LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

REFLEXIONES A 20 AÑOS DE LAS LEYES DE PROCEDIMIENTO, CONTRATACIÓN Y ALTA DIRECCIÓN PÚBLICA

ACTAS DE LAS XIX JORNADAS DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DE LOS LAGOS 30 DE NOVIEMBRE Y 1 DE DICIEMBRE DE 2023

KAREN ASENJO ASENJO
(EDITORA)

Thomson Reuters™

Por Resolución Ex. Nº 57 (10.05.2023) de la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo, que "Aprueba bases del concurso de proyectos FONDECYT regular 2024", nuestras publicaciones otorgan el máximo puntaje de postulación.

LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO
REFLEXIONES A 20 AÑOS DE LAS LEYES DE PROCEDIMIENTO, CONTRATACIÓN Y ALTA DIRECCIÓN PÚBLICA
© Universidad de Los Lagos
2024 Legal Publishing Chile • Miraflores 383, piso 10, Santiago, Chile • Teléfono: + 56 224838600 • www.thomsonreuters.cl
Registro de Propiedad Intelectual Nº 2024-A-10668 • I.S.B.N. 978 - 956 - 400 - 582 - 9
1ª edición noviembre 2024 Legal Publishing Chile
Tiraje: 1.500 ejemplares
Impresores: CyC Impresores - San Francisco 1434, Santiago
IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

Publicado por Thomson Reuters.
Legal Publishing Chile • Santiago, Chile.
La Ley - Abeledo Perrot • Buenos Aires, Argentina.
Dofiscal Editores • Ciudad de México.

ADVERTENCIA

La Ley Nº 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor. El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento, de la presente publicación, queda expresamente prohibido. Usos infractores pueden constituir delito.

Índice

Página

Prólogo 1

Sección I
Comentarios a la Ley Nº 19.880 a veinte años
de su entrada en vigencia: aspectos generales
y su aplicación en materias y procedimientos especiales

El carácter básico y supletorio de la Ley Nº 19.880

Juan Carlos Ferrada Bórquez

Introducción 7
1. El marco constitucional de las "leyes de bases" 9
2. La reserva legal de las bases de los procedimientos administrativos y su desarrollo en la Ley Nº 19.880 13
3. La Ley Nº 19.880 como ley "común" o "general" supletoria de las regulaciones especiales 15
4. La aplicación práctica de la Ley Nº 19.880 en los procedimientos especiales 20
5. Una propuesta de aplicación de la Ley Nº 19.880 como "ley de bases" y no sólo como norma general y supletoria 22
Bibliografía citada 27

Página

El periodo de información previa al inicio del procedimiento administrativo

Iván Obando Camino
Francisco Troncoso Osses

Introducción 29
1. El periodo de información previa regulado en la LBPA 30
2. La situación en el Derecho Comparado 33
3. Algunos desarrollos jurisprudenciales en Chile 35
Conclusiones 42
Bibliografía citada 43
Doctrina 43
Normativa citada 44
Jurisprudencia citada 45
a) Judicial 45
b) Administrativa 45

Demoras excesivas en los procedimientos administrativos: análisis crítico de la respuesta jurisprudencial

Alejandro Vergara Blanco

Introducción 47
I. Panorámica de las demoras administrativas ante la legislación, doctrina y jurisprudencia 48
1. Plazos fatales para la Administración y el mito sobre su inexistencia 48
2. El silencio administrativo y su fracaso en Chile 50
3. La batalla contra las demoras excesivas en los procedimientos administrativos 50
II. Demoras excesivas como amenaza a la seguridad individual: la oportuna y acertada intromisión de la segunda sala (penal) en el tema de las demoras en 2022 52

Página

1. Las demoras administrativas como amenaza a la seguridad individual 52
2. Conducta de la Sala y de sus integrantes..... 53
III. Una marea de recursos y criterios uniformes sobre dilación indebida en 2022 55
1. Las dilaciones excesivas en las solicitudes de los administrados. Una marea de recursos..... 56
2. Las dilaciones excesivas en los procedimientos sancionatorios o sumarios..... 57
3. ¿Y la responsabilidad de los funcionarios que incurren en las dilaciones indebidas?..... 58
IV. Abandono del "decaimiento" y la responsabilidad funcionarial en 2022 59
1. La Corte Suprema confirma explícitamente el abandono de la doctrina del decaimiento..... 60
2. La Corte Suprema dispone que la Contraloría General de la República persiga la responsabilidad de los funcionarios que incurrieron en la demora 60
3. Comentario respecto de ambas declaraciones..... 61
V. La notoria falta de convicción jurisprudencial en materia de dilaciones excesivas. El giro jurisprudencial de 2024..... 62
1. Las demoras administrativas desde 2009 hasta 2021.... 62
2. Las demoras administrativas durante 2022 63
3. Las demoras administrativas durante 2023 64
4. La conducta de la Tercera Sala de la CS durante 2023 en demoras administrativas 64
5. ¿Una nueva doctrina de la CS en demoras administrativas en 2024?..... 65
Conclusiones 66
Bibliografía citada..... 67
Jurisprudencia citada..... 70
(1) Sentencias de la Segunda sala de la Corte Suprema sobre dilaciones indebidas:..... 70

Página

(2) Sentencias anteriores (de 2020) sobre demoras indebidas, no incluidas en Estudio del PDAE UC de 2020 72
(3) Sentencias de 2022, sobre demoras indebidas en procedimientos administrativos 73
(4) Sentencia comentada *supra* III: 73
(5) Sentencia anterior, citada *supra* IV: 73
(6) Sentencias de demoras en procedimientos sancionatorios del año 2023 74
(7) Sentencias de demoras en solicitudes de inmigrantes del año 2023 74
(8) Sentencia comentada de 2024 75

La Ley Nº 19.880 ante la inactividad administrativa: 20 años después

Paula Bagioli Coloma

I. Introducción 77
II. Fundamentación del deber de resolver oportunamente 78
III. La respuesta del legislador ante la inactividad administrativa 80
IV. La respuesta de la jurisprudencia judicial 88
Consideraciones finales 91
Bibliografía citada 91

Derechos adquiridos y retroactividad: una reconstrucción para la Ley de Procedimiento Administrativo

Jaime Phillips Letelier

Introducción 95
1. Retroactividad y derechos adquiridos 96

Página

1.1. Tradición chilena 96
1.2. Artículos 52 y 61 de la Ley Nº 19.880 98
2. Jurisprudencia: revocación, interpretación y declaración 99
3. Propuesta de reconstrucción 110
3.1. Potestad de revocación 111
3.2. Cambio de interpretación 113
3.3. Actos declarativos 115
Conclusiones 117
Bibliografía citada 118
Jurisprudencia judicial 119
Jurisprudencia administrativa 120

Enriquecimiento sin causa del Estado por prestación útil fundada en acto administrativo inválido, informal, revocado o caduco

Jaime Arancibia Mattar

I. Introducción 121
II. Características del deber de restitución del sujeto enriquecido 122
III. Restitución de enriquecimiento sin causa por acto administrativo inválido u orden informal 123
1. Prestación útil en virtud de acto administrativo inválido 123
2. Prestación útil en virtud de orden verbal o informal 126
IV. Restitución de enriquecimiento sin causa por labores posteriores a acto administrativo revocado o caduco 130
Conclusiones 131
Bibliografía citada 132

Página

DISPOSICIONES EN CONTRA DE LA INMEDIATA EJECUTORIEDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS: ¿CONDICIONES O EXCEPCIONES?

Tomás Valenzuela Zañartu

1. Introducción 133
2. Precisiones terminológicas 135
3. Casos de estudio 138

Conclusiones 142

Bibliografía citada 143

ENTRE EL ACTO ADMINISTRATIVO Y EL DERECHO A LA TUTELA EFECTIVA: APUNTES SOBRE LA MOTIVACIÓN COMO REQUISITO FUNDANTE

Sebastián Tavali Chang

I. Introducción 145
II. Nociones generales sobre el acto administrativo 145
III. Discrecionalidad y arbitrariedad 147
IV. Nociones aparentemente análogas a la motivación: delimitación conceptual 149
V. La motivación antes de la Ley Nº 19.880. Manifestaciones de una evolución doctrinal y jurisprudencial en sede administrativa y judicial 150
VI. La motivación en la Ley Nº 19.880 153
VII. Naturaleza jurídica de la motivación 154
VIII. La motivación como principio general del derecho público 155
IX. La motivación y su importancia en la tutela de derechos fundamentales 157
X. Nociones generales sobre el control judicial de la motivación en la jurisprudencia 158

Página

XI. Comentarios finales 161
Bibliografía citada 162
Jurisprudencia administrativa 164
Judicial y Constitucional 164

La actividad sancionatoria de la Administración, y su configuración a partir de la Ley Nº 19.880 de bases generales de los procedimientos administrativos

Christian Rojas Calderón

Introducción 167
I. La potestad sancionatoria en el marco de las actividades administrativas 168
1. Antecedentes fundamentales de la cuestión 168
2. La tesis del *ius puniendi* único de la potestad administrativo-sancionatoria en la doctrina, y su aplicación por la jurisprudencia 173
3. La caída de la tesis del *ius puniendi* 177
II. El procedimiento administrativo básico y general de la LBPA, como cauce de la actividad sancionatoria de la Administración *lato sensu* 181
1. La independencia del procedimiento sancionatorio del proceso penal, y la necesidad de procedimentalizar la decisión administrativa 181
2. Las garantías del procedimiento administrativo 182
2.1. Principios 182
2.2. Garantías procedimentales 186
2.3. Las reglas y etapas del procedimiento, como cauce para la decisión administrativo-sancionatoria 189

Página

III. Entonces, el procedimiento administrativo básico y general de la LBPA como mecanismo que sirve para tomar decisiones, incluyendo las sanciones administrativas 190
1. Una adecuación metodológica de la acción administrativa, al procedimiento administrativo..... 190
2. El procedimiento administrativo como institución funcionalizada a sustantivos fines públicos 194
2.1. El procedimiento administrativo como garantía..... 196
2.2. El procedimiento administrativo como modo de lograr la eficiencia y eficacia administrativa..... 197
2.3. El procedimiento administrativo como medio de composición de intereses..... 198
2.4. En fin, la función legitimadora del procedimiento administrativo..... 198
Bibliografía citada..... 200

¿Cuándo pierde eficacia el procedimiento administrativo sancionador y por qué? Dos visiones a las respuestas jurisprudenciales

Valeska Opazo de la Fuente
Pablo Aros Rojas

Introducción 205
I. Pérdida de Eficacia del Procedimiento Administrativo de conformidad al artículo 53 de la Ley Nº 19.880 206
1. La utilidad de establecer un plazo razonable para la actuación administrativa..... 206
2. Breve respuesta a algunas críticas a la doctrina del decaimiento 212
II. Pérdida de eficacia del Procedimiento Administrativo de conformidad al artículo 27 de la Ley Nº 19.880 213
1. Importancia de la reducción del plazo: Acercamiento al principio de celeridad 215

Página

2. Qué justifica esta exigencia de velocidad y problemas en su concreción 217
Conclusión 221
Bibliografía citada 222

Aplicación supletoria de la Ley Nº 19.880 al procedimiento digital migratorio: conformidad con los principios y normas que lo rigen

Mayerlin Matheus Hidalgo

Introducción 225
1. La aplicación supletoria de la Ley Nº 19.880 al procedimiento digital migratorio chileno 226
2. Las vulneraciones del SERMIG a los principios y reglas establecidos en la Ley Nº 19.880 228
2.1. Vulneración de los principios de celeridad, principio conclusivo y obligación de terminación en plazo máximo de seis meses 229
2.2. Vulneración de los principios de economía procedimental y de no formalización 230
2.3. Vulneración de los principios de contradictoriedad, de acceso al expediente y transparencia 232
2.4. Vulneración de los principios especiales relativos a los medios electrónicos 235
Conclusiones 238
Bibliografía citada 239
Normativa nacional citada 240

El impacto de la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo en la jurisprudencia migratoria a veinte años de su entrada en vigor

Ramón Mayorga McDonald

I. Introducción 241

Página

II. El tratamiento a la ley migratoria como 'estatuto de excepción' por parte de la autoridad administrativa 244
III. Aspectos fundamentales del recurso a la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo en la jurisprudencia migratoria 248
1. Supletoriedad de la Ley Nº 19.880 en los procedimientos migratorios y de refugio 249
2. Escrituración y formalidad en los procedimientos de refugio 252
3. Plazos en los procedimientos administrativos migratorios 254
4. Deber de motivación de actos de la autoridad migratoria 256
5. Derecho de acompañar antecedentes adicionales ante solicitudes migratorias incompletas 259
Conclusiones 260
Bibliografía citada 261
Normativa citada 262
Jurisprudencia citada 263

La Ley Nº 19.880 ante la protección de humedales urbanos y el cambio climático

Esteban Cañas Ortega
Roberto Guerrero López

Introducción: el contexto ambiental en que la Ley de Bases recibe sus 20 años, a nivel nacional y global 265
I. La Ley Nº 21.202, de Humedales Urbanos, su régimen y objetivos en contexto de emergencia climática: inyección de celeridad al actuar estatal 268
1. Génesis de la Ley Nº 21.202 y contexto de su publicación 268

Página

2. La (escueta) regulación del procedimiento administrativo especial en la LHU 269
3. La declaratoria de humedal urbano como un acto administrativo de gravamen 271
4. Las metas estatales de protección de humedales urbanos y fechas límite para ello: una explicación razonable para los problemas prácticos de la puesta en aplicación de la LHU 273
5. Riesgos jurídicos y políticos de una actuación administrativa como la descrita 274

II. Reconocimiento jurisprudencial de las garantías procedimentales que deben ser respetadas por la Administración: una transición justa vigilada por los Tribunales bajo la LBPA 276
1. Reconocimiento de la supletoriedad de la LBPA tanto en normas procesales como en sus garantías mínimas 277
2. Deber de mantener un expediente público y permanentemente actualizado 277
3. Deber de publicidad no sólo al inicio y fin del procedimiento, sino también ante modificaciones sustantivas de su objeto 278
4. El derecho a aportar antecedentes y a recibir respuesta fundada respecto a ellos 279
5. Determinación de ciertas reglas probatorias 281

Conclusiones 283
Bibliografía citada 284
Normativa citada 286
Jurisprudencia citada 287
Judicial 287
Administrativa 287
Otras fuentes citadas 288

Página

LOS INSTRUCTIVOS PRESIDENCIALES A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS CONSAGRADOS EN LA LEY Nº 19.880

María Paz Barriga Alarcón

1. Sistema de fuentes 290
2. Instructivos presidenciales 291
3. Principios consagrados en la Ley Nº 19.880 294

Conclusiones 302

Bibliografía citada 303

Normativa citada 304

EL APORTE SUSTANTIVO DE LA LEY Nº 19.880 EN MATERIA DISCIPLINARIA: EL DERECHO DE LAS PERSONAS A EXIGIR LA RESPONSABILIDAD DEL PERSONAL DE LA ADMINISTRACIÓN

Daniel Silva Horta

I. Introducción 307

II. Los Conceptos de "Responsabilidad" y "Responsabilidad Administrativa" en la Ley Nº 19.880 308

III. El derecho de las personas a exigir la responsabilidad del personal de la administración 312

1. ¿Qué se entiende por personal de la Administración? 312
2. ¿A qué tipo de responsabilidad se refiere esta norma? 313
3. ¿Qué se ha entendido por "exigir" las responsabilidades? 315

IV. La función del derecho de las personas a exigir la responsabilidad del personal de la administración 318

Conclusiones 320

Bibliografía citada 320

Página

Competir en una cancha dispareja. Una relectura de la aplicación del procedimiento administrativo a las universidades estatales

Francisco Agüero Vargas

I. Introducción 323
II. Las universidades estatales compiten en el mercado con universidades privadas 325
III. La cancha en la que compiten las universidades estatales con las privadas es dispareja y más costosa 328
IV. La antigua crítica a la aplicación de una ley de procedimiento administrativo a las universidades estatales, antes de la LBPA 330
V. Los tres fallidos intentos de huida del Derecho Administrativo 331
VI. La huida en la Ley sobre Universidades Estatales 333
VII. Cuatro razones para revisar la interpretación 334
Conclusiones 342
Bibliografía citada 342
Legislación 345
Jurisprudencia 346

Sección II
Comentarios a la Ley Nº 19.886 a veinte años de su entrada en vigencia y, en particular, frente a las modificaciones introducidas por la Ley Nº 21.634

Evaluación y adjudicación en licitaciones públicas

Juan Carlos Flores Rivas

Introducción 349
1. Aspectos generales de las comisiones evaluadoras 350

Página

2. Evaluación de ofertas: fijación de criterios de evaluación 353
3. Criterios de evaluación de las ofertas..... 354
4. Selección de ofertas..... 357
5. Adjudicación 358
6. La adjudicación es resultado de una potestad reglada..... 359
7. La adjudicación es resultado de una potestad discrecional 359
Conclusiones 360
Bibliografía citada..... 361
Jurisprudencia 361

La participación conjunta de oferentes y los riesgos de colusión en la nueva ley de contratación pública: ¿una oportunidad perdida?

Andrés Ruiz Ibáñez

1. Introducción. La participación conjunta desde las ópticas de la contratación pública y la libre competencia 363
2. La participación conjunta en los contratos del Sector Público regidos por la Ley Nº 19.886, y la modificación efectuada por la Ley Nº 21.634 366
2.1. Uniones Temporales de Proveedores 367
2.2. Consorcios..... 370
2.3. Subcontratación..... 371
2.4. ¿Es factible considerar una participación conjunta de empresas vinculadas en su propiedad? 372
3. Críticas a la nueva regulación 373
4. El foco principal de la regulación en esta materia: ¿Cómo detectar e impedir la participación de un cartel en procesos licitatorios? 375
4.1. La precariedad de herramientas que tienen las entidades licitantes en Chile para actuar, frente a indicios de colusión que observen en sus procedimientos..... 376

Página

4.2. Avances en el derecho comparado que permiten a la entidad licitante descalificar oferentes, frente a indicios de un actuar colusorio 379
4.3. Acerca de cuáles serían los indicios de una conducta colusoria en un proceso licitatorio 381
Conclusiones 383
Bibliografía citada 385

La nueva disciplina de algunas potestades exorbitantes de la Administración Pública en los contratos administrativos de suministros y prestación de servicios

Martín Loo Gutiérrez

1. Introducción 389
2. Las potestades exorbitantes 390
3. La nueva regulación de las potestades exorbitantes en la Ley Nº 19.886 394
3.1. La modificación unilateral del contrato (*jus variandi*) 395
3.2. Terminación unilateral del contrato 396
3.3. La potestad de sanción contractual 398
Conclusiones 398
Bibliografía citada 399

El poder de modificación unilateral del contrato en la nueva ley de compras públicas 19.886

Karen R. Asenjo A.

Introducción 401
I. La *potestas variandi*. Origen y su vinculación a la LBCA 402
II. Primer problema de la reforma: la extensión aplicativa de la LBCA 406

Página

III. La modificación contractual antes de la reforma de la Ley Nº 21.634 407
IV. Situación luego de la reforma de la Ley Nº 21.634 408
V. Otros aspectos problemáticos de la nueva regulación 414
Bibliografía citada 420
Jurisprudencia citada 421
Normativa citada 421

Derechos del contratista y del titular de inversiones extranjeras directas ante las "potestades exorbitantes" previstas en La Ley Nº 19.886 de bases sobre contratos administrativos

Luis Alfonso Herrera Orellana

Introducción 423
1. La contratación pública: de actividad para satisfacer necesidades del Estado a instrumento para el desarrollo económico y social 426
2. El reconocimiento de los derechos de los contratistas y sus garantías en la Ley Nº 19.886 tras su reforma por la Ley Nº 21.634. Una aproximación inicial 430
2.1. Derecho al equilibrio económico del contrato 432
2.2. Derecho a ser compensado por modificaciones e indemnizado por terminación no derivada de causa imputable al contratista 433
2.3. Derecho al previo procedimiento 433
2.4. Derecho a la debida fundamentación 435
2.5. Derecho a una tutela judicial efectiva 435
3. Derechos de los contratistas extranjeros en la Ley Nº 20.848 y el Derecho Internacional de Inversiones ante las potestades "exorbitantes" de la Ley Nº 19.886 438
Conclusiones 445
Bibliografía citada 447

Página

Jurisprudencia nacional 450
Normativas 450

La Compra Pública de Innovación en Chile: análisis de la potencialidad del marco regulatorio

Jorge Ortega Gutiérrez

I. Introducción 451
II. Marco teórico 453
III. Metodología 458
IV. Desarrollo 459
a) Distribución de competencias y ámbito de aplicación subjetivo homogéneos 459
V. A modo de breve conclusión 468
Bibliografía citada 469

La ambición verde de la contratación pública frente al cambio climático

Ximena Lazo Vitoria

I. Introducción 471
II. El rol del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la consolidación de la CPV 474
III. Orientaciones de la legislación reciente en materia de compra pública verde 478
IV. Rasgos generales de la nueva regulación de la CPV 482
Reflexión final 486
Bibliografía citada 487
Jurisprudencia citada 488

Página

SECCIÓN III
COMENTARIOS A LA REGULACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO

REVISIÓN CRÍTICA DEL ESTATUTO ADMINISTRATIVO DESDE LA GESTIÓN PÚBLICA

José Miguel Ledesma Romero

I. Introducción 493
II. Aspectos generales asociados a la burocracia 495
III. Hacia una caracterización general del empleo público en Chile y su estatuto normativo 501
IV. Construyendo un empleo público desde enfoques posburocráticos 506
Conclusiones 510
Bibliografía citada 511

SECCIÓN IV
NUEVAS PERSPECTIVAS DEL ACTO Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO: FUNDAMENTOS, LÍMITES Y SU CONSAGRACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO

Silvia Díez Sastre
Rosa Fernanda Gómez

I. Planteamiento 515
II. Reconocimiento del precedente administrativo en el derecho comparado 517
III. Bases para un análisis tipológico del precedente administrativo 521
1. Distinción entre norma y acto 521
2. Órgano decisor 523
3. Fundamentos de su posible carácter vinculante 524

Página

IV. El precedente administrativo en el Derecho chileno 525
1. Aspectos generales 525
2. Tipos de precedentes administrativos en el ordenamiento jurídico chileno 526
3. Precedente normativo: jurisprudencia de Contraloría General de la República 527
3.1. Concepto y marco normativo 527
3.2. Naturaleza jurídica y efectos de la jurisprudencia administrativa 529
4. Precedente aplicativo: respecto a las decisiones previas contenidas en actos administrativos 531
4.1. Aspectos generales 531
4.2. Efectos y límites del precedente aplicativo 533
Conclusiones 534
Bibliografía citada 535

Procedimiento administrativo y "*better regulation*"

Pablo Méndez

Introducción 539
1. Sobre la Mejora Regulatoria 541
2. Mejora Regulatoria y Derecho Administrativo 544
2.1. Simplificación administrativa 547
2.2. Mejora de la calidad de la regulación o "buena regulación" 548
3. Calidad de la regulación y procedimiento administrativo 550
3.1. La Mejora Regulatoria en la Ley de Procedimiento Administrativo española 550
3.2. Buena regulación y procedimiento administrativo 552

Página

4. La situación en Chile 553
Conclusiones y reflexiones finales 556
Bibliografía citada 559

ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS AUTOMATIZADAS Y RESERVA DE HUMANIDAD

Juanita Pedraza Córdoba

Introducción 563
I. Gobierno Algorítmico 564
II. Gobierno en el derecho positivo 565
III. Derecho de los interesados a solicitar la intervención humana 567
IV. Fundamento constitucional del derecho a la intervención humana 572
V. Los roles de las personas en un sistema híbrido 575
Conclusiones 580
Bibliografía citada 580

LA RECONDUCCIÓN NORMATIVA COMO ALTERNATIVA A LA IMPOSICIÓN DE LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA AMBIENTAL

Pablo Javier Carrasco Fuentes

Introducción 583
I. Derecho Administrativo Sancionador: ¿singularidad o pluralidad? 584
II. Regulaciones especiales en sectores de referencia 585
III. Normativa de bases y supletoria en conjunción con la regulación sectorial sancionatoria 587
IV. Desde la sanción administrativa a los dispositivos de corrección 588

Página

V. Sistema administrativo sancionador ambiental e *ius corrigendi* 590
VI. Importancia de la prevención y oportuna detección de infracciones administrativas 596
VII. Optimización de la acción administrativa: eficiencia y eficacia en la imposición de la sanción administrativa o uso de mecanismos alternativos 596
VIII. La reconducción normativa como mecanismo efectivo de observancia de la preceptiva administrativa ambiental 598
Conclusiones 599
Bibliografía citada 600
Doctrina 600
Normativa citada 602

La categoría de "sistemas" en el derecho administrativo chileno: una aproximación funcional

Vicente Bustos Sánchez

I. Introducción 603
II. Marco teórico 605
III. Los sistemas en la legislación chilena 609
IV. Análisis jurídico del concepto de sistema a partir del ordenamiento jurídico chileno 619
Conclusión 624
Bibliografía citada 625

Cómo acceder a este libro digital a través de Thomson Reuters proview 627

Prólogo

El presente volumen contiene una colección de las versiones escritas de las ponencias presentadas en las XIX Jornadas de Derecho Administrativo, organizadas conjuntamente por la Asociación de Derecho Administrativo (ADAD) y la Universidad de Los Lagos, esta última como anfitriona del evento, los días 30 de noviembre y 1 de diciembre del año 2023. Habiendo transcurrido dos décadas desde la entrada en vigencia de la Ley Nº 19.880 sobre Bases del Procedimiento Administrativo, la Ley Nº 19.886 sobre Contratos de Suministro y Prestación de Servicios y la Ley Nº 19.882 que creó el Sistema de Alta Dirección Pública y el Servicio Civil, el tema que ha convocado el encuentro, análisis y discusión de los profesores, investigadores, abogados y estudiantes que cultivan esta área del conocimiento jurídico ha sido la modernización que ha experimentado el Derecho Administrativo en estos últimos 20 años de la entrada en vigencia de los citados cuerpos normativos, precisamente concebidos de manera coetánea para mejorar la gestión estatal.

Así, la Ley Nº 19.880, que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, de 29 de mayo de 2003, surge con el propósito de responder oportunamente a las demandas de las personas, siendo su objetivo primario regular los plazos legales de resolución y el silencio administrativo, de manera de asegurar celeridad en la respuesta administrativa.[1] Sin embargo, el

[1] Mensaje del proyecto de ley que establece plazos para el procedimiento administrativo y regula el silencio administrativo (2594-06), 4 de octubre de 2000. Disponible en: https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/vista-expandida/5844/#h2_1_1 [fecha de consulta 2 de julio de 2024].

resultado de aquella fue más ambicioso, pues no sólo reguló el concepto y efectos del acto administrativo, sino también estableció las bases generales del procedimiento administrativo, regulando sus principios, los derechos de las personas, recursos y mecanismos de revisión, transformándose en una norma matriz que se aplica supletoriamente a todos los procedimientos especiales existentes en la Administración y que determina la validez de la actuación administrativa. La Ley Nº 19.882, por su parte, tuvo por objeto central establecer el Nuevo Trato Laboral para los funcionarios públicos a través de la modernización y profesionalización de la carrera funcionaria, el perfeccionamiento de la política de remuneraciones del personal y el establecimiento de una nueva institucionalidad a través de la Dirección Nacional del Servicio Civil. Finalmente, la Ley Nº 19.886 de Bases sobre Contratación Administrativa desde su dictación en julio del año 2003, ha venido a regular dos tipos de contratos públicos básicos e indispensables para el normal funcionamiento de la Administración: el de suministro y el de prestación de servicios. Regularmente, porque ellos son los de mayor ocurrencia dentro de la administración y porque representan, además, uno de los aspectos centrales de regulación de eficiencia del gasto público y la reforma del Estado. En efecto, la contratación pública constituye un eje importante de la gestión pública, con volúmenes de compra que superan el 4,5 % del Producto Interno Bruto del país,[2] posicionan al Estado como un agente económico relevante y estratégico, cuya actuación orienta al mercado e impacta en la economía nacional,[3] generando oportunidades de negocio para el sector privado; al tiempo que sus decisiones de compra y el modo en el que conduce las relaciones contractuales en el marco de la ejecución del contrato determinan la eficiencia y la eficacia en el correcto uso de los recursos públicos.

En esta oportunidad, y luego de dos días intensos de brillantes exposiciones, connotados ponentes de prestigio nacional e internacional se han

[2] Chilecompra, (2024), Cuenta pública participativa 2024. Disponible en: https://www.chilecompra.cl/wp-content/uploads/2024/05/Documento-CuentaPublicaChileCompra-2023-2024.pdf [fecha de consulta: 27 de junio de 2024], p. 2.

[3] Fiscalía Nacional Económica (2012), Sector Público y Libre Competencia. Evaluando sus actuaciones desde la perspectiva de la competencia. Disponible en: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/06/Guia-final-sector-publico.pdf [fecha de consulta: 27 de junio de 2024], pp. 4-6.

reunido para ofrecer un análisis de los avances que ha experimentado esta disciplina del Derecho público desde distintas perspectivas en estos últimos veinte años. El tema escogido ha sido amplio y, a la vez, fructífero pues ha permitido abarcar las temáticas centrales que regulan la gestión administrativa, no sólo en relación directa con las leyes que nos convocan, sino también con asuntos de gran relevancia para el desarrollo de esta disciplina, como ocurre con el precedente administrativo y la automatización de los procedimientos administrativos. Así, algunos de los puntos tratados en relación con la Ley Nº 19.880 se vinculan a la inactividad y las demoras en la respuesta de la Administración; el período de información previa al inicio del procedimiento administrativo; los derechos adquiridos del administrado y la retroactividad de la decisión administrativa; el enriquecimiento injustificado de la Administración ante una actuación viciada; la tutela efectiva y la motivación de los actos administrativos; la inmediata ejecutividad de la actuación administrativa; o la aplicación de la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo en materia sancionatoria, migratoria, disciplinaria, ambiental (humedales urbanos y cambio climático) e instructivos presidenciales. En materia de contratación administrativa, no deja de ser relevante recalcar que el día previo al inicio de este evento académico se promulgó la Ley Nº 21.634 que vino a modernizar la Ley de Compras 19.886, de manera que este encuentro se convirtió en el escenario perfecto para dar inicio a la discusión en torno a los impactos que ha de tener esta ley para la Contratación Pública en Chile, y cuyos trabajos sobre esta materia forman parte de esta obra. En este contexto, el presente libro espera ser un importante aporte para estudio de esta disciplina, así como para el inicio de nuevas líneas de investigación que surjan de los trabajos que se presentan a continuación.

Las Jornadas de Derecho Administrativo sin duda se han transformado, año a año, en un lugar de encuentro obligado para los académicos y especialistas de esta disciplina ya consolidada del Derecho público, que permite abrir la discusión sobre temas trascendentales para la Administración Pública y que, en esta oportunidad, han escogido a la Universidad de Los Lagos como sede del evento, lo que constituye un enorme orgullo para nuestra casa de estudios y para la carrera de derecho en particular, pues ha permitido a estudiantes y profesionales de la zona participar de forma directa de este importante encuentro académico. No podemos dejar de mencionar que estas jornadas han sido especiales no sólo por la gran

convocatoria que tuvo, sino asimismo por haber sido testigo del homenaje al profesor Jorge Bermúdez por su destacada labor como Contralor General de la República a días del término de su gestión.

No puedo dejar de agradecer a cada uno de los profesores y especialistas que han participado de este encuentro académico y que han contribuido con sus ideas y propuestas a la elaboración del presente libro; a la directiva de la Asociación de Derecho Administrativo por habernos confiado el desarrollo de estas jornadas, así como por la enorme colaboración y despliegue de medios entregado para la celebración de aquellas; a nuestro rector Oscar Garrido Álvarez y a los cuerpos directivos de la Universidad de Los Lagos por su apoyo irrestricto a la organización de este evento; y, finalmente a nuestros auspiciadores: Baquedano y Claret Pool abogados, al Notario Sebastián Sadá Aznar de la primera notaría de Osorno y a la Asociación Regional de Magistrados y Magistradas Valdivia-Osorno, quienes sin dudar decidieron contribuir a la celebración de este importante encuentro académico.

Karen Asenjo Asenjo
Académica de la carrera de Derecho
Universidad de Los Lagos

La participación conjunta de oferentes y los riesgos de colusión en la nueva ley de contratación pública: ¿una oportunidad perdida?

Andrés Ruiz Ibáñez*

1. Introducción. La participación conjunta desde las ópticas de la contratación pública y la libre competencia

Uno de los rasgos característicos de los modernos sistemas de contratación pública es que a través de ella ya no solo se persigue obtener la prestación de mejor calidad al menor precio, sino que se le ha ido asignando un rol de fomento de políticas públicas. Es así como la nueva Ley Nº 21.634, que "Moderniza la Ley Nº 19.886 y otras leyes, para mejorar la calidad del gasto público, aumentar los estándares de probidad y transparencia e introducir principios de economía circular en las compras del Estado", junto con establecer nuevas reglas que elevan los estándares de probidad y transparencia, declara en varias disposiciones el fomento a varios objetivos adyacentes, como la promoción a Empresas de Menor Tamaño (EMT), y la incorporación de manera transversal de criterios de sustentabilidad para contribuir al desarrollo económico, social y ambiental. Tratándose del principio de competencia, establece un deber de los organismos del Estado en cuanto a garantizar la igualdad de los oferentes, la libre competencia y la desconcentración de adjudicaciones, así como la promoción a participar de las micro, pequeñas y medianas empresas en los procesos de contratación (art. 35 bis, inciso tercero).

* Abogado y Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Magíster en Derecho Público, mención Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: andres.ruiz@rsalegal.cl Dirección postal: Málaga 85, Las Condes, Chile.

Ahora bien, el efecto expansivo que trae aparejada la consagración de una variada gama de principios ocasiona, en muchos casos, que la ampliación de uno impacte negativamente en otro. Es el caso del fomento a la participación conjunta de proveedores, y el posible impacto que ello tiene en el derecho de libre competencia, según veremos a lo largo de este trabajo. El origen de esta tensión radica en las dificultades que atraviesan los posibles oferentes para cumplir con las exigencias impuestas por los organismos licitantes, muchas veces motivadas por la razonable necesidad de imponer condiciones exigentes para recibir un bien o servicio de calidad. En este sentido, un remedio efectivo para atenuar las barreras de entrada para proveedores, especialmente pequeñas y medianas empresas, lo constituye la posibilidad de una oferta conjunta de empresas, sea a través de acuerdos horizontales, como es el caso consorcios y uniones temporales de proveedores (UTP), o a través de acuerdos verticales, que es el caso de una subcontratación. En una primera mirada, al permitir la unión de dos o más empresas, que por su capacidad económica o técnica no podrían exitosamente ofertar por su cuenta, se está fomentando la competencia en las licitaciones.[1]

Sin embargo, no podemos perder de vista que, aunque permitida, en esencia se trata de acuerdos entre empresas, que pudieran ser incluso potencialmente competidoras, por lo que esta forma de ofertar facilita la formación de carteles, a partir de comunicar información sensible y la posibilidad de acordar precios o producción en el proceso de fijar conjuntamente las condiciones de la oferta,[2] conductas que se enmarcan en lo que se conoce como *bid rigging*.[3] Una manifestación de este ilícito,

[1] Petr, Michal (2020) "Joint Tendering in the European Economic Area", *International and Comparative Law Review,* vol. 20, Nº 1, p. 207.

[2] Comisión Europea (2023) *Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements*, p. 12. En el mismo sentido, Federal trade Comission and the U.S. Department of Justice (2000) *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*, p. 15.

[3] Definida por la OCDE como aquel acuerdo de empresas, que de otro modo se esperaría que compitieran, conspiran secretamente para aumentar los precios o reducir la calidad de los bienes o servicios para los compradores que desean adquirir productos o servicios a través de un proceso de licitación (traducción libre). Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2016) *Fighting bid rigging in public procurement Report on implementing the OECD Recommendation*, p. 37.

lo constituye la presentación de una oferta conjunta por parte de dos o más empresas, que razonablemente estarían en condiciones de efectuar posturas individuales (supresión de ofertas o *bid suppression)*.[4] En ella, los miembros buscan dos finalidades: La primera, asegurarse la adjudicación beneficiando a uno de los actores, y la segunda, llevar el precio de la licitación a una cantidad que no habría resultado posible de haberse desarrollado el procedimiento concursal en condiciones de competencia.[5]

En términos generales, la colusión (de la cual el *bid rigging* es una especie) ha sido definida por Valdés Prieto como "las conductas de dos o más competidores que, concertada o en cierta concurrencia conductual, producen el efecto de entorpecer, restringir o eliminar la libre competencia al interior de un mercado relevante".[6] Como lo ha expresado la Corte Suprema, constituye una de las violaciones más graves de la ley en materia de competencia,[7] y en nuestro derecho, a partir de la modificación al artículo 3º, letra a), del D.L. Nº 211, efectuado por la Ley Nº 20.945, se elimina la mención al "poder de mercado" en la parte que tiene que ver con la tipificación de carteles duros,[8] por lo que nada impide que en Chile se les declare como anticompetitivas *per se*, sin consideración del poder de mercado de los agentes involucrados,[9] a lo que debe agregarse

---

[4] Bolívar-Gacitúa, Natalia (2023) "Colusión en licitaciones públicas (*bid rigging*) y sus efectos en las compras públicas", *Revista de Derecho Administrativo Económico*, Nº 38, p. 16.

[5] Juppet Ewing, María Fernanda y Morales Godoy, Joaquín (2018), *La colusión en Chile. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Santiago, Thomson Reuters, p. 77.

[6] Valdés Prieto, Domingo (2006), *Libre competencia y monopolio,* Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 517.

[7] "... la colusión constituye de todas las conductas atentatorias contra la libre competencia la más reprochable, la más grave, ya que importa la coordinación del comportamiento competitivo de las empresas". Sentencia de fecha 29.12.2010, rol Nº 1.746-2010, Corte Suprema.

[8] El artículo 3º, letra a), del D.L. se refiere expresamente al caso de la colusión en licitaciones públicas, al señalar: "Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:

a) Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o *afectar el resultado de procesos de licitación*, ...".

[9] Budnik Ojeda, Gabriel (2019), *Libre competencia regla* per se *y colusión*, Santiago, Editorial Hammurabi, p. 104.

que el mismo cuerpo legal incorporó un nuevo Título V, dentro del cual el artículo 62, inciso primero, sanciona penalmente la colusión.[10] A mayor abundamiento, el artículo 1º de la Ley Nº 21.595 la considera como un delito económico.

Entonces, si el volumen de transacciones exige que los procesos de adquisición sean respetuosos de "*los principios de libre acceso a las licitaciones, de competencia, de publicidad y transparencia de los procedimientos, de igualdad de trato y no discriminación, de probidad, y de valor por dinero*" (art. 2º bis), parece ineludible revisar los contornos entre participación conjunta y colusión, o, en otras palabras, ¿cómo, en un sistema de compras como el nuestro, abierto y transparente, es posible distinguir entre aquella oferta conjunta lícita de aquella que es anticompetitiva? El problema ha sido abordado tanto por la OCDE[11] como por instituciones encargadas de velar por la competencia en sus respectivos países, pero en nuestra novísima regulación se aborda únicamente desde la óptica de la contratación pública, lo que genera un desbalanceo entre los bienes jurídicos en juego. En este contexto, nos proponemos efectuar un planteamiento del problema, para lo cual revisaremos la normativa pertinente y soluciones planteadas desde el derecho comparado, que nos permitan arribar a algunas conclusiones y proposiciones de reforma.

2. La participación conjunta en los contratos del Sector Público regidos por la Ley Nº 19.886, y la modificación efectuada por la Ley Nº 21.634

El término participación conjunta engloba tres formas: Las uniones temporales de proveedores (UTP), los consorcios y la subcontratación, pudiendo distinguir aquella subcontratación que se acuerda antes de

[10] "El que celebre u ordene celebrar, ejecute u organice un acuerdo que involucre a dos o más competidores entre sí, para fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios en uno o más mercados; limitar su producción o provisión; dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de mercado; o afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos, u órganos públicos, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo".

[11] Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2012) *Recomendación del Consejo Instrumentos Jurídicos de la OCDE para combatir la colusión en la contratación pública*.

presentar la oferta, y la que se conviene después de que se haya adjudicado el contrato. Para efectos de este trabajo, sólo en el primer caso la subcontratación equivale a una participación conjunta. Todas comparten la característica de ser acuerdos entre empresas, que pueden tener una vinculación en su propiedad o no, para efectos de enfrentar un proceso licitatorio en términos que cada una aporta una ventaja que les permita presentar una mejor oferta a la que podrían haber llegado individualmente; o bien, sin que contribuya a una mejor evaluación de la oferta, les aporta para la correcta ejecución del contrato.

Como se observa a partir de los requisitos para su constitución, es de su naturaleza que acuerdos de este tipo sean públicos, o al menos, de conocimiento de la entidad licitante. Tal requisito lo constata el TDLC, para quien la circunstancia de que los requeridos no hayan transparentado con el cliente previamente que tenían la intención de hacer el consorcio, "resulta contrario a la naturaleza misma de un consorcio entre competidores, el cual requiere de la máxima transparencia posible respecto del licitante o demandante de los bienes y servicios".[12]

2.1. Uniones Temporales de Proveedores

La figura de UTP, regulada hasta la entrada en vigencia de la Ley Nº 21.634 únicamente por el Reglamento de la Ley Nº 19.886, fue importada desde la regulación europea,[13] y particularmente la española,[14]

---

[12] Sentencia de fecha 26.01.2022, rol C Nº 358-2018 (considerando 172º), Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

[13] La Directiva 2014/24 de la Unión Europea, en su artículo 19, Nº 2, autoriza la participación de uniones temporales en los siguientes términos: "Las agrupaciones de operadores económicos, incluidas las asociaciones temporales, pueden participar en procedimientos de contratación. Los poderes adjudicadores no les exigirán que tengan una forma jurídica específica para presentar una oferta o una solicitud de participación". No obstante, los poderes adjudicadores podrán exigir a las agrupaciones de operadores económicos que adopten una forma jurídica determinada cuando se les haya adjudicado el contrato, en la medida en que dicha transformación sea necesaria para la correcta ejecución del mismo (art. 19, Nº 3).

[14] El Real Decreto Legislativo Nº 3/2011 de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (vigente a la época en que se dictó nuestro D.S. Nº 1.410, de 2014), establecía en su artículo 59.1 que "Podrán contratar con el sector público las uniones de empresarios que se constituyan temporalmente al efecto, sin que

como una medida de fomento a la participación de empresas, al permitírseles ofertar conjuntamente en una licitación sin necesidad de crear una nueva persona jurídica distinta de sus miembros. Al permitir su constitución, el artículo 67 bis de nuestro Reglamento no estableció ninguna restricción para que empresas de cualquier tamaño, nacionales o extranjeras, puedan constituirla, salvo aquella limitación intrínseca, en cuanto a que quien integra una UTP no podría, en el mismo proceso licitatorio, ofertar de forma individual o a través de otras UTP formadas con distintos asociados, toda vez que de hacerlo infringe la idea misma de ser un proceso concursal, como asimismo, se trata de una conducta que pudieran afectar la competencia en el mercado.[15]

Luego, con la dictación del D.S. Nº 821, de 2020, se estableció la facultad para la entidad licitante de prohibirlas en las bases de licitación, por estimar "*fundadamente que ellas pudiesen conllevar un riesgo, dadas las particularidades de la industria objeto de la licitación o de las características del bien y/o servicio a contratar*" (art. 23 Nº 4). Aunque no lo señala expresamente, el riesgo a que se refiere la norma es que a través de la constitución de una UTP se genere una conducta anticompetitiva, riesgo que ya se había manifestado en 2015, cuando la Dirección de Compras y Contratación Pública (DCCP) dicta la Directiva Nº 22, que entrega orientaciones acerca de la participación de UTP en procesos de compra.[16]

Aun cuando ni la norma ni la directiva citadas establecieran criterios que otorgaran una orientación para las entidades licitantes en este punto, que permitiera a la entidad licitante determinar la posible afectación a la competencia en función de las características de las empresas que lo for-

---

sea necesaria la formalización de las mismas en escritura pública hasta que se haya efectuado la adjudicación del contrato a su favor".

[15] Moraga Klenner, Claudio (2019) *Contratación administrativa*, Santiago, Thomson Reuters, p. 361.

[16] En dicho documento, advierte que ella pueda ser utilizada "por las empresas de mayor tamaño, desvirtuándose su espíritu y sentido original, ya que por esa vía podrían propiciarse concentraciones de mercado u otras prácticas atentatorias a la libre competencia" (p. 4), por lo que recomienda a "los órganos compradores tener presente que, si bien no pueden prohibir abiertamente la participación de una UTP, les corresponde regular cómo se concretará esta participación, sobre todo en aquellas industrias en las que existen mayores riesgos de prácticas contrarias a la libre competencia" (p. 6).

man y del contexto concreto en que se presenta esta unión temporal.[17] En su virtud, una entidad compradora podía justificar –por ejemplo, a través de un procesamiento de información extraíble de Mercado Público– que para su licitación concurriría una cantidad suficiente de oferentes, quienes por sí solos son capaces de presentar una oferta. Siendo discutible que por vía reglamentaria se habilite a la entidad licitante para prohibir ofertas presentadas a través de UTP, desde el punto de vista de la solución planteada aportaba un punto de vista interesante, pues le otorgaba un margen de discrecionalidad al momento de evaluar un determinado mercado y de los riesgos que aparejaba la participación conjunta.[18]

A partir de la vigencia de la Ley Nº 21.634, será este cuerpo el que regula su funcionamiento, introduciéndole de entrada una importante restricción, pues permite que se forme una UTP únicamente entre Empresas de Menor Tamaño,[19] las que se encuentran reguladas por la Ley Nº 20.416, entendiéndose por tales "las microempresas, pequeñas empresas y medianas empresas".[20] Con todo, esta regla no es aplicable a los nuevos

---

[17] Miño López, Antonio (2019) *La defensa de la competencia en la contratación del sector público*, Valencia, Thomson Reuters Aranzadi, p. 204.

[18] Una solución similar existe en la legislación mexicana. En el artículo 29, numeral xi, de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, faculta a las entidades contratantes a que se opongan, por razones justificadas, a la participación conjunta en un proceso licitatorio. A su vez, el artículo 44 del Reglamento de esta ley precisa que cuando existan causas justificadas para no aceptar la presentación de proposiciones conjuntas, "se requerirá la autorización escrita del titular del Área requirente, en la cual deberán precisarse las razones para ello, particularmente los aspectos relativos a que con tal determinación no se limita la libre participación".

[19] "Artículo 51.- La Unión Temporal de Proveedores es un conjunto de empresas de menor tamaño, sea que se trate de personas naturales o jurídicas, que se unen para la presentación de una oferta en caso de licitaciones o convenio marco, o para la suscripción de un contrato, en caso de una contratación directa, sin que sea necesario constituir una sociedad".

[20] El mismo artículo segundo precisa cuando debemos entender cada una de estas categorías, señalando que "Son microempresas aquellas empresas cuyos ingresos anuales por ventas y servicios y otras actividades del giro no hayan superado las 2.400 unidades de fomento en el último año calendario; pequeñas empresas, aquellas cuyos ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro sean superiores a 2.400 unidades de fomento y no exceden de 25.000 unidades de fomento en el último año calendario, y medianas empresas, aquellas cuyos ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro sean superiores a 25.000 unidades de fomento y no exceden las 100.000 unidades de fomento en el último año calendario".

procedimientos de compra "diálogos competitivos" y "Asociación para la innovación", según da cuenta el artículo 55 del mismo cuerpo legal. Consecuencialmente, la oferta presentada por una unión compuesta por proveedores que no corresponden a EMT será declarada inadmisible (art. 53). Vale decir, independiente de la complejidad del objeto de la licitación, o de los montos involucrados en el futuro contrato, la ley prohíbe este tipo de participación conjunta a las empresas que queden fuera de esta categorización, en una medida que parece inspirarse en un ideal de igualdad material, de forma que se espera fomentar la participación en licitaciones que, de otra manera, solo se presentarían grandes empresas.

2.2. Consorcios

En este tipo de alianzas estratégicas, dos o más empresas aportan capital en forma de recursos financieros, humanos, tecnológicos u otro tipo de activos tangibles o intangibles, para formar una nueva empresa de la cual comparten propiedad.[21] La figura del consorcio no tiene regulación para contratos de suministro ni prestación de servicios, sin embargo, tienen una consagración normativa en el Reglamento para contratos de obra pública (RCOP), en términos que "Las obras se podrán ejecutar por Consorcio formado por dos o más contratistas inscritos en el Registro, *que complementen especialidades*, siempre que una vez que se adjudique el contrato formen una sociedad, dentro del plazo de 60 días a contar de la fecha de ingreso del respectivo acto administrativo totalmente tramitado, a la oficina de partes del Servicio correspondiente" (art. 11, inciso primero, del RPCOP).

De esta norma reglamentaria, destacamos dos cualidades: la primera, que exige una complementación de especialidades, lo que descartaría *a priori* una asociación entre empresas que se encuentren en situación de competencia horizontal, mientras que la segunda es la exigencia de constituir –en caso de resultar adjudicado– una sociedad diferente de las empresas que la constituyen, lo que implica una diferencia fundamental con las UTP. Por su parte, el Reglamento para contratación de trabajos de consultoría del Ministerio de Obras Públicas (RPCTC) le entrega a la entidad licitante la facultad de permitir o no la participación vía consorcios, en cuyo caso

[21] Sandoval López, Ricardo (2014), *Contratos mercantiles*, Santiago, Editorial jurídica de Chile, p. 671.

las bases deberán exigir que cada integrante "se encuentre inscrito en el Registro de Consultores y en conjunto cumplan con los requisitos de especialidades y categorías que se exija en las Bases" (art. 33, inciso primero).

A pesar de la ausencia de reglamentación para los contratos de suministro y prestación de servicios, existió una práctica administrativa en la época previa a la introducción de las UTP en nuestra normativa, para contratos especialmente complejos en su ejecución, o de una cuantía especialmente elevada, según la cual las bases de licitación permitían la formación de consorcios, los que al igual que en materia de obras públicas exigían la creación de una nueva persona jurídica. Dado el nuevo contexto normativo, la entidad compradora deberá evaluar su procedencia, atendiendo las condiciones de mercado que circundan la compra, como la existencia de barreras de entrada o la factibilidad de adjudicar por ítems o lotes.

2.3. Subcontratación

De conformidad al artículo 15 de la Ley Nº 19.886, se permite que el contratante pueda concertar con terceros la ejecución parcial del contrato, salvo en casos especialmente previstos en el reglamento o ante una disposición expresa contenida en las respectivas bases de la licitación. Tratándose de la restricción reglamentaria, el artículo 76 del D.S. Nº 250, de 2004, delegó en la entidad licitante la posibilidad de prohibirlos, así como en el evento de que la persona del subcontratista, o sus socios o administradores, están afectas a alguna de las causales de inhabilidades e incompatibilidades establecidas en el artículo 92 del Reglamento. Naturalmente, la responsabilidad por el cumplimiento de las obligaciones del subcontratista permanecerá, en todos los casos, en el contratista adjudicado.

Si hasta ahora no hay limitación respecto de los servicios que son susceptibles de subcontratar y a la participación del subcontratista en el contrato, con la entrada en vigencia de la Ley Nº 21.634 se exigirá que, dentro del plazo que fijen las bases de licitación o el reglamento, los oferentes deberán indicar la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, señalar su importe y el nombre o razón social del subcontratista, el que deberá ser un proveedor hábil e inscrito en el registro de contratistas, y acreditar el cumplimiento de los requisitos que el reglamento o las bases de licitación establezcan al efecto. Esto constituye un avance muy importante, pues evita que se utilice la subcontratación como un mecanismo de

cesión encubierta del contrato, en las que el subcontratista, en la práctica, ejecutaba el contrato. Sin embargo, la nueva ley no impide que un proveedor adjudicado subcontrate a una empresa que haya sido competidora en otros procesos licitatorios o en el mismo proceso licitatorio que lo precedió, lo que aumenta los riesgos de coordinación para futuros procesos,[22] pues esta figura le asegura su participación en la ejecución del contrato, a la vez que minimiza el riesgo de perder una oportunidad de negocio, transformándose en el mecanismo idóneo para el reparto del sobreprecio obtenido gracias a este acuerdo fraudulento.[23] Esperemos que el nuevo Reglamento corrija este vacío.

2.4. ¿Es factible considerar una participación conjunta de empresas vinculadas en su propiedad?

Otra materia que resulta necesaria despejar es la relativa a la participación conjunta de empresas relacionadas. El artículo 9º de la nueva ley ordena que, respecto de aquellas ofertas simultáneas por un mismo bien o servicio, presentadas por empresas pertenecientes al mismo grupo empresarial o relacionadas entre sí, el órgano contratante considerará sólo la oferta más conveniente, según se haya establecido en las bases, y declarará inadmisibles las demás. Sin embargo, no prohíbe que, en una participación conjunta, empresas relacionadas puedan presentar una oferta, de forma que las bases de licitación no podrían extender esta prohibición legal a más casos de los que su letra y espíritu consagra, más aún si se tiene en cuenta

[22] En este sentido, el TDLC se pronunció el 12 de marzo de 2020, a propósito de la propuesta de modificación normativa Nº 20/2020, sobre Reglamento para contratos de obras públicas, Decreto Supremo Nº 75 del MOP. En dicho documento señala, respecto de la subcontratación de obras contemplado en el artículo 101, que "... para resguardar adecuadamente la libre competencia, no debiera permitirse la subcontratación de empresas que estén inscritas en la misma categoría y especialidad que la empresa adjudicataria de la licitación, en cuanto tal habilitación redundaría en un mayor riesgo de coordinación entre las empresas participantes en las licitaciones de contratos de obras públicas" (p. 25). En razón de ello, propuso la modificación del referido Reglamento, en el sentido de "Establecer una prohibición de subcontratación de empresas inscritas en la misma categoría y especialidad que la empresa adjudicataria" (p. 31).

[23] Irarrázabal Philippi, Felipe y Araya Jasma, Fernando (2011), "Notas sobre la colusión entre oferentes en licitaciones, con énfasis en la experiencia internacional", *La libre competencia en el Chile del Bicentenario*, Santiago, Thomson Reuters Puntolex, p. 172.

que, por regla general, estas empresas no son competidoras entre sí, en la medida de que carezcan de autonomía frente a un controlador común. Por lo demás, si se analiza la experiencia comparada acerca de cómo se ha abordado esta problemática, veremos que el derecho de las empresas vinculadas entre sí a participar en un mismo procedimiento de adjudicación fue reconocido por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 19 de mayo de 2009, asunto C-538/07, "Assitur Srl y Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano". Conforme a su considerando 28, "(...) la exclusión sistemática de empresas vinculadas entre sí del derecho a participar en un mismo procedimiento de adjudicación de contratos públicos sería contraria a una aplicación eficaz del Derecho comunitario. En efecto, dicha solución reduciría considerablemente la competencia en el ámbito comunitario".[24-25]

3. Críticas a la nueva regulación

Ya en 2011 se había advertido que nuestra legislación no termina de configurar la institucionalidad en contra de la colusión en licitaciones públicas, lo cual es una falencia grave, "particularmente cuando estamos frente a una política, como es la de libre competencia que es aplicada, y, en último término, definida, por el derecho".[26] Con la modificación establecida por la Ley Nº 21.634, podemos decir que el foco estuvo puesto primordialmente en el fomento a la participación de EMT, y no en el fortalecimiento de una institucionalidad que permita la protección de los procesos licitatorios frente a conductas colusorias.

Para peor, las restricciones a la participación a través de UTP ya descrita, junto con implicar una limitación al derecho a desarrollar una actividad económica, imponen una solución que, por plantearse en términos prácti-

---

[24] Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:-62007CJ0538&from=ES.

[25] Para Ritter, para que dos empresas se puedan considerar al menos potencialmente competidoras, ambas deben ser capaces realísticamente de ofertar por su cuenta. "*If one of them does not have «real concrete possibilities» of bidding, it is not a competitor, and therefore there is no competition to restrict*". Ritter, Cyril (2017) "Joint tendering under EU competition law", *Social Science Research Network*, p. 7.

[26] Irarrázabal Philippi y Araya Jasma, 2011, 181.

camente absolutos, será en muchos casos alejada de la realidad, por cuanto en licitaciones especialmente complejas desde el punto de vista técnico, que requieran de varias especialidades, o que requieran de una capacidad económica que las EMT no podrán afrontar ni siquiera asociadas, se le impedirá al organismo público contar con ofertas competitivas. Un ejemplo de la deficiencia que intentamos explicar es la licitación del Servicio de Registro Civil e Identificación, publicada en el portal Mercado Público bajo el ID 545.854-12-LR20. Las bases de licitación contemplaban la implementación de diferentes módulos (atención de usuarios, biometría, firma electrónica, ciberseguridad, mesa de ayuda, entre otros), los que, al ser agrupados para una licitación, justificarían la necesidad[27] de empresas que participan de distintos mercados puedan unir sus especialidades a fin de complementarse, lo que efectivamente sucedió con todas las ofertas presentadas, salvo la de la empresa incumbente, quien a la larga resultó adjudicada. De lo que se trata, en definitiva, es que empresas que no son competidoras, sea porque no operan en el mismo mercado de referencia (competidores reales), o aun operando en él, no pueden, y potencialmente no podrían, tomar a tiempo las medidas necesarias para gestionar la licitación específica por sí solas, participen conjuntamente, lo que desde el punto de la vista de la competencia resulta positivo, pues de otra forma les resultaría inviable ofertar.[28]

---

[27] Según la Federal Trade Comission y el Departament of Justice de Estados Unidos, una de las variables que consideran para evaluar la competitividad de acuerdos entre competidores, es la razonable necesidad de constituirlo, en términos que "*The Agencies consider only those efficiencies for which the relevant agreement is reasonably necessary. An agreement may be «reasonably necessary» without being essential. However, if the participants could have achieved or could achieve similar efficiencies by practical, significantly less restrictive means, then the Agencies conclude that the relevant agreement is not reasonably necessary to their achievement*". Federal trade Comission and the U.S. Department of Justice, 2000, p. 24.

[28] La Autoridad Danesa para la competencia y el consumo entiende que un acuerdo para ofertar conjuntamente, por lo general, no restringe la competencia si las empresas que lo constituyen no están en condiciones de completar el contrato individualmente. Danish Competition and Consumer Authority "When companies bid jointly - guidelines for joint bidding under competition law" (2020), p. 13. Según Ritter, "*The parties may be competitors in the broader sense, meaning that they are both active in the same business. But what matters here is whether they are competitors for the purpose of the particular procurement procedure at issue*". Ritter, 2017, 4.

Por otra parte, si la intención del legislador era limitar la constitución de UTP únicamente a empresas de menor tamaño, debió imponer similares restricciones a otras formas de participación conjunta. En el escenario de vigencia de la norma, las grandes empresas igualmente podrán participar bajo la forma de subcontratación, lo que implicará para la entidad pública perder la solidaridad que se exige al momento de constituir una UTP respecto de todos sus miembros, pues ahora solo será responsable el contratista principal.

En el mismo ámbito de la subcontratación, la nueva regulación no se hace cargo de algunos problemas prácticos que debilitan su funcionamiento y se alejan de su objeto de complementación, o impiden delimitar el grado de necesidad que tenían para unirse. Tal es el caso, por ejemplo, de aquellas empresas sin experiencia que se asocian a empresas que sí la tenían, con el objetivo de adjudicarse un contrato que en la práctica será ejecutado por el proveedor inexperto. Por último, al no regular la figura del consorcio, y habiéndole otorgado el legislador a la entidad compradora un amplio poder discrecional para definir el contenido de las bases del concurso, en la medida que éstas lo permitan, sería factible acudir a esta modalidad de participación conjunta, lo que sin duda generará dudas interpretativas acerca de su procedencia.

4. El foco principal de la regulación en esta materia: ¿Cómo detectar e impedir la participación de un cartel en procesos licitatorios?

En las figuras de participación conjunta, la infracción a las normas sobre libre competencia no se produce por la celebración de su acuerdo constitutivo, sino que en el contenido colusorio que conlleva y en los comportamientos generados a partir de dicho acuerdo, el que actúa como una simulación de normalidad competitiva. En términos de Miño, "la creación de la agrupación es un vehículo que articula las técnicas colusorias (acuerdo sobre precios, reparto de mercado, etc.) a través de una asociación de empresas para concurrir unidas a la licitación".[29]

Habrá, pues, dos acciones que son especialmente riesgosas para la libre competencia: Por una parte, habrá intercambio de información, tanto para

[29] Miño López, 2019, 205.

constituirlo como al momento de definir el contenido de la oferta,[30] y, seguidamente, existirá un acuerdo sobre el precio al momento de preparar la oferta. Esta preocupación se ve acrecentada con la inclusión del procedimiento de subasta, el cual, por tener al precio como criterio excluyente de adjudicación, es más propenso a que se produzcan casos de *Price fixing,* en los que oferentes se concierten a través de ofertas de cobertura, o de ofertas económicas idénticas o similares. Como apunta Thomas, si este tipo de acuerdos redunda en crear una solución integrada superior, y a partir del cual los clientes y la economía en general pueden beneficiarse, debería recibir una evaluación favorable, y, por el contrario, las ofertas conjuntas que ascienden a poco más que un acuerdo privado que divide el contrato en lotes y asigna entre los participantes de la oferta, debe ser visto con mucha mayor cautela. Por ejemplo, si el contrato es para cuatro máquinas y la oferta conjunta no incluye más que permitir que una parte fabrique dos máquinas y que el otro haga los dos restantes, existe un riesgo claro de que la oferta enmascare un cartel.[31]

4.1. La precariedad de herramientas que tienen las entidades licitantes en Chile para actuar, frente a indicios de colusión que observen en sus procedimientos

Si aceptamos que una oferta conjunta es procompetitiva cuando no reduce el número de oferentes que, razonablemente, podría haberse presentado, y será anticompetitiva cuando limita el número de oferentes que, de manera razonable, podrían haberse presentado por su cuenta, y no hay eficiencias que lo compensen,[32] la normativa debiera enfocarse, más que declarar genéricamente un deber de las entidades licitantes en cuanto a garantizar la libre competencia, en dotar a éstas de herramientas que les

[30] A nivel español, se presume que el intercambio de información entre competidores tiene efectos anticompetitivos, por cuanto tiene el poder de reducir la incertidumbre sobre el comportamiento de las empresas en el mercado. Laguna de Paz, José Carlos (2020), *Derecho administrativo económico,* Pamplona, Thomson Reuters Civitas, p. 1237.

[31] Thomas, Christopher (2015), "Two Bids or not to Bid? An Exploration of the Legality of Joint Bidding and Subcontracting Under EU Competition Law", *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 6, Nº 9, p. 635.

[32] Ritter, 2017, 17.

permitan adoptar una actitud eficaz de combate a prácticas que falsean la competencia, sin que supongan la usurpación de atribuciones que detenta el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC).

Un ejemplo de la precariedad en las herramientas jurídicas para atacar la colusión en el proceso mismo de licitación, lo constituye una cláusula común en bases de licitación, cual es la denominada "Pacto de integridad", la que consiste en una declaración estandarizada que los oferentes suscriben acerca de deberes que podríamos englobar en el concepto de buena fe al momento de ofertar. Uno de estos deberes es que se obliga a "*no intentar ni efectuar acuerdos o realizar negociaciones, actos o conductas que tengan por objeto influir o afectar de cualquier forma la libre competencia, cualquiera fuese la conducta o acto específico, y especialmente, aquellos acuerdos, negociaciones, actos o conductas de tipo o naturaleza colusiva, en cualquiera de sus tipos o formas*". En el evento de que se comprobare que el adjudicatario u oferentes han incurrido en ellas, las mismas bases le imponen a la entidad licitante la función de rechazar "de plano" la propuesta, invalidar la adjudicación o poner término al contrato anticipadamente, haciendo efectiva la garantía de fiel cumplimiento en forma administrativa, sin necesidad de resolución judicial previa.[33]

Pues bien, si la entidad compradora, luego de utilizar modelos predictivos a través de herramientas como *Machine Learning*, que permiten examinar posibles casos de colusión en procesos de manipulación de licitaciones, y gracias a ellas tenga indicios de una conducta colusoria respecto de una o más ofertas, ¿podría, en virtud de esta cláusula de las bases, declararlas inadmisibles? A favor de esta postura está que el legislador le ha entregado a cada entidad un poder para definir el contenido de las bases, las que son de obligatoria observancia en virtud del principio de estricta sujeción a las bases (art. 10, inciso tercero), por lo que, si en ellas se establecía la facultad para declararla inadmisible, estaría incumpliendo con una atribución-deber si no la observa.

En mi opinión, se trata de meras declaraciones carentes de todo efecto práctico, por cuanto si la ley, en este caso, el D.L. Nº 211, estableció que

[33] Por vía ejemplar, Resolución Exenta Nº 2.531, de 2023, del Gobierno Regional Metropolitano, que aprueba bases administrativas (generales y especiales) bases técnicas y anexos de licitación pública "adquisición 14 retenes móviles de Carabineros para 14 comunas de la Región Metropolitana", publicada en www.mercadopublico.cl en el ID 1261-47-LR23.

aquellos acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan, entre otras, en afectar el resultado de procesos de licitación, sean de conocimiento y resolución del TDLC, no podría una entidad licitante entrar a pronunciarse sobre una materia que el legislador le reservó expresamente a un tribunal, sin incurrir en una infracción a los artículos 6º y 7º de la Constitución Política. La principal debilidad que tenemos, entonces, es que tanto con la actual regulación como con la que comenzará a regir próximamente, las posibles sanciones aplicables a los infractores sólo tendrán efectos en procesos licitatorios futuros, pero no podrían tener una incidencia en aquel en que se está verificando el ilícito, por lo que incluso sería factible que sea adjudicado un oferente que forma parte del acuerdo colusorio.[34]

En este sentido, la nueva regulación presenta un nulo avance, pues ahora explicita una potestad para la Dirección de Compras, consistente en denunciar a la Fiscalía Nacional Económica (FNE) las posibles infracciones a la libre competencia (art. 30, letra ñ) de la Ley Nº 21.634), lo cual desde ya podría efectuar sin mediar esta modificación legal. Tal como lo describe Valcárcel a propósito de una disposición de la Ley Nº 30/2007 (derogada a partir de la vigencia de la Ley Nº 9/2017, que es la nueva Ley de Contratos del Sector Público), la remisión a las autoridades de competencia de las pruebas de los indicios de conducta anticompetitiva, continuando con la tramitación del expediente hasta la adjudicación del contrato, no posibilitaba la erradicación del oferente en el procedimiento en el que se habían detectado, fórmula que si bien desde el punto de vista del derecho de la competencia no es disfuncional, pues supone la apertura de un proceso que culmina con una sanción a los infractores, no permite dar una respuesta satisfactoria al problema de la colusión desde la óptica

[34] Actualmente, el artículo 26, letra d), del D.L. Nº 211, establece que el TDLC podrá imponer, además de las sanciones ya previstas, la prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la administración centralizada o descentralizada del Estado, con organismos autónomos o con instituciones, organismos, empresas o servicios en los que el Estado efectúe aportes, con el Congreso Nacional y el Poder Judicial, así como la prohibición de adjudicarse cualquier concesión otorgada por el Estado, hasta por el plazo de cinco años contado desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada.

del derecho de contratación pública, toda vez que las conductas colusorias produjeron todos sus efectos en el procedimiento de contratación.[35]

4.2. Avances en el derecho comparado que permiten a la entidad licitante descalificar oferentes, frente a indicios de un actuar colusorio

Por ello, una regulación que resguarde los derechos de los oferentes para participar de forma conjunta en cualquiera de sus formas, pero que al mismo tiempo cautele los intereses generales que exigen una competencia efectiva en los procesos de contratación, no se logra imponiendo condiciones rígidas, como restringir la formación de UTP únicamente a empresas de menor tamaño, sino que debiera apuntar a: i) Uniformar los requisitos que deban cumplir las distintas formas de participación conjunta, los que debieran orientarse en el principio de necesidad; ii) Establecer criterios que definan cuándo una conducta constituye un indicio de actuar colusorio, que les permitan a la entidad licitante guiar su acción; y iii) Con dichos indicios, y previo pronunciamiento del TDLC en un procedimiento sumarísimo (período en el que el proceso licitatorio se encontraría suspendido), descalificar al oferente respecto de quien se hayan confirmado indicios claros de haber incurrido en colusión, sin perjuicio de que opere la institucionalidad vigente para la investigación y sanción de carteles.[36]

Este cuidado de la competencia en el mismo proceso licitatorio ha sido adoptado por la normativa europea, por medio de su Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública. En su artículo 57.4, se habilita a los poderes adjudicadores para "*excluir a un operador económico de la participación*

---

[35] Valcárcel Fernández, Patricia (2022), "Mecanismos de detección de prácticas anticompetitivas en la normativa de contratos públicos: primeros frutos al hilo de la obligación de subrogar a los trabajadores del artículo 130 de la LCSP", *Observatorio de los contratos públicos 2021*, José María Gimeno Feliú (dir.), Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 77-78.

[36] Siguiendo los criterios de la autoridad danesa de competencia, en dicha investigación podría determinarse, por ejemplo, que un acuerdo de participación conjunta puede cumplir las normas de competencia, si a través de la colaboración: a) Pueden presentar una oferta más competitiva que la que habrían podido presentar individualmente, b) Esto beneficia en cierta medida a los consumidores, c) La colaboración no va más allá de lo necesario para lograr ese objetivo, y d) no ofrece a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia en el contrato en cuestión. Danish Competition and Consumer Authority, 2020, 40.

en un procedimiento de contratación, por sí mismos o a petición de los estados miembros", entre otros supuestos, "*d) cuando el poder adjudicador tenga indicios suficientemente plausibles de que el operador económico ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia*".

A su vez, como disposición destinada a dar eficacia a la Directiva citada, la Ley de Contratos del Sector Público de España, establece en su artículo 150.1, tercer párrafo, que si el órgano licitante "*tuviera indicios fundados de conductas colusorias en el procedimiento de contratación, (...) los trasladará con carácter previo a la adjudicación del contrato a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* (CNMC) *o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente, a efectos de que a través de un procedimiento sumarísimo se pronuncie sobre aquellos. La remisión de dichos indicios tendrá efectos suspensivos en el procedimiento de contratación. (...) Reglamentariamente se regulará el procedimiento al que se refiere el presente párrafo*". De este modo, la participación de las autoridades de competencia se limita a confirmar la existencia de indicios fundados de conductas colusorias, para que el órgano de contratación adopte las decisiones que correspondan en el marco de sus competencias. No se trata, entonces, de un procedimiento que prejuzgue una futura decisión de las autoridades de competencia en el marco del correspondiente procedimiento sancionador.[37]

Una de las prevenciones más importantes que formula la CNMC es que, dada la especial transcendencia que puede tener el resultado del procedimiento sumarísimo, principalmente de cara a una posterior actuación de las autoridades de competencia, resulta necesario extender el deber de reserva o secreto a los miembros de la comisión evaluadora y a los órganos de contratación, sin que los oferentes, incluidas las empresas afectadas por los indicios detectados, puedan tener conocimiento del procedimiento de traslado de los indicios fundados a las autoridades de defensa de la competencia, ni de su eventual contenido. Así, "la existencia del procedimiento sólo deberá comunicarse una vez garantizado el buen fin de las actuacio-

[37] Comisión Nacional para los Mercados y la Competencia (2018) "INF/CNMC/085/2018 sobre el artículo 150 de la Ley Nº 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE", p. 6.

nes de investigación que resulten procedentes por parte de los órganos de defensa de la competencia, minimizando así el riesgo de destrucción de pruebas por parte de los licitadores afectados".[38]

Una regulación en el sentido expuesto, en la que se hubiera facultado a las entidades licitantes para, primeramente, suspender un proceso licitatorio mientras el TDLC instruye una investigación sumarísima para detectar indicios de colusión, y confirmada que sea por este órgano jurisdiccional, declarar inadmisible la oferta, habría significado un notable avance para el control de estas situaciones, y una observancia concreta del principio de competencia en la contratación pública.[39] No obstante ello, igualmente creemos que la comisión evaluadora, en el ejercicio de sus funciones y frente a posibles indicios de colusión entre empresas que se unen en torno a una oferta conjunta, estaría facultada para solicitar antecedentes que la justifiquen, para que con ellos los ponga a disposición de las autoridades competentes, mientras el proceso licitatorio sigue su curso, aun cuando carece de la potestad de excluirla, al menos por este motivo.

4.3. Acerca de cuáles serían los indicios de una conducta colusoria en un proceso licitatorio

Nos hemos referido a indicios que permitirían descalificar ofertas, pero ¿es posible precisar cuáles serían éstos en los casos de participación conjunta? Sobre este punto, la OCDE, a través de sus recomendaciones para combatir la colusión en la contratación pública,[40] sugiere como indicio fijarse en la conducta del proveedor adjudicado. De esta forma, serán indicios de colusión si el licitante ganador repetidamente subcontrata trabajos con licitantes que no ganaron, o si el licitante ganador no acepta la adjudicación y se determina más tarde que está operando como subcontratista.

Un segundo aspecto consiste en analizar la conducta pasada de quienes en esta oportunidad participan conjuntamente, pudiendo ser un indicio si

---

[38] Comisión Nacional para los Mercados y la Competencia. Ibíd., 6 y 7.

[39] Campuzano Fernández, Susana y García-Royo Díaz, Julia (2018), "La Ley Nº 9/2017 de contratos del sector público: una aproximación desde la óptica del derecho de la competencia", *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, José María Gimeno Feliú (dir.), Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, p. 858.

[40] Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, 2012, 16.

antes lo hicieron en el mismo concurso público u otro similar, pero de manera individual, sin que hubiesen variado las circunstancias en la licitación actual.[41] En la nueva Ley Nº 21.634, su artículo 54, inciso segundo, establece que "Respecto de cada proceso y al momento de la presentación de la oferta los integrantes de una Unión Temporal de Proveedores no podrán participar en otra", manifestando una preocupación por la seriedad de las ofertas, más que de precaver una conducta colusoria.

Un tercer punto es poder determinar si las empresas asociadas tenían la capacidad para cumplir con el contrato individualmente, entendiendo por tal aquella que permite cumplir con las especificaciones de la licitación, en términos de tener suficiente capacidad adicional, equipos, personal, permisos regulatorios, certificaciones de calidad, entre otras,[42] o, al menos, que la oferta conjunta permitió una mayor eficiencia en la oferta.[43] Este indicador incide sobre el carácter complementario de la participación conjunta, y si bien en la práctica es complejo saber con exactitud si es que una empresa está en condiciones de ofertar de manera independiente sobre un determinado bien o servicio, al evaluar el tamaño y las características de la contratación es posible llegar a lo menos a un indicio cierto.[44] Este

[41] Thomas, 2015, 636.

[42] Ritter, 2017, 7. En el mismo sentido, las directrices de la Autoridad Danesa para la competencia y el consumo, indican que "Por el contrario, un acuerdo de consorcio cuyas partes pueden presentar ofertas individuales para el contrato y, por lo tanto, son competidoras, y donde la colaboración no es beneficiosa para la autoridad contratante normalmente no será legal, ya que las condiciones del artículo 8º de la Ley de Competencia danesa no se han cumplido". En Danish Competition and Consumer Authority (2020), p. 4.

[43] Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, "Fighting bid rigging in public procurement Report on implementing the OECD Recommendation" (2016), p. 49.

[44] Resolución de la CNMC, Expte. S/DC/0525/14 cementos (fundamento 4.1.1, pp. 73-74): "... solamente cabrá apreciar el beneficio y la necesidad de asociarse a través de una UTE para determinados contratos, y la inexistencia de una conculcación de las normas de competencia, cuando no sea posible que las empresas puedan concurrir a los mismos de manera individual ante su falta de capacidad. Solo en estos supuestos puede acogerse la posibilidad de constituirse puntualmente en UTE. Sin embargo, no es eso lo que sucede en relación con las empresas constitutivas de la UTE objeto del presente expediente, ya que dada su capacidad económica, técnica y profesional podía acometer las obras de manera individual, y ello queda constatado en los correos electrónicos puestos de manifiesto anteriormente, sin que las empresas hayan podido desvirtuar tales consideraciones".

indicio aplica también cuando los procedimientos de licitación prevean la posibilidad de presentar ofertas para partes del contrato (ítems), en la medida que las empresas decidan participar conjuntamente, en circunstancias que tenían la capacidad de presentar ofertas individuales para uno o más ítems.[45] Relacionado con el punto anterior, es importante determinar si en el acuerdo de participación conjunta hay más empresas de las necesarias.[46] Si bien a menudo será difícil establecerlo, y por lo tanto será poco probable que por sí solo baste para rechazar una oferta, será importante en futuros procesos por el posible intercambio de información que se haya producido.

Finalmente, es importante analizar al momento de la recepción de ofertas, si el mercado en que se desarrolla el procedimiento licitatorio presenta un número muy reducido de competidores, o está controlado por integrantes de la unión, de modo que prácticamente todos los posibles oferentes forman parte de ella.

Conclusiones

1) La opción de participar conjuntamente es una excepción al principio de autonomía de la oferta, por la cual dos o más empresas acuerdan aspectos que, *prima facie*, constituirían un acuerdo contrario a la libre competencia, como el precio. Ello ha sido permitido en aras de fomentar el acceso a empresas de menor tamaño a licitaciones que, de otra forma, no tienen reales opciones de resultar adjudicadas. Esta misma razón es aplicable a grandes empresas, en las que por barreras de entrada impuestas en las bases o exigencias técnicas de las cuales carece, requiere (principio de necesidad) complementar su capacidad con otras empresas, que pueden ser grandes o pequeñas.

2) En la participación conjunta existen dos tipos de acuerdos horizontales (uniones temporales y consorcios) y un acuerdo vertical, que es la subcontratación al momento de ofertar. El riesgo de una oferta conjunta, desde el punto de vista de la competencia, viene dado porque en el proceso de elaboración de oferta compartirán información propia de su negocio y acordarán un precio. El objetivo de la normativa que las regule será,

[45] Comisión Europea, 2023, 91.

[46] Danish Competition and Consumer Authority, 2020, 30.

entonces, poder distinguir cuándo una participación conjunta es lícita, y cuándo pasa a ser anticompetitiva.

3) La nueva Ley Nº 21.634, que modifica la Ley Nº 19.886 en diversos aspectos, consagra nuevas regulaciones para la participación conjunta: En sus aspectos más relevantes, prohíbe las uniones temporales compuestas por empresas que no sean EMT, y en el caso de que se encuentre permitida la subcontratación, los oferentes deberán indicar la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, su importe y el nombre o razón social del subcontratista, quien deberá ser un proveedor hábil inscrito en el registro de proveedores, y acreditar el cumplimiento de los requisitos que el reglamento o las bases de licitación establezcan. Sin embargo, la nueva ley deja intersticios que, en algunos casos, serán susceptibles de ser colmados a través del reenvío que hace la ley al Reglamento o a las bases de licitación. Un ejemplo de este caso es si la entidad licitante entiende la necesidad de que las grandes empresas puedan participar conjuntamente, permitieran la formación de consorcios, los que eran utilizados en la práctica administrativa previa al establecimiento de las UTP.

4) Desde el punto de vista de su aplicación, nos parece excesivamente rígida la prohibición de participar de grandes empresas en UTP, por cuanto en licitaciones especialmente complejas desde el punto de vista técnico, que requieran de varias especialidades, o que requieran de una capacidad económica que las EMT no podrán afrontar ni siquiera asociadas, se le impedirá al organismo público contar con ofertas competitivas. Resulta, asimismo, perjudicial a los intereses de la entidad licitante, porque si en definitiva las grandes empresas participan bajo un subcontrato, perderá la solidaridad que se exige al momento de constituir una UTP.

5) Más allá de las omisiones en que incurrió el legislador al tratar la participación conjunta, creemos que en nuestro derecho aún persiste una débil conexión entre los derechos de competencia y contratación pública, lo que se demuestra en que las posibles sanciones aplicables a los infractores de un actuar colusorio sólo tendrán efectos en procesos licitatorios futuros. Podemos concluir, por tanto, que se trató de una oportunidad perdida de estar en sintonía con las modernas soluciones que ha desarrollado el derecho comparado.

6) Siguiendo la tendencia de la Directiva 2014/24 de la Unión Europea, la futura regulación sobre las participaciones conjuntas debiera enfocarse en: i) Establecer criterios que definan cuándo una determinada

conducta constituye un indicio de actuar colusorio, que le permitan a la entidad licitante orientar su accionar; y ii) Con dichos indicios, y previo pronunciamiento del TDLC en un procedimiento sumarísimo (período en el que el proceso licitatorio se encontraría suspendido), la entidad licitante debiera quedar facultada para descalificar al oferente respecto de quien se hayan confirmado indicios de haber incurrido en colusión, sin perjuicio de la potestad sancionatoria que detentan hoy en día el referido tribunal y la Corte Suprema. La fe pública y la corrección de nuestros procesos licitatorios demandan mayores atribuciones legales que permitan una cooperación efectiva de nuestras autoridades.

Bibliografía citada

Bolívar-Gacitúa, Natalia (2023), "Colusión en licitaciones públicas (*bid rigging*) y sus efectos en las compras públicas", *Revista de Derecho Administrativo Económico*, Nº 38.

Budnik Ojeda, Gabriel (2019), *Libre competencia regla* per se *y colusión*, primera edición, Santiago, editorial Hammurabi.

Campuzano Fernández, Susana y García-Royo Díaz, Julia (2018), "La Ley Nº 9/2017 de contratos del sector público: una aproximación desde la óptica del derecho de la competencia", *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, José María Gimeno Feliú (dir.), Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi.

Comisión Europea (2023), Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023XC0721(01).

Comisión Nacional para los Mercados y la Competencia (2018), Consideraciones sobre el Artículo 150 de la Ley Nº 9/2017, https://www.cnmc.es/sites/default/files/2216888_1.pdf.

Danish Competition and Consumer Authority (2020), When companies bid jointly – guidelines for joint bidding under competition law, https://www.en.kfst.dk/media/t1lmhwkt/20201211-guidelines-on-joint-bidding.pdf.

Dirección de Compras y Contratación Pública (2015), Directiva Nº 22, que entrega orientaciones acerca de la participación de las Uniones

Temporales de Proveedores en los procesos de compra, https://www.chilecompra.cl/wp-content/uploads/2016/11/directiva-n22.pdf.

Federal trade Comission and the U.S. Department of Justice (2000), Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors, https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf.

Irarrázabal Philippi, Felipe y Araya Jasma, Fernando (2011), "Notas sobre la colusión entre oferentes en licitaciones, con énfasis en la experiencia internacional", *La libre competencia en el Chile del Bicentenario*, primera edición, Santiago, Thomson Reuters Puntolex.

Juppet Ewing, María Fernanda y Morales Godoy, Joaquín (2018), *La colusión en Chile. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, primera edición, Santiago, Thomson Reuters.

Laguna de Paz, José Carlos (2020), *Derecho administrativo económico*, tercera edición, Pamplona, Thomson Reuters Civitas.

Miño López, Antonio (2019), *La defensa de la competencia en la contratación del sector público*, primera edición, Valencia, Thomson Reuters Aranzadi.

Moraga Klenner, Claudio (2019), *Contratación administrativa*, segunda edición, Santiago, Thomson Reuters.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2012), Recomendación del Consejo Instrumentos Jurídicos de la OCDE para combatir la colusión en la contratación pública, https://www.oecd.org/daf/competition/Recomendacion-del-Consejo-OCDE-para-combatir-la-colusion-en-contratacion-publica.pdf.

_____ (2016), "Fighting bid rigging in public procurement. Report on implementing the OECD Recommendation", https://www.oecd.org/daf/competition/Fighting-bid-rigging-in-public-procurement-2016-implementation-report.pdf.

Petr Michal (2020), "Joint Tendering in the European Economic Area", *International and Comparative Law Review*, vol. 20, Nº 1, disponible en https://sciendo.com/article/10.2478/iclr-2020-0009.

Ritter, Cyril (2017), "Joint tendering under EU competition law", *Social Science Research Network*, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2909572.

Sandoval López, Ricardo (2014), *Contratos mercantiles*, segunda edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

Thomas, Christopher (2015), "Two Bids or not to Bid? An Exploration of the Legality of Joint Bidding and Subcontracting Under EU Competition Law", *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 6, Nº 9.

Valcárcel Fernández, Patricia (2022), "Mecanismos de detección de prácticas anticompetitivas en la normativa de contratos públicos: primeros frutos al hilo de la obligación de subrogar a los trabajadores del artículo 130 de la LCSP", *Observatorio de los contratos públicos 2021*, primera edición, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi.

Valdés Prieto, Domingo (2006), *Libre competencia y monopolio*, primera edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.