, lo que pudiera ir en contra de la productividad. Asimismo, existen una serie de rigideces para despedir a trabajadores menos productivos y/o menos comprometidos con ahorrar los recursos del Estado. Esto implica que como los trabajadores no pueden ser despedidos o retribuidos por su buen rendimiento como lo serían en una empresa privada, no hay incentivos ni amenazas para influir en su comportamiento. Por lo tanto, los organismos públicos tienen menos incentivos para ser eficientes o para ser atentos con sus “clientes”, y los incentivos que proveen no suelen ir encaminados a alcanzar eficiencia, sino más bien siguen objetivos políticos.

Por otra parte, se ha observado también una *conducta burocrática* por parte de algunos funcionarios públicos. Estos funcionarios parecieran que actúan como si disfrutaran del poder y del prestigio que conlleva el estar frente a una organización. Así, los funcionarios pueden actuar en beneficio propio y no necesariamente en aras del interés de los ciudadanos a los que se supone que sirven.

Los problemas de agencias son mucho más graves en las grandes organizaciones, y aún más si no hay ningún gran accionista como en las instituciones públicas. En la práctica, los problemas de agente-principal nunca se resuelven completamente. Las estructuras de incentivos (recompensas por un “buen” comportamiento o el castigo por un “mal” comportamiento como el despido) constituyen el método más eficaz para ajustar los incentivos. Aunque tanto el sector público como el sector privado tiene problemas para idear los mecanismos de incentivos que resuelvan completamente el problema de agencia, en el sector público se resuelven muy poco debido a que existen restricciones sobre la forma en que los organismos públicos pueden compensar a sus empleados.

El deseo de los burócratas de aumentar sus ingresos parece explicar numerosos aspectos de la conducta burocrática. Aunque su sueldo puede no estar relacionado estrecha o directamente con su rendimiento, a largo plazo su ascenso depende, al menos en parte, de éste. Así, un funcionario puede exonerarse de la responsabilidad de sus errores siguiendo determinados procedimientos burocráticos que garantizan que todas sus acciones son revisadas por otros. Aunque este proceso de toma de decisiones en equipo también reduce las posibilidades de que el funcionario pueda atribuirse los éxitos, parece que en general le sale a cuenta. Por tanto, los trabajadores del Estado en general son *adversos al riesgo*. Esta característica es la que explica, en parte, uno de los aspectos fundamentales de las burocracias: todo debe pasar por los conductos adecuados (papeleo).

Existen además otros dos factores que refuerzan los procedimientos burocráticos. En primer lugar, muchos de los costos de las actividades que carecen de riesgos no recaen sobre los propios funcionarios sino sobre la sociedad en su conjunto, a través de los impuestos necesarios para pagar al personal adicional (horas hombre). También suponen costos los retrasos y el papeleo en que se incurre debido a la burocracia.

En segundo lugar, existen ciertas rutinas establecidas que debe seguirse y que consiste que en todas las propuestas deben ser aprobadas por personas distintas tiene un aspecto positivo; no se debe únicamente a que los funcionarios buscan siempre su propio interés. Es una consecuencia natural de la relación fiduciaria entre los funcionarios del Estado y los fondos que reparten, es decir, los funcionarios públicos no gastan su propio dinero, sino recursos públicos. Esto implica que se deben seguir ciertas reglas y rutinas que garanticen que los fondos no se gastan de acuerdo a la discrecionalidad del encargado de compras. También sirve para reducir las posibilidades de corrupción, ya que al ser muchas las personas que dar su aprobación, normalmente ninguna tiene poder para adjudicar un contrato por un precio superior al del mercado y así recibir una comisión.

Es importante destacar que, los funcionarios del Estado como un todo se comportan como el agente en la relación con los contribuyentes. Sin embargo, cuando los contribuyentes piden la cuenta pública por del uso de los recursos públicos, no se le pide una rendición de cuentas a cada funcionario público, sino más bien al órgano que es responsable ante la ciudadanía, tal como la Secretaria General de la Presidencia, el Ministerio del Interior o la Presidencia de la República misma. Esto implica que el Estado como agente se centraliza en la administración o en la persona del presidente de la República en su rol de funcionario público. Dicho lo anterior, el comportamiento de los empleados públicos descrito en esta sección también aplica a los funcionarios de los altos cargos públicos. Por tanto, estos funcionarios aun cuando les preocupa el apoyo del electorado (para su reelección en el cargo), se comportan como todo agente, pues tienen información adicional ya sea endógena a su cargo o exógena de las condiciones del país que el principal (i.e. los contribuyentes) no posee, lo que manifiesta en un comportamiento adverso al riesgo y burocrático que se traduce en un menor esfuerzo en la gestión eficiente del aparato y recursos públicos.

Ministerio de Hacienda

El Ministerio de Hacienda tiene la misión de administrar eficientemente los recursos públicos y generar condiciones de estabilidad, transparencia y competitividad de manera de promover el crecimiento sustentable e inclusivo. Desempeña el rol de agente en su relación con el Estado, y de principal en su relación con el centro de compras, en este caso, ChileCompra.

En su rol de agente del Estado, el Ministerio de Hacienda posee información adicional sobre la recaudación, asignación y utilización de los recursos. Asimismo, debe cumplir con ciertos indicadores del gobierno central respecto de eficiencia del gasto, crecimiento, sustentabilidad e inclusión.

Los empleados del Ministerio de Hacienda son empleados públicos, y por tanto, comparten los patrones de comportamiento mencionados anteriormente, tales como aversión al riesgo, conducta burocrática, carrera funcionaria y preferencias personales que pueden llevar a un esfuerzo menor que el deseado, en particular respecto de la gestión eficiente de los recursos.

El Ministerio de Hacienda se posiciona dentro del Estado como la institución que administra y provee los recursos para el resto de las instituciones públicas, por lo que se comporta como principal de las instituciones a las que les asigna los recursos públicos a través de la Dirección de Presupuestos (DIPRES). Así, Hacienda decide cuánto y en qué se deben gastar los recursos públicos anualmente, lo que agrega restricciones adicionales a los agentes encargados de las compras públicas.

Respecto de las compras públicas propiamente tal, el Ministerio de Hacienda cumple el rol de principal de ChileCompra³, la institución encargada de gestionar el sistema informático de compras públicas y su plataforma (www.mercadopublico.cl) que permite a compradores y proveedores del Estado efectuar sus procesos de compra/venta de bienes y servicios. Por lo tanto, Hacienda busca la eficiencia del gasto de compras públicas a través de ChileCompra, convirtiéndola en su agente y en principal de los compradores.

ChileCompra

La Dirección de Compras y Contrataciones Públicas, ChileCompra, administra el sistema de compras públicas de Chile que se rige por la ley N° 19.886, que funciona con un marco regulatorio único, basado en la transparencia, la eficiencia, la universalidad, la accesibilidad y la no discriminación. Específicamente, ChileCompra provee los servicios informáticos y asesorías para la realización de las compras públicas requeridas por las Fuerzas Armadas y de Orden, Gobierno Central, Universidades Públicas, Municipios, Servicios Públicos y Hospitales.

³ Recuérdese que se puede reemplazar por cualquier centro de compras, pues en análisis aplica a cualquier institución que esté encargada de las compras, contrataciones o concesiones públicas.

En su rol como agente del Ministerio de Hacienda, ChileCompra es la institución responsable de la administración a través de la provisión de servicios informáticos de las compras públicas. Luego, ChileCompra tiene más y mejor información sobre cuánto y cómo se realizan las compras públicas que Hacienda. Asimismo, ChileCompra es el responsable del nivel de eficiencia, transparencia, probidad y accesibilidad de las compras públicas, puesto que es la institución que facilita la contratación de bienes y servicios de los organismos del Estado, conectando la demanda pública con la oferta de los proveedores. Sin embargo, los problemas de agencia de los funcionarios públicos también aplican a los funcionarios de ChileCompra y a la institución propiamente tal. Muchos funcionarios pueden incluir ciertas preferencias personales y profesionales lo que deriva en un comportamiento excesivamente burocrático, y toma de riesgo y esfuerzo menor al deseado.

Por otra parte, ChileCompra es el principal de los funcionarios encargados de las compras públicas de las fuerzas armadas y de orden, gobierno central, universidades públicas, municipios, servicios públicos y hospitales.

Compradores

Los compradores son los funcionarios públicos responsables de actividad concreta de las compras y contrataciones públicas y cumplen el rol de agentes finales en la cadena de agente-principal de las compras públicas. Son los compradores los que deben decidir el mecanismo de compra, los montos involucrados y seleccionar los proveedores del Estado. En el contexto de la ley N°19.886, los compradores corresponden a los encargados de compras de las Fuerzas Armadas y de Orden, el Gobierno Central con sus ministerios y servicios asociados, las universidades públicas, los municipios, servicios públicos y los hospitales públicos.

La figura 3 presenta en forma de diagrama las decisiones de los compradores y sus consideraciones para la selección del mecanismo de compra.

En primer lugar, los funcionarios encargados de las compras deben decidir qué y cuánto comprar, así como el timing o la oportunidad de compra, esto es, cuándo comprar. Los compradores pueden esperar para agregar demanda de manera de obtener mejores precios. Por otro lado, dada la forma en que se asignan los presupuestos, existe la restricción de que, si no se gastan los recursos en un año, el Ministerio de Hacienda a través de la DIPRES recorta el presupuesto de ese ítem para el año siguiente. Por lo tanto, existe el incentivo a comprar antes que se acabe el año.

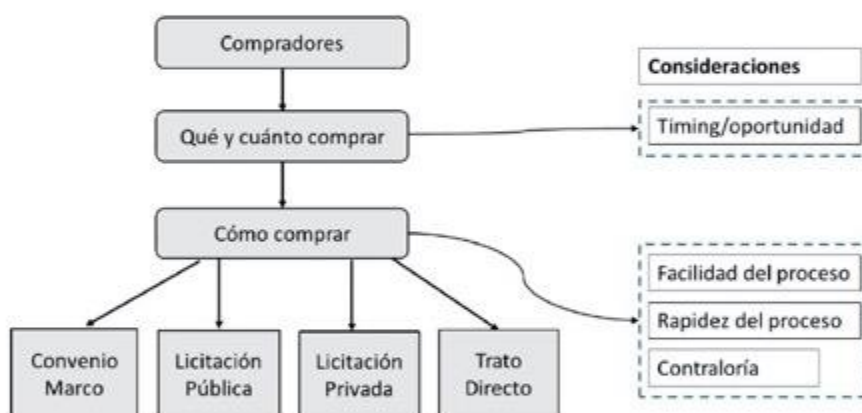
En segundo lugar, los compradores deben decidir cómo comprar, esto es, el mecanismo de selección y/o procedimiento de compra. La ley N°19.886 explicita los requisitos, circunstancias y procedimientos que rigen respecto de los procesos de compras y contratación pública de bienes y servicios, a saber:

- a. Convenios Marco: compras en el catálogo electrónico, obligatoria para los organismos públicos, salvo que se encuentren condiciones más ventajosas.

- b. Licitación pública como regla general y obligatoria para las adquisiciones iguales o mayores a 1.000 UTM.
- c. Licitación privada, previa resolución fundada, estableciéndose excepciones.
- d. Trato o contratación directa, para compras y contrataciones bajo 10 UTM y/o de carácter eminentemente excepcional.

Además, los compradores antes de elegir la modalidad de compra, toman en consideración, de manera general, la facilidad del proceso de compra, la rapidez del proceso y si debe o no haber Toma de Razon por parte de la contraloría. Lo anterior es relevante, pues, aunque un mecanismo de compras podría ser más eficiente que otro en términos del precio final, los compradores también consideran la eficiencia del proceso mismo, en términos de tiempo y el costo de horas hombre para la aprobación de la modalidad de compra. Por ejemplo, un mecanismo de compra que debe ser aprobado por contraloría genera la incertidumbre del tiempo de aprobación y demora el proceso, por lo que se trata de evitar la contraloría en la medida de lo posible.

Figura 2: Decisiones de los compradores en el proceso actual de compras públicas



Fuente: Elaboración propia.

Ahora bien, aunque los compradores cumplen el rol de agente en su relación con ChileCompra, no debe olvidarse que los principales de los compradores son también el servicio o ministerio al que pertenecen, el Ministerio de Hacienda, el Estado y finalmente los contribuyentes. Por lo tanto, su principal directo más allá del proceso de compras, es el jefe de la institución pública en la que se desempeña y su labor, entre otras, es proporcionar los insumos para la realización de las tareas de ese servicio en particular, ojalá de la manera más eficiente posible. Esto es lo que justifica, que desde el punto del comprador sea eficiente la selección de una modalidad de compra más rápida y que provea menos incertidumbre y esfuerzo. Además, cada institución afecta a la Ley de las Compras Públicas, puede tener cierta flexibilidad y/o incentivos para la adquisición de insumos que afecten el desempeño y decisiones de los compradores. Así, los compradores no

necesariamente actuarán de la manera más eficiente para el principal final (contribuyentes), o incluso para su principal respecto de las compras públicas (ChileCompra).

Por otro lado, los compradores se comportan como cualquier otro agente al tener más experiencia y mejor información sobre las compras públicas, y querrán sacar alguna ventaja de esa información al incluir algunas preferencias personales, derivadas de sus intereses privados, perspectivas de carrera, contactos sociales, recompensa monetaria, colusión, conducta burocrática o simplemente aversión al riesgo y al esfuerzo.

4. Incentivos de los agentes indirectos en las compras públicas

Proveedores

Los proveedores representan a la oferta e incluyen a empresas pequeñas, medianas, grandes, subcontratistas, entre otros. Estas empresas compiten por la provisión de bienes y servicios demandados por las instituciones estatales.

Los proveedores tienen, por una parte, incentivos a coludirse con los compradores, de manera de obtener la provisión de los bienes y servicios del Estado en condiciones más ventajosas, por lo que están dispuestos a entregar beneficios adicionales a los compradores. Adicionalmente, los proveedores tienen incentivo a coludirse entre ellos para subir los precios de los productos que demanda el Estado y obtener mayores utilidades. Este tipo de conducta reduce la competencia, incrementa los precios y reduce la eficiencia del sistema.

Por otra parte, los proveedores tienen incentivos a organizarse y demandar servicios adicionales pues ellos también se consideran contribuyentes y principal en su relación con el Estado. Por lo tanto, los proveedores demandan procesos de acceso y postulación a la provisión de bienes y servicios sencillos, y así realizar un menor esfuerzo.

Contraloría General de la República

La Contraloría General de la República (CGR) es un órgano superior de fiscalización de la Administración del Estado. La labor de la Contraloría es eminentemente fiscalizadora de carácter jurídico, contable y financiero, destinada a cautelar el principio de legalidad, es decir, verificar que los órganos de la Administración del Estado actúen dentro del ámbito de sus atribuciones, con sujeción a los procedimientos que la ley contempla y utilizando los recursos públicos eficiente y eficazmente.

La misión de la Contraloría es entonces asegurarse de la legalidad de los contratos, fiscalizando el uso de los recursos públicos. Para ello, usa el concepto de Toma de Razón. La Toma de Razón es el “procedimiento de control preventivo a través del cual la Contraloría General verifica la constitucionalidad y legalidad de los decretos y resoluciones que, de conformidad a la legislación,

deben tramitarse ante ella, y de los decretos con fuerza de ley que dicta el Presidente de la República”.

La Toma de Razón en materias relativas a la adquisición de bienes y servicios del Estado generaría valor económico al asegurar que el proceso de adquisición y contratación se ajuste a la normativa vigente. Ello tiene efectos sobre el precio de adquisición de los bienes y servicios (por ejemplo, contribuyendo a un proceso competitivo), y sobre la realización del valor que el contrato está determinado a generar (por ejemplo, al desincentivar el incumplimiento a través de la correcta aplicación de multas y garantías).

Desde el punto de vista del comprador, sin embargo, la Toma de Razón genera incertidumbre y atrasa las compras y contrataciones públicas, pues no es un proceso inmediato, lo que reduce la eficiencia del sistema, no solo en tiempo sino también en horas hombre. Así, los compradores no tienen incentivo a utilizar mecanismos de selección de compras que impliquen la Toma de Razón por parte de la Contraloría.

Es importante destacar que la Contraloría no cumple el rol de principal directamente, pues los agentes involucrados en las compras no deben reportarles directamente. Sin embargo, es un agente indirecto esencial en el proceso de adquisiciones públicas, pues fiscaliza la legalidad de los contratos.

Dirección de Presupuestos

La dirección de presupuestos (DIPRES) es la institución dependiente del Ministerio de Hacienda encargada de “velar por una asignación y uso eficiente de los recursos públicos en el marco de la política fiscal, mediante la aplicación de sistemas e instrumentos de gestión financiera y control de gestión”. Es la encargada de la elaboración de la Ley de Presupuestos y del registro del gasto mensual, efectivo y devengado de las instituciones del Estado.

La importancia de la DIPRES en el proceso de compras y contratación pública radica en la confección del presupuesto para cada institución pública, lo que condiciona los recursos disponibles para los compradores. Así, si los recursos asignados no se ejecutan en el año asignado, pueden ser reasignados o reducidos en el siguiente año. Esto genera necesariamente incentivos a los compradores a realizar adquisiciones más eficientes si ello conlleva a una reducción presupuestaria. Igualmente, los compradores tienen incentivos a realizar una mayor cantidad de compras al final del año calendario y utilizar los recursos asignados para no perderlos.

El rol que cumple la DIPRES en el proceso de compras y contrataciones públicas es indirecto, pero crucial, pues aunque no es el principal o jefe directo de los compradores como lo sería el Ministerio de Hacienda, actúa de manera indirecta sobre los compradores al asignarles el presupuesto de compras públicas, lo que genera incentivos contradictorios respecto de la eficiencia en los compradores.

Otras instituciones fiscalizadoras

Existen una serie de instituciones que cumplen el rol de fiscalizadores, tales como el Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno, la Fiscalía Nacional Económica, el Tribunal de Contratación Pública, Observatorio ChileCompra, Consejo para la Transparencia, Chile Transparente, medios de comunicación, entre otros.

La importancia de estas instituciones radica en los mecanismos de supervisión que pueden ejercer, ya sea denunciando o haciendo públicos la colusión, comportamiento rentista, falta de transparencia, bajo nivel de esfuerzo de los compradores, entre otros. Además de aportar a la reducción del problema de agencia, estas instituciones fiscalizadoras cumplirían parte el rol de principal al realizar seguimiento de las acciones de los agentes y creando conciencia a los contribuyentes sobre la importancia de la eficiencia en el uso de los recursos públicos.

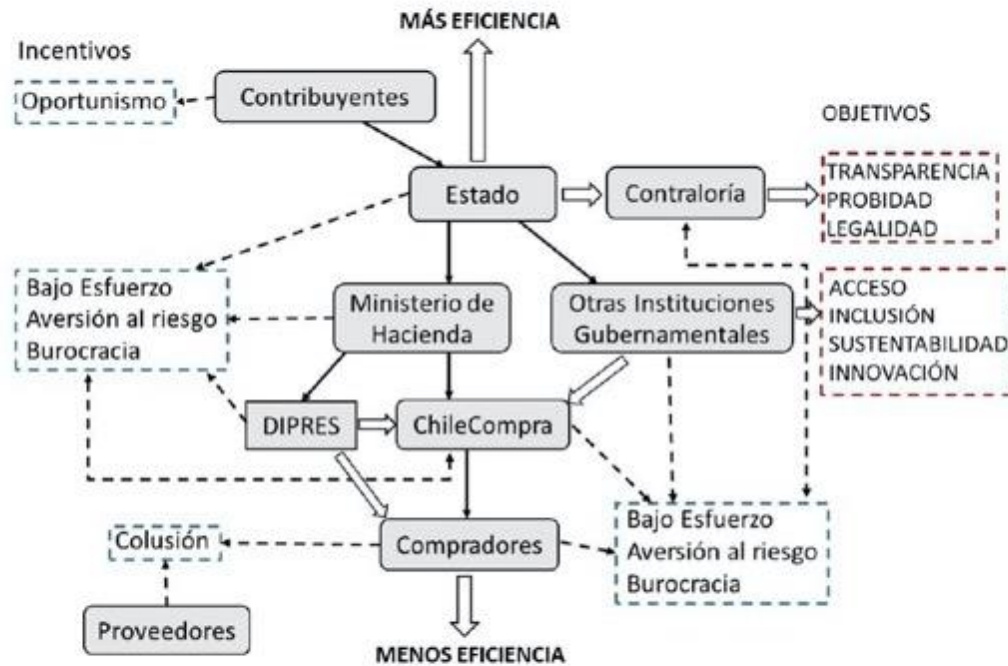
5. Relaciones e incentivos de los agentes en las compras públicas

Los diferentes objetivos e incentivos de los agentes involucrados tanto directa como indirectamente en el proceso de adquisiciones genera ciertas tensiones respecto a la eficiencia del sistema de compras públicas. La figura 4 resume las relaciones, objetivos e incentivos de los actores descritos en la sección 5.1 y 5.2. El objetivo principal del sistema de compras es lograr la eficiencia, sujeto a las restricciones de transparencia y probidad. Las flechas gruesas corresponden a los objetivos de las instituciones que participan directa o indirectamente en el sistema. Las flechas negras muestran las relaciones de agente-principal del sistema, y las flechas entrecortadas relacionan los incentivos de las instituciones involucradas.

A modo de resumen, de la figura 4 se desprende que, en los procesos de las compras y contrataciones públicas, el Estado tiene como objetivo el uso eficiente de los recursos, es decir, aumentar la eficiencia; la Contraloría tiene el objetivo de asegurar la legalidad, transparencia y probidad de los contratos de las compras públicas; y otras instituciones gubernamentales tienen como objetivo el acceso, la inclusión, la sustentabilidad, la innovación entre otros. Por lo tanto, a medida que estas instituciones prioricen sus objetivos por sobre la eficiencia, es difícil generar mejoras sustantivas a la eficiencia total del sistema.

Por otra parte, es fácil ver en la figura 4 los distintos incentivos que afectan el comportamiento de actores del sistema, los que en conjunto con los objetivos de las instituciones disminuyen los niveles de eficiencia.

Figura 3: Objetivos e Incentivos de los actores del sistema de compras públicas.



Fuente: Elaboración propia.

6. Recomendaciones para la Mejora de la Eficiencia del Sistema de Compras Públicas

A continuación, se describen una serie de recomendaciones para la mejora de la eficiencia del sistema de compras públicas. Estas recomendaciones buscan hacerse cargo de los problemas de agencia anteriormente expuestos, por lo que el orden de implementación y la profundidad de los cambios de los incentivos de los agentes es crucial para aumentar significativamente la eficiencia del sistema.

Propuesta 1: Posibilitar traspasos en el presupuesto para fomentar el ahorro real en los gastos corrientes de las compras públicas.

Objetivo de la propuesta

La idea central de esta propuesta es generar los incentivos a los compradores para realizar compras y contrataciones que produzcan los mayores ahorros y las condiciones más ventajosas para las instituciones en las que se desempeñan.

Actualmente, no existen muchos incentivos para que los compradores se esfuercen por obtener menores precios y costos menores, alcanzando mayores niveles de ahorro. En primer lugar, el presupuesto asignado por la DIPRES es anual, por lo que si los servicios públicos no ejecutan a cabalidad el presupuesto, éste se reducirá al año siguiente. Las cuentas del ejercicio presupuestario quedan cerradas al 31 de diciembre de cada año. Luego, a partir del 1 de enero de cada año, no puede efectuarse pago alguno sino con cargo al presupuesto vigente. Esto se conoce en la literatura como “spend it or lose it”, es decir, gástelo o piérdalo. Por tanto, los montos ahorrados en adquisiciones durante el año, se terminan gastando a final de año en compras y contrataciones apresuradas para cumplir con el presupuesto anual y evitar un recorte de presupuesto al año siguiente. Además, las compras apuradas tienen mayores probabilidades de errores, falta de pertinencia, y menor calidad de los bienes y servicios adquiridos.

Existe evidencia internacional que cuando los presupuestos expiran al final del año fiscal crean los incentivos para gastarlo y así evitar recortes presupuestarios al año siguiente. Ante la incertidumbre sobre futuras demandas de gasto, los organismos públicos tienen un incentivo para reservar ciertos gastos en la primera parte del año. Si la demanda no se materializa, deben apresurarse a gastar estos recursos en proyectos de menor calidad o pertenencia al final del año. Liebman y Mahoney (2010) muestran utilizando datos sobre gastos de adquisiciones del gobierno federal de los Estados Unidos que el gasto en la última semana del año es 4,9 veces mayor que el promedio semanal del resto del año. Además, utilizando un conjunto de datos que rastrea la calidad de proyectos de tecnologías de información, los autores encuentran que los puntajes de calidad para los proyectos de fin de año son de 2,2 a 5,6 veces más probables de estar bajo el valor promedio. Por consiguiente, permitir a los organismos públicos transferir los fondos no utilizados a los años siguientes puede mejorar la eficiencia. Los autores calibran un modelo dinámico de gasto y muestran que permitir la extensión o transferencias de los recursos presupuestados puede llevar a ganancias de bienestar de hasta 13 por ciento.

En segundo lugar, en Chile solo existe una valoración más bien “moral” por ahorrar en las compras y contrataciones públicas, pues no existe la posibilidad de redestinar recursos por ahorro y eficiencia ni tampoco existen incentivos de reconocimiento al ahorro. En otras palabras, los agentes encargados de las compras públicas pueden ahorrar recursos en adquisiciones, pero luego el jefe del servicio, que es su principal directo, necesita ejecutar el presupuesto, por lo que termina incentivando al agente a que se gaste el presupuesto a final del año.

Por lo tanto, se propone facilitar el traspaso en el presupuesto de la partida de compras de bienes y servicios para que los ahorros generados⁴ y los recursos no gastados a final de año puedan

⁴ Este es el ahorro eficiente que se quiere fomentar, por lo que se necesita revisar los gastos en compras y determinar cuánto es la cantidad ahorrada. ChileCompra sería la entidad que en principio podría revisar los montos y estimar dada información de compras pasadas los ahorros netos.

transferirse al presupuesto del siguiente año y/o puedan ser redestinada a gastos en otros conceptos, es decir, que los recursos vuelvan al Estado, a través del Ministerio de Hacienda. La propuesta de trasladar los ahorros del año t al año $t+1$ no implica que el presupuesto sea plurianual. El presupuesto seguiría siendo anual, pero flexibiliza los gastos de manera que los recursos no gastados en el año en curso puedan trasladarse al año próximo sin el temor de sufrir una reducción del presupuesto siguiente. Además, se propone parte de los recursos ahorrados en las compras y adquisiciones públicas sean devueltos al Estado.

Esto resolvería en parte el problema de la restricción de la expiración del presupuesto al permitir el uso de esos recursos ahorrados al año siguiente o en otros ítems, y no una reducción del presupuesto por gastar una cantidad menor a la presupuestada, además de evitar compras y contrataciones apresuradas para cumplir con el presupuesto anual con la consiguiente probabilidad de errores en la compra, y/o falta de pertinencia y menor calidad de los bienes y servicios adquiridos.

Finalmente, esta propuesta se haría cargo en parte de los incentivos de los agentes encargados de compras al generar ganancias en reputación al gestionar eficientemente los recursos públicos. Lo que se alcanza si se reconocen a los compradores de los servicios públicos que generaron más ahorros en adquisiciones, pues a los compradores en su mayoría les interesa ascender y asegurar su carrera funcionaria. Esto ocurriría siempre y cuando existiera una carrera de comprador profesional y así mantener e incentivar a los buenos funcionarios a permanecer en sus puestos de encargado de compras.⁵

Implementación

Aspectos económicos

En la literatura especializada, el traspaso de presupuesto se conoce como “budget carry-over”⁶, y se define como el derecho de usar los recursos no gastados más allá del período para el cual fueron originalmente otorgados. Esto significa que un servicio puede usar parte o todo lo que no se ha gastado de los años anteriores, además de la asignación presupuestaria del año en curso. Más aún, existen países que permiten a sus organismos gubernamentales a tomar prestado contra ingresos futuros, que es conceptualmente similar -el equivalente a una transferencia negativa.

El traspaso presupuestario es sólo uno de los procedimientos presupuestarios utilizados para simplificar la transición entre dos ejercicios presupuestarios. En muchos casos, es posible registrar transacciones contra las cuentas del año anterior durante un corto período en el nuevo año fiscal,

⁵ La propuesta 3 del presente informe se hace cargo de la carrera profesional

⁶ Basado en Lienert and Ljungman (2009).

por ejemplo, durante un mes. Estos períodos contables complementarios se introducen para hacer frente a retrasos en las transacciones.⁷

Existen por supuesto argumentos a favor y en contra del traspaso presupuestario. A favor, se debe considerar en primer lugar que promueven ganancias en eficiencia, al disminuir la presión para gastar el presupuesto anual y los encargados de compra tienen más tiempo para comprar bienes o servicios que contribuyen significativamente al logro de los objetivos de la organización. Adicionalmente, los traspasos presupuestarios también pueden promover iniciativas de ahorro de costos más activas y duraderas. En general, los compradores están en mejor posición para identificar las mejoras de eficiencia que la Dirección de Presupuestos. Sin embargo, a menos que haya beneficios tangibles, los esfuerzos para reducir los gastos serán reducidos. La posibilidad de transferir los ahorros de eficiencia puede cambiar esto, siempre que se puedan devolver recursos ahorrados, ya que sólo cuando los encargados de presupuesto tienen la discreción de utilizar los recursos que se han llevado a cabo de la manera que ellos consideren adecuados se crean los incentivos para maximizar los ahorros.

Por otra parte, el traspaso de presupuesto facilita la revelación de las verdaderas necesidades de recursos. Desde el punto de vista de la Dirección de Presupuestos, las posibilidades de traspaso pueden funcionar como un mecanismo para extraer información sobre los verdaderos requerimientos de recursos, los cuales pueden usarse luego para determinar asignaciones futuras. En la medida en que encargados de compran realizan esta señalización de información, él o ella puede, sin embargo, ser reacio a hacer uso de posibilidades de traspaso.

Adicionalmente, traspasar presupuesto permite compensar las rigideces en los procedimientos de ejecución del presupuesto. La ejecución presupuestaria puede verse retrasada por procedimientos de adquisición complejos o múltiples controles de gastos ex ante. El remanente del ejercicio puede permitir que los gastos se contabilicen en el ejercicio fiscal correcto.

Por otro lado, los argumentos en contra incluyen el problema de sobre-presupuestar, complicaciones en los controles de gasto y el *timing* o momento del gasto. Si las asignaciones presupuestarias iniciales fueran excesivas, o si una actividad planificada no se llevara a cabo, entonces no se debieran permitir traspasos presupuestarios al año siguiente. Sin embargo, en la práctica es a menudo imposible establecer precisamente por qué ha habido un gasto insuficiente. Asimismo, si el tamaño de las prórogas se hace grande, el conflicto potencial entre las prioridades de gasto del gobierno y la acción perseguida de los compradores y directores de servicio podría aumentar rápidamente. Por esta razón, se hace necesario poner límites a los traspasos

⁷ En algunos países, la autoridad presupuestaria se basa en el principio de devengo, es decir, la medición de la utilización real de los recursos. Cuando el presupuesto se basa en el devengo, no hay posibilidad de drenar una apropiación pre-pagando bienes y servicios o abastecerse de suministros. Por consiguiente, un presupuesto basado en el principio de acumulación reduce, pero no elimina los fundamentos de las prórogas.

presupuestarios. Por último, puede ocurrir que el gobierno quiera crear una situación “use it or lose it” para asegurar que se gastan las asignaciones en el momento adecuado del ciclo económico. Además, cuando ya existe cierta consolidación fiscal, el gobierno quiere limitar los traspasos presupuestarios para proteger un objetivo o target fiscal.

Para la implementación de la propuesta de traspaso del presupuesto y reducir los incentivos de malgasto al finalizar el año fiscal o demoras en la ejecución presupuestaria, se debe considerar la aplicación de ciertas restricciones, ya sea caso a caso o restricciones de tipo más general. Un primer enfoque implicaría que la DIPRES determine la cantidad que puede ser traspasada caso por caso o proyecto por proyecto. Japón y Alemania siguen este enfoque (ver Tabla 1). Sin embargo, los requisitos de información y la cantidad de tiempo y recursos involucrados son altos. Por lo tanto, una evaluación caso por caso sería inapropiada para un gran número de pequeñas transferencias, por ejemplo, para los gastos en compras y contrataciones públicas estándares.

Un segundo enfoque para imponer restricciones a los traspasos presupuestarios, y que sería más común parece favorecer un régimen estandarizado para conceder flexibilidad al final del año a categorías más amplias de gastos. Especificar por adelantado los criterios que rigen para traspasar remanentes parecen fortalecer la estabilidad y la previsibilidad. Las restricciones cuantitativas pueden ser impuestas de tres maneras: (i) un límite en la cantidad de traspasos permitidos en un año determinado, por ejemplo, 3 por ciento de la apropiación presupuestaria; (ii) un límite máximo sobre la cantidad acumulada que se puede traspasar al próximo año, por ejemplo, 10 por ciento de la apropiación; y (iii) límites en la reducción de las prórrogas acumuladas.

Respecto de limitar la cantidad de los traspasos permitidos en un año, se busca incentivar que los gastos sean más eficientes y se reduzcan los costos. En Suecia, por ejemplo, la posición por defecto es que las agencias gubernamentales pueden retrasar el 3 por ciento de las asignaciones no gastadas, a menos que el gobierno decida otra cosa. Respecto de limitar la cantidad acumulada del traspaso presupuestario, esto evitaría la acumulación de grandes cantidades de recursos no gastados. Por otra parte, este tipo de límite máximo, una vez que se convierta en vinculante, eliminaría la posibilidad de nuevas prórrogas, con el resultado de que de nuevo habrá incentivos para que los directores presupuestarios gasten todos sus recursos.

Tabla 1: Posibilidades de traspasos presupuestarios (budget carry over) en países seleccionados.

	France	Germany	Indonesia	Japan	Mexico	Russia	Sweden	U.K.	U.S.A.
Is carry-forward allowed?									
For operational spending?	Yes	Yes ²	Yes ⁴	Yes	No	Yes	Yes	Yes	Yes
Investment spending?	Yes	Yes	Yes	Yes	No	Yes	Yes	Yes	Yes ⁵
Transfers and subsidies?	Yes	Yes	—	Yes	No	No	Yes	Some	Yes
What restrictions apply?									
A fixed percentage of the budget appropriation	Yes, 3% ⁶	No	No	No	—	—	Normally 3%	None	No
Case-by-case approval	—	Yes	Yes	Yes	—	—	Possible	No	Yes
Cap on the stock of carry-over	—	No (but 2 year limit)	No	No	—	—	No	No	No
Approval for the draw-down	—	—	—	—	—	—	Not normally	Yes, since 2005	—
How is carry-over regulated?									
By statute law (act of Parliament)	Yes	Yes	Yes	Yes ⁷	—	Yes	Yes	No	No
By Government regulation	Yes	Yes	Yes	—	—	—	Yes	No	No
By Ministry of Finance regul.	Yes	Yes	Yes	Yes	—	—	—	Yes	Yes

² Investment expenditure is typically carried over. Other expenditure may also be carried over if it is covering several years and if this is in the interests of efficiency and economy. The need for carry-over is obviated in the case of two-year budget appropriations, whose legal basis is found in the 1949 Constitution.

⁴ The State Finances Law 2003 confirms the principle of annuality (no carry-over). However, annual budget laws since 2005 allow limited carry-over.

⁵ Annual appropriations acts make budget authority available for obligation during the fiscal year. Some appropriations – especially for multi-year investment projects – allow budget authority to remain available for obligation for a period longer than 12 months. This obviates the need for carry-over for such spending.

⁶ Appropriations comprise commitment authorizations and cash-limit appropriations. Cash-limit appropriations for a specific budget program can be carried over, within the limit of 3 percent for salaries and 3 percent for all non-salary expenditures. These provisions are specified in the 2001 Organic Budget Law.

⁷ Carryover is authorized under the Public Finance Act 1947, which that carryover of annual appropriations to the following fiscal year requires the approval of the Ministry of Finance. For this purpose, the head of a ministry or agency must prepare a carryover request, stating the reasons for and the amount carry-over.

Fuente: Lienert, I. y Ljungman, G. (2009).

Casos interesantes de considerar para la propuesta sería el Reino Unido y algunos estados de U.S.A. En el Reino Unido, por ejemplo, los presupuestos anuales pueden variar al permitir “flexibilidad al final del año” donde los recursos que no se han gastado pueden traspasarse al año siguiente o se agregan al presupuesto del año siguiente, todo dentro de límites establecidos. Asimismo, los ahorros ya sea por una disminución en los costos o por ganancias de eficiencia en general se utilizan para mejorar la calidad de los mismos servicios públicos.

En general, los ahorros generados en los presupuestos pueden: (i) volver directamente a la Tesorería o al Ministerio de Hacienda, es decir, al Estado y pueden ser utilizados en lo que se estime conveniente; (ii) los servicios públicos retienen dinero para pagar sus costos, incluidos los costos adicionales generados para aumentar el ahorro (por ejemplo, contratación de compradores capacitados o capacitación de los compradores); (iii) utilizar “trading accounts” o cuentas de operaciones, de modo que los servicios públicos puedan cubrir todos sus gastos con los ahorros o mantener un porcentaje de esos ahorros para reinvertir.⁸

⁸ Ver Jones (2005) para mayor detalle.

Otro caso interesante para considerar es el caso del Estado de Washington en Estados Unidos. Este estado ha logrado incentivar ahorros con el "Programa de Incentivos de Ahorros"⁹. Creado en 1997, el programa permite a una agencia estatal el traspaso de la mitad de sus ahorros (con algunas excepciones) a presupuestos de años fiscales siguientes de proyectos de gastos de una sola vez (tales como tecnología o capacitación) que mejoren la eficacia y eficiencia de la organización. Para asegurar su aprobación por parte del Congreso, el gobernador del Estado destinó la otra mitad de los ahorros para educación. Esto dificultaba que los legisladores votaran en contra de la propuesta del programa. Y dificultó que los legisladores terminaran el programa, dado que hay otra parte interesada, la secretaria de educación, que se beneficia directamente (o, al menos, percibe que se beneficia directamente) de los incentivos en el programa.

En definitiva, la propuesta que permita facilitar los traspasos en el presupuesto para fomentar el ahorro real en los gastos corrientes de las compras públicas podría considerar los siguientes aspectos económicos¹⁰:

- i. Comenzar con un ejercicio piloto para probar los méritos de las transferencias limitadas de presupuesto de un año a otro. Por ejemplo, a los servicios dependientes del Gobierno Central se les podría dar la autoridad para transferir hasta el 5 por ciento¹¹ del presupuesto de compra de bienes y servicios al próximo año fiscal. No obstante, sólo las divisiones del servicio que logran ahorros de costos podrán desplegar esos ahorros en los siguientes dos años como máximo, y así evitar demoras excesivas en la ejecución presupuestaria. Se considera crucial la revisión de las adquisiciones en términos de montos, precios y estándares de calidad que generan los ahorros, pues si se ahorra a expensas de la calidad de los bienes y servicios adquiridos, se debería limitar las transferencias del presupuesto y condenar a los encargados de compras por tales prácticas.
- ii. Una preocupación legítima con respecto al traspaso de cuentas es que podrían tener la consecuencia perversa de disminuir la ejecución de presupuesto y la rendición de cuentas a final de año. Requerir revisiones del presupuesto podría ayudar a resolver esta preocupación y frenaría más el gasto de fin de año. Estas revisiones debiesen detallar los gastos previstos para el resto del año fiscal, los superávits previstos al final del año fiscal y las razones de estos excedentes. Informes de revisión con componentes similares han dado éxito en la reducción de las presiones de gastarse todo el presupuesto anual y aumentos de gastos de fin de año en el Estado de Oklahoma en Estados Unidos y en

⁹ Basado en Jones, L. R. (2005). Outyear Budgetary Consequences of Agency Cost Savings: International Public Management Network Symposium. *International Public Management Review*, Volume 6 Issue 1.

¹⁰ Basado en Jones (2005), Lienert y Ljungman (2009), Liebman y Mahoney (2013), y Fichtner (2015).

¹¹ Este porcentaje se puede definir por DIPRES o el Ministerio de Hacienda. Para esta propuesta, se propone comenzar con un 5%.

Taiwán. Por supuesto, estas revisiones tendrían un valor limitado si la autoridad encargada, como DIPRES no lleva a cabo la supervisión apropiada.

Aspectos legales

Antes de todo, se deben recordar ciertos aspectos de la Ley Anual de Presupuesto del sector público. Esta ley es una estimación financiera de los ingresos y una autorización de los gastos para un año determinado, de modo de compatibilizar los recursos disponibles con el logro de metas y objetivos previamente determinados. El proyecto lo propone exclusivamente el Ejecutivo y debe ser aprobado por el Parlamento.

Debido a que el ejercicio presupuestario, abarca desde el 1° de enero al 31 de diciembre de cada año, los recursos disponibles a la fecha de cierre deben incorporarse al presupuesto del año siguiente. Los saldos provienen de Disponibilidades de cuentas corrientes, Disponibilidades en efectivo (gastos menores y otros) y saldos de fondos puestos a disposición de otras entidades y que se encuentran pendientes de rendición de cuentas.

El uso de estos fondos debe ser propuesto por el Ministerio o Servicio al Ministerio de Hacienda, destinándose, preferentemente, a la cancelación de obligaciones pendientes del año anterior, a su ítem de origen, cuando correspondan a fondos girados para finalidades específicas o a otros ítems, en el caso de que se hubieran cubierto los rubros indicados anteriormente, condicionado a la aprobación definitiva del Ministerio de Hacienda. En el caso que se efectúen reducciones presupuestarias en el año, estos saldos no son reasignados.

Para concretar este procedimiento, las unidades operativas, al cierre del ejercicio presupuestario deben confeccionar un balance, de los ingresos y gastos del periodo, determinando los saldos disponibles en caja y pendientes de rendición de cuenta. Adicionalmente, se debe calcular los compromisos pendientes de pago, proponiendo al Ministerio o Servicio Público la distribución de los saldos, de acuerdo a su origen y destino, para su posterior incorporación al presupuesto y ejecución. Lo anterior se consolida a nivel nacional por el Ministerio y una vez aprobada por el Ministerio de Hacienda, se incorpora la modificación respectiva a los presupuestos de las unidades operativas, mediante Resolución de esta Secretaría de Estado.

Por consiguiente, en Chile los traspasos presupuestarios ocurren de manera más bien excepcional, sólo para hacerse cargo de obligaciones pendientes al año anterior con finalidades específicas y necesitan de la aprobación del Ministerio de Hacienda. En la práctica entonces, se tiene una situación “use it or lose it”.

En resumen, se deben proponer reglas de traspasos de los saldos presupuestarios del subtítulo 22 de la Ley de Presupuestos, correspondientes a los gastos por adquisiciones de bienes de consumo y servicios no personales, necesarios para el cumplimiento de las funciones y actividades de los

organismos del sector público. Para comenzar se propone transferir hasta el 5 por ciento del presupuesto de compra de bienes y servicios al próximo año fiscal.

Análisis costo-beneficio

En términos generales, ésta propuesta contribuiría en la generación de incentivos para que los servicios públicos realicen compras más eficientes, y así disminuir el problema de agencia e incentivos que puede inducirlos a no realizar las mejores compras posibles. Más aún, la propuesta busca una modificación importante a la administración presupuestaria de los servicios públicos, que por sentido común considera que un ahorro implica un castigo, con un recorte presupuestario al año siguiente.

En términos específicos, la propuesta busca aumentar la eficiencia al disminuir la presión percibida por los Servicios Públicos de gastar los recursos restantes al final del año fiscal para proteger sus presupuestos de recortes, junto con el beneficio público de reducir los gastos superfluos o simplemente derroches asociados con esa presión por gastar. Por otra parte, aunque los aumentos de gastos de fin de año no fueran inherentemente inútiles, permitir a los Servicios administrar sus presupuestos sin plazos artificiales mejoraría la eficiencia del gasto de estos Servicios y sus divisiones. Obviamente, los beneficios de esta propuesta dependen de la magnitud del ahorro que se logre y los efectos macroeconómicos de esos ahorros.

Beneficios

Vogel (2009) realiza una estimación de los efectos macroeconómicos del ahorro en las compras y contrataciones públicas para la Unión Europea y que pueden servir de referencia para el caso de Chile. Para un escenario base, una reducción gradual del impuesto a la renta que transfiere los ahorros presupuestarios al comprar a menores precios (en 10 años los márgenes caerían 0.5 puntos porcentuales por año en un 20% del mercado de adquisiciones) al sector privado, el PIB real, el empleo y el consumo aumentan un 0.1-0.2% por encima de sus valores basales previos a la reforma después de 5 y 50 años. El impacto macroeconómico es aproximadamente proporcional al margen de reducción, crecimiento del PIB real, empleo y consumo aumentan proporcionalmente al volumen de ahorro de costos. Los efectos sobre la producción y el empleo de la reducción del impuesto a la renta dependen de la elasticidad de la oferta de trabajo; las estimaciones de estos últimos están son mucho más inciertas pues dependen de otros factores. Una elasticidad de 0,1, en lugar del valor de referencia de 0,2, reduce los beneficios macroeconómicos a corto y largo plazo de 2 a 3 veces.¹²

¹² En Chile, las estimaciones indican que la elasticidad de la oferta de trabajo masculina estaría más cercana a 0,1, mientras que la elasticidad de la oferta de trabajo femenina estaría más cercana a 0,2 (Mizala et. al., 1998).

Por otra parte, Vogel propone que una disminución de los impuestos sobre el capital y una mayor inversión gubernamental son formas alternativas de utilizar los ingresos fiscales adicionales generados por ahorros en las adquisiciones públicas. Las reducciones del impuesto sobre el capital son menos beneficiosas para el PIB, el empleo y el consumo después de 5 años, pero aumenta fuertemente la inversión privada. Las ganancias del PIB a largo plazo son ligeramente superiores que con el recorte del impuesto a la renta, pero el consumo y el empleo se mantienen estables, por lo que la mayor parte del efecto positivo del PIB es impulsado por el fuerte incremento a largo plazo en la inversión.

Finalmente, Vogel encuentra que el gasto de los ahorros presupuestarios en inversión pública adicional es menos beneficioso que el impuesto a la renta, pero similar al impuesto sobre el capital en términos de PIB y efectos sobre el empleo después de 5 años. El consumo privado e inversión caerían en el corto plazo. Las ganancias del PIB a largo plazo son mayores que las alcanzadas con las reducciones de impuestos. El consumo crece de manera similar a la mano de obra y más fuerte que bajo la reducción impositiva al capital, mientras que la inversión caería. El empleo se mantendría en el nivel previo a la reforma. El efecto de la inversión pública depende de la elasticidad de la producción con respecto al capital público en la función de producción, mayores valores de la elasticidad aumentan y valores más bajos reducen su efecto positivo a largo plazo sobre el PIB, el consumo y la inversión privada.

Costos

Respecto de los costos de la propuesta, en una primera etapa se debe considerar el costo de la modificación de la ley, y los costos de implementación y evaluación del piloto. Los costos de modificación de la ley incluyen los costos de horas hombre para preparar el proyecto, los estudios y consultorías, además de la capacitación continua a los encargados de presupuesto y compras públicas. Sin embargo, gran parte de los costos asociados al proyecto se pagan en los períodos iniciales, mientras que los beneficios se recibirían en todos los períodos.

En una segunda etapa se debe tener en cuenta si la posibilidad de traspasar presupuesto para fomentar el ahorro real en los gastos corrientes de las compras públicas genera incentivos perversos como la disminución o retraso en la ejecución y rendición de cuentas.

Propuesta 2: Aumentar las exenciones de auditoría ex-ante para compras públicas.

Objetivo de la propuesta

Los encargados de compras deciden qué, cuánto, cómo, cuándo comprar y a quién. Así, los compradores tienen incentivos, por una parte, a esperar para agregar demanda de manera de

obtener mayor poder de compra y obtener menores precios, y por otra parte, a comprar antes que se acabe el año y ejecutar todo el presupuesto para no sufrir recortes al año siguiente. Asimismo, al momento de decidir cómo comprar, los compradores utilizan los mecanismos más apropiados considerando la facilidad, viabilidad y rapidez del proceso de compra. En consecuencia, la mayoría de los compradores evita realizar procesos que impliquen controles ex-ante como la “Toma de Razón” por parte de la contraloría; desde punto de vista del comprador, estos mecanismos requieren mayor esfuerzo y riesgo en los procedimientos, además del tiempo, y las horas hombre necesarias para la toma de razón que aumentan el costo del proceso, disminuyendo la eficiencia.¹³

Así, dado que los controles ex-ante de la Contraloría General de la República generan incentivos a los compradores a evitar los mecanismos de compra que requieran, por ejemplo la Toma de Razón, se considera crucial para aumentar la eficiencia del sistema de compras tener instrumentos de control ex-post en vez de control ex-ante que aseguren la legalidad, transparencia, probidad, y el uso eficiente de los recursos públicos.

El objetivo de esta propuesta es aumentar la eficiencia en las compras y contrataciones públicas al disminuir los controles ex-ante existentes, de modo que los compradores elijan los procesos de compras que permitan los mayores ahorros. Así, por ejemplo, eliminar los controles ex-ante reduciría los incentivos de los compradores de fragmentar las compras, puesto que a montos mayores de un cierto rango es obligatoria la Toma de Razón, y por ende los compradores prefieren perder poder de compra y pagar precios mayores al desagregar la demanda. Sin la imposición de la Toma de Razón, disminuyen los incentivos a fragmentar las compras y por ende se tendría mayor poder de compra y menores precios, aumentando la eficiencia y los ahorros en el sistema de compras públicas.

Implementación

Aspectos económicos

La racionalidad económica de la Toma de Razón en las compras y contrataciones públicas consiste en la generación de valor económico al asegurar la legalidad de los contratos, desincentivando las prácticas poco competitivas, discriminatorias o poco transparentes. Los Actos administrativos relacionados con las contrataciones públicas incluyen licitaciones, precalificación, adjudicación de contratos y pagos.

Además, el proceso de Toma de Razón reduciría la incertidumbre a la que se enfrentan los proveedores del Estado al estandarizar los procesos de adquisición de los distintos servicios

¹³ Zaviezo et. al (2016) a través de una serie de entrevistas encuentran evidencia de que los compradores evitan mecanismos de compra que necesiten la Toma de Razón.

públicos, aunque también podría elevarla si los plazos se vuelven eventualmente más extensos y/o menos predecibles. Por tanto, el efecto de la Toma de Razón sobre los precios que pagan los servicios públicos es ambiguo.¹⁴ Sin embargo, el efecto que genera la Toma de Razón en las decisiones de los compradores no es ambiguo, incentiva la elección de mecanismos de compra que no necesiten Toma de Razón, induciendo a la fragmentación de las compras reduciendo la eficiencia.

Existen otros dos temas relevantes que se debiesen tener en cuenta. Por una parte, la Contraloría al revisar los contratos *ex-ante* disminuye los incentivos a realizar contrato de manera más eficiente y prolija, pues finalmente si el contrato tiene errores, Contraloría detectará esos errores. Por otra parte, Contraloría pareciera desincentivar el uso del trato directo, aun cuando el costo de hacer una licitación sea desproporcionado respecto del valor de lo comprado. Esto genera el no uso del trato directo por temor a la Contraloría, y una presión (hacia Chilecompra) para subir productos a convenios marco incluso cuando no existe lógica estrictamente "económico-comercial" para ello. Para poner este problema en contexto, considérese que aproximadamente 1.4 millones de órdenes de compra (de un total de 2 millones) son por montos inferiores a 10 UTM, valor bajo el cual la ley permite hacer tratos directos.

En un informe realizado por la OECD¹⁵ con el fin de mejorar la agilidad estratégica y la confianza pública de la Institución de Control Superior de Chile, se pone atención en posibles cambios en el enfoque funcional del control de la legalidad *ex-ante* (Toma de Razón). En el informe se propone aumentar las exenciones a las tareas de auditoría *ex-ante* de la Contraloría para incentivar la mejora sostenida en la toma de decisiones y el control interno en los organismos públicos. Las exenciones podrían servir como una certificación de los controles legales y sistemas de gestión de recursos presupuestarios y humanos del Servicio, o para indicar la "graduación" de la Toma de Razón. Una "graduación" de la Toma de Razón generaría incentivos para mejorar la administración pública. Adicionalmente, se deben incorporar sanciones por descuidar el control interno y la amenaza del retorno a un sistema con Toma de Razón podría ayudar a las entidades responsables de mantener estos controles.

Por lo tanto, la utilización de exenciones implica que la Contraloría debería establecer criterios claros para la evaluación de los controles y sistemas de gestión de las entidades públicas. Junto con disminuir los controles *ex-ante*, se debiera reasignar la capacidad para emprender auditorías *ex-post* de los procesos de tomas de decisiones, prácticas de gestión reguladora y de control interno en las entidades públicas. Rediseñar las auditorías *ex-ante* permitiría a la Contraloría invertir recursos adicionales en nuevas formas de tareas de auditoría *ex-post*,

¹⁴ Ver Engel et. al. (2015) para un análisis detallado del Valor Económico de la Contraloría General de la República.

¹⁵ Ver OECD (2014), Chile's Supreme Audit Institution: Enhancing Strategic Agility and Public Trust, para una revisión de los procesos actuales y recomendaciones para aumentar la eficiencia y confianza de la Contraloría General de la República.

incluyendo auditoría al desempeño y la calidad de la gestión, que transfieren la responsabilidad de los managers de implementar un control interno eficaz y de mejorar las prácticas. Sin embargo, se debe tener cuidado con terminar incluyendo a funcionarios de la Contraloría dentro de las mismas instituciones, lo que puede terminando siendo ineficiente desde un punto de vista económico.

Con respecto a la evidencia internacional, es importante destacar que la función de control de la legalidad de los contratos ex-ante, o Toma de Razón no existe en la mayoría de las Instituciones de Control Superior de los países revisados por el informe de la OECD (tabla 2), mientras que en los pocos casos en que existe, su alcance es limitado, ya sea funcionalmente (por ejemplo, Italia) o financieramente (por ejemplo, Portugal).

Tabla 2: Asignaciones ex-ante de Auditoría en Chile y países seleccionados

Yes	No
Chile, Costa Rica, Italy, Portugal	Australia, Brazil, Denmark, European Court of Auditors, Israel, Korea, Peru, Spain, South Africa

Notes: The INTOSAI “Lima Declaration of Guidelines on Auditing Precepts” defines *ex ante* audit – or *a priori* audit or pre-audit, as it may be sometimes referred – as a “before the fact” type of review of administrative or financial activities (INTOSAI, 1977, Section 2). Brazil: Concurrent audit assignment for public concession and public-private partnerships. The Brazilian Federal Court of Accounts examines administrative actions at five stages of the public concession and public-private partnerships procurement process: *i*) project’s feasibility, including legal, economic and environmental issues; *ii*) the bid notice and draft contract prior to their publication; *iii*) the legal, technical, economic and financial pre-qualification of bidders; *iv*) the results of bid evaluation; and *v*) award and signature of the contract. Costa Rica: Approving budgets of the decentralised public sector (66% of total public expenditure); solving objections to government contracting posters, such as appeals of awards; authorising direct contracting procurement procedures. Italy: The Court of Accounts has had an *ex ante* audit function since its establishment in 1862. Since 1994, under Law no. 20, the *ex ante* audit has been limited to administrative acts (e.g. regulatory and planning acts, high-value public contracts). More recently under Decree-Law 78/2009, the Court of Accounts’ regional chambers have been entrusted with the *ex ante* audit on the civil protection ordinances issued by extraordinary commissioners and delegated officers. Portugal: For acts and contracts above EUR 350 000.

Fuente: OECD (2014), *Chile’s Supreme Audit Institution: Enhancing Strategic Agility and Public Trust*.

Se considera además de suma importancia que los encargados de compras posean los conocimientos, las habilidades, experiencia y una carrera profesional que brinde incentivos económicos y en términos de reputación. Sólo de esta manera se pueden relajar los controles ex-ante, si se confía en el trabajo de los encargados de compras.¹⁶

Aspectos Legales

¹⁶ Ver Erridge & Greer (2002) para más detalle sobre el efecto de las relaciones sociales en los procesos de compras y contrataciones públicas.

Esta propuesta implicaría modificar la Ley N° 10.336: Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, artículo 10 respecto del procedimiento de Toma de Razón. En su defecto, se propone modificar la Resolución N° 1600 de la Contraloría General de República respecto de la exención del trámite de Toma de Razón para todas las compras y contrataciones públicas regidas por la Ley de Compras Públicas N° 19.886.

En una primera etapa, se propone la exención del proceso de Toma de Razón para las compras y contrataciones públicas bajo un monto definido¹⁷. Posteriormente, debiesen hacerse revisiones ex-post, por ejemplo, después de 3 o 6 meses para verificar que efectivamente los contratos se hicieron cumpliendo las normas vigentes. A su vez, si se encuentra que algunos Servicios violaron las normas en los procesos de compra, se repondría la Toma de Razón hasta una nueva revisión (2 años o más).

En una segunda etapa, y luego de las revisiones de los contratos llevados a cabo sin la Toma de Razón, se deberían expandir las exenciones a los Servicios Públicos, Municipalidades, Hospitales Públicos, y por último las FFAA y de Orden.¹⁸ Los montos sobre los que se hacen las exenciones pueden variar de acuerdo al tipo y cantidad de adquisiciones de cada organismo del Estado.

Adicionalmente, se deben especificar ya sea en la Ley N° 10.336: Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, o en la Resolución N° 1600 de la Contraloría general de la República los nuevos procedimientos de revisión ex-post para los contratos de compras y contrataciones públicas. Las revisiones ex-post debiesen incluir auditorías tanto a la legalidad, desempeño y la calidad de la gestión de los contratos.¹⁹ Por último, se debiesen revisar si realmente se gestionaron adquisiciones en las condiciones más ventajosas y con los procedimientos de compras adecuados económicamente, aunque no necesariamente esta función la debiese llevar a la cabo la Contraloría.²⁰

¹⁷ El monto debería corresponder al menos al 95% de las compras y contrataciones públicas, de modo que sólo un 5% debiese revisarse la legalidad de los contratos, ya sea por los elevados montos o la importancia del bien o servicio a adquirir.

¹⁸ El orden de las exenciones puede cambiar y depende de la cantidad de contratos que fueron rechazados en el pasado por ilegalidad, falta a la probidad, etc.

¹⁹ Ver OECD (2014), Chile's Supreme Audit Institution: Enhancing Strategic Agility and Public Trust una revisión exhaustiva de las propuestas para aumentar la eficiencia y credibilidad de la Contraloría General de la República.

²⁰ Un ejemplo sería que, si bien un contrato es legal, es ineficiente del punto de vista económico. Se puede haber iniciado una licitación, que resulta ser más cara que trato directo por los montos y tipos de servicios a adquirir.

Análisis costo-beneficio

Beneficios

La propuesta de exención del proceso de Toma de Razón para las compras y contrataciones públicas traería consigo una serie de beneficios directos e indirectos al disminuir los costos de los procedimientos de compras y contrataciones públicas.

En primer lugar, se agilizarían los procesos de compra y los encargados de compras tendrían más incentivos a elegir los procedimientos de compra que brinden los mayores beneficios a las instituciones públicas al contar con mayor certidumbre respecto al tiempo de la preparación y asignación de los contratos. Por consiguiente, si la mayoría de los mecanismos de compra no necesitan de la Toma de Razón, disminuyen los incentivos a fragmentar las compras, de manera que se puedan realizar compras de mayor volumen al agregar la demanda y obtener mayor poder de negociación y menores precios, lo que genera ahorros considerables y un aumento en la eficiencia del sistema de compras en su conjunto. Nótese que el ahorro trasciende en la gestión, no sólo en el precio.

En segundo lugar, al disminuir los tiempos de la gestión de la compra, las entidades públicas contarían con los bienes comprados y servicios contratados en un plazo menor al actual, por lo que debiese haber mejoras en la productividad, aunque estas serían más bien marginales.

En tercer lugar, se producirían ahorros en horas-hombres de la Contraloría, ya que si se disminuyen considerablemente las auditorías ex-ante y la Toma de Razón en las compras públicas, se dejaría personal disponible para otras tareas, entre las que se recomiendan nuevas formas de control ex-post, que incluyan auditoría al desempeño y gestión, más allá de la legalidad de los contratos. Esta reasignación de personal y mejoras en el control ex-post debiese aumentar aún más la eficiencia del sistema de compras, por lo que se produciría un efecto multiplicador sólo por cambiar los sistemas de auditoría actuales. El efecto total de los ahorros en la economía agregada se especifica en la propuesta 6.1.

Costos

Los costos asociados a la propuesta incluyen el costo de la reasignación y/o capacitación del personal de la Contraloría General de la República de una fiscalización ex-ante a una fiscalización más bien ex-post. En el corto plazo, la propuesta incluye la exención del proceso de Toma de Razón para las compras y contrataciones públicas, por lo que sólo se tendría el costo de la revisión después de 3 o 6 meses para verificar que efectivamente los contratos se hicieron cumpliendo las normas vigentes. Este costo debiese ser considerablemente menor que los beneficios.

Propuesta 3: Creación de una carrera de desarrollo profesional y funcionaria sobre adquisiciones públicas.

Objetivo de la propuesta

Esta propuesta tiene como objetivo crear una carrera de desarrollo profesional sobre adquisiciones públicas, reconociendo al comprador público como una especialidad al interior de la administración del Estado. Así, se tendría personal altamente calificado, que conozca en profundidad las metodologías de compra y el tiempo estimado de la ejecución del proceso de compra, además de las características del mercado. Lo anterior busca cambiar la noción actual del comprador como operador de la plataforma Mercado Público a un especialista en compras públicas, entregándoles responsabilidades administrativas y/o capacidad de decisión sobre las operaciones de adquisición al interior de un organismo. Con ello, se espera reducir en parte el problema de agencia si se crean incentivos monetarios y de la reasignación del ahorro en el presupuesto. Sólo si los encargados de compras son responsables directos de los ahorros en las compras y contrataciones públicas, se pueden generar incentivos de salarios más altos y/o bonos por gestión, para que puedan optar por mayores riesgos, disminuir la burocracia y las conductas colusivas y así lograr mayor eficiencia en las compras públicas.

Por consiguiente, los encargados de las compras públicas debiesen tener una formación rigurosa de la normativa vigente sobre adquisiciones públicas, ingeniería de procesos de adquisición, evaluación de proyectos, y uso de herramientas tecnológicas para su gestión. De esta manera, los compradores debiesen ser capaces de realizar análisis de costo-beneficio antes de decidir los mecanismos de compras a utilizar, considerando los requerimientos operativos y características de los productos.

Es importante definir la carrera de desarrollo profesional sobre adquisiciones públicas. En el largo plazo, se propone tener dos modalidades, o dos niveles de acreditación. El primer nivel consistiría en una serie de cursos, tipo Diploma de Postítulo, ya que se espera que los funcionarios encargados de compras posean un título profesional universitario o una licenciatura. El segundo nivel de acreditación consistiría en un Magíster en Adquisiciones de 4 semestres, donde se convaliden los cursos del Diploma de Postítulo. Este nivel de acreditación está orientado a funcionarios compradores de instituciones gubernamentales más complejas, donde los montos de compras son mayores, los mecanismos de compras más críticos para el ahorro, pero donde las ganancias de eficiencia serían mayores al tener personal calificado que no sólo entienda el proceso de compra, sino que piense sobre el mismo. Se aspira a que los funcionarios acreditados en adquirentes eviten la fragmentación de las compras, consideren los costos y beneficios antes de iniciar los procesos de compra, y tengan nociones de estimaciones de costos y precios razonables para analizar las propuestas de los proveedores. De esta manera, se pretende reducir los costos de transacción y de incentivos de los compradores para aumentar el nivel de esfuerzo, riesgo e involucramiento con la labor que realizan.

Por otra parte, se debe considerar que la carrera profesional de comprador público está relacionada con los mecanismos de control existentes. De hecho, existe evidencia para el Reino Unido, que los compradores con mayores habilidades y experiencia tienen una mejor capacidad de trabajo y confianza, así como mayor capacidad para adoptar procedimientos innovadores. Por lo tanto, es posible relajar los controles burocráticos al reconocer profesionalismo en los equipos de adquisiciones (Erridge & Greer, 2002). Lo anterior aumentaría la eficiencia del sistema de compras y contrataciones públicas y se relaciona directamente con la propuesta de fiscalización de contratos ex-post.

Otro tema para reflexionar tiene que ver con el temor a la discrecionalidad en los sistemas de compras y contrataciones públicas. Kelman (1990) sostiene que en la cultura de la contratación pública existe un disgusto por la discrecionalidad de los empleados estatales. Mientras se alaba el emprendimiento y la creatividad en el sector privado, se prefiere que los funcionarios públicos tengan normas y controles detallados que definan su actuar por miedo a la corrupción. Los incidentes de fraude y desperdicio en la adquisición tienen efectos desmoralizadores respecto de todas las actividades del gobierno, y refuerzan la desconfianza de las operaciones gubernamentales. Luego, el sistema acentúa las normas de tal manera que termina limitando el poder de decisión de los encargados de las compras y contrataciones públicas, lo que limita finalmente la eficiencia y excelencia en el desempeño. Por consiguiente, aunque Kalman considera de la mayor importancia la prevención de la corrupción y de la injusticia en las compras públicas, asegura que no se puede restringir la libertad de juicio de los encargados de las adquisiciones, pues sólo si se le pierde el miedo a la discreción y se capacita apropiadamente a los compradores públicos, se pueden alcanzar mejores resultados.

Por último, el principio de no delegación de la responsabilidad atenta contra esta propuesta, ya que, si las decisiones del comprador profesional estén vinculadas a la responsabilidad administrativa del Jefe de Servicio, éste ejercerá un control que no destraba las restricciones burocráticas existentes y coarta las capacidades de estos compradores, disminuyendo las ganancias en eficiencia.

Implementación

Aspectos económicos

La mencionada carrera profesional de los compradores públicos debiese consistir, a nuestro juicio en dos partes. La primera parte tiene que ver con niveles de acreditación que entreguen la formación adecuada. Esta parte incluiría un nivel básico que se adquiere a través de la compleción de al menos 5 cursos introductorios dentro de los primeros 24 meses en el cargo. Los cursos debiesen incluir: fundamentos de la adquisición pública, teoría de precios, investigación de

mercado, gestión de procesos de adquisiciones, tecnologías de información y gestión, auditoría pública, competencia y regulación, etc. Una vez cumplidos los requisitos en términos de cursos aprobados, se obtiene un Diploma de Postítulo en Compras y Contrataciones Públicas.

El nivel avanzado consistiría en la obtención del grado de Magíster de Gestión y Compras Públicas o simplemente Magíster en Adquisiciones²¹, que duraría 4 semestres y se convalidarían los cursos aprobados del Diploma. El magíster ofrece conocimientos más completos y profundos del sistema y gestión de las adquisiciones, estando orientado a funcionarios compradores de instituciones gubernamentales más complejas y con mayor presupuesto. En el magíster se debiesen ofrecer cursos tales como: estimación y análisis de costos, teoría de contratos, gestión pública, presupuesto público, derecho económico, entre otros.²²

En términos prácticos, se propone llegar a un acuerdo con una Universidad reconocida por su calidad en programas de posgrado para que pueda proveer los cursos del diploma y magíster para un piloto. Si es que hubiera suficiente demanda tanto en el corto como en el largo plazo para un magíster, entonces se propone la creación de un nuevo magíster. Si es que se estima que no habría suficiente demanda en el largo plazo, entonces se podría considerar agregar cursos específicos de adquisiciones a programas de magisteres ya existentes para reducir los costos de la creación de un nuevo programa.

La segunda parte de la carrera profesional debiese hacerse cargo de la carrera funcionaria del encargado de compras públicas. Es decir, crear los incentivos tanto económicos como de ascenso en la carrera funcionaria se consideran necesarios para minimizar el comportamiento de agencia, comportamiento burocrático y de aversión al riesgo que presentan generalmente los encargados de las compras públicas. En principio, se pueden incorporar ciertas asignaciones adicionales en los salarios de los compradores tales como la asignación por desempeño de funciones críticas, o asignaciones relativas al cumplimiento de metas.

Aspectos legales

Se sugiere modificar el nombre del capítulo 2 de la Ley N° 19.886, extendiéndolo a los requisitos para contratar por la Administración del Estado, y agregando un artículo sobre los requisitos para contratar por la Administración del Estado. En dicho artículo 4 bis, se establecería que necesariamente un comprador público debiese tener al menos un nivel de acreditación, básico o avanzado, para poder desempeñarse como tal.

Adicionalmente, se proponen hacer modificaciones tanto en la Ley N° 19.882 que regula la política de personal a los funcionarios públicos. En el artículo septuagésimo tercero de dicha ley se

²¹ Este magíster podría ser parte de un magíster de gestión pública o políticas públicas, con todos los módulos electivos específicos de adquisiciones.

²² Parcialmente basado en el currículo de la certificación de la Defense Adquisición University en Estados Unidos.

especifican las funciones críticas y los montos asignados. Así, se propone que la compra de bienes y servicios se considere una función crítica y por jurisprudencia administrativa, la Contraloría General de la República genere un Dictamen para establecer las compras públicas como una función crítica, enfatizando que los encargados de adquisiciones tendrán responsabilidad exclusiva.

La otra posibilidad por explorar para generar incentivos monetarios en la carrera profesional de los encargados de compras serían las asignaciones relativas al cumplimiento de metas, por ejemplo, asignación de estímulo por experiencia y desempeño funcionario para los encargados de compras públicas, similar a lo que existe para los servicios de salud, Ley N°19.490.

Análisis costo-beneficio

Beneficios

La propuesta de profesionalizar a los compradores públicos aumentaría los ahorros en las adquisiciones al conseguir mejores precios, y por ende la eficiencia. No obstante, la carrera profesional por sí sola podría mejorar la ejecución del proceso de compra, pero sin los incentivos correctos como los traspasos presupuestarios y mecanismos de control ex-post las ganancias en eficiencia serían limitadas.

En primer lugar, se postula que los compradores profesionales acreditados utilizarían los instrumentos de compras más adecuados por tipo y cantidad de la transacción, que efectivamente agrupen la demanda y puedan obtener menores precios, disminuyendo las compras fragmentadas. Asimismo, capital humano específico que no sólo entiende el proceso de compra, sino que piensa en el proceso de compra facilitaría la mejora continua del sistema.

En segundo lugar, se tendría una reasignación de personal, asignando a un grupo la dedicación exclusiva de las adquisiciones y liberando de la responsabilidad de las compras a otro grupo de empleados públicos. De esta manera, se busca que los compradores actualmente mejor calificados puedan acreditarse como compradores, mientras que el resto realizaría las tareas donde tenga mayor experiencia y mayores niveles productividad. Por consiguiente, se tendrían mejoras de eficiencia adicionales agregadas si es que aumenta la productividad de los trabajadores, tanto de los encargados de compras y de los trabajadores que solían realizar compras públicas.

Los efectos de las mejoras de eficiencia de las adquisiciones en el resto de la economía se detallan en la propuesta 6.1 de traspaso de presupuesto.

Costos

En términos de costos, en primer lugar, se deben considerar los costos de la acreditación, incluyendo los cursos del Diploma de Postítulo y el Magíster. Tal como se mencionó en la sección anterior, se deben considerar los costos de corto y largo de la implementación de programas específicos en compras públicas, ya que, en principio, los Servicios debiesen pagar por la capacitación y acreditación de sus encargados de compras. Los precios de los Diplomas y Magíster debiesen estar de acuerdo con programas similares.

Encima de los costos de acreditación se deben agregar los costos de las asignaciones monetarias para la carrera profesional del comprador público, los que sin embargo, pueden provenir de los ahorros obtenidos por una mejor ejecución de compra.

Finalmente, se tienen los costos de la modificación y tramitación de una o más leyes, de acuerdo a la probabilidad de aprobación y efecto real en la mejora de eficiencia.

Propuesta 4: Instalar la práctica de realizar adquisiciones conjuntas a través de diversos mandatarios.

Objetivo de la propuesta

Esta propuesta tiene por objetivo instalar la práctica de realizar adquisiciones conjuntas a través de diversos mandatarios, de manera de aprovechar las economías de escala, ya sea a través menores precios por volumen, o bien menores costos de preparación de procesos integrados entre compradores, que permiten reducir los costos de transacción asociados a los conceptos de información y negociación de una adquisición (y no varias similares).

Albano y Sparro (2010) discuten los beneficios de la centralización y compras conjuntas de los organismos del Estado. Los mercados donde el sector público representa una parte relevante de la demanda total, la centralización, estandarización y agregación puede poner al ganador de una licitación competitiva en condiciones de aumentar significativamente su participación de mercado, lo que fortalece el poder de negociación de la Estado al negociar un contrato, lo que lleva a los proveedores a competir más fuertemente ofreciendo precios más bajos y una mejor calidad.

Por otra parte, las compras conjuntas tendrían otros efectos deseables en el mercado, impactando la estructura del mercado en la medida en que las adjudicaciones de grandes contratos públicos agregados afectan la distribución de las cuotas de mercado de los operadores económicos. Por otro lado, muchas veces el Estado debe tratar con bienes públicos y/o operar en mercados donde existen externalidades, las que pueden internalizarse eficientemente, a través de acciones regulatorias (fijación de estándares, normas y objetivos de las políticas), o a través de la gestión de iniciativas

de adquisición (grandes proyectos gubernamentales e inversiones, estrategias centralizadas de adquisiciones).

Adicionalmente, la realización de compras conjunta a gran escala promueve la innovación a través de un mecanismo de “market-pull” al actuar por el lado de la demanda. En este sentido, si la demanda se gestiona mediante contratos públicos estratégicos, puede jugar un papel importante en la medida en que las compras pueden orientarse hacia productos con diferente contenido de I + D (Investigación y Desarrollo). Un ejemplo clásico es el rol que tienen las adquisiciones del Departamento de Defensa en EEUU impulsando la innovación en sectores como los transportes, las TIC, la electrónica, entre otros.

Un argumento adicional a favor de las compras conjuntas es la acumulación de conocimiento asociado a este tipo de operaciones, lo que reduce los tiempos de preparación, disminuye la probabilidad de errores de especificación y cuando es necesario agiliza y hace más eficiente la gestión y control de los contratos asociados a las adquisiciones.

Implementación

Aspectos Económicos

La centralización de las compras públicas puede ser implementada normalmente a algún costo, principalmente el riesgo de “adaptación” de los contratos públicos a las necesidades de las unidades de compra. Existen varias razones que pueden explicar la heterogeneidad de la demanda: (i) ubicación física (por ejemplo, las escuelas ubicadas en los suburbios de la ciudad, lo que lleva a diferentes costos de transporte); (ii) naturaleza del público del Servicio público (como las FFAA y de orden); (iii) diferentes canastas de los mismos productos (en un contrato se pueden necesitar alimentos en diferentes proporciones); (iv) diferentes customizaciones de los mismos productos o la necesidad de servicios opcionales; o (v) simplemente características intrínsecas de entidades compradoras (la puntualidad de los pagos, capacidad de gestión en la ejecución de los contratos públicos, etc.). La heterogeneidad puede deberse simplemente a que las compras se realizan en diferentes puntos en el tiempo, por ejemplo, la obsolescencia tecnológica.

Sin embargo, existe mucho espacio para poder aumentar la eficiencia de las compras públicas al agregar demanda sin que los costos de adaptación sean demasiado altos, puesto que una cantidad no despreciable de las adquisiciones que se realizan de manera fragmentada corresponden a bienes y servicios similares.

Para la implementación de la práctica de la agregación de la demanda, adecuación de contratos y racionalización del proceso, se propone un procedimiento flexible en dos etapas:

- i. En la primera fase, se define la totalidad o parte de los términos de referencia de los contratos, utilizando por ejemplo convenio marco o un contrato maestro
- ii. En la segunda fase (call-off), se adjudican los contratos u órdenes de compra.

La instalación de prácticas de compras conjuntas requiere esfuerzos de coordinación y cooperación entre distintas instituciones gubernamentales, que puede tener costos no menores. Hasta ahora, la Dirección de Compra y Contratación Pública, ChileCompra, ha liderado procesos de adquisiciones centralizadas, relativas a la compra conjunta de licencias de software a proveedores que participan del Convenio Marco de Hardware, Licencias de Software y Recursos Educativos Digitales. Para ello, la Dirección ChileCompra consolidó demandas del producto especificado y actuó mandatada por otros servicios (Servicio Nacional de Aduanas, Unidad Administradora de los Tribunales Tributarios y Aduaneros, y la superintendencia de Casino de Juego) para realizar una intención de compra conjunta.

Aspectos legales

En primer lugar, se debe tener en consideración el Artículo 30 letra e de la Ley N°19.886 faculta sólo a la Dirección ChileCompra para actuar como mandatario de otros Servicios Públicos. Por lo tanto, instalar la práctica para centralizar adquisiciones requeriría una nueva línea de servicios de la Dirección ChileCompra (como lo son, por ejemplo, las capacitaciones). Sin perjuicio de lo anterior, se propone revisar la posibilidad de extender esta facultad a otros Servicios que por su naturaleza, especialidad o posición relativa (Subsecretarías, por ejemplo), pudiesen asumir un rol mandatario similar.

Se sugiere agregar además un artículo en el capítulo 2 de la Ley N° 19.886, que faculte a las instituciones dotadas de personalidad jurídica para representar o actuar como mandatarias de uno o más organismos públicos a que se refiere esta ley, en las contrataciones a que se refiere la misma.

Análisis costo-beneficio

Beneficios

El beneficio más relevante de esta propuesta dice relación con las ganancias de eficiencia al aprovechar las economías de escala al agregar la demanda. Es importante tener en cuenta que la presente propuesta más las propuestas de traspasos presupuestarios, exención de control ex-ante de los procedimientos de compra y el desarrollo de una carrera profesional reducen los incentivos para la fragmentación de las compras públicas. De ese modo, se espera que la instalación de estas prácticas potencie las ganancias de eficiencia al aumentar el poder de negociación del Estado.

Otros beneficios de la propuesta incluyen menores costos de transacción asociados a los conceptos de información y negociación de una adquisición, en vez de varias adquisiciones; mayor incentivo a la reducción de costos e innovación de los proveedores; y mayor *know-how* asociado a grandes volúmenes de compra, y a cómo y cuándo agregar demanda.

Costos

Los costos de la propuesta se asocian en primer lugar a la planificación y coordinación de las distintas unidades del Estado respecto de las adquisiciones a realizar. En segundo término, se deben incorporar los costos del diseño e implementación de nuevos servicios para compras conjuntas, ya sea en ChileCompra o en otros Servicios. Se deben incluir además la capacitación del personal (lo que no sería necesario si existiera una carrera profesional de comprador público).

Finalmente, se deben considerar los costos de la modificación y tramitación de la ley o Reglamento, de manera de incorporar el compromiso de llevar a cabo las compras conjuntas en el tiempo.

Propuesta 5: Crear roles de gestores de categoría²³ y peritos de adquisiciones²⁴

Objetivo de la propuesta

Esta propuesta tiene como objetivo la creación de dos nuevos roles para incorporar al sistema de adquisiciones públicas: los gestores de categoría y peritos de adquisiciones a fin de complementar la carrera profesional de comprador público y así aumentar la eficiencia del sistema.

Los gestores de categoría son funcionarios públicos, expertos conocedores de los principales mercados donde el Estado opera como demandante de bienes y servicios. Por otro lado, el rol de los peritos de adquisiciones será asesorar y apoyar procesos de adquisición en sus distintas etapas. En concordancia con la propuesta de desarrollo de una carrera profesional sobre adquisiciones públicas, un perito de adquisiciones debiese tener un nivel avanzado de acreditación, es decir, un Magister en Adquisiciones o su equivalente, y al menos 10 años de experiencia como comprador.

De esta manera, se busca contar no sólo con encargados de compras altamente calificados que conozcan en profundidad las metodologías de compra, el tiempo y costo estimado de la ejecución del proceso de compra, y las características del mercado, sino que se promueva y se internalice ese conocimiento y experiencia en roles específicos en el sistema de compras y contrataciones públicas. Lo anterior reduciría el problema de agencia, puede que se crean los incentivos

²³ Los gestores de categoría podrían llamarse especialistas o expertos en industrias o mercados. Se deja a la autoridad pertinente elegir el nombre más adecuado.

²⁴ Basado en Zaviezo et al (2016).

reputacionales que aumenten los niveles de esfuerzo y riesgo para obtener mejores resultados en términos de gestión y menores precios, lo que en definitiva se traduce en un mayor ahorro.

Implementación

En primer lugar, se deben definir las características y alcances de los nuevos roles. De acuerdo a Zaviezo et al. (2016), los gestores categoría debiesen ser compradores públicos u otros funcionarios públicos, expertos conocedores de los principales mercados donde el Estado opera como demandante de bienes y servicios. Se espera que estos gestores de categorías conozcan para los mercados de su ámbito su estructura, participantes, conducta y evolución, ciclos de precios, amenazas y oportunidades de factores externos, cálculos de *should cost* en la categoría, de modo de prospectar cambios de precios frente a diversas incidencias y otros aspectos propios de la disciplina.

Estos gestores de categorías debiesen poder radicarse en entidades sectoriales específicas como Salud, Educación, Infraestructura, Defensa y otros, o ser generalistas sobre mercados de *commodities* radicándose probablemente en la Dirección ChileCompra para una administración en profundidad sobre categorías afines.

Existe evidencia internacional que señala que la existencia de estos roles mejora la eficiencia de la compra, al convertir a los compradores en expertos en categorías de productos, y haciendo más efectiva la inteligencia del mercado y las estrategias de compra (OECD, 2013). También se ha propuesto la posibilidad de que, al aumentar la *expertise* en la compra, aumente la sensibilidad de los compradores para identificar y minimizar riesgos en el procedimiento de compra (OECD, 2013).

Las ventajas de este modelo, no obstante, puede variar a través de distintas categorías, y puede tener impacto en la relación entre compradores y proveedores. Complementariamente, existe evidencia incipiente fundada en un grupo pequeño de organismos públicos en el Reino Unido e Irlanda donde se evidencia que los *category managers* tienden a identificarse como “expertos en categorías” y no con sus cargos como “compradores públicos” (Mc Kevitt et al., 2012).

Por otra parte, los peritos de adquisiciones serían funcionarios expertos en adquisiciones públicas. En conformidad con la propuesta de desarrollo de una carrera profesional sobre adquisiciones públicas, los peritos de adquisiciones debiesen tener un nivel avanzado de acreditación, o un Magister en Adquisiciones o su equivalente, y al menos 10 años²⁵ de experiencia como comprador.

Aspectos legales

²⁵ Los años de experiencia relevantes podrían ser modificados si la autoridad lo estima conveniente, pero de manera preliminar se considera que 10 años sería un tiempo suficiente para declarar a un encargado de compras experto, lo que sin duda depende de la complejidad de los contratos que tuvo a su cargo.

Junto con las modificaciones legales de la propuesta de la carrera de desarrollo profesional sobre adquisiciones pública, se propone agregar otro artículo en el capítulo 2 de la Ley N° 19.886, facultando que el Reglamento de la ley indique en cuáles casos e instituciones deberá contarse y/o consultar a gestores de categoría y peritos en adquisiciones, estableciendo un registro de estos. Se establecerá en el Reglamento de la Ley, un capítulo específico dedicado a definir los criterios y requisitos que definen a los peritos en adquisiciones.

Análisis costo-beneficio

Relativo a los beneficios, la propuesta debería aumentar el ahorro y la eficiencia respecto de la gestión, ejecución y resultados de las adquisiciones públicas. Sin embargo, las ganancias de eficiencia se potenciarían aún más si se cuenta con una carrera profesional que motive a los encargados de compras públicas a esforzarse y obtener las mejores condiciones de la compra. Si bien es beneficioso contar con la información de la estructura de mercado y cuáles son las mejores prácticas y procedimientos de compras, al final del día son los compradores los que ejecutan las adquisiciones.

Otro beneficio indirecto de contar con los roles de gestores de categoría y peritos de adquisiciones sería la disminución de la adversidad al riesgo de los encargados de compras, pues entregan información, recomendaciones, y observaciones para la elección y ejecución de los procedimientos de compra. Igualmente importante puede ser el rol de los peritos de adquisiciones en la exención de los mecanismos de control ex-ante, pues si se tiene la confianza que se cumple no sólo con la normativa sino también con las mejores condiciones económicas, se pueden relajar los controles burocráticos si se reconoce el profesionalismo y experiencia del equipo de adquisiciones.

En términos de costos, se tendría la contratación y capacitación del personal especializado en distintas materias. Si se gestiona desde un organismo central al que realizarle consultas podría incluso no tener demasiados trabajadores involucrados, y por tanto, sería una propuesta no tan costosa.

Finalmente, se debe considerar el costo de modificación de la ley, pero que debiese ser menor si al mismo tiempo se hacen las modificaciones de las otras propuestas presentadas en este informe, en particular la propuesta asociada a una carrera de desarrollo profesional de adquisiciones públicas, pues las modificaciones corresponderían en su mayoría al mismo capítulo.

Propuesta 6: Vincular la planificación de las adquisiciones con el control de la ejecución presupuestaria.²⁶

Objetivo de la propuesta

La planificación es, en estricto rigor, el primer paso en el proceso de adquisiciones. Es el proceso de decidir qué comprar y cuándo. Por lo tanto, la planificación de las compras y contrataciones públicas facilita la definición del presupuesto, pues además de especificar los montos requeridos esperados para el año presupuestario, se tendría el flujo temporal de requerimientos de caja para cada Servicio. Luego, la vinculación entre la planificación de las adquisiciones y el control de la ejecución presupuestaria resulta crucial para planificar los gastos en el mediano plazo, ya que permitiría tener claridad respecto de cómo se ejecuta el presupuesto en relación a las adquisiciones que se realizan, lo que, a su vez, permitiría un mejor desarrollo y revisión de lo planificado y su ejecución.

Sin embargo, una planificación de adquisiciones insuficiente y poco integrada con la ejecución presupuestaria trae consigo ineficiencias e incluso algunas situaciones indeseadas tales como: (i) retrasos en pago de proveedores; (ii) endeudamiento de las entidades compradoras con proveedores o terceros; (iii) poca certeza de las disponibilidades reales de presupuesto induciendo a demoras o a asignaciones aceleradas de recursos por parte de los compradores; (iv) incertidumbre de la información de planificación en cuanto a la capacidad efectiva de ejecución, incrementando los costos de información para los vendedores.

La propuesta de vinculación de la planificación de las adquisiciones con la gestión del presupuesto y la contabilidad pública tiene como objetivo disminuir las ineficiencias tanto en la planificación del presupuesto y su ejecución. Así, se busca reducir la incertidumbre (en particular en los plazos de pago a los proveedores) al ordenar los recursos, y simplificar la gestión de la caja, lo que permitiría asegurar las disponibilidades de forma más precisa.

Implementación

Aspectos económicos

De acuerdo al estudio Benchmarking Public Procurement (2017), en Chile los proveedores reciben el pago de los bienes o servicios prestados entre 31 y 90 días en promedio, mientras que en las economías más avanzadas y con mejores prácticas los pagos se realizan en menos de 30 días. Por lo tanto, uno de los efectos de la integración del plan de adquisiciones con la ejecución presupuestaria sería una menor incertidumbre al momento de pagar a los proveedores, lo que, en

²⁶ Basado en Zaviezo et al (2016).

el mediano plazo consolida las confianzas de las promesas de pago, reduciendo los costos de transacción asociados a la ejecución y monitoreo de los contratos.²⁷

Considerando lo anterior, se deben considerar al menos dos casos: compras vía licitación y las compras realizadas a través de convenio marco. En el primer caso, la propuesta implicaría la estimación de los montos asociados a las adquisiciones desde el primer momento de devengar, por la convocatoria de licitación, siendo este el caso más complejo por los tiempos involucrados. Cuando la licitación sea adjudicada y se conozcan los montos reales, se corrigen los montos y el calendario estimado de pagos, cerrando el ciclo cuando se realicen los pagos.

En el segundo caso, la propuesta implicaría la estimación expresada en el Plan Anual de Compras, por lo que éste requiere de acuciosidad, precisión y seriedad al ser formulado. Un mecanismo de ejercicio de la obligatoriedad del Plan Anual de Compras es la restricción de autorizaciones presupuestarias y luego de las operaciones de adquisiciones a aquellas planificadas previamente, considerando un margen de tolerancia que no supere, a modo de ejemplo, el 10% de los fondos de gasto corriente (subtítulo 22) en un ejercicio presupuestario anual. No obstante, si se considera este mecanismo muy restrictivo, podría ser el que el límite de 10% no aplique en casos en que una desviación mayor del plan resulte claramente justificable. (por ejemplo para el cumplimiento de los objetivos fundamentales de la institución compradora).

Aspectos legales

Para la implementación de la propuesta se sugiere reformar el artículo 12 de la Ley N° 19.886, en su inciso primero, por ejemplo: *“En cada período presidencial, cada institución deberá elaborar un plan plurianual de compras que se extenderá hasta el fin del año calendario del respectivo gobierno. Sin perjuicio de lo anterior, cada año se elaborará y evaluará periódicamente un plan anual de compras y contrataciones, considerando su gestión y relación con el inventario de la respectiva institución, y de la ejecución presupuestaria. Los contenidos mínimos de dichos planes y evaluaciones de gestión serán definidos en el Reglamento.”*

Aspectos tecnológicos

Esta propuesta implicaría en el mejor de los casos la generación de una o más aplicaciones que interactúen con el Sistema de Información para la Gestión Financiera del Estado, de modo de permitir el registro de los devengos y de los gastos efectivos asociándolos a los planes de compra y a los presupuestos institucionales.

²⁷ Ver Zaviezo et. al. (2016) para mayor evidencia al respecto.

Análisis costo-beneficio

Los beneficios de la propuesta incluyen la disminución de los retrasos en pago de proveedores, menor endeudamiento de las entidades compradoras con proveedores o terceros, mayor certeza de las disponibilidades reales de presupuesto para los compradores, y menor incertidumbre de la información de planificación en cuanto a la capacidad efectiva de ejecución, disminuyendo los costos de información para los vendedores. También es razonable suponer una reducción en los precios al reducir el riesgo de pago. Lo anterior implica entonces, un aumento en la eficiencia del sistema de compras.

En términos de costos, se deben considerar los costos del diseño e implementación de un sistema automático que permita evaluar cómo avanzan las adquisiciones en relación al presupuesto ejecutado. Asimismo, puede haber costos de capacitación del personal, y de modificación e implementación de la ley.

Propuesta 7: Fomentar la práctica de realizar consultas al mercado.²⁸

Objetivo de la propuesta

Esta propuesta busca mejorar la eficiencia y calidad de las adquisiciones públicas al fomentar la práctica de las consultas al mercado antes del inicio del proceso de compra. Si bien la actual normativa permite la realización de consultas al mercado mediante llamados públicos y abiertos, previa elaboración de las bases de una licitación, de manera de formalizar consultas o reuniones con proveedores, esta práctica no es recurrente en el país.

La importancia de las consultas al mercado radica en que permiten a los compradores públicos mejorar la definición de sus requerimientos, explorar soluciones, e incluso conocer tendencias en el mercado de bienes o servicios relevantes para el quehacer del Estado. Si un comprador conoce las competencias y capacidades de un grupo de proveedores para dar respuesta a un requerimiento complejo, entonces puede ajustar su requerimiento para obtener una solución acorde a lo que el mercado puede ofrecer, y así evitar por ejemplo licitaciones desiertas.

Desde el punto de vista de los proveedores, las consultas al mercado permiten reducir costos de información asociados a conocer los requerimientos y mitigar riesgos en las ofertas que realizan. Si los proveedores conocen correctamente un requerimiento complejo de un comprador, entonces la oferta de los proveedores se ajustará mejor al requerimiento en cuestión (Baldi, 2016).

La evidencia internacional apoya este tipo de prácticas. De hecho, en la última década muchos países han empleado “Early Contractor Involvement” o involucramiento temprano con los proveedores, principalmente para sus proyectos grandes y complejos, con un perfil de riesgo

²⁸ Basado en Zaviezo et al. (2016).

relativamente alto; no obstante, este método de acercamiento al proveedor se ha adaptado a las diferentes necesidades y situaciones de cada país. Así, se buscan procesos que promuevan una mayor colaboración entre los participantes del proyecto, aseguramiento de la calidad, integración en el diseño del proyecto, alineación de objetivos, establecer metodologías de pago y generar confianza. Ejemplo de estas tendencias de la participación temprana del contratista pueden verse en Estados Unidos, Portugal, Holanda, Australia y Nueva Zelandia, entre otros.

En Holanda²⁹, por ejemplo, existe evidencia asociada a proyectos de desarrollo de infraestructura en transporte, donde el involucramiento temprano de los proveedores en los procesos de adquisición permite lograr una mayor eficiencia en el uso del tiempo y acotar adecuadamente el alcance de los proyectos.

Por lo tanto, se propone que se promueva un adecuado uso de las consultas al mercado, lo que permitiría reducir (i) los costos de transacción de compradores para acceder a información del mercado que permita ajustar sus requerimientos, y (ii) los costos de transacción de proveedores para comprender los requerimientos y disminuir los riesgos que asumen al momento de ofertar. En otras palabras, se busca reducir las asimetrías de información antes de iniciar el proceso de adquisición, lo que aumentaría la eficiencia, particularmente si se cuenta con encargados de compras altamente calificados y que busquen cierto reconocimiento en la carrera profesional.

Implementación

Siguiendo a Zaviezo et al. (2016), para la implementación y uso efectivo de las consultas al mercado, se proponen dos tipos diferentes de acuerdo a la necesidad de los encargados de adquisiciones:

- i. Consultas estructurales. Corresponden a consultas o llamados para recabar información significativa sobre los mercados asociados a la compra. Así, por ejemplo, este tipo de consultas permitiría obtener antecedentes sobre nivel de concentración de los mercados, diversidad de oferentes, existencia de bienes equivalentes o sustitutos, barreras de entrada y salida, y otras variables propias del análisis clásico de mercados.
- ii. Consultas específicas. Este tipo de consulta busca recabar información que permita a los compradores identificar alternativas de solución a requerimientos que ya se encuentran definidos, seleccionar un tipo de convocatoria a proveedores, e identificar qué tipo de procedimiento administrativo es más apropiado para sus fines. Al no ser vinculantes, estas consultas no deben terminar necesariamente en la adquisición de bienes y/o servicios.

Aspectos legales

²⁹ Ver Van Valkenburg et al. (2008) para un análisis acabado de este caso.

Para que la propuesta vaya más allá de una declaración de intenciones, se sugiere modificar la Ley N° 19.886, permitiendo y promoviendo la consulta al mercado cada vez que ello se estime necesario y considerándolas como un elemento favorable para determinar la existencia de ahorro eficiente. Asimismo, se propone establecer dentro de las atribuciones de la ChileCompra la capacitación sobre el modo de realizarlas y las ventajas de tales consultas.

Aspectos Tecnológicos

Con la finalidad de proveer la mayor y mejor información a los encargados de compras acerca de las características del mercado, se propone la creación de un repositorio donde se acumule información, experiencias y datos relacionados con los resultados de las consultas efectuadas, sean estructurales o específicas, de manera de maximizar la eficiencia y el éxito de las adquisiciones públicas.

Análisis costo-beneficio

La propuesta aumentaría la eficiencia, en particular en la definición y gestión del proceso de compra, al permitir ajustar los requerimientos y las expectativas con información real del mercado y de los proveedores antes de la definición del mecanismo de compra,

Asimismo, la propuesta podría potencialmente promover la calidad, facilitar la búsqueda de soluciones ad-hoc, y por ende lograr un mayor número de adquisiciones exitosas; disminuyendo los costos de las asimetrías de información, la probabilidad de ajustes posteriores, y licitaciones desiertas. Además, los proveedores podrían ajustarse con mayor tiempo a las exigencias y necesidades de las adquisiciones del Estado, y se fortalecería la confianza en los procesos de adquisiciones públicas.

Los costos de la propuesta incluyen la modificación de la Ley y la definición, ya sea en el Reglamento de las prácticas permitidas en las consultas de manera de minimizar el riesgo de colusión entre los encargados de compras y los proveedores. Los compradores debiesen estar capacitados para aprovechar al máximo las instancias de consultas. Por último, se debe considerar el costo del repositorio de las consultas anteriores, tipo biblioteca virtual.

Propuesta 8: Incorporar nuevos procedimientos administrativos de adquisición ³⁰

Objetivo de la propuesta

La idea central de esta propuesta es entregar mayor flexibilidad a la ejecución de la compra, incorporando nuevos procedimientos que se pueden adaptar de mejor forma a las necesidades de compra de las instituciones. Entre los nuevos mecanismos de selección de compra propuestos se encuentran la compra por catálogo y licitación de suministros tarifados.

La normativa actual sobre compras y contratación pública considera el uso de convenios marco, licitaciones públicas, licitaciones privadas, y tratos directos, como los procedimientos administrativos que pueden utilizar los compradores del Estado para realizar sus adquisiciones. Sin embargo, existen muchos casos en que los procedimientos actuales no se ajustan a las modalidades de adquisición.

Cabe recordar que según la teoría existen dos tipos de modalidades de adquisición: (i) tipo 1, procedimientos que buscan generar y seleccionar ofertas a partir de nuevos requerimientos, donde el Estado genera una demanda al mercado para que éste responda (licitaciones públicas, licitaciones privadas, subastas inversas, entre otras); (ii) tipo 2, procedimientos que responden a una demanda esperada, y se asocian principalmente a bienes y servicios estándares (catálogos, así como convenios marco).

En primer lugar, la propuesta incluye la creación de un catálogo electrónico de bienes y servicios estándares, que complemente la oferta de productos de los convenios marco, al considerar la libre entrada y salida de los proveedores. Vale recordar que un catálogo electrónico es un mecanismo clasificador de los bienes y servicios que requieran las entidades contratantes, cuyo objetivo es establecer criterios únicos para clasificar, codificar e identificar los bienes y servicios.

De acuerdo a la literatura, este tipo de mecanismos de adquisición resultan de mayor practicidad en presencia de bienes y servicios de baja complejidad en la compra, y se caracterizan por ofrecer precios más competitivos a los compradores, y un fácil acceso a los operadores a la información de los proveedores. Un efecto de segundo orden es que, en ausencia de otro tipo de relaciones o convenios, dificulta el establecimiento de vínculos entre compradores y proveedores, lo que puede dificultar la realización de negociaciones para compras de mayor complejidad (Wagner& Essig, 2006).

En segundo lugar, se propone evaluar la posibilidad de realizar licitación de suministros tarifados, a fin de seleccionar un proveedor para que entregue un bien o servicio específico durante un determinado período de tiempo a una tarifa pre-establecida, sin determinar montos absolutos. Este

³⁰ Basado en Zaviezo et al (2016).

tipo de licitación tiene similitud a las realizadas por la Dirección ChileCompra para seleccionar a los proveedores que serán parte de cada convenio marco. Sin embargo, la diferencia está en la posibilidad de seleccionar proveedores que entreguen bienes o servicios altamente específicos o no comunes, y que tienen una demanda indeterminada en el tiempo.

Tanto los convenios marco como el catálogo son concebidos como procedimientos administrativos de adquisición tipo 2 (responden a una demanda esperada), pues están focalizados en responder a requerimientos de tipo operacional y que demandan de soluciones estándares (*commodities*) donde se sabe de ante mano la existencia de una alta competencia. Las licitaciones de suministros tarifados en tanto, constituyen procedimientos administrativos de adquisición tipo 1 (buscan generar y seleccionar ofertas a partir de nuevos requerimientos).

En definitiva, los nuevos mecanismos de adquisición permitirían disminuir los costos de transacción asociados a tener que elegir sólo entre los tres sistemas. Se tendría una mayor flexibilidad en los mecanismos de compra, que no sólo se adaptarían mejor a las necesidades de los compradores, sino que potenciarían la realización de compras conjuntas y agregación de la demanda, lo que debiese aumentar la eficiencia a través de menores precios.

Implementación

Con respecto a la primera parte de la propuesta, se propone la creación de un catálogo electrónico de bienes y servicios estándares, que permita la libre entrada y salida de los proveedores. Estos, a su vez, pueden participar demostrando su existencia entregando evidencia genérica sobre su actividad comercial (constitución de empresa, patentes, permisos, etc.). Así, los proveedores podrán ingresar en el catálogo libremente productos, precios y vigencia de los mismos, utilizando una categorización previamente establecida.

Los compradores podrán acceder al catálogo a través de una plataforma informática que les permita comparar el precio de bienes o servicios iguales o similares, y emitir órdenes de compra usando un procedimiento similar al utilizado actualmente al comprar bajo un convenio marco.

Un ejemplo internacional a revisar al momento de la implementación sería Polonia, que cuenta con un catálogo electrónico, donde se pueden ofertar y realizar transacciones de bienes y servicios bajo un cierto monto. Este catálogo se puede acceder en la dirección <https://www.ekatalogi.uzp.gov.pl/>.

La segunda parte de la propuesta consiste en la incorporación licitaciones de suministros tarifados, de manera de contar con un proveedor por un tiempo determinado con una tarifa pre-establecida, sin establecer los montos ex-ante. Este tipo de licitación tiene similitud a las realizadas por la Dirección ChileCompra para seleccionar a los proveedores que serán parte de cada convenio

marco. Sin embargo, la diferencia está en la posibilidad de seleccionar proveedores que entreguen bienes o servicios altamente específicos o no comunes, y que tienen una demanda indeterminada en el tiempo.

Lo anterior vendría diseñado de una política de compra más amplia, y así disminuir los costos de transacción asociados a tener que elegir sólo entre los tres sistemas.

Aspectos legales

La propuesta implica la modificación de la ley de compras públicas y su Reglamento describiendo la manera de realizarse las adquisiciones a través de estos nuevos procedimientos. Estas modificaciones requieren de un análisis en términos normativos de mayor envergadura que el alcance de estas recomendaciones, particularmente respecto de la creación de Catálogos ya que se modifica sustantivamente la relación de compradores y proveedores, las responsabilidades de los proveedores y las eventuales sanciones por sus incumplimientos y las facilidades de emisión de órdenes de compra contra las ofertas del catálogo, sin complicaciones administrativas que desvirtúen el uso del concepto de facilidad de compra provista por el Catálogo.

Lo anterior puede estar directamente relacionado con las reformas a las atribuciones y alcances de los convenios marco actuales.

Aspectos Tecnológicos

Para la implementación de esta propuesta se debe considerar una modalidad tecnológica, que podría tener la forma de un catálogo único en una aplicación concentrada, o sería más bien organizador de “links” a una variedad extendida de catálogos de proveedores coordinados para las operaciones, con soluciones intermedias “Tipo Amazon” donde se combina un catálogo propio con vínculos a catálogos de terceros. En todo caso es necesario considerar la capacidad de comparación de alternativas de productos como una funcionalidad indispensable.

Análisis costo-beneficio

En términos de los beneficios, la propuesta entrega mayor flexibilidad a la ejecución de la compra, incorporando nuevos procedimientos que se pueden adaptar de mejor forma a las necesidades de compra de las instituciones, potenciando la agregación de demanda, lo que llevaría a menores precios y mayor ahorro agregado. A su vez, la propuesta disminuye los costos de negociación a través de procedimientos que no se ajustan a las necesidades de los usuarios.

Adicionalmente, al otorgar nuevos mecanismos de compras, debiese mejorar la definición y la gestión de la compra, pues es más fácil ajustarse a los requerimientos al contar con más opciones.

Sin embargo, agregar nuevos procedimientos puede resultar costoso si el proceso de compra se vuelve un poco más complejo, y se tengan que dominar los nuevos procedimientos. En ese sentido,

esta propuesta sería complementaria con el desarrollo de una carrera profesional en adquisiciones, y se contaría con profesionales altamente capacitados para entender, y mejorar los mecanismos de compra.

Asimismo, se deben considerar los costos de la tecnología adicional que implica la propuesta del catálogo y de la modificación de la ley.

Propuesta 9: Definir las reglas para aceptar ajustes de contratos durante su ejecución³¹

Objetivo de la propuesta

El objetivo de la propuesta es definir las reglas para aceptar ajustes de contratos durante su ejecución. Por lo tanto, se pretende establecer las circunstancias que permitan realizar modificaciones contractuales, tales como la excesiva onerosidad sobreviniente, a fin de garantizar el principio de igualdad en el trato que se da a los oferentes y el apego estricto a las bases. De este modo, se previenen potenciales ambigüedades en el uso de los ajustes de contrato, con los consiguientes riesgos de judicialización de reclamos infundados.

La propuesta entonces busca hacerse cargo de la posibilidad de que cambien las condiciones luego de la adjudicación del contrato. Se propone que estos ajustes no sean arbitrarios si no que estén debidamente regulados y que existan condiciones claras para poder aceptar los ajustes. En consecuencia, se busca reducir los costos de transacción derivados de la aceptación del servicio antes de que el mismo sea ejecutado.

Cabe destacar que en la actualidad si bien es posible realizar ajustes a los contratos durante su ejecución, la propuesta va más allá al especificar las razones para modificaciones contractuales con cierto grado de estandarización, de forma que las entidades compradoras conozcan con precisión el tipo de ajustes que puedan realizar. Así, se busca reducir la incertidumbre en las transacciones producto de especificaciones desarrolladas de forma local, que eventualmente den paso a la ambigüedad y la judicialización.

Implementación

Para la implementación de la propuesta, es necesario definir un conjunto de reglas e instrucciones para minimizar las ambigüedades en el uso de estas opciones y con ello evitar riesgos de judicialización de reclamos infundados de terceros que pudiesen sentir afectados sus intereses, a raíz de modificaciones en los contratos en el período de ejecución. Se podría utilizar la información

³¹ Basado en Zaviezo et al (2016).

histórica disponible de los casos que han necesitado modificaciones de contrato, además de la información de otros países donde se regulan los ajustes de contrato como en EE.UU.³²

Aspectos legales

Se propone modificar la ley N° 19.886 y permitir que el Reglamento de ésta determine los casos y condiciones en que procederá la modificación del contrato adjudicado, con respeto de los principios indicados en el capítulo cuatro.

Análisis costo-beneficio

Los beneficios de la propuesta están relacionados por una parte con la prevención de la judicialización de reclamos por la modificación de los contratos, lo que genera mayor confianza en el proceso tanto para los encargados de compras como para los proveedores. Por otra parte, se reducen las asimetrías de información e incertidumbre en caso de que ocurran situaciones inesperadas que impliquen modificar las necesidades del contrato inicial, lo que aumentaría la disposición de un mayor número de proveedores. Por lo tanto, espera que la propuesta aumente la eficiencia, tanto en la asignación como en la ejecución de los contratos.

Los costos tendrían que ver principalmente con los cambios a realizar en la normativa y de capacitación del personal encargados de las compras, lo que debiese incorporarse en la formación de la carrera profesional de comprador público.

Propuesta 10: Fomentar la aplicación del principio de buena fe y sanciones por su infracción.³³

Objetivo de la propuesta

La propuesta tiene el objetivo reducir de las barreras de entrada para los proveedores, pero al mismo tiempo busca disminuir los incentivos a entregar propuestas técnicas que no son del todo veraces para poder adjudicarse un proyecto. Esos incentivos no sólo podrían tener efectos inmediatos (cancelación de la oferta), sino que también dinámicos a través del registro de proveedores sancionados.

En primer lugar, la propuesta apuntaría directamente a disminuir los costos de transacción de proveedores para participar en negociaciones con el Estado, pues es razonable suponer que con ello aumentaría la posibilidad de participación para el sector de pequeñas y medianas empresas, considerando que los costos financieros de los instrumentos de garantías se convierten en barreras

³² Ver Ley de Regulación de Adquisiciones Federales, FAR para mayor detalle.

³³ Basado en Zaviezo et al (2016).

a la entrada para la participación de procesos de adquisición. Por consiguiente, es de esperar que aumente la competencia, lo que a su vez podrían llevar a menores precios.

En términos específicos se propone reemplazar la exigencia de documentación, certificación y garantía en la etapa concursal (antes de la adjudicación) por un principio de buena fe, es decir, “creo que lo que el proveedor declara es cierto, pero si no lo es, las sanciones a su reputación, económicas u otras que se definan serán ejemplares”.

Grimsey et al. (2004), a partir de una revisión bibliográfica sobre arreglos contractuales de agentes públicos-privados, señalan que la reputación basada en comportamientos anteriores y la confianza basada en expectativas de comportamientos futuros son centrales para la economía de los contratos. Asimismo, actuar de buena fe, puede, en algún grado, sustituir mecanismos detallados y rigurosos de control de contratos.

En segundo lugar, se propone la creación de un sistema efectivo de difusión de las sanciones a la reputación por incumplimientos, corrupción u otras prácticas indeseables de los proveedores. Esto permitirá una exclusión fundada e informada de participantes que a falta de información oportuna sortean estos escollos, lo que finalmente produce fracasos de los procesos en alguna etapa desde la adjudicación hasta la plena ejecución de lo contratado, con el consiguiente incremento de los costos de transacción.

Del mismo modo se propone reemplazar los mecanismos de garantías de cumplimiento en la mayoría de los casos, por mecanismos de retención de pagos, previamente acordados y de sanciones a la reputación de peso sustantivo para la operación dentro del mercado del Sector Público. Se sugiere limitar los mecanismos de garantías pecuniarias solamente a aquellos casos donde se requiera eventuales correcciones o reparaciones posteriores como es el caso de las obras, construcción de soluciones tecnológicas, de software u otras similares.

Implementación

Aspectos legales

Para la implementación de esta propuesta, se propone agregar un artículo en la ley que permita llevar un registro público de adjudicatarios sancionados, permitiendo al Reglamento establecer las diversas sanciones.

Igualmente, modificar el Reglamento de modo que establezca que sin perjuicio de lo establecido en el artículo 29, la idoneidad técnica y financiera también podrá acreditarse dentro de un plazo de determinados días hábiles con posterioridad a la adjudicación, y que en caso de que el proveedor haya faltado a la veracidad en los datos proporcionados, será sancionado y quedará registrado en una nómina de proveedores sancionados.

De la misma forma, se debería eliminar en el artículo 11 de la ley de compras públicas la garantía de seriedad de la oferta, y establecer expresamente en la ley la manera de proceder a la retención de pagos como un modo de garantizar el cumplimiento contractual, lo que puede realizarse en el mismo artículo 11.

Análisis costo-beneficio

Los beneficios esperados de la propuesta provendrían de dos fuentes. Por una parte, se reducen las barreras de entrada a los proveedores, lo que aumentaría la posibilidad de participación para el sector de pequeñas y medianas empresas, y por consiguiente debiese aumentar la competencia. Por otra parte, la propuesta mejora la capacidad de identificación de proveedores cuestionables por parte de los organismos compradores. En su conjunto, la propuesta entonces busca aumentar el grado de eficiencia en la asignación de proveedores, pues debería haber más oferentes y de mejor calidad.

En términos de costos, se tiene que considerar los costos de la modificación de la regulación, y los costos asociados a la creación, mantención y actualización del servicio de proveedores sancionados.

7. Resumen

Las propuestas presentadas se pueden dividir en dos tipos de acuerdo a la importancia del efecto de las propuestas al sistema de compras públicas.

Propuestas sustanciales para la mejora de la eficiencia en el sistema de compras públicas

Las propuestas sustanciales son aquellas que se consideran determinantes para la mejora de la eficiencia del sistema, pues atacan a los incentivos y a los problemas de fondo que se observan en el régimen actual. Por lo tanto, se sólo la implementación temprana de estas propuestas puede llevar al sistema a mayores niveles de eficiencia, pues son las condiciones necesarias para que el resto de las propuestas puedan generar beneficios significativos.

Las propuestas sustanciales que debiesen priorizarse para aumentar la eficiencia en las compras y contrataciones públicas son:

1. Posibilitar traspasos en el presupuesto para fomentar el ahorro real en los gastos corrientes de las compras públicas. Disminuye los incentivos a gastar los recursos al final del año y aumenta los incentivos al ahorro de los encargados de las compras públicas.

2. Aumentar las exenciones de auditoría ex-ante para compras públicas. Reduce los tiempos e incertidumbre de los procedimientos de compra. Más importante aún, reduce los incentivos a fragmentar las compras.
3. Creación de una carrera de desarrollo profesional sobre adquisiciones públicas. Reduce el problema de agencia, pues aumenta los incentivos a tener compradores públicos altamente calificados y que sean responsables de las decisiones de adquisiciones. Mejora la gestión de compra y aumenta el ahorro.
4. Instalar la práctica de realizar adquisiciones conjuntas a través de diversos mandatarios. Aumenta los incentivos a realizar compras de mayor volumen y aprovechar las economías de escala de las adquisiciones.

Propuestas complementarias para la mejora de eficiencia del sistema de compras públicas.

Las propuestas complementarias son aquellas que tienen un impacto menor a las propuestas sustanciales, pero que atacan diversos problemas que afectan la eficiencia. Estas propuestas debiesen ser implementadas ya sea en conjunto o después de las propuestas sustanciales, de manera de potenciar las ganancias de eficiencia.

Las propuestas complementarias detalladas en este informe son:

5. Crear roles de gestores de categoría y peritos de adquisiciones. Reduce el problema de agencia y provee experiencia y conocimiento para las decisiones de compra.
6. Vincular la planificación de las adquisiciones con el control de la ejecución presupuestaria. Disminuye las ineficiencias en la planificación y ejecución del presupuesto.
7. Fomentar la práctica de realizar consultas al mercado. Reduce las asimetrías de información del proceso de compras públicas y aumenta la probabilidad de tener adquisiciones exitosas.
8. Incorporar nuevos procedimientos administrativos de adquisición. Aumenta la flexibilidad a la ejecución de la compra, reduce los costos de negociación y potencia la agregación de demanda.
9. Definir las reglas para aceptar ajustes de contratos durante su ejecución. Reduce la asimetría de información y la incertidumbre si fuese necesaria una modificación de contrato.
10. Fomentar la aplicación del principio de buena fe y sanciones por su infracción. Reduce las barreras de entrada a los proveedores y mejora la capacidad de los compradores de identificar la calidad de los proveedores.

Referencias

- Albano, G.L., Sparro, M. (2010). Flexible Strategies for Centralized Public Procurement. *Review of Economics and Institutions*, 1 (2), Article 4. doi: 10.5202/rei.v1i2.4. Retrieved from <http://www.rei.unipg.it/rei/article/view/17>
- Bajari, P. y Tadelis, S. (2001) Incentives versus transaction costs: a theory of procurement contracts. *RAND Journal of Economics*, Vol. 32, No. 3, Autumn 2001 pp. 387–407.
- Bishop, W. (1990). A Theory of Administrative Law. *Journal of Legal Studies*, 19 (2): 489-530.
- Bravo, P. (2012). Sistema de Compras y Contratación Pública en Chile: evolución y proyecciones período 2003-2010.
- Comfort, I. (2004). Principal-agency theory and its application in the government procurement. *Logistics Technology*.
- DIPRES (2015). Evaluación del gasto institucional de la Dirección de Compras y Contratación Pública. Dirección de Presupuesto, Ministerio de Hacienda.
- Engel, E. et al. (2015). Una Aproximación al Valor Económico del Control Fiscal Superior: El caso de la Contraloría General de la República de Chile. Informe Final.
- Erridge, A. y Greer, J. (2002). Partnerships and public procurement: building social capital through supply relations. *Public Administration*, Volume 80, Issue 3 Autumn 2002, Pages 503–522.
- Fichtner, J.J. (2015). Curbing Wasteful Year-end federal Government Spending: Reforming “Use It or Lose It” Rules. Testimony before the Senate Committee on Homeland Security and Governmental Affairs.
- Grimsey, D., & Lewis, M. K. (2004). The governance of contractual relationships in public-private partnerships. *The Journal of Corporate Citizenship*, (15), 91.
- Guo, P. and Hong, Y. (2004). Economic analysis of rent-seeking behavior in government procurement. *Enterprise Economy*.
- Huber, J. D., (2000). Delegation to Civil Servants in Parliamentary Democracies. *European Journal of Political Research*, 37 (3): 397-413.
- Jones, L. R. (2005). Outyear Budgetary Consequences of Agency Cost Savings: International Public Management Network Symposium. *International Public Management Review*, Volume 6 Issue 1.
- Kalman, S. (1990). Procurement and Public Management. The Fear of Discretion and the Quality of Government Performance. The AEI Press.
- Laffont, J.J. y Tirole, J. (1993). A Theory of Incentives in Procurement and Regulation. MIT

- Press, Cambridge Massachusetts.
- Laffont, J.J. y Mortimer, D. (2001) *The Theory of Incentives 1: The Principal-Agent Model*.
- Liebman, J. y Mahoney, N. (2010). *Do Expiring Budgets Lead to Wasteful Year-End Spending? Evidence from Federal Procurement*. NBER, Working Paper 19481
- Lienert, I. y Ljungman, G. (2009). *Carry-Over of Budget Authority*. Public Financial Management Technical Guidance Note. Fiscal Affairs Department. International Monetary Fund.
- McCue, C. y Prier, P. (2008). Using agency theory to model cooperative public purchasing. *Journal of Public Procurement*. 8 (1), 1.
- OECD/IDB, USA (2014), *Government at a Glance: Latin America and the Caribbean 2014: Towards Innovative Public Financial Management*, OECD Publishing.
<http://dx.doi.org/10.1787/9789264209480-en>
- OECD (2014), *Chile's Supreme Audit Institution: Enhancing Strategic Agility and Public Trust*, OECD Public Governance Reviews, OECD Publishing.
<http://dx.doi.org/10.1787/9789264207561-en>
- OECD (2017). *Contratación pública en Chile: opciones de política para convenio marco eficiente e inclusivos*.
- Soudry, O. (2007). *A Principal-Agent Analysis of Accountability in Public Procurement*.
www.ippc.org/IPPC2/BOOK/Chapter_19.pdf
- Van Valkenburg, M., Lenferink, S., Nijsten, R., & Arts, J. (2008, August). *Early contractor involvement: a new strategy for buying the best in infrastructure development in the Netherlands*. In *Third International Public Procurement Conference (IPPC)*.
- Vogel, L. (2009). *Macroeconomic effects of cost savings in public procurement*. *European Commission, Economic Papers N°389*, Noviembre 2009.
- WORLD BANK GROUP. (2017). *Benchmarking Public Procurement: Assessing Public Procurement Regulatory Systems in 180 Economies*.
- Zaviezo, L. et al. (2016). *Estudio de relevamiento del proceso óptimo de compra, asociado a costos de transacción y satisfacción de usuarios de ChileCompra*. Centro de Sistemas Públicos, Ingeniería Industrial, Universidad de Chile.
- Zheng-qiang, HE. (2008). *The analysis of government procurement in the frame of principal agent theory*. *Journal of Accounting and Auditing*, Vol. 4. No. 12.
- Zou, J. (2002). *Economics perspective of government procurement*. *Contemporary Financial*.

VII. Pronova Technologies S.A

EN LO PRINCIPAL: Informan comentarios al Informe Preliminar de Estudio de Mercado sobre Compras Públicas (EM05-2019); **PRIMER OTROSÍ:** Acompañan documentos; **SEGUNDO OTROSÍ:** Acredita personería y la acompaña; **TERCER OTROSÍ:** Señalan correos electrónicos.

Santiago, 23 de septiembre de 2020

SEÑOR
FISCAL NACIONAL ECONÓMICO
RICARDO RIESCO EYZAGUIRRE
PRESENTE

CIRO COLOMBARA LÓPEZ y **ALDO DÍAZ CANALES**, abogados, en representación -según se acreditará- de **PRONOVA TECHNOLOGIES S.A.** (en adelante, "**PRONOVA**"), sociedad anónima cerrada constituida en Chile, cuyo objeto es la prestación de servicios y asesorías computacionales y de informática, Rol Único Tributario N° 76.362.804-3, todos domiciliados para estos efectos en Avenida Alonso de Córdova N° 4355, piso 14, comuna de Vitacura, Santiago, a Ud. Sr. Fiscal Nacional Económico con respeto decimos:

Que, en el contexto del Informe Preliminar sobre Estudio de Mercado sobre Compras Públicas (EM05-2019) (en adelante, "**Informe Preliminar**") de la División de Estudios de Mercado de esta Fiscalía Nacional Económica (en adelante, "**FNE**"), venimos a presentar los siguientes comentarios para que sean incluidos y/o actualizados en el referido Informe, relacionada con actos que continúan restringieron y/o entorpecieron la libre competencia, ocurridos en el marco del proceso de Gran Compra ID 44024 del Convenio Marco ID 22389-17-LP11 e ID 2239-21-LR15, convocado por la Subsecretaría de Redes Asistenciales del Ministerio de Salud (en adelante, "**SUBSECRETARÍA RRAA**"), para la

contratación del servicio "Componentes de la historia Clínica Compartida Nacional"; y la contradictoria y tautológica jurisprudencia emanada del H. Tribunal de Contratación Pública (en adelante "TCP"), el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, "TDLC") y, recientemente, la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago que, a la fecha de esta presentación, han impedido que el referido procedimiento de compras públicas sea conocido por un Tribunal de la República.

En términos simples Sr. Fiscal Nacional Económico, para la elaboración del referido Informe Preliminar, por medio de una presentación de fecha 9 de junio de 2019, esta parte hizo presente a Ud. las ilegalidades y arbitrariedades ocurridas en el proceso de Gran Compra vía Convenio Marco ID N° 44024 y la jurisprudencia emanada del TCP y del TDLC que se declararon incompetentes para conocer de las referidas ilegalidades y arbitrariedades. En este contexto, por medio de la presente presentación, venimos a informar a Ud. de una nueva jurisprudencia, esta vez emanada de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago que, recientemente, declaró que los Tribunales Civiles son incompetentes para conocer de las ilegalidades y arbitrariedades ocurridas en un proceso de Gran Compra vía Convenio Marco, como el caso de autos. De esta manera, para el presente caso, estamos frente a un procedimiento licitatorio, cuyas ilegalidades y arbitrariedades no han querido ser conocidas ni por el TCP, ni por el TDLC, ni por la Justicia ordinaria.

Ponemos esta información en conocimiento de Ud. Sr. Fiscal Nacional Económico, con el objeto de que: **(i)** Incluya estos nuevos hechos en su Informe Final; **(ii)** recomiende las modificaciones normativas pertinentes; y/o **(iii)** Efectúe recomendaciones a los agentes económicos involucrados, especialmente al Poder Judicial para que no deje de revisar las ilegalidades y arbitrariedades ocurridas en el proceso de Gran Compra vía Convenio Marco ID 44024 y, en general del resto de los procedimientos excluidos de la competencia del TCP por el inciso segundo del artículo 24 de la Ley N° 19.886, "Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios" (en adelante, "Ley N° 19.886")

I. ANTECEDENTES PRELIMINARES. DE LA PRESENTACIÓN DE ESTA PARTE ANTE ESTA FNE, DE FECHA 9 DE JUNIO DE 2019:

1. Con fecha 9 de junio de 2020, en el contexto del estudio de mercado efectuado por esta FNE, esta parte hizo presente a Ud. las ilegalidades e irregularidades ocurridas en la adjudicación del proceso de Gran Compra ID 44024, las cuales podrían resumirse de la siguiente manera:

- i. Por medio de la Resolución N° 203, se declaró inadmisibles las ofertas de Pronova -impidiéndole participar- aun cuando su oferta cumplía -y cumple- con todos los requisitos exigidos en la Intención de Compra;
 - ii. Por medio de la Resolución N° 203, se adjudicó el contrato a la empresa CLARO SERVICIOS EMPRESARIALES S.A. (en adelante, "**CLARO**"), aun cuando su oferta no cumplía -ni cumple- con los requisitos señalados en la Intención de Compra y en la normativa vigente, debiendo haber sido declarada inadmisibles;
 - iii. El precio que la SUBSECRETARÍA DE RRAA pagará por el servicio contratado es sumamente alto si consideramos que el software ofrecido por CLARO es gratuito; y,
 - iv. Es curioso que en la Carta Gantt de la propuesta de CLARO haya sido la única que señaló fecha y días precisos.
2. Asimismo, en dicha presentación se explicó que, en base a dichos hechos, con fecha 18 de marzo del 2019, PRONOVA interpuso una acción de Reclamación ante el TCP, la cual ingresó bajo el Rol N° 69-2019. Sin embargo, dicho Tribunal se declaró incompetente para conocer de las ilegalidades denunciadas, argumentando -entre otras cosas- que se trataba de un Convenio Marco. En efecto, el Tribunal declaró inadmisibles la demanda, sentenciando lo siguiente:

*"6° Que, por otra parte, de los antecedentes aportados es posible determinar que el servicio requerido se contrató a través de la modalidad "Grandes Compras", prevista en el artículo 14 bis del Reglamento de la Ley N° 19.886, no pudiendo advertir este Tribunal de las alegaciones de la parte demandante, que en el proceso de Gran Compra impugnado, se configure un actuar ilegal por parte de la entidad licitante, correspondiente a alguna modificación de las condiciones establecidas en las bases de licitación del Convenio Marco que la origina, por lo que las alegaciones de la demandante tienen relación con la ejecución del Convenio Marco, **materia que no es de conocimiento de este Tribunal**" (énfasis agregado).*

3. Del mismo modo, en aquella presentación se señaló que, paralelamente, con fecha 2 de abril de 2019 y en base a los mismos hechos, PRONOVA solicitó al TDLC se decretasen medidas precautorias para impedir la consolidación de los hechos ilegales denunciados (Rol N° 372-2019). Sin embargo, con fecha 3 de abril de 2019, el TDLC también rechazó la solicitud

de PRONOVA señalando, en síntesis, que éste era incompetente para conocer de las conductas denunciadas ya que, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley N° 19.886, el Tribunal competente era el TCP. Para fundamentar su decisión, en primer término, el TDLC señaló que dicha Magistratura:

*"salvo casos excepcionales, carece de competencia para pronunciarse sobre un acto de autoridad que se ejecutó con posterioridad a la aprobación de las bases de **licitación** y que dice relación con el cumplimiento de dichas bases y, por consiguiente, con la observancia del principio de legalidad al que están sujetos todos los órganos del Estado, por expreso mandato constitucional, (...)"* (énfasis agregado).

4. Según se explicó en su oportunidad, en contra de dicha resolución, PRONOVA interpuso un recurso de reposición, el cual igualmente fue rechazado por el TDLC, reafirmando su tesis de que era incompetente para conocer de los hechos denunciados. En dicha sentencia, el TDLC señaló que la jurisprudencia de dicha Magistratura resultaba igualmente aplicable a los procesos de Grandes Compras vía Convenio Marco ya que:

"en una Gran Compra vía Convenio Marco, si bien no hay bases de licitación, hay una Intención de Compra que establece las condiciones que deben cumplir los oferentes y los criterios de evaluación de sus respectivas ofertas. En consecuencia, en virtud del principio de legalidad que rige a los órganos del Estado, el organismo estatal debe ajustarse a los términos establecidos en dicha Intención de Compra, tal como debe hacerlo en una licitación pública respecto de las condiciones establecidas en las bases de licitación;".

5. Según se explicó en la presentación de fecha 9 de junio de 2020, con motivo de las sentencias recién mencionadas, los hechos infractores a la libre competencia denunciados -únicamente por haberse ejecutado en el marco de un proceso de Gran Compra vía Convenio Marco- no pudieron ser conocidos por una jurisdiccional especial, dejando a los afectados en una situación de indefensión arbitraria. En este sentido se señaló -en síntesis- lo siguiente:
 - i. Que, por tratarse de una compra efectuada en un proceso de Gran Compra vía Convenio Marco, el TCP no conoció de las infracciones al principio de libre competencia.

- ii. Que, la sentencia recaída en la causa de PRONOVA siguió la línea jurisprudencial del TCP la que ha señalado que su competencia se encuentra restringida únicamente a los procedimientos de compras públicas llevadas a cabo por medio de una licitación.
 - iii. Que, la doctrina administrativa -por ejemplo, el profesor LARA ARROYO y VERGARA BLANCO- ha criticado esta jurisprudencia y la limitada competencia que el legislador le entregó al TCP, críticas que igualmente han sido reconocidas por el propio Presidente del TCP, Sr. ÁLVARO ARÉVALO ADASMEEN, en la cuenta pública de dicho Tribunal del año 2018.
 - iv. Que, en el presente caso, el TDLC también se basó en el artículo 24 de la Ley N° 19.886 para declarar su incompetencia para conocer de las infracciones a la libre competencia ocurridas durante un proceso de Gran Compra vía Convenio Marco, aún cuando, para el presente caso, por tratarse de un caso de Gran Compra vía Convenio Marco, el mencionado artículo 24 de la Ley N° 19.886 no resulta aplicable.
 - v. Que, de esta manera, la jurisprudencia respecto de la competencia de los Tribunales Especiales para conocer de infracciones a la libre competencia -o principio de libre concurrencia- cae en una evidente tautología: Por un lado, el TCP se basa en el artículo 24 de la Ley N° 19.886 para señalar que es incompetente para conocer de esta materia y, al mismo tiempo, el TDLC se basa en la misma norma para señalar que éste también carece de competencia.
6. En definitiva, por medio de la presentación de fecha 9 de junio de 2019, se hizo presente que, la jurisprudencia analizada deja a los competidores de un proceso de Grandes Compras vía Convenio Marco en una situación de indefensión pues, en caso de ocurrir infracciones al DL N° 211 o al principio de libre concurrencia de los oferentes, éstos no puede acceder a los Tribunales Especializados creados por Ley, sino que -por el mero arbitrariedad de la autoridad- deben limitarse únicamente a acudir a los Tribunales Ordinarios, cuyos procedimientos muchas veces se extienden de manera necesaria -entorpeciendo la agilidad que debiera tener un proceso de esta naturaleza- y no poseen el conocimiento específico sobre la materia -ya sea respecto de la regulación de las compras públicas y/o la libre competencia.

II. ANTECEDENTES PRELIMINARES. DEL JUICIO DE NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO SUSTANCIADO ANTE EL 19° JUZGADO CIVIL DE SANTIAGO:

7. Tras las resoluciones dictadas por el TCP y el TDLC, por medio de las cuales, se declararon incompetentes para conocer de las ilegalidades sucedidas en el proceso de Gran Compra vía Convenio Marco ID 44024, con fecha 9 de agosto de 2019, PRONOVA dedujo una demanda en contra del FISCO DE CHILE -por las actuaciones realizadas por la SUBSECRETARÍA RRAA, (representada por el CDE) y la empresa CLARO, ante el 19° Juzgado Civil de Santiago.
8. Por medio de dicha acción se solicitó se declarase la nulidad de derecho público de los siguientes actos administrativos relacionados con el proceso de Gran compra vía Convenio Marco ID 44024:
 - i. "Informe de Evaluación de Ofertas, Gran Compra Convenio Marco ID 44024, Contratación de Componentes de la Historia Clínica Compartida Nacional, en Modalidad de Software como Servicio", de fecha 7 de febrero de 2019, por medio de la cual la Comisión Evaluadora recomendó al Sr. SUBSECRETARIO DE REDES ASISTENCIALES la adjudicación del proceso Gran Compra ID 44024 a la empresa CLARO;
 - ii. Resolución Exenta N° 203, de fecha 5 de marzo de 2019, dictada por el ex SUBSECRETARIO DE REDES ASISTENCIALES, Sr. LUIS CASTILLO FUENZALIDA, por medio de la cual se seleccionó la oferta del proveedor CLARO para la contratación del servicio "Componentes de la historia Clínica Compartida Nacional", Convenio Marco ID 2239-17-LP11 e ID 2239-21-LR15, Gran Compra ID 44024, convocada por la SUBSECRETARÍA RRAA y se declaró inadmisibles las ofertas de PRONOVA; y/o,
 - iii. En general, todos los actos y/o contratos administrativos que complementen o emanen de los actos administrativos recién individualizados, en particular y sin que la enumeración sea exhaustiva: (i) El contrato denominado "Acuerdo Complementario para la Contratación de Componentes de la Historia Clínica Compartida Nacional" celebrado entre el MINISTERIO DE SALUD -a través de la SUBSECRETARÍA RRAA- con la empresa CLARO, de fecha 6 de marzo de 2019, para llevar a cabo la contratación del proceso Gran Compra

ID 44024; y, (ii) La Resolución Exenta N° 516, de fecha 31 de mayo de 2019, por medio de la cual se aprobó el Acuerdo Complementario para la Contratación de Componentes de la Historia Clínica Compartida Nacional ID 44024”.

9. En atención a la manifiesta ilegalidad de los actos impugnados y al hecho que, de continuarse con el presente procedimiento de contratación administrativa, podrían llegar a consolidarse situaciones jurídicas ilegales y a procederse al pago de los servicios contratados, lo que impediría dejar sin efecto una adjudicación realizada en contravención a la normativa del ramo; en un otrosí de la demanda, esta parte solicitó que, en atención a lo dispuesto en el artículo 3, inciso final, de la Ley N° 19.880, “Ley de Bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado” (en adelante, “**Ley N° 19.880**”), se decretara la medida precautoria especial -referida en el artículo 300 del CPC- de suspensión de los efectos de los actos administrativos impugnados, petición que fue concedida por el 19° Juzgado Civil de Santiago, mediante resolución de fecha 16 de septiembre de 2019.
10. En el marco de este procedimiento civil, con fecha 30 de agosto de 2019, la empresa CLARO dedujo la excepción dilatoria de incompetencia del Tribunal, aduciendo que, supuestamente, el Tribunal competente para conocer de la presente acción sería el TCP y no el 19° Juzgado Civil de Santiago. En el mismo sentido, con fecha 11 de octubre de 2019, el CDE dedujo excepción de incompetencia del Tribunal y, en subsidio, excepción de cosa juzgada, aduciendo que el TCP ya habría fallado la presente causa al declararse incompetente para conocer de una acción deducida por PRONOVA por los mismos hechos de esta demanda.
11. Por medio de la sentencia de fecha 15 de enero de 2020, el 19° Juzgado Civil de Santiago rechazó las excepciones dilatorias de incompetencia del Tribunal opuestas por los demandados, señalando correctamente que, la competencia del TCP se limita únicamente a conocer de las ilegalidades ocurridas en los procedimientos de Licitación Pública o Privada, pero no en los procesos de Gran Compra Vía Convenio Marco, como el presente. En lo que respecta a la excepción de cosa juzgada, el Tribunal dejó su resolución para la sentencia definitiva.
12. En contra de dicha resolución ambos demandados dedujeron recurso de apelación que ingresó ante esta Il. Corte de Apelaciones bajo el Rol N° 2023-2020 y fue acumulada a la causa Rol N° 14.485-2019.

III. DEL NUEVO ANTECEDENTES QUE PONE EN SU CONOCIMIENTO. LA SENTENCIA DE LA ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO QUE DECLARÓ LA INCOMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES CIVILES PARA CONOCER DE LOS PROCESOS DE GRAN COMPRA VÍA CONVENIO MARCO:

13. Resolviendo el recurso de apelación deducido por las demandadas en contra de la resolución que rechazó la incompetencia del Tribunal, por medio de la resolución de fecha 28 de agosto de 2020, el voto de mayoría de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago -entre otras cosas-, acogió el recurso de apelación deducido por los demandados y revocó la resolución dictada por el 19º Juzgado Civil de Santiago, de fecha 15 de enero de 2020, declarando que el referido Tribunal es incompetente para conocer del presente asunto, por corresponderle al TCP.
14. Para fundar su decisión, el voto de mayoría -de las Ministras Sras. MARÍA ROSA KITTSTEINER y GLORIA SOLIS- esgrimió tres argumentos: **(i)** Que, supuestamente, el artículo 24 de la Ley N° 19.886 dotaría de competencia al TCP para conocer de los procesos de Gran Compra vía Convenio Marco (considerando 4º); **(ii)** Que, en los procesos de Gran Compra vía Convenio Marco se sustanciaría un procedimiento de Licitación Pública (considerando 5º); y, **(iii)** Que, en la presente causa, el TCP habría rechazado la acción interpuesta por encontrarse extemporánea (considerando 6º).
15. Concretamente, considerando que la presente acción de nulidad de derecho público recae en un proceso de Gran Compra vía Convenio Marco, el voto mayoritario citó parcialmente el artículo 24 de la Ley N° 19.886 -que es el que define la competencia del TCP-, señalando lo siguiente:

4º.- Que como se señalara en el motivo 1º) de la presente sentencia, la acción deducida corresponde a una nulidad de derecho público y las pretensiones de la actora se relacionan todas, con materias que son propias del Tribunal de Contratación Pública, de conformidad lo establece el artículo 24 de la Ley N° 19.886, en relación con el artículo 14 bis del Reglamento N° 250, de 9 de marzo de 2004, señalando el primero de ellos, lo siguiente: Art 24 "El tribunal será competente 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 esta ley", y el segundo, dice relación con las adquisiciones vía convenio marco superiores a 1.000 U.T.M., cuyo es el caso.

(énfasis agregado)

16. En el considerando siguiente, el voto mayoritario señaló que, supuestamente, en el proceso de Gran Compra vía Convenio Marco existiría una especie de Licitación Pública, en el que incluso se habría respetado la Ley de Transparencia, por lo que el competente sería el TCP. Al respecto, la sentencia en cuestión señaló:

5°.- Que la actora hace hincapié en la disposición contenida en el artículo 14 bis del Reglamento N° 250, señalando que cuando se trata de las adquisiciones vía convenio marco superiores a 1.000 U.T.M., el Tribunal de Contratación Pública es incompetente para conocer de ellas. Al efecto, cabe tener presente que cuando se trata de procedimientos administrativos rotulados como grandes compras vía convenio marco, habiendo mediado licitación pública, como ha ocurrido en el caso *sub judice*, siguiéndose en su tramitación a cabalidad el procedimiento establecido hasta llegar a su adjudicación – concurso público- incluso respetando la Ley de Transparencia, es competente para conocer de las alegaciones de la actora, el Tribunal de Contratación Pública.

(énfasis agregado)

17. Y como último argumento, el voto de mayoría señaló que, supuestamente, el TCP habría rechazado la acción deducida por PRONOVA por considerarla extemporánea, circunstancia que avalaría el razonamiento anterior. En este sentido, el voto de mayoría señaló:

6°.- Que por otra parte, cabe recordar que la actora, como ya se ha señalado, presentó su acción de impugnación ante el Tribunal de Contratación Pública, invocando los mismos argumentos que en la presente causa, esto es, reconociendo que tal materia era propia del referido tribunal, accionando hoy como lo hace, en razón de haber sido declarada extemporánea su solicitud ante el tribunal especial.

(énfasis agregado)

18. En razón de todo lo anterior, el voto de mayoría revocó la sentencia apelada, por medio de la cual se rechazó la excepción dilatoria de incompetencia del Tribunal deducida por CLARO y el CDE y, en definitiva, declaró que el 19° Juzgado Civil de Santiago era incompetente para conocer de la presente causa por corresponderle al TCP.
19. Por su parte, el voto de minoría -de la Ministra Sra. JESSICA GONZÁLEZ- estuvo por confirmar la resolución en cuestión, declarando que el TCP no es competente para conocer de la presente, sino que el 19° Juzgado Civil de Santiago es el Tribunal competente para conocer del presente asunto.

20. En lo que respecta al resto de las apelaciones acumuladas en esta causa - éstas son: los ingresos a Corte N°s 14485-2019, 3128-2020 y 4625-2020, - la sentencia omitió pronunciarse, por considerar que, en atención a la incompetencia declarada previamente se debía omitir pronunciamiento respecto de dichas materias.
21. Por último, cabe señalar que en contra de esta sentencia PRONOVA dedujo recurso de casación en la forma y en fondo, el fue declarado admisible por la Il. Corte de Apelaciones de Santiago, estando pendiente su ingreso a la Excm. Corte Suprema.

IV. CONSECUENCIAS DEL PRONUNCIAMIENTO DE LA ILTMA. CORTE DE APELACIONES RECÍEN REFERIDO Y SU RELACIÓN CON EL INFORME ELABORADO POR ESTA FNE:

22. Habiéndose declarado previamente incompetente el TCP y el TDLC para conocer del proceso de Gran Compra vía Convenio Marco N° 44024, la decisión contenida en el voto de mayoría de la Il. Corte de Apelaciones de Santiago -que declaró competente al TCP- en la práctica, ha dejado a PRONOVA en la indefensión, **pues no existe Tribunal que se haya declarado competente para conocer del presente procedimiento de compras públicas.**
23. Así las cosas, si conociendo del recurso de casación deducido, la Excm. Corte Suprema confirma el fallo impugnado, declarando que el TCP es competente para conocer, en la práctica, se dejaría a este proceso de contratación administrativa sin revisión, pues habiendo recurrido a tres Tribunales distintos -dos especiales y uno común- ninguno se habría declarado competente para conocer, circunstancia que no es perjudicial para un sistema de contratación pública transparente y eficiente.
24. La situación anterior se relaciona directamente con la recomendación efectuada en el Informe Preliminar de reformar la competencia del TCP, incluyendo dentro de su competencia el conocimiento de todos los procedimientos definidos en la Ley N° 19.886 y su Reglamento.¹ Específicamente, lo sucedido en el presente caso constituye un claro ejemplo de lo señalado por esta FNE en el respectivo Informe en cuanto a que:

¹ Páginas 226 y siguientes del Informe Preliminar.

"El hecho de que el TCP no conozca de actos u omisiones ilegales o arbitrarias en el contexto de procedimientos no competitivos, como los tratos directos o las Grandes Compras en los casos de los convenios marco, restringe los cursos de acción que tienen los terceros afectados en estos procesos y la posibilidad de obtener medidas correctivas de manera oportuna y accesible" (énfasis agregado).²

25. Pronunciamientos como el de la Iltma. Corte de Apelaciones, hacen más evidente aún la recomendación efectuada en el Informe Preliminar de ampliar sustancialmente la competencia del TCP, para que conozca de actos u omisiones ilegales o arbitrarias de todos los mecanismos de adjudicación establecidos en la Ley N° 19.886.³ Así las cosas, **estimamos prudente incluir el fallo de la Iltma. Corte de Apelaciones referido en esta presentación en su Informe final y en el Anexo B del Informe** que trata sobre la jurisprudencia acerca de la competencia del TCP para conocer de este tipo de procedimientos administrativos.
26. Asimismo, mientras la reforma legal recomendada no suceda, **es urgente que esta FNE manifieste las preocupaciones expresadas en su Informe Preliminar al Poder Judicial para que, situaciones como la presente no vuelvan ocurrir.** En efecto, en tanto no exista una reforma al artículo 24 de la Ley N° 19.886, el Poder Judicial debe estar consiente de las perjudiciales consecuencias para el Estado de dejar sin revisión judicial un procedimiento de compras públicas que, en la práctica, puede provocar que el FISCO desembolse 161.497,28 UF (\$4.635.157.657, aproximadamente) por un contrato administrativo que fue adjudicado de manera ilegal y arbitraria.

PRIMER OTROSÍ: Sin perjuicio de poder entregar mayores antecedentes si Ud., Sr. Fiscal Nacional lo estima pertinente, por este acto, venimos a acompañar los siguientes documentos:

1. Sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 28 de agosto de 2020, en la causa Rol N° 14.485-2020, por medio de la cual, se declaró incompetente para conocer de las ilegalidades y arbitrariedades denunciadas en el proceso de Gran Compra ID 44024.

² Informe Preliminar, p. 227, par. 591.

³ Informe Preliminar, p. 229, par. 595.

2. Recurso de casación en la forma y en el fondo deducido por PRONOVA en contra de la sentencia dictada por la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, en la causa Rol N° 14.485-2020.
3. Resolución dictada por Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 22 de septiembre de 2020, por medio de la cual tuvo por interpuesto el recurso de casación en la forma y en el fondo deducido por PRONOVA.

SEGUNDO OTROSÍ: Tenga presente Sr. Fiscal Nacional Económico que nuestra personería para actuar en representación de Pronova consta en Mandato judicial suscrito ante el Notario Público Sr. SANTIAGO RIEUTORD ALVARADO, de fecha 29 de marzo del año 2019, documento que acompañamos a esta presentación.

TECER OTROSÍ: Tenga presente Sr. Fiscal Nacional Económico que para efectos de las comunicaciones que surjan en este procedimiento ponemos a su disposición las siguientes casillas de correos electrónicos: ccolombara@rcz.cl, adiaz@rcz.cl y ccotroneo@rcz.cl.

Santiago, veintiocho de agosto de dos mil veinte.

Vistos y teniendo únicamente presente:

I.- En cuanto a las apelaciones interpuestas contra la resolución que rechazó las excepciones opuestas por los demandados (Rol N° 2023-20):

1°.- Que la presente causa se inició por la Sociedad Pronova Tehnologías S.A. (PRONOVA), quien interpuso demanda de nulidad de derecho público en contra de Claro Servicios Empresariales S.A., representada por don Federico Jorge Oguich y por don Andrés Salgado Padilla y en contra del Fisco de Chile, representado por el Consejo de Defensa del Estado, representado por doña María Eugenia Manuad Tapia, a objeto que se declare:

a) la nulidad de derecho público del "Informe de Evaluación de Ofertas, Gran Compra Convenio Marco ID 44024, Contratación de Componentes de la Historia Clínica Compartida Nacional, en Modalidad de Software como Servicio", de fecha 7 de febrero de 2019, por medio de la cual la Comisión Evaluadora recomendó al Sr. Subsecretario de Redes Asistenciales la adjudicación del proceso Gran Compra ID 44024 a la empresa CLARO;

b) la nulidad de derecho público de la Resolución Exenta N° 203, de fecha 5 de marzo de 2019, dictada por el ex Subsecretario de Redes Asistenciales don Luis Castillo Fuenzalida ("Resolución N° 203"), por medio de la cual se seleccionó la oferta del proveedor CLARO para la contratación del servicio "Componentes de la Historia Clínica Compartida Nacional", Convenio Marco ID 2239-17-LP11 e ID 2239-21-LR15, Gran Compra ID 44024, convocada por la Subsecretaría de Salud y se declaró inadmisibles las ofertas de PRONOVA; y/o,

c) la nulidad de derecho público de todos los actos y/o contratos administrativos que complementen o emanen de los actos administrativos recién individualizados, en particular y sin que la enumeración sea exhaustiva: (i) El contrato denominado "Acuerdo Complementario para la Contratación de Componentes de la Historia Clínica Compartida Nacional" celebrado entre el Ministerio de Salud -a través de la Subsecretaría de Salud- con la empresa CLARO, de fecha 6 de marzo de 2019, para llevar a cabo la contratación del proceso Gran Compra ID 44024; y, (ii) La Resolución Exenta N° 516, de fecha 31 de mayo de 2019, por medio del cual se aprobó el Acuerdo Complementario



para la Contratación de Componentes de la Historia Clínica Compartida Nacional ID 44024.

d) Que, las nulidades de derecho público constatadas han ocasionado perjuicios a la demandante, los que deben ser indemnizados por los demandados, sin perjuicio de que la actora ha hecho expresa reserva de la discusión respecto de la especie y monto de éstos para la etapa de ejecución del fallo u otro juicio civil diverso, conforme lo dispone el artículo 173 del CPC, con costas.

Por el primer otrosí de su libelo, la actora solicitó de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3, inciso final y 57 de la Ley N° 19.880, se disponga la suspensión de los siguientes actos administrativos:

a) Del "Informe de Evaluación de Ofertas, Gran Compra Convenio Marco ID 44024, Contratación de Componentes de la Historia Clínica Compartida Nacional, en Modalidad de Software como Servicio", de fecha 7 de febrero de 2019, por medio de la cual la Comisión Evaluadora recomendó al Sr. Subsecretario de Redes Asistenciales la adjudicación del proceso Gran Compra ID 44024 a la empresa CLARO;

b) De la Resolución Exenta N° 203, de fecha 5 de marzo de 2019, dictada por el ex Subsecretario de Redes Asistenciales, don Luis Castillo Fuenzalida ("Resolución N° 203"), por medio de la cual se seleccionó la oferta del proveedor CLARO para la contratación del servicio "Componentes de la historia Clínica Compartida Nacional", Convenio Marco ID 2239-17-LP11 e ID 2239-21-LR15, Gran Compra ID 44024, convocada por la Subsecretaria de Salud y se declaró inadmisibles las ofertas de PRONOVA; y

c) En general, de todos los actos y/o contratos administrativos que complementen o emanen de los actos administrativos individualizados, en particular El contrato denominado "Acuerdo Complementario para la Contratación de Componentes de la Historia Clínica Compartida Nacional" celebrado entre el Ministerio de Salud a través de la Subsecretaria de Salud con la empresa CLARO, de fecha 6 de marzo de 2019, para llevar a cabo la contratación del proceso Gran Compra ID 44024; y La Resolución Exenta N° 516, de fecha 31 de mayo de 2019, por medio de la cual se aprobó el Acuerdo Complementario para la Contratación de Componentes de la Historia Clínica Compartida Nacional ID 44024.



2°.- Que por sus presentaciones las demandadas opusieron la excepción de incompetencia del tribunal, en razón de ser competente para conocer del asunto de marras el Tribunal de Contratación Pública, atendida la materia de que da cuenta la acción impetrada.

3°.- Que por resolución de fecha 15 de enero de 2020, el tribunal a quo desestimó las excepciones de incompetencia planteadas por los articulistas, resolución que fue apelada tanto por Claro Servicios S.A. como por el Fisco de Chile, respectivamente.

4°.- Que como se señalara en el motivo 1°) de la presente sentencia, la acción deducida corresponde a una nulidad de derecho público y las pretensiones de la actora se relacionan todas, con materias que son propias del Tribunal de Contratación Pública, de conformidad lo establece el artículo 24 de la Ley N° 19.886, en relación con el artículo 14 bis del Reglamento N° 250, de 9 de marzo de 2004, señalando el primero de ellos, lo siguiente: Art 24 *"El tribunal será competente 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 esta ley"*, y el segundo, dice relación con las adquisiciones vía convenio marco superiores a 1.000 U.T.M., cuyo es el caso.

5°.- Que la actora hace hincapié en la disposición contenida en el artículo 14 bis del Reglamento N° 250, señalando que cuando se trata de las adquisiciones vía convenio marco superiores a 1.000 U.T.M., el Tribunal de Contratación Pública es incompetente para conocer de ellas. Al efecto, cabe tener presente que cuando se trata de procedimientos administrativos rotulados como grandes compras vía convenio marco, habiendo mediado licitación pública, como ha ocurrido en el caso *sub judice*, siguiéndose en su tramitación a cabalidad el procedimiento establecido hasta llegar a su adjudicación – concurso público- incluso respetando la Ley de Transparencia, es competente para conocer de las alegaciones de la actora, el Tribunal de Contratación Pública.

6°.- Que por otra parte, cabe recordar que la actora, como ya se ha señalado, presentó su acción de impugnación ante el Tribunal de Contratación Pública, invocando los mismos argumentos que en la presente causa, esto es, reconociendo que tal materia era propia del referido tribunal, accionando hoy



como lo hace, en razón de haber sido declarada extemporánea su solicitud ante el tribunal especial.

Por estas consideraciones, en virtud de las disposiciones citadas y lo dispuesto en el artículo 186 del Código de Procedimiento Civil, **se revoca** la resolución de fecha quince de enero de dos mil veinte, por la que se desestimaron las excepciones de incompetencia del tribunal deducidas por Claro Servicios Empresariales S.A. y por el Fisco de Chile, **y en su lugar se declara** que el 19° Juzgado Civil de Santiago **es incompetente** para conocer de este asunto.

II.- En cuanto a las apelaciones sobre las medidas precautorias (Roles N° 14485-19 y Rol N° 3128-20):

En razón de la incompetencia que se declara, **se omite** pronunciamiento sobre la impugnación interpuesta por Claro Servicio Chile S.A. contra la resolución de dieciséis de septiembre de dos mil diecinueve y sobre el recurso de apelación deducido por la parte demandante contra la resolución de seis de febrero de dos mil veinte.

III.- En cuanto a la apelación del Fisco de Chile contra la resolución que rechazó alzar la medida precautoria y ordenó remitir los antecedentes al ministerio público (Rol N° 4625-20):

1°.- Este recurrente se alza contra la resolución que, por una parte, ordenó pasar los antecedentes al ministerio público a fin de que se dirija "la investigación si de los antecedentes ventilados en el presente proceso, revisten caracteres de delito, a fin de determinar la participación punible de la parte demandada" y por otra, desestimó al alzamiento de la medida precautoria.

2°.- Al declarar la incompetencia del tribunal civil, igualmente los recursos pierden oportunidad, por lo que a su respecto no se hará un pronunciamiento de fondo.

Por lo anterior, **se omite** pronunciamiento sobre los recursos de apelación interpuestos por el Fisco de Chile-Subsecretaría de Redes Asistenciales del Ministerio de Salud, contra las resoluciones dictadas con fecha once de marzo de dos mil veinte.

Acordado lo que dice relación con las excepciones de incompetencia contra el voto de la ministra señora González Troncoso, quien estuvo por



confirmar la resolución en alzada, teniendo para ello en consideración, los siguientes fundamentos:

a) Que la intención de compra aprobada por Resolución Exenta N° 1135, de 6 de diciembre de 2018, lo fue a través del Convenio Marco "Data Center y Servicios Asociados" ID 2239-17-LP11 y 2239-21-LR15, cuyas bases fueron aprobadas mediante Resolución N° 48, tomada razón el 26 de junio de 2013, de la Dirección de Compras y Contratación Pública, el que fue adjudicado mediante Resolución N° 83, tomada de razón el 06 de diciembre de 2012. Asimismo, de la cita Resolución N° 1135 se desprende que se aplicó en la especie el proceso denominado "Gran Compra", previsto en el artículo 14 bis del Decreto N° 250, del Ministerio de Hacienda por tratarse de bienes y servicios cuya contratación supera las 1.000 UTM.

b) Que en materia de legalidad de estos asuntos la competencia del Tribunal de Contratación Pública se extiende hasta la adjudicación del Convenio Marco lo que tuvo lugar en el año 2012, mediante Resolución N° 83. Lo anterior es razonable y se justifica en lo previsto en el artículo 24 de la Ley N° 19.886, por cuanto la selección de los proveedores se realiza a través de un procedimiento licitatorio; sin embargo, dicho Tribunal especial no lo es para conocer reclamaciones de ilegalidad durante la etapa de ejecución del Convenio; en otras palabras, en el curso de la operatoria del mismo, en este caso, a partir de la intención de compra citada, la competencia para conocer de la legalidad de los actos corresponde a los tribunales ordinarios de justicia, sobre todo, si como acontece en la especie, se trata de una acción de nulidad de derecho público. Así también lo entendió el Tribunal de Contratación Pública al resolver en la causa Rol N° 69-2019, respecto del reclamo de ilegalidad interpuesto por el demandante de autos, que incide en el mismo proceso de compra, estableciendo que *"...el servicio requerido se contrató a través de la modalidad "Grandes Compras"...no pudiendo advertir este Tribunal de las alegaciones de la parte demandante, que en el proceso de Gran Compra, se configure un actuar ilegal por parte de la entidad licitante, correspondiente a alguna modificación de las condiciones establecidas en las bases de licitación del Convenio Marco que la origina, por lo que las alegaciones de la demandante tienen relación con la ejecución del Convenio Marco, materia que no es de conocimiento de este Tribunal"*.



c) Por consiguiente, el 19° Juzgado de Civil de Santiago es competente para el conocimiento del asunto. En estas condiciones, quien disiente estuvo por confirmar la resolución de quince de enero de dos mil veinte y, en consecuencia, entrar al conocimiento de las restantes impugnaciones.

Regístrese y comuníquese.

Redacción de la Ministra señora Gloria Solís R. y del voto disidente su autora.

Civil N° 14.485-2019.

Pronunciada por la **Sexta** Sala de esta ltma.Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por la Ministro señora Jéssica González Troncoso e integrada por las Ministros señora María Rosa Kittsteiner Gentile y señora Gloria Solís Romero.

JESSICA DE LOURDES GONZALEZ
TRONCOSO
MINISTRO
Fecha: 28/08/2020 12:49:32

MARIA ROSA CARLOTA
KITTSTEINER GENTILE
MINISTRO
Fecha: 28/08/2020 12:42:26

GLORIA MARIA SOLIS ROMERO
MINISTRO
Fecha: 28/08/2020 12:43:04



Pronunciado por la Sexta Sala de la C.A. de Santiago integrada por los Ministros (as) Jessica De Lourdes Gonzalez T., M.Rosa Kittsteiner G., Gloria Maria Solis R. Santiago, veintiocho de agosto de dos mil veinte.

En Santiago, a veintiocho de agosto de dos mil veinte, notifiqué en Secretaria por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 05 de abril de 2020, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>

SECRETARÍA CIVIL

ROL DE INGRESO A CORTE N° 14.485-2019 (ACUMULADAS INGRESO A CORTE N°s 2023-2020, 3128-2020 Y 4625-2020)

EN LO PRINCIPAL: Deducen recurso de casación en la forma; **PRIMER OTROSÍ:** Simultáneamente, deducen recurso de casación en el fondo; **SEGUNDO OTROSÍ:** En subsidio, solicitan casación de oficio; **TERCER OTROSÍ:** Acompañan documentos, con citación; **CUARTO OTROSÍ:** Asumen patrocinio de los recursos de casación en la forma y en el fondo deducidos.

ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

CIRO COLOMBARA LÓPEZ y ALDO DÍAZ CANALES, abogados, en representación de la demandante **PRONOVA TECHNOLOGIES S.A.** (en adelante, "**PRONOVA**"), en autos sobre recurso de apelación, caratulados "**PRONOVA TECHNOLOGIES S.A. con FISCO DE CHILE (CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO)**", Rol de Ingreso a Corte N° 14.485-2019 (acumulados ingreso a Corte N°s 2023-2020, 3128-2020 y 4625-2020), a S.S. Iltma., con respeto decimos:

Que, en atención a lo dispuesto en los artículos 764 y siguientes del Código de Procedimiento Civil (en adelante, "**CPC**"), por este acto venimos en deducir recurso de casación en la forma en contra de la sentencia dictada por S.S. Iltma., de fecha 28 de agosto de 2020, en virtud de la cual, se acogió el recurso de apelación deducido por las demandadas **CLARO SERVICIOS EMPRESARIALES S.A.** (en adelante, "**CLARO**") y el **FISCO DE CHILE**, actuando representado por el **CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO** (en adelante, "**CDE**"), en contra de la resolución dictada por el Tribunal de primera instancia que rechazó la excepción dilatoria de incompetencia del Tribunal deducida por éstas, declarando la incompetencia del Tribunal Civil para conocer de la presente causa por considerar que el competente es el Tribunal de Contratación Pública (en adelante, "**TCP**") y, en consecuencia, omitió pronunciarse respecto del resto de los recursos de apelación acumulados a dicha causa; solicitando a S.S. Iltma. se sirva conceder el presente recurso, elevando los autos ante la Excm. Corte Suprema, con el fin de que ésta, conociendo el recurso, declare la existencia del vicio o defecto de que adolece la sentencia recurrida por la causal de casación

en la forma contenida en el **artículo 768 N° 5 del CPC, en relación con en el artículo 170 N° 4 del mismo Código**, anulando e invalidando la sentencia de autos y, una vez hecho, separadamente y sin nueva vista de la causa, dicte sentencia de reemplazo en virtud de la cual:

- i. Rechace el recurso de apelación ingreso a Corte Rol N° 2023-2020, deducido por los demandantes en contra de la resolución que rechazó la excepción dilatoria de incompetencia del Tribunal, declarando que el Tribunal Civil en que se dedujo la presente demanda es el competente para conocer de la presente acción;
- ii. Se pronuncie respecto del resto de las apelaciones acumuladas que la sentencia recurrida omitió pronunciamiento, declarando que: **(i)** Respecto del ingreso a Corte Rol N° 14485-2019, se rechaza la apelación deducida por CLARO en contra de la resolución que decretó la suspensión de los efectos de los actos administrativos impugnados; **(ii)** Respecto del ingreso a Corte Rol N° 3128-2020, se acoge la apelación deducida por esta parte en contra de la resolución que rechazó la solicitud de dictar medidas conducentes al cumplimiento de la medida precautoria decretada en autos; y/o **(iii)** Respecto del ingreso a Corte Rol N° 4625-2020, se rechazan las apelaciones deducidas por el CDE en contra de la resolución que rechazó su solicitud de alzamiento de la medida precautoria y/o en contra de la resolución que ordenó pasar los antecedentes al MINISTERIO PÚBLICO a fin de que se determine si se ha configurado o no el delito de desacato; y/o
- iii. En subsidio de la petición anterior, se ordene a la Iltrma. Corte de Apelaciones de Santiago a pronunciarse respecto de aquellas apelaciones acumuladas de las cuales omitió pronunciarse, declarando que: **(i)** Respecto del ingreso a Corte Rol N° 14485-2019, se rechaza la apelación deducida por CLARO en contra de la resolución que decretó la suspensión de los efectos de los actos administrativos impugnados; **(ii)** Respecto del ingreso a Corte Rol N° 3128-2020, se acoge la apelación deducida por esta parte en contra de la resolución que rechazó la solicitud de dictar medidas conducentes al cumplimiento de la medida precautoria decretada en autos; y/o **(iii)** Respecto del ingreso a Corte Rol N° 4625-2020, se rechazan las apelaciones deducidas por el CDE en contra de la resolución que rechazó su solicitud de alzamiento de la medida precautoria y/o en contra de la resolución que ordenó pasar los antecedentes al MINISTERIO PÚBLICO a fin de que se determine si se ha configurado o no el delito de desacato.

En términos simples S.S. Iltma., por medio de la presente causa, PRONOVA ha demandado ante el 19° Juzgado Civil de Santiago la nulidad de derecho público de determinados actos administrativos relacionados con el proceso de Gran Compra Vía Convenio Marco ID 44024, convocado por la SUBSECRETARÍA DE REDES ASISTENCIALES (en adelante, "**SUBSECRETARÍA DE RRAA**"), por medio del cual -de manera ilegal y arbitraria-, se adjudicó el contrato administrativo a la empresa CLARO.

Antes de interponer la presente acción de nulidad de derecho público, en base a los mismos hechos, nuestra representada dedujo una acción de reclamación ante el TCP para que dejara sin efecto la adjudicación ilegal y arbitraria del referido contrato administrativo. Sin embargo, el TCP se declaró incompetente para conocer de dicha acción, por considerar que el artículo 24 de la Ley N° 19.886, "Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministros y Prestación de Servicios" (en adelante, "**Ley N° 19.886**"), limita la competencia de dicho Tribunal únicamente a los procedimientos de contratación administrativa en que media una Licitación -Pública o Privada-, excluyendo, en consecuencia, a los procedimientos de contratación administrativa de Trato Directo y Convenio Marco, como es el caso de autos.

Ahora bien, por medio de la sentencia que se pretende invalidar, la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago declaró que el Tribunal Civil en que se dedujo la presente demanda de nulidad de derecho público es incompetente para conocer de la presente acción, ya que -a juicio del voto de mayoría de la sentencia recurrida- la Magistratura competente sería el TCP y, en razón de lo anterior, omitió pronunciamiento respecto del resto de las apelaciones acumuladas a dicha causa.

Según se explicará, para llegar a tal conclusión, el fallo de mayoría omitió sus fundamentos, pues los expuso solo de manera parcial, configurándose de esta manera la **causal de casación en la forma contenida en el artículo 768 N° 5 del CPC, vale decir, en haber sido pronunciada la sentencia con omisión del requisito enumerado en el artículo 170 N° 4 del CPC**. En concreto, de la lectura del voto de mayoría del fallo, se advierte que éste: **(i)** Citó parcialmente el artículo 24 de la Ley N° 19.886, omitiendo aquel inciso que delimita la competencia del TCP para conocer de los procesos de Gran Compra vía Convenio Marco, como el de autos; y, **(ii)** Citó parcialmente el fallo dictado por el TCP, omitiendo que dicho Tribunal se declaró incompetente para conocer del presente proceso de Gran Compra vía Convenio Marco.

En definitiva, fundamos el presente recurso de casación en la forma en los argumentos de hecho y de derecho que, a continuación, pasaremos a exponer:

I. ANTECEDENTES PRELIMINARES. DEL PROCEDIMIENTO DE GRAN COMPRA VÍA CONVENIO MARCO ID 44024 CUYA LEGALIDAD ES CUESTIONADA EN LA PRESENTE CAUSA:

1. En el marco del programa de Hospital Digital desarrollado por el MINISTERIO DE SALUD DEL ESTADO DE CHILE, mediante la Resolución N° 1135, de 6 de diciembre de 2018, de la SUBSECRETARÍA RRAA, se aprobó la intención de compra para la contratación del Servicio "Componentes de la Historia Clínica Compartida Nacional", bajo el Convenio Marco ID 22389-17-LP11 e ID 2239-21-LR15, Gran Compra ID 44024 (en adelante "**Intención de Compra**").
2. El objeto del proceso de Gran Compra ID 44024, convocado por la SUBSECRETARÍA RRAA, fue la adquisición de un servicio de software de Ficha Clínica Electrónica para todos los habitantes del país. En efecto, según consta en el Capítulo 3 de la Intención de Compra, el objetivo general de este procedimiento era: "*Contar con un servicio de componentes para la historia clínica compartida nacional para el Ministerio de Salud, a través de la contratación de un software como servicio (SaaS)*". Además, consta en el Capítulo 5 de esta Intención de Compra que, el monto máximo asociado a este proceso de compra debía ascender a la suma total de **220.311 UF**, vale decir, **\$4.451.158.962** aproximadamente.
3. Para efectos del presente recurso, cabe tener presente que, al proceso de evaluación de ofertas de este proceso de Gran Compra vía Convenio Marco llegaron los siguientes 3 oferentes: **(i) PRONOVA; (ii) CLARO; y, (iii) SOCIEDAD DE INGENIERÍA EN INFORMÁTICA RAYEN SALUD SPA** (en adelante, "**RAYEN**").
4. Tras un cambio repentino y sin justificativo en los miembros de la Comisión Evaluadora, por medio de la Resolución N° 203, de fecha 5 de marzo de 2019 (en adelante, "**Resolución N° 203**") -acto administrativo cuya ilegalidad y nulidad de derecho público se demandan-, la SUBSECRETARÍA DE RRAA, acogiendo las recomendaciones efectuadas por la Comisión Evaluadora en su "Informe de Evaluación de Ofertas", de fecha 7 de febrero de 2019 -acto administrativo que también se impugna en la presente acción-, resolvió: **(i) Declarar inadmisibile la oferta de PRONOVA; (ii)**

Declarar admisibles las ofertas de RAYEN y CLARO; y, **(iii)** Adjudicar el contrato a esta última.

5. Según se explicó en la demanda de autos, durante la tramitación del procedimiento administrativo del proceso de Gran Compra vía Convenio Marco ID 44024, ocurrieron graves y manifiestas ilegalidades e irregularidades que provocaron la adjudicación del contrato a CLARO, vicios que -según se ha señalado- ameritan la declaración de nulidad de derecho público de los actos relacionados con la adjudicación de esta proceso.
6. En síntesis, las ilegalidades e irregularidades a las que hacemos referencia son las siguientes: **(i)** A través de la Resolución N° 203, se declaró inadmisibles las ofertas de PRONOVA aun cuando su oferta cumplía -y cumple- con todos los requisitos exigidos en la Intención de Compra; **(ii)** A través de la Resolución N° 203, se adjudicó el contrato a la empresa CLARO, aun cuando su oferta no cumplía -ni cumple- con los requisitos señalados en la Intención de Compra y en la normativa vigente, debiendo haber sido declarada inadmisibles; **(iii)** La entidad licitante decidió pagar un sobreprecio por un software que es gratuito; **(iv)** La Comisión Evaluadora que recomendó la adjudicación del presente contrato administrativo fue modificada sin explicación alguna; y, **(v)** La Carta Gantt ofrecida por CLARO, extrañamente, era la única que contenía las fechas exactas de las etapas de ejecución del contrato.

A. La Resolución N° 203 declaró inadmisibles las ofertas de PRONOVA aun cuando ésta cumplía -y cumple- con todos los requisitos:

7. La Resolución N° 203 -replicando lo recomendado en el Informe de la Comisión Evaluadora- declaró inadmisibles las ofertas de PRONOVA, ya que, supuestamente, el profesional presentado por nuestra representada para el cargo de referente de seguridad, Sr. SEBASTIÁN RUBY MARTINEZ, no cumplía con la experiencia mínima establecida en la Intención de Compra, circunstancia que, según se explicará, es falsa.
8. En concreto, la intención de Compra exigía que el Profesional en cuestión sólo debía tener 5 años de experiencia.¹ Pues bien, para cumplir con este requisito, PRONOVA presentó el CV del Sr. SEBASTIÁN RUBY MARTINEZ,

¹ En concreto, la intención de Compra exigía que el Profesional en cuestión sólo debía tener 5 años de experiencia. Según consta en el Anexo G de la Intención de Compra, denominado "Formulario de Presentación de Equipo de Trabajo", en lo que se refiere al cargo de referente de seguridad se señaló: "5 años" y "Al menos media jornada mensual". Asimismo, el Anexo en comento señaló: "Para cada uno de los profesionales ingresados se deberá enviar el CV actualizado a la fecha".

ingeniero en sistemas de computaciones, en el que constaba que el profesional contaba con 6 años y 9 meses de experiencia en materia de seguridad. Más aún, en el CV consta que el Sr. SEBASTIÁN RUBY MARTINEZ cuenta con 13 años de experiencia laboral en el área informática, dentro de los cuales en 9 años se ha desempeñado en proyectos relacionados con el área de la salud en Chile.

9. Sin perjuicio de lo anterior, la Comisión Evaluadora y la entidad licitante decidieron declarar inadmisibles las propuestas de PRONOVA por estimar que éstas no cumplían con el requerimiento en cuestión y, en consecuencia, impidieron a nuestra representada continuar participando en este procedimiento de compras públicas.
10. A esta manifiesta ilegalidad se suman dos circunstancias que hacen más irregular la decisión de la autoridad licitante de declarar inadmisibles las propuestas de Pronova: **(i)** La empresa RAYEN -otro participante del proceso- presentó el CV del mismo profesional que PRONOVA, y su oferta -a diferencia de lo sucedido con nuestra representada- fue declarada admisible; y, **(ii)** Ni la Comisión Evaluadora ni la SUBSECRETARÍA RRSS, en sus respectivas resoluciones, explicaron los motivos por los que -a su juicio- el profesional propuesto por PRONOVA no cumplía con el requisito exigido en la Intención de Compra.

B. La Resolución N° 203 adjudicó el contrato a la empresa CLARO, aun cuando su oferta no cumplía ni la Intención de Compra ni la normativa vigente, debiendo haber sido declarada inadmisibles:

11. Por medio de la Resolución N° 203, la SUBSECRETARÍA RRAA adjudicó el contrato a una empresa cuya oferta no satisfacía los requisitos técnicos ni normativos, ya que: **(i)** Los softwares ofrecidos por CLARO no satisfacían -ni satisfacen- los requisitos de seguridad exigidos en la Intención de Compra; **(ii)** Estos softwares tampoco satisfacían -ni satisfacen- los requerimientos de seguridad de acceso y protección de datos sensibles establecidos en la legislación vigente; **(iii)** Los softwares de CLARO tampoco cumplen con los requisitos de soporte correctivo y preventivo exigidos en la Intención de Compra; y, **(iv)** La experiencia señalada por CLARO en su respectiva oferta tampoco satisfacía -ni satisface- los requerimientos que en esta materia exigía la Intención de Compra.

12. Respecto de esta serie de deficiencias -explicadas de manera particular en la demanda de autos- cabe señalar que, la seguridad es un aspecto fundamental dentro de la implementación del Hospital Digital y de la Ficha Clínica Electrónica Digital, pues este proyecto implica el manejo de datos personales -cuya protección se encuentra contemplada expresamente en el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la República (en adelante, "CPR")-, que son especialmente sensibles para las empresas e industrias relacionadas con el área de la salud, tales como, aseguradoras, laboratorios, cadenas de farmacias, prestadores de acciones de salud, sólo por nombrar algunos ejemplos.
13. En atención a lo anterior, la Intención de Compra señaló que el software que debía ser escogido por la entidad licitante no sólo debía incluir información autorizada por el consentimiento de sus titulares o la Ley sino, además, debía tener el suficiente nivel de seguridad que impidiera que terceros no autorizados tuvieran acceso a ella.²
14. Pues bien, en su oferta, CLARO presentó softwares que no cumplían -y no cumplen- con este requisito. En efecto, esta empresa presentó los Softwares MySQL y Red Hat JBoss, que corresponden a soluciones de código abierto, conocidos como "open source". Este tipo de productos se caracteriza por tener un código de fuente o estructura pública que, por lo tanto, permite que terceros puedan modificarlo sin ninguna restricción, salvo el reconocimiento a la propiedad intelectual original.
15. En síntesis, el tipo de software ofrecido por CLARO no tiene control sobre las modificaciones que cualquier persona haga sobre el mismo, quedando sometido a lo que se vaya configurando como una nueva versión, sea ésta más o menos favorable en relación con el propósito deseado originalmente. Asimismo, no hay garantía que la nueva versión esté disponible en forma adecuada y oportuna para los usuarios del producto.
16. La circunstancia anterior es más grave aún si consideramos que CLARO, además de ofrecer un software abierto, ofreció uno que pertenece a distintos propietarios. Concretamente, la pluralidad de dueños resulta por

² En efecto, el Capítulo el Capítulo 13 de la Intención de Compra denominado "Seguridad de la información y protección de datos", señaló lo siguiente: "Dado el carácter de datos sensibles, el proveedor y sus subcontratados deberán adoptar las medidas técnicas y organizativas tendientes a impedir los accesos indebidos a la información, las comunicaciones o cesiones de datos ilegítimas, además de cualquier otra conducta que pudiera poner en riesgo la integridad, disponibilidad y confidencialidad de la información". Agregando que: "los cambios a los sistemas dentro del ciclo de vida de desarrollo deben ser controlados mediante procesos de control de cambios formales. La introducción de nuevos sistemas o actualizaciones y cambios importantes a los sistemas existentes debe seguir un proceso y registro de documentación, especificación, pruebas (unitarias e integrales), control de calidad e implementación administrada".

sí misma compleja en términos de seguridad, pues requiere lograr armonizar cada producto, poseedor a su vez de su propia funcionalidad, ciclos de madurez y método operativo, orquestando una barrera de seguridad conjunta y apta para todos ellos. Dicha complejidad aumenta exponencialmente cuando se incluye dentro del enjambre un software de código abierto, que por definición carece de un adecuado, orientado y canalizado proceso de seguridad para un fin específico.

17. Más aun, durante el periodo de preguntas y respuestas la propia entidad licitante aclaró que los softwares "open source" -como el ofrecido por CLARO- no satisfacían los requerimientos técnicos del servicio requerido y, sin perjuicio de lo anterior, de igual forma adjudicó el presente contrato administrativo a una empresa que ofreció un software "open source".³
18. Dado los ataques cibernéticos que han ocurrido últimamente, la seguridad y la protección de datos debió haber sido un factor para ponderar por la entidad licitante. En este sentido, por ejemplo, en el año 2019 se registraron diversos ciber ataques a bancos (afectando a 700.000 tarjetas de crédito y débito) y a la empresa CAP S.A. (de secuestro de información). En este contexto, es razonable suponer que la información relativa a la Ficha Clínica de todos los chilenos podría ser víctima de un ciberataque y, en consecuencia, es necesario tener un programa seguro y eficiente.
19. De esta manera, al adjudicar el presente contrato a CLARO, la información clínica de todos los chilenos será manejada por un software que no cumple con las condiciones básicas de seguridad, ni con las normas legales de protección de datos personales, incluidos los antecedentes médicos. Así, resulta claramente improcedente y no ajustado a la Intención de Compra, que se haya calificado con el puntaje máximo a la oferta técnica de CLARO, aun cuando ésta no cumplía -ni cumple- con los requisitos de seguridad exigidos.

³ En concreto, durante dicho periodo un interesado, a propósito del Capítulo 22 de la Intención de Compra, realizó la siguiente pregunta: "Referente al punto que indica que Queda Estrictamente prohibido el uso de programas informáticos que no cuentan con Licencia. Favor confirmar que no aceptarán soluciones open source". A lo que la SUBSECRETARÍA DE RRAA respondió lo siguiente: "No existe normativa que prohíba el uso de sistemas open source, el punto indicado hace referencia a la utilización de software piratas, sin embargo **se debe considerar dado el alcance, la complejidad y la sensibilidad de la información que posee este proyecto, que los sistemas open source no poseen soporte, no existe responsabilidad legal o administrativa sobre dicho software, y no puede asegurar parches de seguridad**" (énfasis agregado).

C. El precio ofrecido por CLARO y que la SUBSECRETARÍA RRAA accedió a pagar es desproporcionado si consideramos que el software ofrecido por la empresa es gratuito:

20. En atención a sus características técnicas recién referidas, la solución ofrecida por CLARO debía ser una oferta económicamente mucho más barata de la que fue ofrecida y posteriormente adjudicada. En efecto, al tratarse de una solución "Free Open Source", el software es gratis, por lo que -a diferencia del software propuesto por PRONOVA- el único costo que efectivamente pagará el Estado es por la consultoría y la plataforma tecnológica.
21. En este contexto, parece a lo menos curioso que la SUBSECRETARÍA DE RRAA, en conocimiento de las características de los softwares ofertados por CLARO, de igual forma haya resuelto pagarle 161.497 UF, vale decir, \$4.451.158.962 por un software que es gratis. En otras palabras, ese monto sólo cubrirá la consultoría y la plataforma tecnológica, valor que excede con creces el precio del mercado de dichos servicios.

D. La Comisión Evaluadora que recomendó la adjudicación del presente contrato administrativo fue modificada sin explicación alguna:

22. Durante la tramitación del presente proceso de Gran Compra vía Convenio Marco, sin esgrimir razón alguna, la entidad licitante decidió modificar a dos de los integrantes de la Comisión Evaluadora originalmente designada. En efecto, por medio de la Resolución N° 6, de 15 de enero de 2019 se designó a los miembros originales de la Comisión Evaluadora, los que posteriormente fueron modificados -sin razón alguna- por medio de la Resolución N° 22, sin fecha.

E. La Carta Gantt ofrecida por CLARO, extrañamente, era la única que contenía las fechas exactas de las etapas de ejecución del contrato:

23. Por lo demás, cabe hacer presente que, extrañamente, la Carta Gantt ofrecida por CLARO fue la única de las Cartas Gantt ofrecidas por los oferentes en que se detallaron las fechas exactas de ejecución del presente contrato administrativo. Por regla general, en este tipo de proyectos se suelen acompañar Cartas Gantt con las fechas estimativas -contadas en número de días o semanas- en que sucederá cada hito del proyecto, sin

embargo, en el caso de CLARO, éste acompañó una Carta en que los hitos del proyectos se señalaban con fechas exactas.

II. DE LAS PRIMERAS ACCIONES DEDUCIDAS POR PRONOVA PARA PONER FIN A LAS ILEGALIDADES, ARBITRARIEDADES E IRREGULARIDADES RECIÉN DESCRITAS:

24. Antes de deducir la acción de nulidad de derecho público objeto de autos, para poner fin a las ilegalidades, arbitrariedades e irregularidades sucedidas en el proceso de Gran Compra vía Convenio Marco ID 44024, PRONOVA dedujo una acción de impugnación ante el TCP y luego una solicitud de medida cautelar prejudicial ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, "TDLC"). Desde ya cabe advertir que **ambos Tribunales se declararon incompetentes** para conocer de las acciones deducidas.

A. El TCP se declaró incompetente para conocer de las ilegalidades, arbitrariedades e irregularidades ocurridas en el proceso de Gran Compra Vía Convenio Marco ID 44024:

25. Con fecha 18 de marzo de 2019, PRONOVA dedujo un acción de impugnación especial ante el TCP en contra de la SUBSECRETARIA DE RRAA, solicitando -entre otras cosas- que se dejara sin efecto la Resolución N° 203, por medio de la cual, se declaró inadmisibile la oferta de PRONOVA y se adjudicó el contrato a CLARO, la cual ingresó bajo el Rol N° 69-2019.
26. Sin embargo, con fecha 8 de abril de 2019, el TCP rechazó la acción deducida por PRONOVA, declarándola extemporánea y **declarándose incompetente para conocer de la acción, por considerar que los procesos de Gran Compra vía Convenio Marco excedían de su competencia, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley N° 19.886.** En concreto, sobre este aspecto, la sentencia dictada por el TCP señaló lo siguiente:

6° Que, por otra parte, de los antecedentes aportados es posible determinar que el servicio requerido se contrató a través de la modalidad "Grandes Compras", prevista en el artículo 14 bis del Reglamento de la Ley N°19.886, no pudiendo advertir este Tribunal de las alegaciones de la parte demandante, que en el proceso de Gran Compra impugnado, se configure un actuar ilegal por parte de la entidad licitante, correspondiente a alguna modificación de las condiciones establecidas en las bases de licitación del Convenio Marco que la origina, por lo que las alegaciones de la demandante tienen relación con la ejecución del Convenio Marco, materia que no es de conocimiento de este Tribunal.

(énfasis agregado)

B. El TDLC también se declaró incompetente para conocer de las ilegalidades, arbitrariedades e irregularidades ocurridas en el proceso de Gran Compra vía Convenio Marco ID 44024:

27. Con fecha 1 de abril de 2019, PRONOVA presentó una solicitud de medida cautelar prejudicial ante el TDLC, solicitando -entre otras cosas- se ordenara la suspensión de los efectos de la Resolución N° 203, en atención a las manifiestas ilegalidades, arbitrariedades e irregularidades ocurridas durante la tramitación del proceso de Gran Compra Vía Convenio Marco ID 44024, el que ingresó bajo el Rol N° C-372-2019. Según se explicó en dicha presentación, a juicio de esta parte, las actuaciones cometidas por la SUBSECRETARÍA DE RRAA habrían constituido un ilícito contrario a la libre competencia, ya que, en la práctica habían impedido a PRONOVA de participar en dicho proceso de contratación administrativa.
28. Por medio de la sentencia de fecha 3 de abril de 2019, el TDLC se declaró incompetente para conocer de la referida acción, señalando que, salvo casos excepcionales, dicho Tribunal carecería de competencia para pronunciarse sobre un acto de autoridad que se ejecutó con posterioridad a la aprobación de las bases de licitación y que dice relación con el cumplimiento de dichas bases. En contra de dicha resolución esta parte dedujo recurso de reposición, el que igualmente fue rechazado por el TDLC mediante sentencia de fecha 18 de abril de 2019.

III. DE LA DEMANDA DE NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO EN QUE INCIDE EL PRESENTE RECURSO DE CASACIÓN:

29. Tras las resoluciones dictadas por el TCP y el TDLC, por medio de las cuales, se declararon incompetentes para conocer de las ilegalidades sucedidas en el proceso de Gran Compra vía Convenio Marco ID 44024, con fecha 9 de agosto de 2019, PRONOVA dedujo una demanda en contra del FISCO DE CHILE -por las actuaciones realizadas por la SUBSECRETARÍA RRAA, (representada por el CDE) y la empresa CLARO, ante el 19° Juzgado Civil de Santiago, la que dio inicio al proceso de autos.
30. Por medio de dicha acción se solicitó se declarase la nulidad de derecho público de los siguientes actos administrativos relacionados con el proceso de Gran compra vía Convenio Marco ID 44024:

- (i) "Informe de Evaluación de Ofertas, Gran Compra Convenio Marco ID 44024, Contratación de Componentes de la Historia Clínica Compartida Nacional, en Modalidad de Software como Servicio", de fecha 7 de febrero de 2019, por medio de la cual la Comisión Evaluadora recomendó al Sr. SUBSECRETARIO DE REDES ASISTENCIALES la adjudicación del proceso Gran Compra ID 44024 a la empresa CLARO;
 - (ii) Resolución Exenta N° 203, de fecha 5 de marzo de 2019, dictada por el ex SUBSECRETARIO DE REDES ASISTENCIALES, Sr. LUIS CASTILLO FUENZALIDA, por medio de la cual se seleccionó la oferta del proveedor CLARO para la contratación del servicio "Componentes de la historia Clínica Compartida Nacional", Convenio Marco ID 2239-17-LP11 e ID 2239-21-LR15, Gran Compra ID 44024, convocada por la SUBSECRETARÍA RRAA y se declaró inadmisibles las ofertas de PRONOVA; y/o,
 - (iii) En general, todos los actos y/o contratos administrativos que complementen o emanen de los actos administrativos recién individualizados, en particular y sin que la enumeración sea exhaustiva: (i) El contrato denominado "Acuerdo Complementario para la Contratación de Componentes de la Historia Clínica Compartida Nacional" celebrado entre el MINISTERIO DE SALUD -a través de la SUBSECRETARÍA RRAA- con la empresa CLARO, de fecha 6 de marzo de 2019, para llevar a cabo la contratación del proceso Gran Compra ID 44024; y, (ii) La Resolución Exenta N° 516, de fecha 31 de mayo de 2019, por medio de la cual se aprobó el Acuerdo Complementario para la Contratación de Componentes de la Historia Clínica Compartida Nacional ID 44024".
31. Según se explicó en la demanda de autos, las ilegalidades e irregularidades recién descritas contenidas en los actos administrativos recién individualizados, configuraban -a lo menos- los siguientes vicios que ameritan su nulidad de derecho público: (i) Violación de la Ley de Fondo, principalmente, de la Ley N° 19.886 y la Ley N° 18.575, "Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (en adelante, "Ley N° 18.575"); (ii) Falta de competencia legal, ya que, las autoridades no actuaron conforme al bloque de legalidad que regía el presente contrato público; y, (iii) Desviación de poder, ya que la adjudicación del contrato a CLARO correspondió a un fin diverso del bien común.

32. En atención a la manifiesta ilegalidad de los actos impugnados y al hecho que, de continuarse con el presente procedimiento de contratación administrativa, podrían llegar a consolidarse situaciones jurídicas ilegales y a procederse al pago de los servicios contratados, lo que impediría dejar sin efecto una adjudicación realizada en contravención a la normativa del ramo; en un otrosí de la demanda, esta parte solicitó que, en atención a lo dispuesto en el artículo 3, inciso final, de la Ley N° 19.880, "Ley de Bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado" (en adelante, "**Ley N° 19.880**"), se decretara la medida precautoria especial -referida en el artículo 300 del CPC- de suspensión de los efectos de los actos administrativos impugnados, petición que fue concedida por el 19 ° Juzgado Civil de Santiago, mediante resolución de fecha 16 de septiembre de 2019.

IV. DE LA APELACIÓN DEDUCIDA POR CLARO Y EL CDE EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN QUE RECHAZÓ LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA OPUESTA POR LAS DEMANDADAS:

33. Con fecha 30 de agosto de 2019, la empresa CLARO dedujo la excepción dilatoria de incompetencia del Tribunal, aduciendo que, supuestamente, el Tribunal competente para conocer de la presente acción sería el TCP y no el 19° Juzgado Civil de Santiago. En el mismo sentido, con fecha 11 de octubre de 2019, el CDE dedujo excepción de incompetencia del Tribunal y, en subsidio, excepción de cosa juzgada, aduciendo que el TCP ya habría fallado la presente causa al declararse incompetente para conocer de una acción deducida por PRONOVA por los mismos hechos de esta demanda.
34. Por medio de la sentencia de fecha 15 de enero de 2020, el 19° Juzgado Civil de Santiago rechazó las excepciones dilatorias de incompetencia del Tribunal opuestas por los demandados, señalando correctamente que, **la competencia del TCP se limita únicamente a conocer de las ilegalidades ocurridas en los procedimientos de Licitación Pública o Privada, pero no en los procesos de Gran Compra Vía Convenio Marco, como el presente.** En lo que respecta a la excepción de cosa juzgada, el Tribunal dejó su resolución para la sentencia definitiva.
35. En contra de dicha resolución ambos demandados dedujeron recurso de apelación que ingresó ante esta Iltma. Corte de Apelaciones bajo el Rol N° 2023-2020 y que, según nos referimos más adelante, fue acogido por el voto de mayoría del fallo cuya invalidación se pretende.

V. DEL RESTO DE LAS APELACIONES ACUMULADAS QUE NO FUERON RESUELTAS POR LA SENTENCIA RECURRIDA:

36. Antes de analizar el contenido de la resolución cuya invalidación se pretende, es importante tener en consideración que ésta, además de fallar el recurso de apelación deducido por el CDE y CLARO en contra de la resolución que rechazó la excepción dilatoria de incompetencia del Tribunal, falló otras tres apelaciones que se encontraban acumuladas, nos referimos, específicamente, a:
- i. El ingreso Rol N° 14485-2019, que consistió en la apelación deducida por CLARO en que se solicitó se dejara sin efecto la resolución que decretó la suspensión de los efectos de los actos administrativos impugnados;
 - ii. El ingreso Rol N° 3128-2020, que consistió en la apelación deducida por esta parte en contra de la resolución que rechazó la solicitud formulada al Tribunal, de dictar las medidas conducentes al cumplimiento de la medida precautoria decretada en autos; y,
 - iii. El ingreso Rol N° 4625-2020, que consistió en la apelación deducida por el CDE en contra de la resolución que rechazó el alzamiento de la medida precautoria y en contra de la resolución que ordenó remitir los antecedentes al MINISTERIO PÚBLICO a fin de determinar si se encontraba configurado el delito de desacato.

VI. DE LA SENTENCIA CUYA INVALIDACIÓN O NULIDAD SE SOLICITA:

37. Por medio de la resolución de fecha 28 de agosto de 2020, el voto de mayoría de esta Il. Corte de Apelaciones de Santiago -entre otras cosas-, acogió el recurso de apelación deducido por los demandados y revocó la resolución dictada por el 19° Juzgado Civil de Santiago, de fecha 15 de enero de 2020, declarando que el referido Tribunal es incompetente para conocer del presente asunto, por corresponderle al TCP.
38. Para fundar su decisión, el voto de mayoría -de las Ministras Sras. MARÍA ROSA KITTSTEINER y GLORIA SOLIS- esgrimió tres argumentos: **(i)** Que, supuestamente, el artículo 24 de la Ley N° 19.886 dotaría de competencia al TCP para conocer de los procesos de Gran Compra vía Convenio Marco (considerando 4°); **(ii)** Que, en los procesos de Gran Compra vía Convenio Marco se sustanciaría un procedimiento de Licitación Pública (considerando

5°); y, (iii) Que, en la presente causa, el TCP habría rechazado la acción interpuesta por encontrarse extemporánea (considerando 6°).

39. Concretamente, considerando que la presente acción de nulidad de derecho público recae en un proceso de Gran Compra vía Convenio Marco, el voto mayoritario citó parcialmente el artículo 24 de la Ley N° 19.886 -que es el que define la competencia del TCP-, señalando lo siguiente:

4°.- Que como se señalara en el motivo 1°) de la presente sentencia, la acción deducida corresponde a una nulidad de derecho público y las pretensiones de la actora se relacionan todas, con materias que son propias del Tribunal de Contratación Pública, de conformidad lo establece el artículo 24 de la Ley N° 19.886, en relación con el artículo 14 bis del Reglamento N° 250, de 9 de marzo de 2004, señalando el primero de ellos, lo siguiente: Art 24 "El tribunal será competente 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 esta ley", y el segundo, dice relación con las adquisiciones vía convenio marco superiores a 1.000 U.T.M., cuyo es el caso.

(énfasis agregado)

40. En el considerando siguiente, el voto mayoritario señaló que, supuestamente, en el proceso de Gran Compra vía Convenio Marco existiría una especie de Licitación Pública, en el que incluso se habría respetado la Ley de Transparencia, por lo que el competente sería el TCP. Al respecto, la sentencia recurrida señaló:

5°.- Que la actora hace hincapié en la disposición contenida en el artículo 14 bis del Reglamento N° 250, señalando que cuando se trata de las adquisiciones vía convenio marco superiores a 1.000 U.T.M., el Tribunal de Contratación Pública es incompetente para conocer de ellas. Al efecto, cabe tener presente que cuando se trata de procedimientos administrativos rotulados como grandes compras vía convenio marco, habiendo mediado licitación pública, como ha ocurrido en el caso *sub judice*, siguiéndose en su tramitación a cabalidad el procedimiento establecido hasta llegar a su adjudicación - concurso público- incluso respetando la Ley de Transparencia, es competente para conocer de las alegaciones de la actora, el Tribunal de Contratación Pública.

(énfasis agregado)

41. Y como último argumento, el voto de mayoría señaló que, supuestamente, el TCP habría rechazado la acción deducida por PRONOVA por considerarla extemporánea, circunstancia que avalaría el razonamiento anterior. En este sentido, el voto de mayoría señaló:

6°.- Que por otra parte, cabe recordar que la actora, como ya se ha señalado, presentó su acción de impugnación ante el Tribunal de Contratación Pública, invocando los mismos argumentos que en la presente causa, esto es, reconociendo que tal materia era propia del referido tribunal, accionando hoy como lo hace, en razón de haber sido declarada extemporánea su solicitud ante el tribunal especial.

(énfasis agregado)

42. En razón de todo lo anterior, el voto de mayoría revocó la sentencia apelada, por medio de la cual se rechazó la excepción dilatoria de incompetencia del Tribunal deducida por CLARO y el CDE y, en definitiva, declaró que el 19° Juzgado Civil de Santiago era incompetente para conocer de la presente causa por corresponderle al TCP.
43. Por su parte, el voto de minoría -de la Ministra Sra. JESSICA GONZÁLEZ- estuvo por confirmar la resolución recurrida, declarando que el TCP no es competente para conocer de la presente, sino que el 19° Juzgado Civil de Santiago es el Tribunal competente para conocer del presente asunto.⁴
44. En lo que respecta al resto de las apelaciones acumuladas en esta causa - éstas son: los ingresos a Corte N°s 14485-2019, 3128-2020 y 4625-2020, todas ya referidas- la sentencia recurrida omitió pronunciarse, por considerar que, en atención a la incompetencia declarada previamente se debía omitir pronunciamiento respecto de dichas materias.

VII. DEL VICIO O DEFECTO INDIVIDUALIZADO EN EL ARTÍCULO 768 N° 5 DEL CPC, EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 170 N° 4 DEL CPC, POR FALTA DE FUNDAMENTOS CONFIGURADA POR LA AUSENCIA Y/O PARCIALIDAD DE MOTIVACIONES:

45. Antes de analizar la manera particular en que el vicio se configura en la sentencia cuya nulidad se pretende, de manera previa, cabe aclarar que la omisión al requisito establecido en el artículo 170 N° 4 del CPC, también se configura cuando existe una falta de fundamentos motivada por la ausencia

⁴ En el considerando b) del voto de disidente, se señaló lo siguiente: "Que en materia de legalidad de estos asuntos la competencia del Tribunal de Contratación Pública se extiende hasta la adjudicación del Convenio Marco lo que tuvo lugar en el año 2012, mediante Resolución N° 83. Lo anterior es razonable y se justifica en lo previsto en el artículo 24 de la Ley N° 19.886, por cuanto la selección de los proveedores se realiza a través de un procedimiento licitatorio; sin embargo, dicho Tribunal especial no lo es para conocer reclamaciones de ilegalidad durante la etapa de ejecución del Convenio; en otras palabras, en el curso de la operatoria del mismo, en este caso, a partir de la intención de compra citada, la competencia para conocer de la legalidad de los actos corresponde a los tribunales ordinarios de justicia, sobre todo, si como acontece en la especie, se trata de una acción de nulidad de derecho público. Así también lo entendió el Tribunal de Contratación Pública al resolver en la causa Rol N° 69-2019, respecto del reclamo de ilegalidad interpuesto por el demandante de autos, que incide en el mismo proceso de compra, (...)".

de motivaciones y/o motivaciones incompletas, como ocurre en el caso de autos.

46. Concretamente, de conformidad a lo dispuesto en el N° 5 del artículo 768 del CPC, se establece como causal de casación formal el que la sentencia se haya pronunciado con omisión de cualquiera de los requisitos establecidos en el artículo 170 del mismo cuerpo legal. Por su parte, el N° 4 de este último precepto exige que la sentencia contenga las consideraciones de hecho y de derecho en que se funda ésta.
47. Sobre esta materia, el N° 5 del Auto Acordado de fecha 30 de septiembre del año 1920, dictado por la Excm. Corte Suprema, sobre la forma de las sentencias definitivas (en adelante, "**Auto Acordado**"), señala que la sentencia debe contener: "*Las consideraciones de hecho que sirvan de fundamento al fallo*". Por su parte, el N° 8 del Auto Acordado igualmente dispone que las sentencias definitivas deberán contener: "*Las consideraciones de derecho aplicables al caso*"; agregando el N° 9 que aquello exige: "*La enunciación de las leyes o en su defecto de los principios de equidad con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo*".
48. Como S.S. Iltma. bien sabe, la parte considerativa de la sentencia definitiva tiene importancia en nuestro sistema para los efectos de su motivación o fundamentación, ya que constituye la única vía mediante la cual los litigantes conocerán y entenderán las razones que justificaron que sus pretensiones fueran acogidas o rechazadas. Ahora bien, para que este entendimiento sea efectivo, los jueces tienen el deber de exponer todas estas consideraciones y de manera completa. De esta manera, las infracciones al artículo 170 N° 4 del CPC no sólo se producen cuando la sentencia es dictada sin mencionar las consideraciones de hecho o de derecho que le sirven de fundamento, sino, además cuando aquellas no existen o son enunciadas de manera parcial.
49. En este sentido se ha pronunciado la Excm. Corte Suprema, quien a propósito del contenido del artículo 170 N° 4 del CPC ha señalado que "(...) *Dicha exigencia dice relación con el imperativo de fundamentación que recae sobre las resoluciones judiciales, el que se satisface con los razonamientos lógicos y armónicos que deben contener para justificar por qué establece los hechos que consigna y luego aplica el derecho correspondiente. Así, **la falta de fundamentos se configura por la ausencia de esos raciocinios o motivaciones y también cuando los***

expresados son parciales e insuficientes o cuando en ellos existe incoherencia interna, arbitrariedad o irracionalidad” (énfasis agregado).⁵

50. En definitiva, el vicio contenido en el artículo 768 N° 5 del CPC, en relación con el N° 4 del artículo 170 del mismo cuerpo normativo, se configura cuando la ausencia de fundamentos se produce como consecuencia los razonamientos se encuentran contenidos en la sentencia de manera parcial e insuficientes, tal como ha ocurrido en el presente caso.

VIII. LA SENTENCIA RECURRIDA INCURRIÓ EN EL VICIO O DEFECTO INDIVIDUALIZADO EN EL ARTÍCULO 768 N° 5 DEL CPC, EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 170 N° 4 DEL CPC, PUES SE ADVIERTE UNA FALTA DE FUNDAMENTOS CONFIGURADA POR LA AUSENCIA Y/O PARCIALIDAD DE MOTIVACIONES:

51. Según se explicará a continuación, el vicio de la sentencia recurrida se manifiesta en una falta de fundamentos, pues de la lectura del fallo se advierte que éste no contiene motivaciones y/o las contiene sólo de manera parcial, ya que dicho fallo: **(i)** Citó parcialmente el artículo 24 de la Ley N° 19.886, omitiendo aquel inciso que delimita la competencia del TCP para conocer de los procesos de Gran Compra Vía Convenio Marco como el de autos; y, **(ii)** Citó parcialmente el fallo dictado por el TCP, omitiendo que dicho Tribunal se declaró incompetente para conocer del presente proceso de Gran Compra vía Convenio Marco.

A. El fallo de mayoría citó parcialmente el artículo 24 de la Ley N° 19.886, omitiendo aquel inciso que delimita la competencia del TCP para conocer de los procesos de Gran Compra Vía Convenio Marco como el de autos:

52. Según se advierte de la resolución recurrida, para concluir que el Tribunal Civil no sería competente para conocer de la presente causa, el voto de mayoría citó parcialmente el artículo 24 de la Ley N° 19.886, que corresponde a la norma que define la competencia de aquel Tribunal. En

⁵ Sentencia de la Excm. Corte Suprema de fecha 1 de agosto de 2016, Rol N° 34.206-2015. Igual razonamiento se advierte la sentencia de la Excm. Corte, de fecha 21 de enero del año 2009, en la que casando de oficio un fallo estableció lo siguiente: *"En este contexto surge toda la discusión racional sobre lo que efectivamente constituye el fundamento del fallo por parte de los jueces, distinguiendo lo que son las motivaciones, fundamentaciones, justificaciones y argumentaciones, resolviéndose por la jurisprudencia comparada que hay ausencia de fundamento tanto cuanto este se encuentra ausente, como cuando la ausencia es parcial o son insuficientes los expresados, al igual que al existir incoherencia interna, arbitrariedad e irracionalidad” (énfasis agregado).* Sentencia dictada por Ministros señores Milton Juica, Julio Torres, fiscal Mónica Maldonado y abogados integrantes señores Oscar Herrera y Benito Mauriz, Gaceta Jurídica, pág. 343.

efecto, el voto de mayoría sólo citó el inciso primero de la norma que se refiere, en general a *"los procedimientos administrativos de contratación"*, **omitiendo que el inciso segundo de la norma limita aquella generalidad únicamente a los procedimiento de Licitación -Pública o Privada- excluyendo, de esta manera, al resto de los procedimientos de contratación administrativa**, como el Trato Directo, el Convenio Marco y los procedimientos de Gran Compra.

53. En efecto, el inciso primero del artículo 24 de la Ley N° 19.886 -citado por el voto de mayoría- dispone lo siguiente: *"El Tribunal será competente 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 esta ley"* (énfasis agregado). Sin embargo, **el inciso segundo de la norma -omitido por el voto de mayoría- limita la competencia únicamente a los procedimientos de contratación pública de Licitación**, al señalar lo siguiente: *"La acción de impugnación 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"* (énfasis agregado).
54. De esta manera, la sentencia del voto de mayoría, al citar parcialmente el artículo 24 de la Ley N° 19.886 erróneamente estimó que la competencia del TCP se extiende a todos los procedimientos de contratación administrativa; circunstancia que no es efectiva, pues el inciso siguiente de la norma es claro en delimitar aquella competencia únicamente a los procedimientos de contratación administrativa de Licitación Pública o Privada.
55. Así las cosas, si el voto de mayoría hubiera realizado un análisis completo y no parcial del derecho aplicable, citando toda la norma aplicable al caso, hubiera fallado de manera contraria, advirtiendo que, por la propia disposición de la Ley, el TCP es incompetente para conocer de procesos de Gran Compra vía Convenio Marco, como es el caso de autos.

B. El fallo de mayoría citó parcialmente el fallo dictado por el TCP, omitiendo que dicho Tribunal se declaró incompetente para conocer del presente proceso de Gran Compra vía Convenio Marco:

56. En segundo lugar, el fallo de mayoría realizó una referencia sólo parcial al fallo del TCP, en la causa Rol N° 69-2019 -ya referida- señalando que, supuestamente, en dicha causa el Tribunal habría rechazado la acción por ser extemporánea, omitiendo, deliberadamente el resto de la sentencia acompañada al proceso, en la cual consta que el TCP se declaró incompetente para conocer del asunto por tratarse de un proceso de Gran Compra vía Convenio Marco.
57. En este sentido, si bien es efectivo que el TCP declaró que la acción fue interpuesta de manera extemporánea, lo cierto es que dicho Tribunal también se declaró incompetente para conocer de la acción deducida por tratarse de un procedimiento de contratación excluido de su competencia, tal como consta en los considerandos 6° y 7° de la sentencia, que señalaron lo siguiente:

6° Que, por otra parte, de los antecedentes aportados es posible determinar que el servicio requerido se contrató a través de la modalidad "Grandes Compras", prevista en el artículo 14 bis del Reglamento de la Ley N°19.886, no pudiendo advertir este Tribunal de las alegaciones de la parte demandante, que en el proceso de Gran Compra impugnado, se configure un actuar ilegal por parte de la entidad licitante, correspondiente a alguna modificación de las condiciones establecidas en las bases de licitación del Convenio Marco que la origina, por lo que las alegaciones de la demandante tienen relación con la ejecución del Convenio Marco, materia que no es de conocimiento de este Tribunal.

7° Que, teniendo en cuenta lo anteriormente razonado y lo dispuesto en los artículos 1°, 5°, 6° y 24 de la ley 19.886, artículo 14 bis del Decreto 250 del Ministerio de Hacienda, que aprueba el Reglamento de la Ley N°19.886, artículos 1°, 5° y 10 del Código Orgánico de Tribunales, y 171 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se declara que, en este caso, no concurren los presupuestos legales necesarios para admitir a tramitación la demanda de fojas 1 y siguientes, por encontrarse esta extemporánea y por no ser este Tribunal competente para conocer la impugnación deducida por la actora.

(Énfasis agregado)

58. En este sentido, en la causa Rol N° 69-2019, el TCP fue claro en señalar que los proceso de contratación administrativa de Convenio Marco -como el del caso de autos- no son materia de dicho Tribunal y, sin embargo, el fallo de mayoría decidió excluir dicho razonamiento, exponiendo sólo de manera parcial el fallo del TCP.
59. Así las cosas, si el fallo de mayoría hubiera realizado una exposición completa y no parcial de la sentencia dictada por el TCP, habría fallado en el sentido opuesto al que lo hizo, advirtiendo que, habiéndose el TCP declarado incompetente para conocer de la presente causa -por ser una materia excluida de su conocimiento-, el Tribunal Civil -y no otro- era el

competente para conocer de la presente acción de nulidad de derecho público.

IX. PREPARACIÓN DEL PRESENTE RECURSO DE CASACIÓN EN LA FORMA:

60. Es menester hacer presente que, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 769 inciso 2° del CPC, el vicio o falta consistente en carecer la sentencia de fundamentación consagrada en el artículo 768 N° 5, en relación con lo dispuesto en el artículo 170 N° 4, ambos del CPC, ha tenido lugar en la sentencia misma que se trata de casar. En consecuencia, no ha sido necesaria la preparación del presente recurso de casación en la forma por el vicio o defecto indicado.

X. EL VICIO O DEFECTO DENUNCIADO INFLUYÓ SUSTANCIALMENTE EN LO DISPOSITIVO DEL FALLO:

61. De haberse expuesto completamente -y no de manera parcial- los antecedentes de hecho y derecho que sirvieron de fundamento al fallo, el voto de mayoría no hubiese resuelto -erróneamente- que el Tribunal Civil era incompetente para conocer de la causa, declarando competente al TCP. Según se explicó, de no haber citado parcialmente el artículo 24 de la Ley N° 19.886 y/o de no haber referido parcialmente a la sentencia pronunciada por el TCP en la causa Rol N° 69-2019, el fallo de mayoría se hubiera pronunciado en un sentido totalmente diverso, declarando -en definitiva- que, el 19° Juzgado Civil de Santiago es el competente para conocer de la presente acción de nulidad de derecho público.
62. Asimismo, cabe tener presente que, de no haber cometido los vicios denunciados, el voto de mayoría no habría declarado la incompetencia del Tribunal Civil para conocer del presente asunto y, en consecuencia, se habría pronunciado respecto del resto de las apelaciones acumuladas a esta causa, es decir, de los Roles N°s 14485-2019, 3128-2020 y 4625-2020, todas ya referidas en esta presentación.

XI. LEY QUE CONCEDE EL RECURSO POR LA CAUSAL QUE SE INVOCA:

63. Tal como se expuso precedentemente, la Ley que concede el recurso por la causal invocada es el CPC, específicamente su artículo 768 N° 5 del CPC, en relación a lo dispuesto en el artículo 170 N° 4 del mismo código.

XII. ESTADO EN QUE DEBERÍA QUEDAR EL PROCESO:

64. De acuerdo con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 786 del CPC, en el caso de que la Excm. Corte Suprema acoja el presente recurso de casación en la forma por el vicio o defecto denunciado, deberá, acto continuo y sin nueva vista, pero separadamente, dictar la sentencia que corresponda con arreglo a la Ley, toda vez que la infracción o vicio en que se funda el presente recurso de casación es de aquellos contemplados en el referido inciso tercero de la norma.
65. En atención a lo anterior, la Excm. Corte Suprema será el Tribunal que, junto con invalidar la sentencia recurrida, separadamente y sin nueva vista, deberá dictar una sentencia de reemplazo en virtud de la cual, rechazando las apelaciones deducidas por las demandadas en contra de la resolución que rechazó las excepciones de incompetencia -esto es, declarándose competente para conocer del presente asunto- y se pronuncie acerca del resto de las apelaciones acumuladas a la presente causa -éstas son las Roles N°s 14485-2019, 3128-2020 y 4625-2020- respecto de las cuales la sentencia recurrida omitió pronunciarse.

XIII. EN LA SENTENCIA DE REEMPLAZO, LAS APELACIONES ACUMULADAS A LA PRESENTE CAUSA ROLES N°S 14485-2019 Y 4625-2020 DEBEN SER RECHAZADAS Y/O LA APELACIÓN ROL N° 3128-2020 DEBE SER ACOGIDA:

66. Según se explicó, para el caso que la Excm. Corte Suprema invalide la sentencia recurrida, separadamente y sin nueva vista, deberá dictar una sentencia reemplazo en la que, además de declararse competente para conocer de la presente causa, deberá pronunciarse acerca de las apelaciones acumuladas a ésta, respecto de las cuales la sentencia recurrida omitió pronunciarse.
67. En este contexto, y para el caso que la Excm. Corte Suprema considere que es el Tribunal competente para pronunciarse acerca de las apelaciones pendientes, consideramos relevante señalar las razones por las que, en dicha sentencia de reemplazo se deberán rechazar las apelaciones acumuladas a la presente causa Roles N°s 14485-2019 y 4625-2020 y/o acoger la apelación Rol N° 3128-2020.
68. Para efectos de lo anterior, a continuación, analizaremos cada una de estas apelaciones de manera particular, advirtiendo que las apelaciones Roles N°s 14485-2016 y 4625-2020 -esta última, en lo que refiere específicamente al rechazo del alzamiento de la medida precautoria-, se

analizarán conjuntamente, ya que ambas pretenden dejar sin efecto la orden de suspensión de los efectos de los actos administrativos decretada en autos.

A. Las apelaciones Roles N°s 14485-2019 y 4625-2020 que, buscaron dejar sin efecto la orden de suspensión de los efectos de los actos administrativos impugnados, deben ser rechazadas:

69. Ambas apelaciones deducidas por las demandadas deben ser rechazadas, ya que, según pasaremos a explicar, para el presente caso, se satisfacen todos y cada uno de los requisitos establecidos en el CPC para decretar -y mantener- la medida precautoria especial de suspensión de los efectos de los actos administrativos, ya que: **(i)** Existe una solicitud de la parte activa para que se pueda decretar la medida precautoria; **(ii)** Existe una demanda deducida dentro del proceso; **(iii)** La suspensión de los actos administrativos es necesaria para asegurar el resultado de la presente acción; y, **(iv)** Esta parte solicitante ha acompañado comprobante que constituyen, a lo menos, presunción grave del derecho que se reclama.
70. Antes de analizar la concurrencia de cada uno de estos requisitos de manera particular, cabe advertir que, si bien el artículo 290 del CPC regula alguna de las medidas precautorias nominadas, aquel listado no es excluyente ya que, expresamente, el artículo 300 del mismo Código permite deducir las medidas precautorias que se encuentran contempladas en las Leyes especiales, como, por ejemplo, aquella contenida en el inciso final del artículo 3 de la Ley N° 19.880 de suspensión de los efectos de los actos administrativos.
 - i. Existe una solicitud de la parte activa para que se pueda decretar la medida precautoria:
71. Conforme a lo previsto en la primera parte del artículo 290 del CPC, el demandante podrá en cualquier estado del juicio, para asegurar el resultado de su pretensión deducida, solicitar una o más medidas precautorias. Pues bien, en el caso de autos, PRONOVA está solicitando la medida precautoria especial de suspensión de los actos administrativos que se indican, contenida en el inciso final del artículo 3 de la Ley N° 19.880.
 - ii. Existe una demanda deducida por el actor dentro del proceso:

72. En cuanto a la oportunidad procesal para solicitar una medida precautoria, el artículo 290 del CPC indica que ello puede hacerse "*en cualquier instante del juicio, aun cuando no está contestada la demanda*", por lo que estas medidas pueden solicitarse desde que se ha deducido la demanda. Pues bien, según consta en autos, el día 9 de agosto de 2019, PRONOVA interpuso una demanda de nulidad de derecho público en contra de los actos administrativos cuya suspensión se solicita.

iii. La suspensión de los actos administrativos es necesaria para asegurar el resultado de la acción:

73. El fundamento inmediato para otorgar una medida precautoria es el "*periculum in mora*" y evitar así la ineficacia del proceso que se produciría con una sentencia de papel, vale decir, con una resolución que no puede cumplirse o hacerse efectiva por haber desaparecido o extinguido los presupuestos sobre la cual recae. Este requisito está reconocido con un carácter general en el artículo 301 del CPC, que dispone que las medidas precautorias: "*deberán hacerse cesar siempre que desaparezca el peligro que se procurado evitar*".

74. Para el presente caso, de no ordenarse la suspensión de los actos administrativos existe el peligro que se consoliden situaciones jurídicas manifiestamente ilegales, impidiendo que la eventual declaración de nulidad de derecho público tenga efectos y haciendo imposible retrotraer el procedimiento de compras públicas impugnado.

75. Así, de no suspenderse los actos administrativos solicitados, el contrato administrativo celebrado podría continuar ejecutándose, aun cuando -según se ha explicado- éste tiene como origen un procedimiento administrativo evidentemente viciado. En consecuencia, de no suspenderse los actos administrativos impugnados, el Estado podría continuar efectuando pagos a una empresa privada por un contrato administrativo que eventualmente será declarado nulo de derecho público.

76. Adicionalmente, considerando que la duración del contrato es de 36 meses, bien podría suceder que -de no suspenderse los actos administrativos- la sentencia definitiva que declare la nulidad de derecho público de los actos quede firme y ejecutoriada cuando el contrato ya fue totalmente ejecutado, los servicios prestados y el Estado pagó por ellos, haciendo que la nulidad de derecho público de los actos administrativos impugnados carezca de toda eficacia, ya que -bajo esta hipótesis- éstos habrán caducado por

haberse terminado el contrato que los sustenta. De esta manera, de no suspenderse los actos administrativos que se impugnan es muy probable que se obtenga una "sentencia de papel".

77. Esta situación es más grave aún si consideramos que, en atención al Certificado presupuestario subido al portal de Chile Compra, el presupuesto para esta adquisición es de 220.311 UF, vale decir, \$6.000.000.000 aproximadamente. Así las cosas, la medida de suspensión solicitada busca evitar que, en el caso de obtener una sentencia favorable, el Estado haya pagado \$6.000.000.000 a una empresa por un contrato administrativo cuyo procedimiento estuvo viciado y en el cual, quizás incluso se cometieron delitos.

iv. El solicitante ha acompañado comprobantes que constituyen a lo menos presunción grave del derecho que se reclama:

78. Conforme al artículo 298 del CPC, para el otorgamiento de una medida precautoria "*deberá el demandante acompañar comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama*". Así, en el proceso civil, el "*fumus boni iuris*" o apariencia y justificación del derecho subjetivo se encuentra ligado a la titularidad de un documento justificativo del derecho subjetivo material.
79. Pues bien, según consta en el proceso, para el caso de autos, existen suficientes antecedentes que dan cuenta de una presunción grave del derecho que se reclama, los que han sido reiterados en un otrosí de esta presentación. En otras palabras, esta parte solicitante ha expuesto bastantes antecedentes que hacen suponer fundadamente que los actos recurridos adolecen de graves vicios que ameritan su nulidad. En este sentido, por ejemplo, deben considerarse los siguientes documentos:
- (i) Las respuestas entregadas por la SUBSECRETARÍA RRAA en las que consta que ésta consideró que los softwares "*open source*" no eran idóneos para el servicio que se pretendía contratar, pese a lo cual la entidad demandada, de igual forma decidió adjudicar el contrato a una empresa que ofrecía un servicio "*open source*".
 - (ii) La Resolución N° 22, sin fecha, por medio de la cual, sin esbozar razón alguna, se decidió modificar la Comisión Evaluadora para el presente procedimiento de Compras públicas.

- (iii) La oferta técnica presentada por CLARO en la que constan las falencias técnicas del servicio ofrecido y la escasa experiencia acreditada en esta materia.
 - (iv) Los CV del Sr. SEBASTIÁN RUBY presentados tanto por PRONOVA como por el oferente RAYEN, los que son manifiestamente idénticos y a pesar de ello, la entidad licitante decidió declarar inadmisibles las ofertas de nuestra representada y admisible la oferta de RAYEN.
 - (v) Las cartas Gantt de algunos de los oferentes del proceso en que consta el detalle con que CLARO redactó la suya, circunstancia totalmente inusual en procesos tan complejos como el servicio requerido en el presente procedimiento de compras públicas.
 - (vi) Certificado de disponibilidad presupuestaria del Proceso de Gran Compra ID 44024, de fecha 27 de febrero de 2019, el que da cuenta que, de acreditarse las ilegalidades denunciadas, el Estado de Chile estaría siendo defraudado por un monto de 220.311 UF, vale decir, \$6.000.000.000 aproximadamente.
 - (vii) Querrela criminal que interpuso PRONOVA por los mismos hechos denunciados en esta presentación ante el 7° Juzgado de Garantía de Santiago y la resolución de dicho Tribunal que declaró admisible la querrela, antecedentes que dan cuenta que los hechos puestos en conocimiento del Tribunal incluso pueden revestir el carácter de delitos.
80. De esta manera, de los documentos acompañados en el proceso -reiterados en esta presentación- se advierte que, a lo menos, existen buenas razones para suponer que, durante el procedimiento de Gran Compra vía Convenio Marco que se pretende impugnar, existieron algunas ilegalidades que no pueden ser toleradas en un sistema de compras públicas al cual los oferentes pueden participar de manera libre e igualitaria.
81. En definitiva, es manifiesto que para el presente caso debe mantenerse la medida precautoria de suspensión de los efectos de los actos administrativos impugnados, por satisfacerse todos los presupuestos legales para ello.
- B. La apelación Rol N°s 3128-2020, por medio de la cual se solicitan se decreten medidas conducentes al cumplimiento de**

la medida precautoria eventual infringida por los demandados, debe ser acogida:

82. Con fecha 11 de febrero de 2020, esta parte dedujo una solicitud al 19º Juzgado Civil de Santiago de decretar medidas conducentes al cumplimiento de la medida precautoria de suspensión de los efectos de los actos administrativos, en atención al conocimiento de antecedentes que permiten sostener que los demandados han incumplido la orden del Tribunal. Sin embargo, por medio de la resolución de fecha 2 de febrero de 2020, el 19º Juzgado Civil de Santiago rechazó dicha solicitud.
83. En concreto, esta parte tomó conocimiento de tres antecedentes graves que permiten presumir fundadamente que los demandados han continuado con la ejecución del Contrato para proveer el servicio de Ficha Clínica Electrónica para el proyecto del MINISTERIO DE SALUD Hospital Digital, pese a encontrarse suspendido por orden judicial del 19º Juzgado Civil de Santiago. Estos antecedentes son los siguientes:
- (i) **El documento denominado "Informe Resultados Hito 1 del Contrato Componentes de la Historia Clínica Compartida Nacional ID 44024"**: a través de un requerimiento de acceso a la información pública efectuado por esta parte, con fecha 2 de enero de 2020, el MINISTERIO DE SALUD envió por correo electrónico este documento en que se señaló que el proyecto de la Ficha Clínica Electrónica -suspendido en aquella época por orden del 19º Juzgado Civil de Santiago- se encontraba en ejecución y listo para iniciar con los hitos 2 y 3 definidos en el Contrato, con una duración de 6 meses.⁶
 - (ii) **Los profesionales contratados por el MINISTERIO DE SALUD para desarrollar labores relacionadas con el Hospital Digital**: a través del portal de transparencia activa del MINISTERIO DE SALUD, esta parte tomó conocimiento de que, para el mes de diciembre del año 2019 -esto es, 3 meses desde que se notificó la resolución que ordenó la suspensión de los efectos del Contrato-, el MINISTERIO DE SALUD tenía contratado -a lo menos- a 49 profesionales a honorarios para el desarrollo de acciones de ejecución del proyecto de Hospital

⁶ En específico, el documento en cuestión señala: "*Por último, es relevante señalar que ninguna de las brechas identificadas es considerada bloqueante para el cumplimiento de la primer fase de implementación del proyecto y se ha continuado trabajando de forma satisfactoria en el Hito 2, que comenzó luego de un mes de iniciado el proyecto (como estaba definido) y se extiende por seis meses, así como se ha dado comienzo al Hito 3, que es el comienzo de la operación, con la solución ya implantadas en el Hito 1*".

Digital, aun cuando, supuestamente, dicho proyecto debía encontrarse suspendido.

(iii) En su contestación de la demanda, la empresa CLARO reconoció que los costos del contrato aumentan día a día: en su respectiva contestación de la demanda, la empresa CLARO, señaló que los gastos en que ha incurrido con la ejecución del contrato aumentaban día a día,⁷ aun cuando, según consta en autos, con fecha 16 de septiembre de 2019, el 19º Juzgado Civil de Santiago decretó como medida precautoria la suspensión de los efectos del Contrato celebrado entre CLARO y la SUBSECRETARÍA DE RRAA.

84. Según se explicó en la referida apelación, los antecedentes recién expuestos permiten concluir fundadamente que, para el presente caso, se cumplen los presupuestos señalados en el artículo 238 del CPC para decretar las medidas y apercibimientos ahí señalados. En específico, el referido artículo 238 del CPC dispone lo siguiente: ***"Cuando se trate del cumplimiento de resoluciones no comprendidas en los artículos anteriores, corresponderá al juez de la causa dictar las medidas conducentes a dicho cumplimiento, pudiendo al efecto imponer multas que no excedan de una unidad tributaria mensual o arresto hasta de dos meses, determinados prudencialmente por el tribunal, sin perjuicio de repetir el apremio"*** (énfasis agregado).

85. En consecuencia, existiendo suficientes y graves antecedentes que permiten concluir fundadamente que los demandados han incumplido la resolución judicial que decretó la medida precautoria especial de suspensión de los efectos de los actos administrativos impugnados, procede que se acoja en todas sus partes el presente recurso de apelación, dictando las medidas conducentes al cumplimiento de aquella resolución, pudiendo al efecto imponer las multas y arrestos que prudencialmente estime pertinentes.

C. La apelación Rol N° 4625-2020, por medio de la cual se pretendió dejar sin efecto la resolución del Tribunal de remitir

⁷ En concreto, en su contestación de la demanda, CLARO señaló que *"la eventual anulación de los actos administrativos impugnados frustraría severamente la confianza legítima depositada en la validez, permanencia y efectos pecuniarios de los mismos"*. Y luego transcribió una planilla con los gastos incurridos por la ejecución del contrato, para agregar lo siguiente: *"Estos gastos ingentes, que continúan aumentando y devengando durante el juicio, han sido realizados con la expectativa legítima de recuperar su valor y obtener las utilidades correspondientes producto de los mismos"* (énfasis agregado).

los antecedentes al MINISTERIO PÚBLICO por un eventual delito de desacato, debe ser rechazada:

86. En lo que respecta a la última apelación acumulada a la presente causa, cabe señalar que, en atención a que los incumplimientos de la orden del Tribunal podían eventualmente constituir el delito de desacato, esta parte solicitó se remitieran los antecedentes al MINISTERIO PÚBLICO para su respectiva investigación, solicitud que fue acogida por el 19° Juzgado Civil de Santiago. Pues bien, la apelación en comento deducida por el CDE buscó dejar sin efecto aquella resolución que remitió los antecedentes al órgano persecutor.
87. Pues bien, esta apelación debe ser rechazada ya que, en atención a que los antecedentes anteriormente expuestos podrían, eventualmente, revestir el carácter de delitos, resultaba fundamental que el 19° Juzgado Civil de Santiago remitiera los antecedentes que estimara pertinentes al MINISTERIO PÚBLICO para que dicho órgano persecutor investigara los hechos denunciados.
88. Para efectos de lo anterior, cabe tener presente que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 175 del Código Procesal Penal, el 19° juzgado Civil de Santiago tiene la obligación legal de denunciar los eventuales delitos que presenciare y que el inciso segundo del artículo 240 del CPC dispone: *"El que quebrante lo ordenado a cumplir será sancionado con reclusión menor en su grado medio a máximo"*.

XIV. CONCLUSIONES:

89. De todo lo dicho se advierte que la sentencia recurrida contiene el error formal de casación individualizado en el artículo 768 N° 5 del CPC, en relación con el artículo 170 N° 4 del mismo cuerpo legal, pues de la lectura del fallo se advierte que éste no contiene las motivaciones y/o las contiene sólo de manera parcial, tratándose -en consecuencia- de una sentencia carente de fundamentos. Según se expuso latamente, para fundar su decisión, el voto de mayoría de la sentencia recurrida: **(i)** Citó parcialmente el artículo 24 de la Ley N° 19.886, omitiendo aquel inciso que delimita la competencia del TCP para conocer de los procesos de Gran Compra Vía Convenio Marco como el de autos; y, **(ii)** Citó parcialmente el fallo dictado por el TCP, omitiendo que dicho Tribunal se declaró incompetente para conocer del presente proceso de Gran Compra vía Convenio Marco.

90. El error o vicio recién descrito llevó a esta Il. Corte de Apelaciones a concluir -erradamente- que el 19º Juzgado Civil de Santiago era un Tribunal incompetente para conocer de la presente materia y, consecuentemente, a omitir pronunciamiento respecto del resto de las apelaciones acumuladas a la presente causa. En efecto, si el voto de mayoría hubiera realizado un análisis completo y no parcial del derecho aplicable, citando toda la norma aplicable al caso y/o si hubiera realizado una exposición completa y no parcial de la sentencia dictada por el TCP; habría fallado en el sentido opuesto al que lo hizo, advirtiendo que el Tribunal Civil es el competente para conocer del presente asunto y, por lo mismo, se hubiera pronunciado acerca del resto de las apelaciones acumuladas a la presente causa.
91. Así las cosas, conforme a las consideraciones expuestas en esta presentación, corresponde que la Excm. Corte Suprema invalide la sentencia recurrida y, separadamente y sin nueva vista de la causa, dicte una sentencia de reemplazo, en virtud de la cual, declare que el 19º Juzgado Civil de Santiago es el Tribunal competente para conocer de la presente causa y se pronuncie sobre de las apelaciones acumuladas, respecto de las cuales la sentencia recurrida omitió pronunciamiento.

POR TANTO, en mérito de los argumentos antes expuestos y de conformidad a lo dispuesto en los artículos 764 y siguientes del CPC y demás normas pertinentes,

SÍRVASE S.S. ILTMA., tener por deducido recurso de casación en la forma en contra de la sentencia dictada en autos, el día 28 de agosto de 2020, en virtud de la cual se declaró que el 19º Juzgado Civil era incompetente para conocer del presente asunto, por ser competente el TCP, solicitando se conceda el presente recurso, elevando los autos a la Excm. Corte Suprema, con el fin de que ésta conociendo el recurso declare la existencia del vicio y defecto de que adolece la sentencia recurrida, el que ya fue descrito y configura la causal de casación en la forma prescrita en el artículo 768 N° 5 del CPC, anulando e invalidando la sentencia de autos y, una vez hecho, separadamente y sin nueva vista, dicte sentencia de reemplazo en virtud de la cual:

- i. Rechace el recurso de apelación Ingreso a Corte Rol N° 2023-2020, deducido por los demandantes en contra de la resolución que rechazó la excepción dilatoria de incompetencia del Tribunal, declarando que el Tribunal civil en que se dedujo la presente demanda es el competente para conocer de la presente acción;

- ii. Se pronuncie respecto del resto de las apelaciones acumuladas que la sentencia recurrida omitió pronunciamiento, declarando que: **(i)** Respecto del ingreso a Corte Rol N° 14485-2019, se rechaza la apelación deducida por CLARO en contra de la resolución que decretó la suspensión de los efectos de los actos administrativos impugnados; **(ii)** Respecto del ingreso a Corte Rol N° 3128-2020, se acoge la apelación deducida por esta parte en contra de la resolución que rechazó la solicitud de dictar medidas conducentes al cumplimiento de la medida precautoria decretada en autos; y/o **(iii)** Respecto del ingreso a Corte Rol N° 4625-2020, se rechazan las apelaciones deducidas por el CDE en contra de la resolución que rechazó su solicitud de alzamiento de la medida precautoria y/o en contra de la resolución que ordenó pasar los antecedentes al MINISTERIO PÚBLICO a fin de que se determine si se ha configurado o no el delito de desacato; y/o

- iii. En subsidio de la petición anterior, se ordene a la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago a pronunciarse respecto de aquellas apelaciones acumuladas de las cuales omitió pronunciarse, declarando que: **(i)** Respecto del ingreso a Corte Rol N° 14485-2019, se rechaza la apelación deducida por CLARO en contra de la resolución que decretó la suspensión de los efectos de los actos administrativos impugnados; **(ii)** Respecto del ingreso a Corte Rol N° 3128-2020, se acoge la apelación deducida por esta parte en contra de la resolución que rechazó la solicitud de dictar medidas conducentes al cumplimiento de la medida precautoria decretada en autos; y/o **(iii)** Respecto del ingreso a Corte Rol N° 4625-2020, se rechazan las apelaciones deducidas por el CDE en contra de la resolución que rechazó su solicitud de alzamiento de la medida precautoria y/o en contra de la resolución que ordenó pasar los antecedentes al MINISTERIO PÚBLICO a fin de que se determine si se ha configurado o no el delito de desacato.

PRIMER OTROSÍ: Que, dentro de plazo, y simultáneamente con el recurso de casación en la forma deducido en lo principal, de conformidad con lo dispuestos en los artículo 764 y siguientes del CPC, venimos a deducir recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia dictada por S.S. Iltma., de fecha 28 de agosto de 2020, en virtud de la cual, acogió el recurso de apelación deducido por las demandadas CLARO y el CDE, en contra de la resolución dictada por el Tribunal de primera instancia que rechazó la excepción dilatoria de incompetencia del Tribunal deducida por éstas, declarando la incompetencia del Tribunal Civil para conocer de la presente causa por considerar que el competente es el TCP; solicitando a S.S. Iltma. se sirva conceder el presente recurso, elevando los autos ante la Excma. Corte Suprema, con el fin de que

ésta, conociendo el recurso, lo acoja, invalidando la sentencia recurrida dictada con infracción **al artículo 76, inciso segundo de la CPR; los artículos 5, 7 y 24 de la Ley N° 19.886; los artículos 1 N° 14, 14 y 14 bis del Decreto N° 250-2004 que "Aprueba Reglamento de la Ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios" (en adelante, "Reglamento de la Ley N° 19.886"); los artículos 5, inciso primero y segundo, 10, inciso segundo, 108 y 109 del Código Orgánico de Tribunales (en adelante, "COT"); y/o el artículo 3 del CPC** y, acto seguido, dicte sentencia de reemplazo, la cual:

- i. Rechace el recurso de apelación ingreso a Corte Rol N° 2023-2020, deducido por los demandantes en contra de la resolución que rechazó la excepción dilatoria de incompetencia del Tribunal, declarando que el Tribunal civil en que se dedujo la presente demanda es el competente para conocer de la presente acción;
- ii. Se pronuncie respecto del resto de las apelaciones acumuladas que la sentencia recurrida omitió pronunciamiento, declarando que: **(i)** Respecto del ingreso a Corte Rol N° 14485-2019, se rechaza la apelación deducida por CLARO en contra de la resolución que decretó la suspensión de los efectos de los actos administrativos impugnados; **(ii)** Respecto del ingreso a Corte Rol N° 3128-2020, se acoge la apelación deducida por esta parte en contra de la resolución que rechazó la solicitud de dictar medidas conducentes al cumplimiento de la medida precautoria decretada en autos; y/o **(iii)** Respecto del ingreso a Corte Rol N° 4625-2020, se rechazan las apelaciones deducidas por el CDE en contra de la resolución que rechazó su solicitud de alzamiento de la medida precautoria y/o en contra de la resolución que ordenó pasar los antecedentes al MINISTERIO PÚBLICO a fin de que se determine si se ha configurado o no el delito de desacato; y/o
- iii. En subsidio de la petición anterior, se ordene a la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago a pronunciarse respecto de aquellas apelaciones acumuladas de las cuales omitió pronunciarse, declarando que: **(i)** Respecto del ingreso a Corte Rol N° 14485-2019, se rechaza la apelación deducida por CLARO en contra de la resolución que decretó la suspensión de los efectos de los actos administrativos impugnados; **(ii)** Respecto del ingreso a Corte Rol N° 3128-2020, se acoge la apelación deducida por esta parte en contra de la resolución que rechazó la solicitud de dictar medidas conducentes al cumplimiento de la medida precautoria decretada en autos; y/o **(iii)** Respecto del ingreso a Corte Rol N° 4625-2020, se rechazan las apelaciones deducidas por el CDE en contra de la resolución que rechazó

su solicitud de alzamiento de la medida precautoria y/o en contra de la resolución que ordenó pasar los antecedentes al MINISTERIO PÚBLICO a fin de que se determine si se ha configurado o no el delito de desacato.

En términos simples S.S. Iltma., por medio de la sentencia recurrida, el voto de mayoría: **(i)** Confundió los procedimientos de contratación administrativa de Licitación Pública y Gran Compra vía Convenio Marco, aun cuando la Ley N° 19.886 y su Reglamento establecen manifiesta diferencias entre ambos procedimientos; y, **(ii)** Consideró erróneamente que el TCP es competente para conocer de las ilegalidades y arbitrariedades ocurridas en un proceso de Gran Compra vía Convenio Marco, aun cuando el legislador limitó la competencia de dicho Tribunal únicamente para conocer de los procesos de Licitación Pública y Privada.

En atención a lo anterior, la sentencia recurrida: **(i)** Al confundir los procedimientos de Licitación y Convenio Marco para declararse incompetente, infringió los artículos 5 y 7 de la Ley N° 19.886 y artículos 1 N° 14, 14 y 14 bis del Reglamento de la Ley N° 19.886, que establecen características diferentes para cada uno de ellos; **(ii)** Al incluir al procedimiento de Gran Compra vía Convenio Marco dentro de la competencia del TCP, infringió el inciso segundo del artículo 24 de la N° 19.886 que define la competencia del TCP únicamente para las ilegalidades y arbitrariedades sucedidas en una Licitación; y, **(iii)** Al acoger la excepción dilatoria y declarar al Tribunal Civil incompetente, aun cuando éste era competente, infringió las normas que fijan su competencia, éstas son, el artículo 76, inciso segundo de la CPR, los artículos 5, inciso primero y segundo, 10, inciso segundo, 108 y 109 del COT y el artículo 3 del CPC.

En definitiva, fundamos el presente recurso de casación en el fondo en las siguientes consideraciones de hecho y de derecho que, pasamos a exponer:

I. HECHOS ESTABLECIDOS EN LA PRESENTE CAUSA:

1. Según consta en el presente expediente, los siguientes son hechos ciertos de la presente causa:
 - i. Que, en el marco del programa de Hospital Digital desarrollado por el MINISTERIO DE SALUD, mediante la Resolución N° 1135, de 6 de diciembre de 2018, de la SUBSECRETARÍA RRAA, se aprobó la intención de compra para la contratación del Servicio "Componentes de la Historia Clínica Compartida Nacional", bajo el Convenio Marco ID 22389-17-LP11 e ID 2239-21-LR15, Gran Compra ID 44024.

- ii. Que, en el marco del proceso de Gran Compra Vía Convenio Marco recién referido, por medio de la Resolución Exenta N° 203, la SUBSECRETARIA DE RRAA seleccionó la oferta del proveedor CLARO y declaró inadmisibile la oferta de PRONOVA.
- iii. Que, en contra de dicha resolución PRONOVA interpuso una acción de reclamación ante el TCP (Rol N° 69-2019), la cual fue rechazada por dicho Tribunal por considerar que la acción era extemporánea y que el TCP no era competente para conocer de esta materia por tratarse de un proceso de Gran Compra vía Convenio Marco.
- iv. Que, PRONOVA presentó una solicitud de medida cautelar prejudicial ante el TDLC, solicitando -entre otras cosas- se ordenara la suspensión de los efectos de la Resolución N° 203, la que igualmente fue rechazada por el TDLC por declararse incompetente para conocer de esta materia.
- v. Que, habiéndose declarado incompetentes el TCP y el TDLC para conocer del presente asunto, PRONOVA dedujo la presente demanda de nulidad de derecho público en contra de CLARO y el CDE, solicitando la declaración de nulidad de derecho público de los siguientes actos administrativos relacionados con el proceso de Gran Compra vía Convenio Marco ID 44024, convocada por la SUBSECRETARÍA DE RRAA: **(i)** El Informe de evaluación de Ofertas; **(ii)** La Resolución Exenta N° 203; y/o, **(iii)** En general, todos los actos y/o contratos administrativos que complementen o emanen de los actos administrativos recién individualizados, como por ejemplo, el contrato celebrado entre el MINISTERIO DE SALUD -a través de la SUBSECRETARÍA RRAA- con la empresa CLARO, de fecha 6 de marzo de 2019, para llevar a cabo la contratación del proceso Gran Compra ID 44024.
- vi. Que, en la presente causa, con fecha 30 de agosto de 2019, la empresa CLARO dedujo excepción dilatoria de incompetencia del Tribunal, aduciendo que, supuestamente, el Tribunal competente para conocer de la presente acción sería el TCP y no el 19° Juzgado Civil de Santiago. En el mismo sentido, con fecha 11 de octubre de 2019, el CDE dedujo excepción de incompetencia del Tribunal y, en subsidio, excepción de Cosa Juzgada, aduciendo que el TCP ya habría fallado la presente causa al declararse incompetente para conocer de una acción deducida por PRONOVA por los mismos hechos de esta demanda.

- vii.** Que, por medio de la sentencia de fecha 15 de enero de 2020, el 19° Juzgado Civil de Santiago rechazó las excepciones dilatorias de incompetencia del Tribunal opuestas por los demandados, señalando que, la competencia del TCP se limita únicamente a conocer de las ilegalidades ocurridas en los procedimientos de Licitación Pública o Privada, pero no en los procesos de Gran Compra vía Convenio Marco, como el presente. En lo que respecta a la excepción de cosa juzgada, el Tribunal dejó su resolución para la sentencia definitiva.
- viii.** Que, con fecha 17 y 21 de enero de 2020, CLARO y el CDE, respectivamente, dedujeron recurso de apelación en contra de la resolución dictada por el 19° Juzgado Civil de Santiago que rechazó la excepción dilatoria del Tribunal.
- ix.** Que, con fecha 11 de febrero de 2020, ambas apelaciones ingresaron a la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago bajo el Rol N° 2023-2020, la cual, con fecha 2 de marzo de 2020 fue acumulada a la causa Rol N° 14485-2020.
- x.** Que, la causa Rol N° 14485-2020 -a la que fue acumulada la causa Rol N° 2023-2020- trataba de una apelación deducida por la empresa CLARO en contra de la resolución dictada por el 19° Juzgado Civil de Santiago que ordenó la medida precautoria de suspensión de los efectos de los actos administrativos impugnados.
- xi.** Que, a la causa Rol N° 14485-2020, además, se encontraban acumuladas las siguientes causas: **(i)** La causa Rol N° 3128-2020, que consistía en una apelación deducida por esta parte en contra de la resolución dictada por el 19° Juzgado Civil de Santiago que rechazó la solicitud de dictar medidas conducentes al cumplimiento de la medida precautoria decretada en autos; y, **(ii)** La causa Rol N° 4625-2020, que consistía en dos apelaciones deducidas por el CDE en contra de la resolución dictada por el 19° Juzgado Civil de Santiago que rechazó su solicitud de alzamiento de la medida precautoria y en contra de la resolución dictada por el 19° Juzgado Civil de Santiago que ordenó remitir los antecedentes al MINISTERIO PÚBLICO a fin de determinar si se había configurado el delito de desacato.
- xii.** Que, con fecha 28 de agosto de 2020, por medio de la resolución recurrida S.S. Iltma. acogió la apelación Rol N° 2023-2020, declarando que el Tribunal Civil era incompetente para conocer de la

presente acción y omitió pronunciamiento respecto del resto de las apelaciones acumuladas, estas son, las Rol N°s 14485-2020, 3128-2020 y 4625-2020, ya referidas.

II. DE LA SENTENCIA RECURRIDA DICTADA POR LA ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO:

2. Según se explicó, por medio de la resolución de fecha 28 de agosto de 2020 -la resolución recurrida-, el voto de mayoría de esta Iltma. Corte de Apelaciones -entre otras cosas-, acogió el recurso de apelación deducido por los demandados y revocó la resolución dictada por el 19° Juzgado Civil de Santiago, de fecha 15 de enero de 2020, declarando que el referido Tribunal es incompetente para conocer del presente asunto, por corresponderle al TCP.
3. Si bien en atención al principio de economía procesal nos remitimos a lo señalado sobre esta materia en lo principal de esta presentación, cabe reiterar que, para fundar su decisión, el voto de mayoría -de las Ministras Sras. MARÍA ROSA KITTSTEINER y GLORIA SOLIS- esgrimió tres argumentos: **(i)** Que, supuestamente, el artículo 24 de la Ley N° 19.886 dotaría de competencia al TCP para conocer de los procesos de Gran Compra vía Convenio Marco (considerando 4°); **(ii)** Que, en los procesos de Gran Compra vía Convenio Marco se sustanciaría un procedimiento de Licitación Pública (considerando 5°); y, **(iii)** Que, en la presente causa, el TCP habría rechazado la acción interpuesta por encontrarse extemporánea (considerando 6°).
4. Asimismo, reiteramos que, en lo que respecta al resto de las apelaciones acumuladas en esta causa -éstas son, los ingresos a Corte N°s 14485-2019, 3128-2020 y 4625-2020, todas ya referidas- la sentencia recurrida omitió pronunciarse, por considerar que, en atención a la incompetencia se debía omitir pronunciamiento respecto de dichas materias.
5. Pues bien, según se analizará a continuación, el razonamiento esgrimido por la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago: **(i)** Confundió los procedimientos de contratación administrativa de Licitación Pública y Convenio Marco; y, **(ii)** Desconoció que el TCP tiene competencia únicamente para conocer de las ilegalidades y arbitrariedades ocurridas en un procedimiento de Licitación (Pública o Privada), excluyendo a los procesos de Gran Compra vía Convenio Marco, como el caso de autos.

6. En atención a lo anterior, la sentencia recurrida: **(i)** Al confundir los procedimientos de Licitación y Convenio Marco para declararse incompetente, infringió los artículos 5 y 7 de la Ley N° 19.886 y artículos 1 N° 14, 14 y 14 bis del Reglamento de la Ley N° 19.886, que establecen características diferentes para cada uno de ellos; **(ii)** Al incluir al procedimiento de Gran Compra vía Convenio Marco dentro de la competencia del TCP, infringió el inciso segundo del artículo 24 de la N° 19.886 que define la competencia del TCP únicamente para las ilegalidades y arbitrariedades sucedidas en una Licitación; y, **(iii)** Al acoger la excepción dilatoria y declarar al Tribunal Civil incompetente, aun cuando éste era competente, infringió las normas que fijan su competencia, éstas son, el artículo 76, inciso segundo de la CPR, los artículos 5, inciso primero y segundo, 10, inciso segundo, 108 y 109 del COT y el artículo 3 del CPC.

III. DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA REGULADOS POR LA LEY N° 19.886 Y SU REGLAMENTO Y, EN ESPECÍFICO, DEL PROCESO DE GRAN COMPRA VÍA CONVENIO MARCO:

7. A diferencia de lo que sucede en el Derecho Privado, en el Derecho Administrativo la formación del consentimiento se encuentra supeditada a la utilización de mecanismos de contratación, los cuales han sido definidos por la doctrina como "*aquellos procedimientos administrativos destinados a perfeccionar un contrato administrativo, (...)*".⁸ Según se desprende de la propia definición, los procesos de contratación administrativa son parte del procedimiento administrativo, ello significa que la selección del contratante privado no se agota en un acto administrativo único -como lo es la adjudicación-, sino que es el resultado de varios actos, hechos de la Administración que se encuentran en constante colaboración y concurrencia con los actos y hechos jurídicos del cocontratante privado.
8. En este contexto, la Ley N° 19.886 y su Reglamento introdujeron, inicialmente, los siguientes cuatro procedimientos de contratación administrativa: **(i)** La licitación Pública; **(ii)** La Licitación privada; **(iii)** El Trato Directo; y, **(iv)** El Convenio Marco. Posteriormente, en una reforma al Reglamento de la Ley N° 19.886 ocurrida en el año 2015, se incluyó una especie de quinto procedimiento de contratación administrativa que fue el proceso de Gran Compra vía Convenio Marco.

⁸ CELIS DANZINGER, Gabriel. (2016). Contratos Administrativos, p. 46.

9. La regulación de estos procedimientos de contratación administrativa en la normativa nacional tiene la particularidad que, mientras la Licitación Pública, la Licitación Privada y el Trato Directo se encuentran suficientemente regulados en la Ley N° 19.886; el Convenio Marco y el proceso de Gran Compra vía Convenio Marco se encuentran mayormente regulados en el Reglamento. Concretamente, el inciso primero del artículo 5 de la Ley N° 19.886, establece lo siguiente: "*La Administración adjudicará los contratos que celebre mediante **licitación pública, licitación privada o contratación directa***" (énfasis agregado); y luego el artículo 7 de la misma Ley se encarga de definir estos tres procedimientos de contratación administrativa, señalando lo siguiente:

"Para efectos de esta ley se entenderá por:

a) Licitación o propuesta pública: *el procedimiento administrativo de carácter concursal mediante el cual la Administración realiza un llamado público, convocando a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas, formulen propuestas, de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente.*

En las licitaciones públicas cualquier persona podrá presentar ofertas, debiendo hacerse el llamado a través de los medios o sistemas de acceso público que mantenga disponible la Dirección de Compras y Contratación Pública, en la forma que establezca el reglamento. Además, con el objeto de aumentar la difusión del llamado, la entidad licitante podrá publicarlo por medio de uno o más avisos, en la forma que lo establezca el reglamento.

b) Licitación o propuesta privada: *el procedimiento administrativo de carácter concursal, previa resolución fundada que lo disponga, mediante el cual la Administración invita a determinadas personas para que, sujetándose a las bases fijadas, formulen propuestas, de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente.*

c) Trato o contratación directa: *el procedimiento de contratación que, por la naturaleza de la negociación que conlleva, deba efectuarse sin la concurrencia de los requisitos señalados para la licitación o propuesta pública y para la privada. Tal circunstancia deberá, en todo caso, ser acreditada según lo determine el reglamento.*

La Administración no podrá fragmentar sus contrataciones con el propósito de variar el procedimiento de contratación" (énfasis agregado).

10. Por su parte, el Convenio Marco no se encuentra definido en la Ley N° 19.886, sino en el artículo 1 N° 14 del Reglamento de la Ley N° 19.886, norma que lo define como aquel *"Procedimiento de contratación realizado por la Dirección de Compras, para procurar el suministro directo de bienes y/o servicios a las Entidades, en la forma, plazo y demás condiciones establecidas en dicho convenio"*. Agrega el inciso cuarto del artículo 14 del Reglamento de la Ley N° 19.886 que, a través de este procedimiento, se suscriben catálogos que contienen una descripción de los bienes y servicios ofrecidos, sus condiciones de contratación y la individualización de los proveedores que se adjudicaron el Convenio Marco.
11. Esta escasa regulación a nivel legal del Convenio Marco ha sido reconocida y criticada por la doctrina administrativa. Al respecto se ha reprochado la escasa densidad normativa de este mecanismo, el cual se encuentra únicamente regulado a nivel reglamentario y en forma superficial, considerando que la única mención que la Ley N° 19.886 realiza al Convenio Marco se encuentra a propósito de las facultades de la Dirección de Compras y Contratación Pública (en adelante, **"DCYCP"**) en el artículo 30, cuya letra d) de la Ley.⁹
12. En cuanto a su procedencia, nuestra legislación ha puesto a los Convenios Marcos en el primer lugar en orden de prelación, incluso por sobre la Licitación Pública, Privada y el Trato Directo. En este sentido, el artículo 8 del Reglamento de la Ley N° 19.886 establece que los Servicios públicos deben considerar el Convenio Marco como primera opción de compra para los productos y servicios ofrecidos en éste, de modo que éstos son obligatorios para las entidades licitantes, sin importar el monto de la contratación.
13. Una de las características relevantes del Convenio Marco es que, en ciertos aspectos es un mecanismo concursal y, en otros, es una negociación directa. En efecto, al momento de suscribir el convenio marco, la DCYCP realiza un llamado abierto (mecanismo de carácter concursal) a todos los oferentes que estén interesados en suscribir el convenio y ser parte del catálogo respectivo. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en el resto de los mecanismos de carácter concursal regulados por la Ley N° 19.886 - como la Licitación Pública o Privada-, en esta oportunidad resultan

⁹ LARA ARROYO, José Luis y GARCÍA-HUIDOBRO Herrera (2016). Aspectos Críticos y Desafíos de la Contratación Administrativa Bajo la Ley N° 19.886. En: Perspectivas Para la Modernización de la Contratación Administrativa. Actas de las XI Jornadas de Derecho Administrativo 2014. Valparaíso, Chile: Ediciones Universitarias de Valparaíso de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, p. 134

adjudicados todos los proponentes que cumplan las condiciones técnicas y económicas fijadas en las respectivas bases. Por esta razón, se ha señalado que, al celebrar Convenios Marcos, la DCYCP no está adquiriendo bienes o contratando servicios, sino que obtiene del adjudicatario el compromiso de que éste suministre a las entidades lo que ellas le soliciten.¹⁰

14. Por otro lado, una vez suscrito el Convenio Marco, el inciso sexto del artículo 14 del Reglamento de la Ley N° 19.886 establece que, si un órgano de la Administración desea contratar, deberá emitir la orden de compra directamente al contratista adjudicado. En este aspecto puede señalarse que el Convenio Marco es un mecanismo de contratación directa -y no concursal-, ya que la entidad licitante se relaciona directamente con el contratista adjudicado previamente por la DCYCP, adquiriendo el producto que aparece en el catálogo mediante la emisión de una orden de compra, sin que medie un acto de adjudicación, como tampoco un acto administrativo aprobatorio del contrato.¹¹
15. Ahora bien -y esto es muy relevante para el presente caso-, en el año 2015, se introdujo una modificación al Reglamento de la Ley N° 19.886 que buscó limitar los procesos de contratación directa en los casos de adquisiciones por Convenio Marco superior a 1.000 UTM, introduciendo un proceso concursal. En concreto, por medio de los artículos 14 y 14 bis del Reglamento de la Ley N° 19.886, se creó el proceso de Gran Compra vía Convenio Marco, por el cual, las entidades licitantes deberán comunicar, a través del Sistema, su intención de compra a todos los proveedores adjudicados en la respectiva categoría del Convenio Marco del bien o servicio que pretenden adquirir. En este caso, los oferentes deberán presentar sus respectivas ofertas y el órgano comprador, evaluará las ofertas, adjudicando a aquel que presente la oferta más ventajosa.
16. De esta manera, suscrito el convenio marco por la DCYCP, el órgano de la Administración que desea contratar debe distinguir si la compra que se pretende supera o no las 1.000 UTM. En caso de que se trate de una compra inferior a las 1.000 UTM, la entidad licitante emitirá una orden de compra directamente al contratista; y, en caso contrario, la entidad licitante deberá someterse al proceso de Gran Compra vía Convenio Marco, esto es, deberá comunicar, a través del Sistema de Información, la intención de comprar a

¹⁰ BARRA GALLARDO, Nancy y CELIS DANZINGER, Gabriel (2011). Contratación Administrativa Bajo la Ley de Compras. Santiago, Chile: Legal Publishing Chile., p. 70.

¹¹ CELIS DANZINGER, Gabriel. (2016). Contratos Administrativos, Santiago, Chile: El Jurista, p. 77. En efecto, el artículo 17 del RLBCASYS dispone: "Las entidades se relacionarán directamente con el contratista adjudicado por la Dirección, a través de la emisión de la orden de compra respectiva".

todos los proveedores adjudicados en la respectiva categoría del Convenio Marco.

17. En específico, el procedimiento de Gran Compra vía Convenio Marco se encuentra regulado en los incisos primero, segundo, tercero y cuarto del artículo 14 bis del Reglamento de la Ley N° 19.886, que disponen lo siguiente:

"En las adquisiciones vía convenio marco superiores a 1.000 UTM, denominadas Grandes Compras, 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.

Esta comunicación será realizada con la debida antelación, considerando los tiempos estándares necesarios para la entrega de la cantidad de bienes o servicios solicitados. Adicionalmente, en dicha comunicación se deberá contemplar un plazo razonable para la presentación de las ofertas, el cual no podrá ser inferior a 10 días hábiles contados desde su publicación.

Las ofertas recibidas en el marco de un procedimiento de Grandes Compras serán evaluadas según los criterios y ponderaciones definidos en las bases de licitación del convenio marco respectivo, en lo que les sean aplicables. Asimismo, las bases de licitación del convenio marco respectivo podrán establecer criterios de evaluación especiales para los procedimientos de Grandes Compras.

En la comunicación de la intención de compra se indicará, al menos, la fecha de decisión de compra, los requerimientos específicos del bien o servicio, la cantidad y las condiciones de entrega y los criterios y ponderaciones aplicables para la evaluación de las ofertas. La entidad deberá seleccionar la oferta más conveniente según resultado del cuadro comparativo que deberá confeccionar sobre la base de los criterios de evaluación y ponderaciones definidas en la comunicación de la intención de compra, cuadro que será adjuntado a la orden de compra que se emita y servirá de fundamento de la resolución que apruebe la adquisición".

18. En atención a lo anterior, **la jurisprudencia del TCP ha reconocido que el proceso de Gran Compra vía Convenio Marco es un procedimiento especial regulado en la Ley N° 19.886 que difiere de la Licitación**, pues tienen características distintas. En este sentido, el TCP ha señalado lo siguiente:

"(...) tampoco puede estimarse que la Gran Compra constituya un proceso licitatorio, toda vez que carece de un pliego de condiciones que regule el procedimiento administrativo de adquisición, sino que sólo contempla la emisión de una intención de compra, que debe ceñirse a las bases de la licitación del convenio marco del cual deriva" (énfasis agregado).¹²

19. Esta diferencia, además, fue reconocida por la FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (en adelante, "FNE") en su reciente "Estudio de Mercado sobre Compras Públicas (EM05-2019) Informe Preliminar", de agosto de 2020, en la que señaló que: **"Esta Intención de Compra no corresponde a bases de licitación, por lo que en su texto no podrán contenerse disposiciones propias de un pliego de condiciones aplicable a una licitación pública"** (énfasis agregado).¹³
20. En el mismo sentido, además, se ha pronunciado la doctrina administrativa, al manifestar las siguientes diferencias entre el Convenio Marco y la Licitación Pública: **(i)** Mientras que en la Licitación Pública sólo puede resultar un adjudicado, en el Convenio Marco resultarán adjudicados todos aquellos oferentes que cumplan los requisitos; **(ii)** Mientras que, en atención a las pretensiones de durabilidad en el tiempo del Convenio Marco, en éste se puede establecer un procedimiento dinámico que permita al proveedor adjudicado incluir nuevos bienes o servicios no ofertados en su oferta, en una Licitación Pública se encuentra prohibido a los oferentes modificar sus propuestas una vez que son presentadas; y, **(iii)** En atención a la Ley N° 20.557, del presupuesto de sector público para el año 2012, los contratos tipos contenidos en las bases de un Convenio Marco se entenderán perfeccionados una vez notificada a la través del Sistema de Información, mientras que en la Licitación Pública se exige la firma de un contrato.¹⁴
21. En la misma línea, la doctrina ha señalado que el procedimiento de Gran Compra vía Convenio Marco difiere de aquel regulado para la Licitación Privada, en los siguientes sentidos:

¹² Sentencia del TCP Rol N° 270-2017.

¹³ Fiscalía Nacional Económica (2020) "Estudio de Mercado sobre Compras Públicas (EM05-2019) Informe Preliminar", p. 126 disponible en: <https://www.fne.gob.cl/fne-propone-reformas-al-sistema/> [última visita: 11.09.2020]

¹⁴ Nicolás Turrys, Jenny (2019) Contratación administrativa: a través de convenios marco: naturaleza jurídica y aplicación práctica", Revista de Derecho Administrativo Económico, N° 20 [enero-junio 2015], pp. 56-61.

"En el caso hipotético de efectuarse una licitación privada, esta se diferencia de lo señalado hasta ahora, siguiendo lo dispuesto en el art. 44 del Reglamento de Compras, en cuanto sería la propia Dirección de Compras quien invitaría, a través de una resolución fundada que así lo disponga, a un mínimo de tres posibles proveedores interesados que tengan negocios de naturaleza similar a los que son objeto de la licitación. En este caso, y dadas la características del Convenio Marco, la adjudicación sería múltiple, es decir, a todos aquellos proveedores que alcanzarán el mínimo del puntaje establecido en la bases de licitación respectivas para resultar adjudicados".¹⁵

22. En definitiva, el Convenio Marco -y, en consecuencia, el proceso de Gran Compra Vía Convenio Marco- es un procedimiento de contratación pública contenido en la Ley N° 19.886 y su Reglamento, que contiene su propio procedimiento y características que lo distinguen del resto de los procedimientos administrativos contemplados en aquella legislación, tales como: la Licitación Pública, la Licitación Privada y el Trato Directo.

IV. DE LA COMPETENCIA DEL TCP, SUS CRÍTICAS Y PROPUESTAS DE REFORMA LEGAL:

23. La creación de un Tribunal especial para conocer de impugnaciones a algunos de los procesos de contratación administrativa fue una de las innovaciones introducidas por la Ley N° 19.886. La doctrina ha puesto de manifiesto que, de manera pionera, el TCP fue *"el primer órgano originado al amparo de la actual línea legislativa que opta -desde hace más de una década- por un modelo de justicia administrativa fraccionada y especializada, la que dejó atrás el antiguo anhelo de crear unos tribunales de lo contencioso-administrativo con competencia general para el conocimiento de los asuntos entre personas físicas o jurídicas, y la administración del Estado".¹⁶*
24. En cuanto a su competencia, los incisos primero y segundo del artículo 24 de la Ley N° 19.886 disponen que el TCP tiene competencia para conocer de los actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por dicha Ley y que tengan lugar entre la aprobación de las bases

¹⁵ NICOLAS TURRYS, Jenny (2019) Contratación administrativa: a través de convenios marco: naturaleza jurídica y aplicación práctica", Revista de Derecho Administrativo Económico, N° 20 [enero-junio 2015], p. 58.

¹⁶ VERGARA BLANCO, Alejandro y BARTLETT BURGUEIRA, Daniel. (2017). Propuestas para la Regulación del Tribunal de Contratación Pública. Organización, Funcionamiento y Competencia. Estudios Públicos, 147, p. 39.

de la respectiva Licitación y su adjudicación, **excluyendo de esta manera el resto de los procedimientos de contratación administrativa, como el Trato Directo y el Convenio Marco**. En concreto, los referidos incisos primero y segundo del artículo 24 de la Ley N° 19.886 disponen lo siguiente:

"El Tribunal será competente 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 esta ley.

*La acción de impugnación 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"* (énfasis y subrayado agregado).

25. A propósito de esta norma, abundante jurisprudencia del TCP se ha declarado incompetente para conocer de impugnaciones de procedimientos distintos a la Licitación Pública o Privada. Así, por ejemplo, en reiteradas ocasiones, el TCP se ha declarado incompetente para conocer de impugnaciones en contra de resoluciones dictadas en un procedimiento de Trato o Contratación Directa, manifestando lo siguiente:

*"Que, en consecuencia, el acto singularizado en el considerando anterior, cuya supuesta ilegalidad y/o arbitrariedad se reprocha, por parte de la actora, se ha materializado en un **procedimiento administrativo de contratación directa, respecto del cual, en conformidad a la disposición legal citada en el motivo primero [artículo 24 de la Ley N° 19.886], este Tribunal carece de competencia para avocarse a su conocimiento y juzgamiento, toda vez que sólo tiene competencia para conocer de las impugnaciones que se deduzcan respecto de procesos licitatorios propiamente tales, carácter que no tiene una contratación directa como se trata en la especie"*** (énfasis y subrayado agregado).¹⁷

26. Del mismo modo, el TCP ha manifestado que es incompetente para conocer de impugnaciones a Convenio Marco, por encontrarse excluidos del artículo 24 de la Ley N° 19.886. En este sentido, ha señalado lo siguiente:

¹⁷ Sentencia del TCP Rol N° 29-2010. Asimismo, el TCP se declaró incompetente para conocer de impugnaciones sobre procedimientos de trato directo en las siguientes causas: Roles N°s 99-2006, 6-2007 y 115-2009.

"Que, una correcta interpretación de la norma contenida en el artículo 24º de la Ley N° 19.886, obliga a concluir que la competencia de este Tribunal se limita únicamente al conocimiento y resolución de acciones de impugnación que tengan relación con aquellos procedimientos que constituyen una licitación pública o una propuesta privada, en la medida en que, en ambos casos, existan bases que al efecto haya establecido la autoridad que convoca al concurso, y a la que puedan concurrir, según se trate de una licitación pública o privada, los interesados en forma abierta o nominada mente, según se trate del primero o del segundo sistema, situación que no acontece con las contrataciones derivadas de la ejecución de los Convenios Marco. Tal aserto concuerda con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 24º de la ley antes citada, (...)” (énfasis y subrayado agregado).¹⁸

27. En el mismo sentido, en la resolución que acogió el incidente de la causa Rol N° 125-2011, el TCP se declaró nuevamente incompetente para conocer del conflicto suscitado en un Convenio Marco, argumentando lo siguiente:

*"(...) ya que **la adquisición vía convenio marco no se encuentra incluida dentro de los procedimientos administrativos de contratación enumerados en los artículos 5 y 7 de la Ley N° 19.886** [...] en efecto, la competencia de este órgano jurisdiccional se encuentra establecida en el artículo 24 de la citada ley exclusivamente respecto de los mencionados procedimientos administrativos de contratación” (énfasis agregado).*

28. Más recientemente, el TCP mantuvo su posición de declararse incompetente para conocer de las ilegalidades sucedidas en los procedimientos de contratación administrativa vía Convenio Marco, argumentando lo siguiente:

*"(...) tal como se ha señalado en la jurisprudencia de este Tribunal, **la acción u omisión supuestamente ilegal y/o arbitraria ocurrida durante la ejecución de un convenio marco, no puede ser conocida y juzgada por este Tribunal [...]**” puesto que esta modalidad de compra **“no constituye un proceso de aquellos que enumeran los artículos 5 y 7 de la Ley N° 19.886”**, por lo que la materia no se puede entender incluida en la delimitación de*

¹⁸ Sentencia del TCP Rol N° 33-2010. El TCP también se declaró incompetente para conocer de una impugnación al procedimiento de Convenio Marco en la causa Rol N° 52-2009.

*competencia establecida por el artículo 24 del texto legal” (énfasis agregado).*¹⁹

29. Y en el mismo sentido, en las causas Roles N°s 54-2016 y 151-2016, en las que el TCP se declaró incompetente para conocer de procesos de Gran Compra vía Convenio Marco por considerar que aquel procedimiento no constituye una licitación en los términos señalados por la Ley N° 19.886. En aquellas oportunidades el TCP señaló lo siguiente:

*“la acción u omisión supuestamente ilegal y/o arbitraria ocurrida durante la ejecución de un convenio marco, no puede ser conocida por este Tribunal [...]”, ya que **no constituye un proceso de aquellos que se enumeran en los artículos 5 y 7 de la Ley de Compras.** Asimismo, las materias de competencia del órgano estarían delimitadas por los artículos 1 y 24 de la Ley de Compras, pudiendo conocer de conflictos “ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por esta ley”, cuestión que no ocurre en un proceso de Gran Compra, dentro de la modalidad de un convenio marco” (énfasis agregado).*

30. Cabe recordar que, manteniendo esta tendencia jurisprudencial, el TCP se declaró incompetente para conocer de la impugnación interpuesta por PRONOVA (Rol N° 69-2019), por tratarse de un procedimiento de Gran Compra vía Convenio Marco, que se encuentra excluido del artículo 24 de la Ley N° 19.886. En efecto, en dicha oportunidad, el TCP declaró lo siguiente:

*“Que, por otra parte, de los antecedentes aportados es posible determinar que el servicio requerido se contrató a través de la modalidad “Grandes Compras”, prevista en el artículo 14 bis del Reglamento de la Ley N° 19.886, no pudiendo advertir este Tribunal de las alegaciones de la parte demandante, que en el proceso de Gran Compra impugnado, se configure un actuar ilegal por parte de la entidad licitante, correspondiente a alguna modificación de las condiciones establecidas en las bases de licitación del Convenio Marco que la origina, por lo que **las alegaciones de la demandante tienen relación con la ejecución del Convenio Marco, materia que no es de conocimiento de este Tribunal**” (énfasis y subrayado agregado).*

¹⁹ Sentencia del TCP Rol N° 39-2018.

31. Más aún, la escueta competencia del TCP que sólo lo habilita para conocer de procedimientos de Licitación Pública o Privada, incluso, fue reconocida por el propio Presidente del TCP, Sr. ÁLVARO ARÉVALO ADASMEEN, en la cuenta pública de dicho Tribunal del año 2018. En dicha oportunidad, el Presidente del TCP propuso una reforma a dicho Tribunal que incrementara su competencia, incluyendo la posibilidad de conocer de impugnaciones a los procedimientos de Gran Compra vía Convenio Marco, como es el presente caso. Concretamente, el Presidente del TCP señaló lo siguiente:

*"En cuanto a su competencia, se propone incrementarla sustancialmente, transformando al Tribunal en una jurisdicción contenciosa administrativa para conocer de todo conflicto en el ámbito de la contratación administrativa. (...) Por otra parte, **termina con la restricción referida a los procedimientos administrativos de contratación de que conoce, extendiendo sus atribuciones para juzgar ilegalidades o arbitrariedades ocurridas en las adquisiciones por contratación directa o vía Convenio Marco superiores a 1.000 UTM, también llamadas procedimientos de Grandes Compras**" (énfasis agregado).²⁰*

32. Adicionalmente, la exclusión de los procedimientos de contratación pública distintos a la Licitación Pública y Privada de la competencia del TCP también ha sido reconocida por la doctrina administrativa, señalando que el Tribunal es incompetente para conocer de impugnaciones a los procedimientos de Convenio Marco. En este sentido, se ha señalado lo siguiente: *"De acuerdo al análisis del texto legal y de la propia jurisprudencia del TCP (...), nos parece que entre las materias que han quedado fuera de su competencia estarían: (...) Las acciones u omisiones ilegales o arbitrarias ocurridas con ocasión de la ejecución de un convenio marco".²¹*
33. Por lo demás, la doctrina administrativa ha criticado la limitada competencia que el legislador le entregó al TCP, proponiendo una reforma legislativa en la materia. En este sentido, a propósito de las propuestas de reformas al sistema de contratación pública, el profesor JOSE LUIS LARA ha recomendado: *"Ampliar la competencia del Tribunal de Contratación Pública a (...) las grandes compras vía convenio marco. Ello ya que es precisamente dichas figuras negociales -hoy*

²⁰ Cuenta pública del año 2018 del TCP, disponible en: <https://www.tribunaldecontratacionpublica.cl/cuenta-publica/> [última visita: 10.09.2020]

²¹ ESCANILLA ABARZA, Eduardo (2013) "El Tribunal de Contratación Pública en Chile. Un análisis Crítico Propositivo", Derecho Público Iberoamericano, N° 2, pp. 110-111.

excluidas de la competencia del Tribunal- donde se verifica una serie de irregularidades para la administración del Estado” (énfasis agregado).²²

34. En el mismo sentido, además, se ha pronunciado el Profesor EDUARDO ESCANILLA, quien también ha propuesto “**ampliar el ámbito competencial del TCP: 1) “considerando, al menos, las impugnaciones de todos los procedimientos de contratación administrativa contemplados actualmente en la Ley 19.886 (trato directo, empleo de **convenio marco**, etc.)”** (énfasis agregado).²³ Por su parte, el profesor ALEJANDRO VERGARA, también ha manifestado su preocupación por la escueta competencia del TCP en materia de Convenio Marco.²⁴
35. Por último, en su Informe Preliminar sobre estudio del mercado de las compras públicas, la FNE igualmente criticó la escueta competencia del TCP para conocer de los procedimientos de contratación administrativa, limitándola únicamente a los procesos de Licitación, evidenciando los problemas que aquella limitación acarrea para los derechos de defensa de los afectados. En este sentido, la FNE señaló lo siguiente:

*“El TCP es así solamente competente para conocer de acciones u omisiones ilegales o arbitrarias que se den en el marco de licitaciones, y esta competencia se agota en la etapa precontractual. (...) **El hecho de que el TCP no conozca de actos u omisiones ilegales o arbitrarias en el contexto de procedimientos no competitivos, como los tratos directos o las Grandes Compras en los casos de los convenios marco, restringe los cursos de acción que tienen los terceros afectados en estos procesos y la posibilidad de obtener medidas correctivas de manera oportuna y accesible”** (énfasis agregado).²⁵*

36. En atención a los riesgos inherentes que conlleva un menor control judicial de las compras públicas, la FNE también recomendó una reforma legal en la materia que amplíe la competencia del TCP para conocer de ilegalidades sucedidas en todos los procedimientos de contratación administrativa y no

²² LARA ARROYO, José Luis (2018) “Funcionamiento del sistema nacional De compras públicas y evaluación del Tribunal de Contratación Pública: propuesta de cambio” En: Un Estado para la ciudadanía, p. 749.

²³ ESCANILLA ABARZA, Eduardo (2013) “El Tribunal de Contratación Pública en Chile. Un análisis crítico propositivo”, Revista de Derecho Público Iberoamericano, N° 2, abril, p. 144.

²⁴ VERGARA BLANCO, Alejandro (2016) “Tribunal de Contratación Pública: bases institucionales, organización, competencia y procedimiento” Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 46, pp. 347-378.

²⁵ Fiscalía Nacional Económica (2020) “Estudio de Mercado sobre Compras Públicas (EM05-2019) Informe Preliminar”, p. 227 disponible en: <https://www.fne.gob.cl/fne-propone-reformas-al-sistema/> [última visita: 11.09.2020].

únicamente a aquellos en que ha mediado una Licitación Pública o Privada. En este sentido, la recomendación de la FNE es la siguiente:

*"(...) es necesario introducir una modificación legal que amplíe sustancialmente la competencia del Tribunal de Contratación Pública, para que conozca de actos u omisiones ilegales o arbitrarios, tanto de la etapa precontractual de **todos los mecanismos de adjudicación establecidos en la Ley de Compras y su Reglamento**, como de las disputas que se generen en la etapa de gestión de los contratos ya adjudicados por las entidades públicas"* (énfasis y subrayado agregado).²⁶

37. Las reformas propuestas al TCP, en definitiva, tienen por objeto restablecer el control sobre todos los procedimientos de contratación administrativa, protegiendo los derechos de los oferentes, tal y como lo ha reconocido la doctrina internacional. Específicamente en la Directiva 2007/66/CE del PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de fecha 11 de diciembre de 2007, se ha señalado lo siguiente:

*"(13) Con el fin de luchar contra la adjudicación directa ilegal, práctica que el Tribunal de Justicia ha calificado como la infracción más importante del Derecho comunitario en materia de contratos públicos por parte de un poder adjudicador o entidad contratante, **debe preverse una sanción efectiva, proporcionada y disuasoria**. Por consiguiente, **todo contrato derivado de una adjudicación directa ilegal debe considerarse en principio sin efectos (...)***

*(14) **La falta de efectos es la manera más eficaz de restaurar la competencia y de crear nuevas oportunidades empresariales para aquellos operadores económicos a los que se haya privado ilegalmente de sus oportunidades de competir"** (énfasis agregado).²⁷*

38. En definitiva, de todo lo dicho, es manifiesto que los incisos primero y segundo de la Ley N° 19.886 limitan la competencia del TCP para conocer únicamente de aquellas ilegalidades ocurridas en una Licitación Pública o Privada, excluyendo, en consecuencia, a los procesos de Gran Compra vía

²⁶ Fiscalía Nacional Económica (2020) "Estudio de Mercado sobre Compras Públicas (EM05-2019) Informe Preliminar", p. 229 disponible en: <https://www.fne.gob.cl/fne-propone-reformas-al-sistema/> [última visita: 11.09.2020].

²⁷ DIRECTIVA 2007/66/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos.

Convenio Marco, como ocurre en el presente caso. En este sentido, por lo demás, se ha pronunciado abundante jurisprudencia del TCP, las autoridades de dicho Tribunal, la doctrina administrativa y, más recientemente, la FNE a propósito de un estudio realizado al mercado de las compras públicas.

V. INFRACCIONES DE LEY EN QUE INCURRE LA SENTENCIA RECURRIDA:

39. De conformidad a nuestro ordenamiento jurídico, el recurso de casación en el fondo permite la invalidación de la sentencia cuando se ha configurado el quebramiento de una o más normas legales contenidas en la decisión, pudiendo consistir dicho error de derecho en; *"haber otorgado los sentenciadores un alcance diverso de aquel establecido por la ley a una norma legal, sea ampliando, sea restringiendo el mandato de sus disposiciones; o por haber aplicado una ley a un caso no previsto en ella; o finalmente, por haber dado aplicación a un precepto legal a una situación ajena a la de su prescripción"*.²⁸
40. Teniendo en consideración lo anterior podemos señalar que, el fallo en comento: **(i)** Al confundir los procedimientos de Licitación y Convenio Marco para declararse incompetente, infringió los artículos 5 y 7 de la Ley N° 19.886 y los artículos 1 N° 14, 14 y 14 bis del Reglamento de la Ley N° 19.886, que establecen características diferentes para cada uno de ellos; **(ii)** Al incluir al procedimiento de Gran Compra vía Convenio Marco dentro de la competencia del TCP para declararse incompetente, infringió el inciso segundo del artículo 24 de la N° 19.886 que define la competencia del TCP únicamente para las ilegalidades y arbitrariedades sucedidas en una Licitación; y, **(iii)** Al acoger la excepción dilatoria y declarar al Tribunal Civil incompetente, aún cuando éste era competente para conocer, infringió las normas que fijan su competencia, éstas son: el artículo 76, inciso segundo de la CPR, los artículos 5, inciso primeros y segundo, 10, inciso segundo, 108 y 109 del COT y el artículo 3 del CPC.

A. Infracciones a los artículos 5 y 7 de la Ley N° 19.886 y artículos 1 N° 14, 14 y 14 bis del Reglamento de la Ley N° 19.886:

41. Según se explicó anteriormente, en el considerando 5° de la sentencia recurrida, el voto mayoritario señaló, erróneamente que, en el proceso de

²⁸ MOSQUERA RUIZ, Mario y MATURANA MIQUEL Cristian. "Separata de Derecho Procesal. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile", p. 239.

Gran Compra vía Convenio Marco existiría una especie de Licitación Pública, confundiendo de esta manera dos procedimientos de contratación administrativa que son, en esencia, distintos. En efecto, tan grosero es el error de la sentencia recurrida que, incluso, en este considerando 5° se hizo referencia a la Ley de Transparencia como si la publicidad fuera una característica especial de los procedimientos licitatorios, aun cuando, dicho principio irroga a todos los procedimientos de compras públicas definidos en la Ley N° 19.886, no siendo particular o específico únicamente de la Licitación Pública.

42. En atención a lo señalado en los capítulos anteriores, el considerando 5° de la sentencia recurrida, al confundir los procedimientos de Gran Compra vía Convenio Marco y la Licitación Pública, infringió, principalmente, las siguientes normas:

i. **Los artículos 5, inciso primero y 7 de la Ley N° 19.886:** en cuanto dichas normas mencionan y definen la Licitación Pública, dotándola de características especiales que la distinguen del resto de los procedimientos de contratación administrativa regulados en la Ley, incluido el Convenio Marco.

ii. **Los artículos 1 N° 14 y 14 incisos primero, segundo, tercero, cuarto y quinto del Reglamento de la Ley N° 19.886:** que definen al Convenio Marco y su procedimiento específico, dotándolo de características especiales que lo distinguen del resto de los procedimientos de contratación administrativa regulados en la Ley, incluida la Licitación Pública.

iii. **El inciso sexto del artículo 14 y el artículo 14 bis del Reglamento de la Ley N° 19.886:** que, establecen las causales de procedencia del Proceso de Gran Compra vía Convenio Marco, estableciendo un procedimiento especial distinto a la Licitación Pública.

B. Infracciones al inciso segundo del artículo 24 de la Ley N° 19.886:

43. Según se explicó con anterioridad, en el considerando 4° de la sentencia recurrida, el voto de mayoría, de manera errónea, consideró que los procesos de Gran Compra vía Convenio Marco, como el caso de autos, se encontraban subsumidos en el artículo 24 de la Ley N° 19.886, aun cuando -según se explicó latamente- ello no es efectivo. En efecto, el inciso

segundo del artículo 24 de la Ley N° 19.886 expresamente limita la competencia del TCP para conocer únicamente de las ilegalidades y arbitrariedades ocurridas en una Licitación (Pública o Privada), excluyendo -entre otros procedimientos- a la Gran Compra vía Convenio Marco.

44. De esta manera, el voto de mayoría del fallo impugnado otorgó al artículo 24 de la Ley N° 19.886 un alcance diverso al definido por el Legislador, ampliando sus disposiciones a casos no cubiertos en éste, como lo es, la competencia del TCP para conocer de ilegalidades y arbitrariedades ocurridas en un proceso de Gran Compra vía Convenio Marco.

C. Infracciones al artículo 76, inciso segundo de la CPR, a los artículos 5, inciso primero y segundo, 10, inciso segundo, 108 y 109 del COT y al artículo 3 del CPC:

45. En último término, el voto de mayoría de la sentencia recurrida, al declararse incompetente para conocer de un asunto que debe ser conocido por los Tribunales de Letras en lo Civil, infringió las siguientes normas:
- i. **El artículo 76, inciso segundo de la CPR y el artículo 10, inciso segundo del COT:** ya que, habiéndose declarado previamente incompetente el TCP -y el TDLC- para conocer de la presente gestión, con la decisión contenida en el voto de mayoría -que declaró competente al TCP- en la práctica, se ha dejado a PRONOVA en la indefensión, pues no existe Tribunal que se haya declarado competente para conocer del presente asunto. En razón de lo anterior, es manifiesto que, reclamada la intervención de la justicia civil en forma legal y en un negocio que es de su competencia, la sentencia recurrida se ha excusado de ejercer su autoridad, dejando a esta parte en la completa indefensión.
 - ii. **Los incisos primero y segundo del artículo 5 del COT y el artículo 3 del CPC:** conforme a estas normas, las materias que no han sido asignadas a un Tribunal Especial y a un procedimiento especial, deberán ser conocidas por los Tribunales de Letras en lo Civil en un procedimiento ordinario. Así las cosas, con su decisión, la sentencia recurrida ha desconocido estas normas que le otorgan la competencia para conocer de la presente acción de nulidad de derecho público.
 - iii. **Los artículos 108 y 109 del COT:** finalmente, es manifiesto que la sentencia recurrida ha infringido las normas sobre competencia, ya

que, ha alterado la competencia legalmente radicada en el 19º Juzgado Civil de Santiago.

VI. LAS INFRACCIONES DE LEY INFLUYERON SUSTANCIALMENTE EN LO DISPOSITIVO DEL FALLO:

46. Una correcta aplicación del conjunto de normas infringidas hubiera impedido a la Il. Corte de Apelaciones de Santiago acoger la excepción dilatoria de incompetencia del Tribunal, ya que: **(i)** No hubiera confundido los procedimientos de contratación administrativa de Licitación Pública y Gran Compra vía Convenio Marco; **(ii)** Hubiera advertido que el TCP es incompetente para conocer de los procesos de Gran Compra vía Convenio Marco, ya que sólo es competente para conocer de los procesos de Licitación; y, **(iii)** Hubiera declarado que el 19º Juzgado Civil de Santiago es el Tribunal competente para conocer de la presente acción.
47. Así, bajo una correcta interpretación y aplicación de las Leyes vulneradas, la Il. Corte de Apelaciones de Santiago hubiera advertido que las impugnaciones a los procesos de Gran Compra vía Convenio Marco se encuentran excluidos de la competencia del TCP y, en consecuencia, hubiera advertido que aquella materia corresponde a los Tribunales de Letras en lo Civil, como el 19º Juzgado Civil de Santiago.
48. Asimismo, de haberse declarado competente para conocer del presente asunto, la sentencia impugnada se hubiera pronunciado sobre el resto de las apelaciones acumuladas a la presente causa.

VII. ESTADO EN QUE DEBERÁ QUEDAR EL PROCESO:

49. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 785 del CPC, en el caso de que la Excma. Corte Suprema acoja el presente recurso de casación en el fondo, dictará acto continuo y sin nueva vista, pero separadamente, la sentencia que corresponda con arreglo a la Ley.
50. En atención a lo anterior, la Excma. Corte Suprema será el Tribunal que, junto con invalidar la sentencia recurrida, separadamente y sin nueva vista, deberá dictar una sentencia de reemplazo en virtud de la cual, rechazando las apelaciones deducidas por las demandadas en contra de la resolución que rechazó las excepciones de incompetencia -esto es, declarándose competente para conocer del presente asunto- y se pronuncie acerca del resto de las apelaciones acumuladas a la presente causa -éstas son las

Roles N°s 14485-2019, 3128-2020 y 4625-2020- respecto de las cuales la sentencia recurrida omitió pronunciarse.

VIII. EN LA SENTENCIA DE REEMPLAZO, LAS APELACIONES ACUMULADAS A LA PRESENTE CAUSA ROLES N°S 14485-2019 Y 4625-2020 DEBEN SER RECHAZADAS Y/O LA APELACIÓN ROL N° 3128-2020 DEBE SER ACOGIDA:

51. Según se explicó, para el caso que la Excm. Corte Suprema invalide la sentencia recurrida, separadamente y sin nueva vista deberá dictar una sentencia de reemplazo en la que, además de declararse competente para conocer de la presente causa, deberá pronunciarse acerca de las apelaciones acumuladas a la presente causa, respecto de las cuales la sentencia recurrida omitió pronunciarse.
52. En este contexto, y para el caso que la Excm. Corte Suprema considere que es el Tribunal competente para pronunciarse acerca de las apelaciones pendientes, consideramos relevante señalar las razones por las que, en dicha sentencia de reemplazo se deberá rechazar las apelaciones acumuladas a la presente causa Roles N°s 14485-2019 y 4625-2020 y/o acoger la apelación Rol N° 3128-2020. Para efectos de lo anterior, en atención al principio de economía procesal, nos remitimos a lo señalado sobre esta materia en lo principal de esta presentación, específicamente al Capítulo XIII, argumentos que damos por expresamente reproducidos.

IX. CONCLUSIONES:

53. Según se explicó, el fallo recurrido: **(i)** Al confundir los procedimientos de Licitación y Convenio Marco para declararse incompetente, infringió los artículos 5 y 7 de la Ley N° 19.886 y los artículos 1 N° 14, 14 y 14 bis del Reglamento de la Ley N° 19.886, que establecen características diferentes para cada uno de ellos; **(ii)** Al incluir al procedimiento de Gran Compra vía Convenio Marco dentro de la competencia del TCP para declararse incompetente, infringió el inciso segundo del artículo 24 de la N° 19.886 que define la competencia del TCP únicamente para las ilegalidades y arbitrariedades sucedidas en una Licitación; y, **(iii)** Al acoger la excepción dilatoria y declarar al Tribunal Civil incompetente, aun cuando éste era competente para conocer, infringió las normas que fijan su competencia, éstas son, el artículo 76, inciso segundo de la CPR, los artículos 5, inciso primeros y segundo, 10, inciso segundo, 108 y 109 del COT y el artículo 3 del CPC.

54. Al respecto, ha quedado suficientemente acreditado en autos que la Licitación Pública y el Convenio Marco son procedimientos de contratación administrativa distintos, por lo que no cabe asimilarlos allí donde la Ley expresamente no lo establece. Esta manifiesta diferencia, por lo demás, ha sido advertida tanto por la jurisprudencia del TCP, como por la doctrina administrativa y la FNE.
55. Asimismo, ha quedado en evidencia que, contrariamente a lo sostenido en el fallo, el TCP no es el Tribunal competente para conocer de las ilegalidades denunciadas en esta demanda de nulidad de derecho público, ya que el Legislador únicamente le otorgó competencia para conocer de las ilegalidades y arbitrariedades ocurridas en una Licitación Pública o Privada, excluyendo de esta manera los procesos de Gran Compra vía Convenio Marco. En este sentido, por lo demás, existe abundante jurisprudencia del TCP e incluso diversas propuestas -emanadas de la doctrina, la FNE y el propio TCP- para introducir modificaciones legales que amplíen la competencia de este Tribunal.
56. Por último, cabe poner de manifiesto que, en el presente caso el TCP y el TDLC ya se declararon incompetentes para conocer del presente asunto por reconocer que los procesos de Gran Compra vía Convenio Marco no se encuentran dentro de la esfera de sus competencias. Así las cosas, si la Excm. Corte Suprema confirma el fallo impugnado, declarando que el TCP es competente para conocer, en la práctica, se dejaría a esta parte en la indefensión pues habiendo recurrido a tres Tribunales distintos -dos especiales y uno común- ninguno se habría declarado competente para conocer del presente proceso de compras públicas, dejando a este procedimiento administrativo fuera del conocimiento de los Tribunales, circunstancia que no es admisible en un Estado de Derecho.

POR TANTO,

SÍRVASE S.S. ILTMA., simultáneamente con el recurso de casación en la forma deducido en lo principal de esta presentación, tener por deducido el presente recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia dictada por S.S. Iltma., de fecha 28 de agosto de 2020, en virtud de la cual, se acogió el recurso de apelación deducido por las demandadas CLARO y el CDE, en contra de la resolución dictada por el Tribunal de primera instancia que rechazó la excepción de incompetencia del Tribunal deducida por éstas, declarando la incompetencia del Tribunal Civil para conocer de la presente causa por considerar que el competente es el TCP; conceder el presente recurso, elevando

los autos ante la Excm. Corte Suprema, con el fin de que ésta, conociendo el recurso, lo acoja, invalidando la sentencia recurrida dictada con infracción a la Ley y, acto seguido, dicte sentencia de reemplazo, la cual:

- i. Rechace el recurso de apelación ingreso a Corte Rol N° 2023-2020, deducido por los demandantes en contra de la resolución que rechazó la excepción dilatoria de incompetencia del Tribunal, declarando que el Tribunal civil en que se dedujo la presente demanda es el competente para conocer de la presente acción;
- ii. Se pronuncie respecto del resto de las apelaciones acumuladas que la sentencia recurrida omitió pronunciamiento, declarando que: **(i)** Respecto del ingreso a Corte Rol N° 14485-2019, se rechaza la apelación deducida por CLARO en contra de la resolución que decretó la suspensión de los efectos de los actos administrativos impugnados; **(ii)** Respecto del ingreso a Corte Rol N° 3128-2020, se acoge la apelación deducida por esta parte en contra de la resolución que rechazó la solicitud de dictar medidas conducentes al cumplimiento de la medida precautoria decretada en autos; y/o **(iii)** Respecto del ingreso a Corte Rol N° 4625-2020, se rechazan las apelaciones deducidas por el CDE en contra de la resolución que rechazó su solicitud de alzamiento de la medida precautoria y/o en contra de la resolución que ordenó pasar los antecedentes al MINISTERIO PÚBLICO a fin de que se determine si se ha configurado o no el delito de desacato; y/o
- iii. En subsidio de la petición anterior, se ordene a la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago a pronunciarse respecto de aquellas apelaciones acumuladas de las cuales omitió pronunciarse, declarando que: **(i)** Respecto del ingreso a Corte Rol N° 14485-2019, se rechaza la apelación deducida por CLARO en contra de la resolución que decretó la suspensión de los efectos de los actos administrativos impugnados; **(ii)** Respecto del ingreso a Corte Rol N° 3128-2020, se acoge la apelación deducida por esta parte en contra de la resolución que rechazó la solicitud de dictar medidas conducentes al cumplimiento de la medida precautoria decretada en autos; y/o **(iii)** Respecto del ingreso a Corte Rol N° 4625-2020, se rechazan las apelaciones deducidas por el CDE en contra de la resolución que rechazó su solicitud de alzamiento de la medida precautoria y/o en contra de la resolución que ordenó pasar los antecedentes al MINISTERIO PÚBLICO a fin de que se determine si se ha configurado o no el delito de desacato.

SEGUNDO OTROSÍ: En subsidio y para el hipotético caso de que los recursos de casación en la forma y en el fondo deducidos en los principal y en el

primer otrosí de esta presentación sean desestimados, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 775 y 785 del CPC, venimos a solicitar que la Excm. Corte Suprema, invalide de oficio la sentencia recurrida si del estudio de los antecedentes de los recursos deducidos se advierte que ésta adolece de otros vicios diversos a los denunciados que dan lugar a la casación en la forma, o bien, que éste se hubiere dictado con otra infracción de Ley, distinta a la denunciada, la cual influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo recurrido.

SÍRVASE S.S. ILTMA., en subsidio, tener presente la solicitud realizada, con el fin de que la Excm. Corte Suprema invalide de oficio la sentencia recurrida, ya sea en la forma o en el fondo.

TERCER OTROSÍ: Que, por este acto, venimos a acompañar los siguientes documentos en que se fundan las peticiones contenidas en esta presentación:

1. Resolución de fecha 8 de abril de 2019, dictada por el TCP en la causa Rol N° 69-2019, por medio de la cual, se declaró incompetente para conocer del presente asunto.
2. Resolución de fecha 3 de abril de 2019, dictada por el TDLC en la causa Rol N° C-372-2019, por medio de la cual, se declaró incompetente para conocer del presente asunto.
3. Las respuestas entregadas por la SUBSECRETARÍA RRAA en las que consta que ésta consideró que los softwares "open source" no eran idóneos para el servicio que se pretendía contratar, pese a lo cual la entidad demandada, de igual forma decidió adjudicar el contrato a una empresa que ofrecía un servicio "open source".
4. La Resolución N° 22, sin fecha, por medio de la cual, sin esbozar razón alguna, se decidió modificar la Comisión Evaluadora para el presente procedimiento de Compras públicas.
5. Los CV del Sr. SEBASTIÁN RUBY presentados tanto por PRONOVA como por el oferente RAYEN, los que son manifiestamente idénticos y a pesar de ello, la entidad licitante decidió declarar inadmisibles la oferta de nuestra representada y admisible la oferta de RAYEN.
6. Las cartas Gantt de algunos de los oferentes del proceso en que consta el detalle con que CLARO redactó la suya, circunstancia totalmente inusual en procesos tan complejos como el servicio requerido en el presente procedimiento de compras públicas.

7. Certificado de disponibilidad presupuestaria del Proceso de Gran Compra ID 44024, de fecha 27 de febrero de 2019, el que da cuenta que, de acreditarse las ilegalidades denunciadas, el Estado de Chile estaría siendo defraudado por un monto de 220.311 UF, vale decir, \$6.000.000.000 aproximadamente.
8. Querrela criminal que interpuso PRONOVA por los mismos hechos denunciados en esta presentación ante el 7º Juzgado de Garantía de Santiago y la resolución de dicho Tribunal que declaró admisible la querrela, antecedentes que dan cuenta que los hechos puestos en conocimiento del Tribunal incluso pueden revestir el carácter de delitos.
9. Sentencia del TCP Rol N° 29-2010.
10. Sentencia del TCP Rol N° 33-2010.
11. Sentencia del TCP Rol N° 52-2009.
12. Sentencia del TCP Rol N° 54-2016.
13. Sentencia del TCP Rol N° 151-2016.
14. Sentencia del TCP Rol N° 39-2018.
15. Cuenta pública del año 2018 del TCP.
16. ESCANILLA ABARZA, Eduardo (2013) "El Tribunal de Contratación Pública en Chile. Un análisis Crítico Propositivo", Derecho Público Iberoamericano, N° 2.
17. LARA ARROYO, José Luis (2018) "Funcionamiento del sistema nacional De compras públicas y evaluación del Tribunal de Contratación Pública: propuesta de cambio" En: Un Estado para la ciudadanía.
18. Fiscalía Nacional Económica (2020) "Estudio de Mercado sobre Compras Públicas (EM05-2019) Informe Preliminar".

CUARTO OTROSÍ: De conformidad a lo dispuesto en el artículo 772 inciso final del CPC, venimos en este acto a solicitar a S.S. Iltma., se sirva tener presente que, en nuestra calidad de abogados habilitados para el ejercicio de la profesión, asumimos el patrocinio de los recursos de casación en la forma y en el fondo deducidos en lo principal y en el primer otrosí de esta presentación, fijando para estos efectos domicilio en Alonso de Córdova N° 4355, piso 14, comuna de Vitacura.

SÍRVASE S.S. ILTMA, tenerlo presente.

C.A. de Santiago

Santiago, veintidós de septiembre de dos mil veinte.

Proveyendo folio N° 51:

Vistos:

Que los recursos de casación en la forma y en el fondo deducidos en lo principal y primer otrosí por los abogados don Ciro Colombara López y don Aldo Díaz Canales, en representación de la parte demandante, en contra de la sentencia de veintiocho de agosto de dos mil veinte, han sido interpuestos dentro de plazo y se encuentran patrocinados por abogado habilitado para el ejercicio de la profesión.

Y en conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 197, 766, 767, 770, 771, 772, 773 y 776 del Código de Procedimiento Civil, téngase por interpuestos los referidos recursos y elévese los autos vía interconexión a la Excma. Corte Suprema para su conocimiento y resolución.

Al segundo y tercer otrosíes: ocúrrase ante quien corresponda.

Al cuarto otrosí: téngase presente.

N°Civil-14485-2019.

JESSICA DE LOURDES GONZALEZ
TRONCOSO
MINISTRO
Fecha: 22/09/2020 13:05:23

MARIA ROSA CARLOTA KITTSTEINER
GENTILE
MINISTRO
Fecha: 22/09/2020 13:02:43

GLORIA MARIA SOLIS ROMERO
MINISTRO
Fecha: 22/09/2020 13:00:35



Pronunciado por la Sexta Sala de la C.A. de Santiago integrada por los Ministros (as) Jessica De Lourdes Gonzalez T., M.Rosa Kittsteiner G., Gloria Maria Solís R. Santiago, veintidós de septiembre de dos mil veinte.

En Santiago, a veintidós de septiembre de dos mil veinte, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 08 de septiembre de 2020, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>



Notario Santiago Andres Felipe Rieutord Alvarado

Certifico que el presente documento electrónico es copia fiel e íntegra de
MANDATO JUDICIAL otorgado el 29 de Marzo de 2019 reproducido en las
siguientes páginas.

Notario Santiago Andres Felipe Rieutord Alvarado.-
La Concepción 65, piso 2. Providencia.-
Repertorio N°: 9598 - 2019.-
Santiago, 01 de Abril de 2019.-



N° Certificado: 123456823489.-
www.fojas.cl

Emito el presente documento con firma electrónica avanzada (ley No19.799, de
2002), conforme al procedimiento establecido por Auto Acordado de 13/10/2006 de la
Excmo. Corte Suprema.-
Certificado N° 123456823489 - Verifique validez en
<http://fojas.cl/rl.php?cod=not71ariealv&doc=123456823489> -
CUR N°: F4771-123456823489.-

ANDRÉS RIEUTORD ALVARADO
36ª NOTARIA DE SANTIAGO
LA CONCEPCIÓN 65, PISO 2 - PROVIDENCIA

F.E.



REPERTORIO N°9.598-2019

O.T. 27269.-

3C

ERD



MANDATO JUDICIAL



PRONOVA TECHNOLOGIES S.A.

A

CIRO COLOMBARA LÓPEZ Y OTRO

EN SANTIAGO DE CHILE, a veintinueve de marzo de dos mil diecinueve,
ante mí, **KARINA ALEJANDRA FLORES MUÑOZ**, Abogada, Notario
Público Suplente de don **ANDRÉS FELIPE RIEUTORD ALVARADO**,
Abogado, Notario Público titular de la Trigésima Sexta Notaría de

Nº 57



201927269

Santiago, con oficio en La Concepción número sesenta y cinco, piso dos, Providencia, comparece: **PRNOVA TECHNOLOGIES S.A.**, persona jurídica de derecho privado, del giro de su denominación, rol único tributario número setenta y seis millones trescientos sesenta y dos mil ochocientos cuatro guion tres, domiciliada en calle Apoquindo tres mil treinta y nueve, piso dieciséis, comuna de Las Condes, Santiago, Región Metropolitana, representada por don **ALEJANDRO MANRÍQUEZ GONZÁLEZ**, chileno, casado, contador auditor, cédula nacional de identidad número siete millones doscientos cincuenta y seis mil doscientos cuarenta y seis guion uno y don **EMILIO BARAYON FRÍAS**, chileno, casado, ingeniero mecánico, cédula nacional de identidad número ocho millones trescientos setenta y un mil ochocientos sesenta guion nueve, todos domiciliados para estos efectos en calle Apoquindo número tres mil treinta y nueve, piso dieciseises, comuna de Las Condes, Santiago, quienes me acreditaron su identidad por medio de las cédulas referidas, en adelante también e indistintamente como los "**Mandantes**" y exponen: Que por este acto vienen en conferir mandato judicial a los abogados señores **CIRO COLOMBARA LÓPEZ**, cédula nacional de identidad número diez millones doscientos veinte mil quinientos cincuenta y dos guion nueve y **ALDO RICARDO SEBÁSTIAN DÍAZ CANALES** cédula nacional de identidad número quince millones trescientos treinta y cinco mil quinientos veintiséis guion seis, ambos domiciliados para estos efectos en Alonso de Córdova número cuatro mil trescientos cincuenta y cinco, piso catorce, comuna de Vitacura, ciudad de Santiago, Región Metropolitana, en adelante también todos indistintamente como los "**Mandatarios**", para que actuando indistinta e individualmente uno cualquiera de ellos, lo representen en todo juicio de cualquier naturaleza y



no 17



clase que sea y que actualmente tenga pendiente o le ocurra en lo sucesivo, con la limitación de no poder contestar nuevas demandas ni ser emplazado en gestión judicial alguna, sin previa notificación personal del compareciente. Se confiere a los Mandatarios las facultades indicadas en ambos incisos del artículo séptimo del Código de Procedimiento Civil, las que se dan por reproducidas en forma expresa por este acto y especialmente, las de presentar demandas, querellas, iniciar cualquier otra especie de gestión judicial, sea voluntaria o contenciosa, reconvenir, contestar reconveniones, absolver posiciones, transigir, comprometer, otorgar a los árbitros facultades de arbitradores, percibir, avenir y conciliar. En el desempeño del mandato, los Mandatarios podrán representar al Mandante en todos los juicios o gestiones judiciales en que actualmente tenga interés o lo tuviera en lo sucesivo, ante cualquier tribunal del orden judicial, de compromiso o administrativo y en juicio de cualquier naturaleza, así intervenga el Mandante como demandante o demandado, tercerista, coadyuvante o excluyente, o a cualquier otro título o en cualquier otra forma, hasta la completa ejecución de la sentencia, pudiendo nombrar abogados patrocinantes y apoderados con todas las facultades que por este instrumento se le confieren, pudiendo delegar este poder y reasumirlo cuantas veces lo estime conveniente. Se faculta, asimismo, expresamente a los Mandatarios, para actuar en el contexto de los procedimientos contemplados en la Ley veinte mil setecientos veinte sobre Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas, particularmente en lo que refiere el artículo cincuenta y siete número seis de dicha norma, esto es, que se le otorgan facultades a los Mandatarios por parte del Mandante para conocer, modificar, adoptar el Acuerdo de Reorganización Judicial. Por otra parte, los Mandatarios podrán actuar

Nº 47



ANDRÉS RIEUTORD ALVARADO
36° NOTARIA DE SANTIAGO

LA CONCEPCIÓN 65, PISO 2 - PROVIDENCIA

con las facultades ya indicadas ante cualquier Órganos de la Administración del Estado, la Contraloría General de la República, el Ministerio Público, Juzgados de Garantía, Tribunales Orales en lo Penal, Corte de Apelaciones y Corte Suprema. Para estos efectos, el Mandante faculta expresamente a los Mandatarios para acordar y suscribir acuerdos reparatorios en los mismos términos como si los hubiese celebrado el Mandante. Igualmente se faculta a los Mandatarios para obtener ante el Servicio de Registro Civil e Identificación, Registro Nacional de Vehículos Motorizados, Municipalidades o cualquier otro organismo público la documentación necesaria para la debida defensa y representación de las pretensiones del Mandante. En comprobante y previa lectura, firma el compareciente con el Notario que autoriza.- Se da copia.- DOY FE.



A handwritten signature in black ink is written over a horizontal line. To the right of the signature is a circular fingerprint impression.

ALEJANDRO MANRÍQUEZ GONZÁLEZ

C.I. N° 7.256.246-1


pp. PRONOVA TECHNOLOGIES S.A.

CONTINUAN FIRMAS AL FRENTE/

ANDRÉS RIEUTORD ALVARADO
36° NOTARIA DE SANTIAGO
LA CONCEPCIÓN 65, PISO 2 - PROVIDENCIA



DEL FRENTE/ REPERTORIO Nº 9.598-2019


EMILIO BARAYON ERIAS
C.I. Nº 8.371.860-9

pp. PRONOVA TECHNOLOGIES S.A.

AUTORIZO EN CONFORMIDAD AL
ARTICULO 402 DEL CÓDIGO ORGÁNICO
DE TRIBUNALES
SANTIAGO 01 ABR 2019





INUTILIZADO
CONFORME ART. 404 INC. C.O.T.



LA CANCELACION DE ESTE DOCUMENTO
FUE REALIZADA EN EL OFICIO DEL
NOTARIO PUBLICO DEL DISTRITO DE SANTIAGO
EL DIA 01 DE ABRIL DEL AÑO 2018

VIII. Ricardo Loyola.

De: Ricardo Loyola [REDACTED]

Enviado el: viernes, 25 de septiembre de 2020 12:22 a. m.

Para: estudiosdemercado <estudiosdemercado@fne.gob.cl>

Asunto: Observaciones Consulta Publica Estudio de Mercado Compras Públicas

Estimadas/os,

Junto con saludar, envío mis comentarios a la Consulta Pública respecto al Informe Preliminar sobre el Estudio de Mercado de Compras Públicas, que espero complementen y sirvan para definir mejoras:

- Convenio Marco:
 - Oportunidad: no hay claridad respecto a cuándo se renovarán los convenios marcos vigentes. En mi servicio he tratado de identificar esto, para que cuando sea el momento pueda participar, pero esta información no está disponible. Por tanto es difícil a que ingresen nuevos participantes, ya que los que saben de esto deben ser los que actualmente tienen convenios marcos.
 - Oportunidad: por otro lado, podrían existir nuevos proveedores para el Estado (nuevas empresas, cambios de rut, empresas que en un determinado momento busquen ser prov. al Estado), que no calce ese momento con el período de renovación de un CM. Sugerencia: que exista un proceso claro de los CM disponibles y que en forma permanente o en períodos más acotados (semestral o anual) puedan incorporarse a los CM, bajo ciertas condiciones que sean competitivas a los que ya están; o que los CM sean por menos períodos de tiempo.
 - Dado a lo anterior, incluso en algunas ocasiones he visto que se venden los "convenios marcos" o se postula a través de terceros que ya los tienen, que en mi opinión no cumple con el espíritu de competencia y transparencia de los involucrados.
 - Al postular desde terceros (por otro rut), se fortalece el "círculo vicioso" de no adquirir experiencia formal respecto a la experiencia, ya que no es directa la prestación y por lo tanto me obligará a futuro a postular a través de externos para asegurar experiencia. Además, la experiencia mostrada podría no ser real.
- Licitaciones
 - Sucede el mismo punto indicado al "círculo vicioso".
 - Experiencia solicitada: la mayoría de las licitaciones (al menos las que veo yo), en la práctica están para empresas que tienen experiencia con el Estado o en el ámbito del sector de la entidad pública que licita. Esto no permite que entren nuevos actores o nuevas metodologías, ya que los que cuentan con la experiencia solicitada (que a veces son muy pocos), tienen prácticamente asegurado presentando propuestas estándares, sin pensar mejoras, porque administrativamente el puntaje es alto por la experiencia.
 - Adicional a lo anterior, muchas veces la experiencia solicitada es en un rubro o tema específico, por ejemplo: 10 experiencias en planificación en instituciones de salud, lo que puede dejar fuera a empresas que tienen mucha experiencia y una buena metodología en múltiples industrias, pero no en salud. Y justamente puede ser un plus la diversidad de experiencias de múltiples sectores.
 - En esos casos, ni siquiera hay que postular, ya que las postulaciones tienen un alto costo (tiempos y a veces recursos).
 - Boletas de seriedad de la oferta: encuentro que inmovilizar recursos (ya que las garantías retienen plata de alguien) o cuesta dinero no es necesario. YA ES MUY SERIO leerse las largas bases, entenderla y destinar tiempo con una buena propuesta es lo suficientemente serio como para no querer obtenerla y cumplir con ella.

- Por otro lado, las garantías muchas veces no se devuelven en tiempos razonados. Me pasó que entregué una garantía y desde el momento que cerró licitación, sabía que la había perdido, porque entregué mal un documento administrativo. Error mío, pero la garantía me la entregaron 5 meses después, devaluando la plata inmovilizada.
- Eliminación de licitaciones: pasa que sin ninguna consideración, se bajan ofertas, dejando de estar disponibles. No hay ninguna sanción al respecto. A parte de toda la ineficiencia que genera internamente para la institución que licita (destinar todos los recursos que implican licitar), generan todo un esfuerzo para los proveedores que postulan, lo que en mi opinión es una falta de respeto e inaceptable. Claramente esto es falta de planificación o cambio de criterios, lo que en ambos casos refleja ineficiencia de recursos públicos y privados.
- Replanificación de plazos: muchas veces veo que no se cumplen los plazos de las licitaciones, es más se ajustan y no se reflejan los atrasos, que es peor, ya que no los reflejan y quedan bien los indicadores.
- Ambos puntos anteriores, debiesen tener costos, ya que no hay ningún efecto.
- Peso de lo económico versus técnico: creo que no se cumple un criterio razonable al asignar puntajes por lo económico, ya que afecta la relación costo-beneficio. He visto licitaciones que uno cuestiona cómo es posible que un competidos pueda generar esos costos tan bajos y por lo tanto, claramente se puede ver afectada la calidad técnica de las propuestas. Ante propuestas iguales, que aplique lo más barato es muy razonable, pero en general en los servicios, esto es más complejos, porque las propuestas pueden tener elementos diferenciados que son difíciles de comparar.
- Sugerencia: quizás se debiese buscar una forma en donde se cumpla lo administrativo, se puntúe la propuesta técnica y luego sólo que se cumpla el presupuesto solicitado, que muestra la disposición de pago, pero se privilegia lo técnico. Creo que al hacerlo como actualmente se hace, realmente se está perdiendo valor, ya que muchas veces ganan propuestas más baratas por sobre la calidad.
- Hay licitaciones que son muy complejas de entender: en lo posible se podrían generar fichas resúmenes por ejemplo. El espacio de preguntas es muy importante y útil, salvo cuando la publicación de sus respuestas tiene pocos días posteriores para el cierre de licitación. Tampoco ayuda mucho cuando las respuestas son "según sección XXX" o referencias puntos que no aclaran la pregunta realizada.
- En general, creo que los comportamientos anteriores reflejan el mirar a los proveedores casi como si el Estado les hiciera un favor, y no como un actor clave que les permite cumplir con servicios o productos que les permite al Estado entregar un mejor servicio y así se pueda focalizar en su core.
- Muchos proveedores ni siquiera quieren postular al Estado, por lo burocrático, engorroso, tiempos de pago, etc., lo que es una señal negativa.

Espero que estos comentarios sirvan para mejorar el sistema.

Atte.,

Ricardo Loyola Moraga

ricardo@synapsia.cl

Consultor en Estrategia e Innovación

Socio Fundador de synapsia.cl

IX. Consorcio de Universidades del Estado de Chile

RECOMENDACIONES Y OBSERVACIONES AL INFORME PRELIMINAR SOBRE COMPRAS PÚBLICAS DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA

El Consorcio de Universidades del Estado de Chile, en representación de las 18 universidades estatales del país, mediante el presente documento comparte nuestras recomendaciones y observaciones a las propuestas al Sistema de Compras Públicas, en el marco de la consulta pública sobre el Informe Preliminar del Estudio de Mercado de Compras Públicas de la Fiscalía Nacional Económica.

En primer término, queremos hacer presente que las Universidades Estatales comparten ciertas características que les son propias y que las diferencian diametralmente de los demás órganos del Estado. Se trata de instituciones complejas dado el rol que deben cumplir en la sociedad y las funciones que están llamadas a desarrollar, tales son docencia, investigación, creación artística, innovación, extensión, vinculación con el medio y el territorio, además de contribuir al fortalecimiento de la democracia, al desarrollo sustentable e integral del país y al progreso de la sociedad en las diversas áreas del conocimiento y dominios de la cultura (art. 1 ley 21.094).

Adicionalmente, las Universidades Estatales están insertas en un sistema de mercado con lógicas privadas, altamente competitivo especialmente respecto de la captación de los recursos económicos que permiten la sustentabilidad de cada proyecto institucional. En este punto, resulta importante resaltar que las Universidades Estatales, a diferencia de los demás órganos del sector público que reciben prácticamente la totalidad de su presupuesto directamente del Estado, generan la mayor parte de sus ingresos, los que deben ir a buscar y competir por ellos en el mercado de la educación superior.

La obligación de participar en el Sistema de Compras Públicas afecta a las Universidades Estatales en su competitividad como instituciones de educación superior insertas dentro de un mercado privado, así como en el correcto cumplimiento de sus funciones y en la gestión eficiente de todas sus facultades, departamentos y unidades, por cuanto son las únicas entidades del sistema que deben someterse a un proceso de compras regulado, que ralentiza los procesos de adquisición de productos y servicios en comparación al resto del sistema de educación superior.

Por otra parte, operar el sistema de Mercado Público, conlleva un alto costo para las universidades estatales que no se encuentra cubiertos por recursos ficiales. Este costo es desmesurado considerando las horas/funcionario y el tiempo de demora por dar cumplimiento a la Ley 19.886 y los pocos beneficios institucionales y financieros que este sistema genera. A su vez, debemos recordar que las Universidades Estatales están sometidas a normativas públicas estrictas y a obligaciones de información y fiscalización ante distintos órganos estatales, tales como la Contraloría General de la República, la Superintendencia de Educación Superior, la Comisión Nacional de Acreditación, la Dirección de Presupuestos y la Subsecretaría de Educación Superior.

La situación antes descrita debiese implicar un tratamiento distinto respecto de los demás órganos de la administración del Estado, que permita una adecuación a la diversa realidad en la que se desarrollan las Universidades Estatales. Consideramos que las instituciones de educación superior

estatales deberían contar con un sistema ad hoc de compras y ser excluidas del Sistema regular de Compras Públicas, manteniendo además los procesos de fiscalización ex ante y ex post a los que se encuentran sometidas constantemente, en virtud de la especificidad de sus funciones, la necesaria gestión institucional eficiente, y el fortalecimiento de sus estándares de calidad académica. En subsidio y mientras se mantenga la obligación de participar del referido Sistema, consideramos que deben implementarse acciones y procesos cuyo foco sean facilitar la gestión eficiente de las Universidades Estatales y dar respuesta a los requerimientos específicos de éstas para el cumplimiento de sus funciones y entrega del valor público.

Recomendaciones

Nuestras recomendaciones respecto de las mejoras que requiere el Sistema de Compras Públicas para facilitar la gestión eficiente de las Instituciones de educación superior estatales, para que sean incluidas dentro de las propuestas que realice la Fiscalía Nacional Económica en su informe final sobre compras públicas, son las siguientes:

- Es necesario iniciar conversaciones con ChileCompra para trabajar en un catálogo electrónico especial para las Universidades Estatales, que contemplen bienes y servicios y condiciones que respondan a las especificidades que requieren dichas instituciones, para ello se debe levantar información con los equipos técnicos institucionales sobre los bienes y servicio que deban ser incluidos en este catálogo especial.
- Se debe trabajar en la implementación de un sistema que permita a las Universidades Estatales adquirir en forma conjunta bienes y servicios transversales.
- Interacción de leyes. Se requiere aclarar y coordinar la implementación de las normas relacionadas contenidas en la Ley 21.094, tanto con la Dirección de Compras Públicas como con la Contraloría General de la República, evitando así situaciones que se traduzca en procesos de compra más engorrosos. Además, se requiere homogeneizar criterios sobre la aplicación de las leyes aplicables en todas y cada una de las regiones del país.
- Licitación como regla general. En nuestra opinión, el sistema de Chile Compra no responde a las necesidades de las universidades estatales toda vez que las lógicas del Sistema responden al funcionamiento de servicios públicos y no a la especificidad de las universidades estatales, siendo muy engorroso y con plazos excesivos que impiden el cumplimiento eficiente y eficaz de las funciones impuestas por la ley 21.094.
- Se deben buscar formas que permitan agilizar la tramitación de las compras al interior de las Universidades Estatales, especialmente la tramitación de las resoluciones universitarias exigidas en los procesos de compra.
El requerimiento de una resolución universitaria para ser publicada en cada etapa del proceso de compra lentifica aún más el proceso mismo. En el caso de las Grandes Compras, Chile Compra pide una resolución universitaria para publicar la intención de compra, otra para el acta de recepción, y después de todas las resoluciones recién se puede mandar la orden de compra.

Una situación parecida ocurre con los tratos directos y las compras directas, que requieren resoluciones universitarias hasta para la compra más pequeña y el trámite para su obtención es igual de largo. La resolución universitaria demora mucho en ser tramitada porque deben ser firmadas por el Rector de la institución, previa revisión de un gran número de autoridades unipersonales y unidades específicas, las que muchas veces están ubicadas en otras facultades o campus.

- Convenio Marco. Respecto de la utilización y efectividad del Catálogo electrónico de ChileCompra, se puede afirmar que para las universidades estatales de la zona central del país es útil y eficiente, pero para las instituciones en regiones de la zona norte y sur el referido catálogo no sirve porque la mayoría de los proveedores están en la zona central y su contratación implica asumir los gastos de tiempo y traslado para que los insumos lleguen a la universidad, o porque los pocos proveedores de su región cobran precios altos por la falta de competencia. En todo caso, existen muchos servicios y bienes que no están contemplados en el catálogo ya que las universidades tienen requerimientos específicos que los obligan a recurrir regularmente a licitaciones o tratos directos. Por ello, se requiere la creación de un catálogo especial o con condiciones especiales para las universidades, e acuerdo a sus requerimientos especiales. Entre las necesidades que podrían ser abordadas son: libros, servicios informáticos, software e insumos médicos.
Otro problema evidenciado respecto de la plataforma del Catálogo de Chile Compra es que los proveedores solo pueden subir un número limitado de productos nuevos al año, motivo por el cual dichos proveedores prefieren reemplazar los productos de un ID ya existente, lo que muchas veces implica que se adquiera un bien distinto por el tiempo que transcurre entre la cotización y la concreción de la compra, lo que evidentemente perjudica al comprador.
- Compras con Caja Chica. Ésta es otro gran problema ya que requiere que el proveedor esté inscrito en Chile Compra y si no lo está se le debe pedir que se inscriba, asumiendo el tiempo que demora en cumplir dicho requisito, o asumir el rechazo de la rendición de la caja chica, lo que implica estar meses sin ella hasta que se apruebe la rendición. En ambos casos la universidad se ve negativamente afectada y sus equipos de trabajo también.
- Negociación directa. Sería preferible tener la libertad de que, antes de las licitaciones, se realizaran reuniones y se negociara con los posibles proveedores mejores precios y/o condiciones que en una Licitación o Gran Compra, y así evitar realizar estos procesos lentos y engorrosos, siempre que dichas negociaciones permitan obtener ventajas superiores a las ofrecidas en el mercado. Al respecto, sería muy positivo permitir negociar y licitar a todas las universidades conjuntamente por sus servicios comunes, especialmente en ciertos rubros como tecnologías, insumos para investigación, equipos médicos, entre otros.
- Donaciones. Se considera que sería muy positivo permitir a las Universidades Estatales hacer una licitación en la que pueda hacerse una donación contra la prestación de servicios o adquisición de bienes, por ejemplo, en equipamiento. Antes era posible hacerlo, pero el Servicio de Impuestos Internos lo prohibió. Se debería iniciar conversaciones al respecto, a fin de permitir solo a las instituciones de educación superior realizar estas operaciones.

- Convenios Directos. En cuanto a los convenios directos entre las Universidades Estatales y otros Órganos de la Administración del Estado, éstos requieren ser dados a conocer a todos los servicios públicos del país para así permitirles contratar aquellos servicios que pueden ser entregados por parte de las Universidades Estatales, considerando que están excluidos del Sistema de Compras Públicas, en virtud de la ley 21.094.

Observaciones

Por otra parte, compartimos con ustedes nuestras observaciones y comentarios a las propuestas contenidas en el título IX del Informe Preliminar sobre Compras Públicas de la Fiscalía Nacional Económica, estos son los siguientes:

Literal A. Recomendaciones en relación con la estructura del sistema

Punto iii. Sistema de fiscalización y sanciones.

Se considera relevante poner atención en la efectividad de los sumarios sobre compras públicas porque, si bien en este tipo de procesos hay muchas personas y unidades involucradas, no todas tienen responsabilidad administrativa en él. Es probable que la persona que busca sacar indebido provecho del proceso de compra ni siquiera aparezca en las firmas o vistos buenos de los actos administrativos relacionados, lo que puede implicar que, por ejemplo, hubiesen 5 funcionarios en una lista de responsabilidad, pero el verdadero responsable es uno solo, y los demás aparecen involucrados por criterios de responsabilidad administrativa, sin haber estado involucrados en el aprovechamiento.

En virtud de lo anterior resulta muy difícil determinar el funcionario directamente involucrado en las malas prácticas, por ello debe quedar estipulado expresamente el o los criterios para sancionar con la publicación de la sanción, porque la sola infracción de la normativa contenida en la Ley de Compras, su Reglamento o los dictámenes de la Contraloría es demasiado general y atenta contra la certeza jurídica y tipificación necesaria en el derecho sancionatorio.

También se requiere determinar quién dictamina o decide la sanción y el funcionario que debe ser publicado. Especial preocupación merece que la publicación de la sanción aplicada a funcionario determinado pueda ser considerada como acoso laboral y alegada por desproporcionada, considerando que dicha publicación podría implicar que el funcionario no podría encontrar trabajo en cualquier otra universidad estatal u otro órgano de administración del Estado.

Eventualmente, la publicación de los funcionarios sancionados puede impactar en generar procesos aún más lentos, especialmente los relativos al pago de los servicios y productos, porque se requerirá una mayor revisión para evitar más sanciones.

En cuanto a la posibilidad de entregar a la Contraloría General de la República la responsabilidad de instruir directamente todos los sumarios por incumplimiento de la normativa, consideramos que la propuesta es poco conveniente ya que estos sumarios se demoran mucho tiempo en resolverse, en nuestra experiencia no se demoran menos de un año y, en muchas ocasiones, duran mucho más tiempo, lo que no resuelve el problema ni la responsabilidad funcionaria en los plazos requeridos

para una gestión eficaz. Además, somete a los todos los funcionarios involucrados a periodos extensos de inseguridad e incerteza sobre su estabilidad laboral.

Respecto de las propuestas de entregar legitimación activa a ChileCompra o convertirla en un regulador, nos parece que sólo aumentará los reclamos, pero sin que exista un tercero que alegue perjuicio alguno. Estas medidas podrían implicar que las entidades contratantes deberán destinar recursos humanos y económicos en la explicación y defensa de sus procesos de compras, debiendo asumir todos los costos y perjuicios que está situación conllevaría.

Consideramos que puede ser más relevante revisar las sanciones asociada a las empresas que incurren en malas prácticas, a fin de que éstas queden excluidas del Sistema de Compras Públicas. Especialmente, respecto del peso de la prueba que recae sobre las entidades contratantes, respecto de la existencia de las malas prácticas y que son muy complejas de probar.

La alternativa que propone la FNE a una jurisdicción de la CGR, de dar a ChileCompra legitimación activa para perseguir y acusar incumplimientos de la regulación de compras públicas ante el TCP, puede aumentar la ya nutrida judicialización de los actos administrativos, impactando con ello en la eficacia y eficiencia del proceso de compras.

Literal B. Recomendaciones en relación con la planificación de las compras.

Punto ii. Crear incentivos que permitan mejorar el cumplimiento de los planes de compra.

Planificar las compras regulares de un año es posible y útil, sin embargo, a lo largo de ese tiempo, igual surgen necesidades no sólo imprevistas sino imprevisibles. En este escenario, dada la complejidad de las funciones de las Universidades y la constante participación en proyectos con distintas entidades resulta especialmente difícil programar los bienes y servicios que se requerirán y la fecha en que deben adquirirse.

En este punto, cabe recordar que las Universidades Estatales deben ir a buscar la mayoría de sus recursos presupuestarios en el mercado, por lo que éstas participan de un gran número de concursos para adjudicarse proyectos con objetivos y actividades predefinidas, por ello las compras dependen de los proyectos que se asignan efectivamente y del momento en que empiezan a ejecutarse, ya que entre la fecha de asignación y en la que se empieza a ejecutar el proyecto pueden transcurrir muchos meses, la cantidad depende de los tiempos que se demore en tramitarse totalmente el acto administrativo que aprueba el convenio y la realización de la transferencia de recursos por parte de la Tesorería General de la República.

Consideramos que sería mejor que se hiciera una correlación de las compras con el presupuesto ejecutado, en lugar de mirar el cumplimiento del PAC.

Literal C. Recomendaciones sobre los procesos de contratación y competencia en ellos

Punto i. Licitaciones

En cuanto al criterio de evaluación de tener experiencia previa en el rubro, cabe aclarar que se generan grandes problemas con proveedores poco fiables que al ofertar más barato obligan a las universidades estatales a contratarlos, pero posteriormente quiebran o no pueden cumplir y se debe proceder a sancionarlos y terminar anticipadamente los contratos y realizar un nuevo proceso licitatorio, lo que perjudica el cumplimiento de las funciones de nuestras instituciones y sus

respectivos objetivos, considerando especialmente las limitaciones de tiempo que nos imponen los proyectos para ejecutar y rendir los gastos respectivos.

En lo relacionado con la publicación del presupuesto disponible, esto facilita que el primer proceso licitatorio sea efectivo ya que si se desconoce el presupuesto la mayoría de los oferentes presenta propuestas muy costosas, lo que conlleva la declaración del proceso como desierto y una nueva realización del proceso de licitación, lo que también impacta en la gestión eficiente de la institución.

Punto ii. Convenios marco

Un gran problema de los Convenios Marco es que los precios son mayores de aquellos que se pueden encontrar en el mercado privado, por ello consideramos que la baja de los precios puede ser favorecida si se permitiera a las Universidades Estatales comprar fuera del sistema cuando los productos o servicios están más barato o para aprovechar ofertas ocasionales.

En nuestra experiencia, especialmente en regiones, existen pocos proveedores de aquellos productos y servicios requeridos por las Universidades Estatales, por lo que aquellos existentes cobran los precios que desean, lo que implica que las Universidades regionales deban pagar un precio mayor o deban contratar con los proveedores de Santiago, en desmedro de la economía local y asumiendo el costo de traslado y el tiempo que conlleva.

La medida de disminuir el número de proveedores que puedan adjudicarse categorías (o lotes) afectaría negativamente a las regiones del país, toda vez que los proveedores disponibles ya son pocos y podría implicar desabastecimiento en ciertas áreas, más bien debería ponerse énfasis en los precios que éstos ofertan en los Convenios Marco, que suelen ser mayores a los que ofrecen en el mercado privado.

Punto iii. Tratos directos

Dada las funciones que cumplen las Universidades Estatales y la especificidad de los productos y servicios requeridos por ellas, la causal de proveedor único es de gran utilidad, especialmente en lo que dice relación con el área de investigación, donde la definición de la existencia o no de la alternativa o sustituto razonable depende de las necesidades de la investigación y estándares internacionales que deben ser cumplidos, no pudiendo quedar ésta limitada por trabas burocráticas de modalidades de adquisición.

La aplicación del sustituto razonable con la que se restringe la causal de trato directo relativa a proveedores que sean titulares de los respectivos derechos de propiedad industrial, intelectual, licencias, patentes y otros, en los hechos hace que la causal termine siendo inaplicable porque es muy difícil probar que no existe un sustituto razonable.

La causal de seguridad y confianza permite evitar la contratación de proveedores que posteriormente incumplen o quiebran, perjudicando el cumplimiento efectivo y oportuno de los convenios y proyectos adjudicados por parte de las Universidades Estatales que cuentan con un periodo específico de tiempo para ser ejecutados y debidamente rendidos ante la autoridad pertinente. En este punto cabe recordar, que todo gasto ejecutado fuera del plazo definido para estos efectos debe ser restituido a la entidad mandante, lo que genera un déficit presupuestario importante en nuestras instituciones.

Literal D. Recomendaciones en relación con la Gestión de Contratos

Punto i. Registrar digitalmente la información sobre la gestión de los contratos

Nuestra preocupación al respecto dice relación con que las propuestas pueden implicar mayores costos que deban asumir las Universidades Estatales, ya que implementación de una plataforma o nuevos módulos podrían requerir la contratación de personal adicional o la capacitación del existente, además de la adquisición de equipos nuevos.

ii. Fortalecer el pago oportuno a proveedores

En cuanto al indicador por retraso de pago, cabe aclarar que no depende exclusivamente de la institución, toda vez que existen variables internas no controlable por las universidades, como por ejemplo, hay proveedores que facturan inmediatamente el servicio o productos a sabiendas que éste se entregará y pagará una vez que hayan recepcionado los recursos del proyecto respectivo.