

Los principios de la contratación administrativa: el acuerdo de asociación Chile-Unión Europea

Principles of public procurement: the EU-Chile association agreement

Enrique Díaz Bravo*

Se examinan los principios de la contratación pública presentes en el Acuerdo de Asociación celebrado entre Chile y la Unión Europea. La igualdad de los oferentes, la transparencia y libre concurrencia son principios que determinan el Acuerdo y pretenden garantizar contrataciones públicas ajustadas a derecho.

Palabras clave: Contrato Administrativo; Acuerdo de Asociación; Compras Públicas; Principios; Derecho Administrativo.

At this article are reviewed the public procurement principles who are present in the EU-Chile Association Agreement. Equal and free competition and Transparency are principles that determine the Agreement and intended to ensure public procurement.

Keywords: Administrative Contracts; Association Agreement; Public Procurement; Principles; Administrative Law.

RESUMEN / ABSTRACT

Introducción

El contrato administrativo tiene un importante rol en el mercado mundial, toda vez que representa aproximadamente entre un 5% y un 15% del Producto Interno Bruto (PIB) dependiendo de cada país, de modo tal que es a través de las compras públicas que los Estados asumen un importante rol económico como el principal agente que

* Abogado Universidad Central; Máster en Derecho Constitucional por la Universidad de Sevilla, España; Máster en Estudios Hispánicos, Democracia y Libertad, Universidad de Cádiz, España; Máster (C) en Evaluación de Políticas Públicas por la Universidad Internacional de Andalucía, España; y Doctorando en Derecho Constitucional por la Universidad de Sevilla, España. Director del Magíster en Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomas, Chile. Correo electrónico: enriquediazbr@santotomas.cl
El presente artículo forma parte de la investigación "Libre Competencia y Contratación Pública en el marco del Tratado de Libre Comercio entre Chile y la Unión Europea (Acuerdo de Asociación)" financiada por el fondo de Proyectos de Investigación y Creación 2014/2015 de la Universidad Santo Tomás (Chile), del que el autor es Investigador Responsable.

Recibido el 15 de septiembre y aceptado el 3 de noviembre de 2015.

adquiere bienes y servicios. En Chile las compras públicas representan, según datos de la Fiscalía Nacional Económica¹, un monto que asciende al 6% del Producto Interno Bruto (PIB) aproximadamente, el que se divide en 3,5% en transacciones en Mercado Público, y un 2.5% restante en contrataciones de obras públicas, no consideradas por la Ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

En Chile la regulación general del sistema de contratación pública la fija la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado², que establece una serie de condiciones y principios:

- 1) La propuesta pública como regla general para la celebración de contratos administrativos.
- 2) El principio de libre concurrencia al llamado administrativo de los oferentes.
- 3) Igualdad de los oferentes ante las Bases que rigen el contrato.
- 4) Licitación privada solo previa resolución fundada.
- 5) Trato directo solo en caso que la naturaleza de la negociación así lo requiera³.

A partir de la dictación de la Ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios en 2003, y su Reglamento N° 250 del Ministerio de Hacienda de 2004, se reguló por primera vez específicamente la materia de compras públicas en nuestro país, fecha coincidente con las negociaciones del Tratado de Libre Comercio con la Unión Europea.

¹ Vid. FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, 2011.

² El DFL N° 1-2001 fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

³ Cabe hacer mención del ordenamiento español sobre la materia, el que en el artículo 1 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de Contratos del Sector Público, dispone que "La presente ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa. Es igualmente objeto de esta ley la regulación del régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, en atención a los fines institucionales de carácter público que a través de los mismos se tratan de realizar".

El sistema de compras públicas fue introducido en Chile con el objeto de establecer mecanismos de transparencia en los procesos de contratación y compras de la Administración Pública, así como para mejorar la eficacia y eficiencia⁴⁻⁵ de la competencia pública en los mecanismos de compra, mediante procedimientos expeditos y claros para todos.

La Ley N° 19.886, y su Reglamento, establecen una serie de principios, que se han plasmado en normas de observancia y cumplimiento obligatorios para todos los procesos de compras, ellos son:

1. Transparencia.
2. Eficiencia y Economía.
3. Estricta sujeción a las Bases.
4. Igualdad de los oferentes.
5. Libre competencia.

En este marco entró en vigor en 2003 –al menos en la parte comercial– el denominado Acuerdo de Asociación con la Unión Europea, el que tiene por objeto el diálogo político, comercial y de cooperación entre la Unión y Chile. La cuarta parte del Tratado regula: cuestiones sobre comercio, disposiciones generales, libre circulación de mercancías, comercio de servicios y derecho de establecimiento, contratación pública, pagos corrientes y movimientos de capital, derechos de propiedad intelectual, competencia, solución de controversias, transparencia, tareas específicas en cuestiones comerciales de los organismos establecidos en virtud del presente acuerdo y disposiciones finales. A partir del Título IV de Contratación Pública se fija que *las partes asegurarán la apertura efectiva y recíproca de sus mercados de contratación pública*.

Este acuerdo de Libre Comercio ha provocado un importante aumento en el comercio de bienes y servicios entre ambas partes, duplicándose el comercio desde 2003 a 2011 desde los €7,7 mil millones a €18,6 mil millones, según datos de la Comisión Europea⁶.

⁴ Respecto de estos dos términos claves en las políticas públicas y, desde luego, en la contratación pública, seguiremos al profesor de Universidad de Sevilla José Luis Osuna quien conceptualiza con total claridad: *Eficacia: Nivel o grado en el que se alcanzan los objetivos de un programa. Eficiencia: Es la relación entre resultados de una actividad y los recursos usados para conseguir los mismos. Las medidas de eficiencia pueden ser usadas en el análisis de programas alternativos para ver si el mismo efecto podría ser alcanzado con menos recursos*. Citado en: MÁRQUEZ y OSUNA 2000, 162.

⁵ En dicho sentido, la propia Ley N° 19.886 en su artículo 6° ha establecido que la Administración *deberá propender a la eficacia, eficiencia y ahorro en sus contrataciones*. Fijan-do un mandato para la Administración de modo de delimitar sus poderes.

⁶ Vid. DELEGACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA EN CHILE, 2015.

Es producto de este Acuerdo que dispone normas de libre comercio, que los diversos agentes económicos de las partes se ven en la necesidad de adaptar sus prácticas y métodos de contratación a la libre competencia. Así, se ha generado un desarrollo jurisprudencial y de proyección de los principios contenidos en las normas de contratación que permitan fortalecer los objetivos tenidos a la vista al momento de la incorporación de las normas y principios indicados supra. Se trata de permitir un marco donde los actores económicos particulares pueden competir en igualdad de condiciones, independiente de su nacionalidad, mientras sean parte del Acuerdo, abriendo mercados, con mayor transparencia e impidiendo la colusión y todo acto que restrinja la libre competencia, tales como prácticas que confieran poder de mercado consistentes en fijar precios, condiciones de comercialización, limitar producción, asignarse cuotas, entre otras. Finalmente, esto se traduce en que mientras mayor es la libre competencia dentro de un ámbito como la contratación pública, mayor es la inversión y por tanto el desarrollo, lo que incide en un crecimiento sostenido para un país, generando mayor empleo y bienestar de la población⁷.

No existe un poder global que regule las materias propias del derecho administrativo, sin embargo las normas supralegales y en este caso también supraconstitucionales, determinan el derecho de la contratación pública. Es esta rama del derecho administrativo una disciplina cuya regulación resulta de un conjunto de principios aplicables en todas las jurisdicciones y países, lo que queda de manifiesto en los Acuerdos de Libre Comercio y los imprescindibles capítulos de contratación pública que ellos tratan⁸.

I. Los principios de la contratación pública en el marco de organizaciones supranacionales

Respecto del derecho comunitario europeo y los contratos administrativos, sostiene Rodríguez-Arana que "son los entes públicos supranacionales o globales quienes, a partir de la objetividad, transparencia, igualdad de trato y prohibición de discriminación por razón de nacionalidad, han construido un ordenamiento jurídico comunitario europeo que, por motivo de las características de la integración comunitaria europea,

⁷ En este aspecto cabe recordar el concepto del profesor SOTO KLOSS sobre contratos administrativos, cuando indica que sería "administrativo aquel contrato celebrado por ella (la Administración) para la satisfacción de las necesidades propias del servicio público y en el cual se contienen las denominadas cláusulas exorbitantes". SOTO KLOSS 1978, 58-59.

⁸ Frente a lo afirmado debemos tener en cuenta la opinión del profesor MORENO MOLINA quien por su parte sostiene "Los contratos públicos no constituyen una categoría jurídica. Según esta denominación, aparecen diversos tipos de contratos que se distinguen netamente los unos de los otros (contratos de obras públicas, de servicios, de bienes o suministro, entre otros)". MORENO MOLINA 2012, 12.

obliga a los Estados miembros”⁹. En la misma línea, Horgue considera que en todos los contratos administrativos existe una “serie de reglas jurídicas y de unos principios informadores propios que se manifiestan en la fase de ejecución, cumplimiento y extinción de los mismos.”¹⁰, lo que permite distinguir un contrato administrativo de otro contrato que no tiene el carácter de administrativo.

La conformación de la Unión Europea tiene en su esencia un conjunto de principios que son determinantes en la contratación pública, medio a través del cual todos y cada uno de los ciudadanos comunitarios pueden contratar y exigir a cualquier Estado parte una relación igualitaria respecto de un nacional de dicho Estado. Es parte del cambio del paradigma de la soberanía nacional con la que se construyó el proyecto de la Unión Europea. Sin embargo, el Tratado de la Comunidad Europea, en adelante CE, no contenía disposiciones relativas a la contratación administrativa, aun así como se anota en la obra colectiva *Derecho Internacional de las Contrataciones Administrativas*: “La falta de previsiones específicas en el Tratado de la Comunidad sobre la apertura de la contratación pública no ha tenido mayor importancia, puesto que los grandes principios inspiradores del Tratado de la Comunidad Europea son enteramente aplicables a la contratación pública, como ha declarado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en numerosas ocasiones”¹¹.

En este marco de cosas es que la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/03, denominada *Parking Brixen GmbH*, se transformó en una decisión de referencia en materia de principios de contratación pública. El Tribunal realiza una aplicación de ellos, aun cuando una materia determinada pudiera encontrarse excluida de una regulación específica, en este caso de una Directiva en virtud de la aplicación extensiva que se debe realizar de los principios del derecho comunitario y en particular de la contratación administrativa, así destacamos algunos párrafos de la decisión: “Pese a que, en el estado actual del Derecho comunitario, los contratos de concesión de servicios públicos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50, las autoridades públicas que los celebren están obligadas no obstante a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado CE y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad”.

Continúa la sentencia sosteniendo que “Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los artículos 43 CE y 49 CE constituyen una ex-

⁹ RODRÍGUEZ-ARANA 2011, 30.

¹⁰ HORGUÉ BAENA 1997, 15.

¹¹ RODRÍGUEZ, MORENO, JINESTA y NAVARRO 2011, 104.

presión particular del principio de igualdad de trato. (...) La prohibición de discriminación por razón de nacionalidad constituye igualmente una expresión específica del principio general de igualdad de trato. En la jurisprudencia relativa a las directivas comunitarias en materia de contratación pública, el Tribunal de Justicia ha precisado que el principio de igualdad de trato de los licitadores tiene por objeto que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas, con independencia de su nacionalidad. (...). De ello se deduce que el principio de igualdad de trato de los licitadores es aplicable a las concesiones de servicios públicos aun cuando no exista una discriminación por razón de nacionalidad.

Los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de nacionalidad implican, en particular, una obligación de transparencia que permita que la autoridad pública concedente se asegure de que los mencionados principios son respetados. Esta obligación de transparencia que recae sobre dicha autoridad consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación¹².

Por otra parte, y en el marco de la Organización Mundial del Comercio, se suscribió el denominado Acuerdo de Contratación Pública en Marrakech en 1994, el que tuvo como objetivo primordial la apertura de los mercados en materia de contratación pública. En dicho acuerdo podemos identificar principios que determinan las relaciones entre quienes han suscrito el Acuerdo, entre los que destacan:

1) Garantías de trato nacional y no discriminación para los proveedores de las Partes en el Acuerdo con respecto a la contratación de los bienes y servicios.

2) Prescripciones detalladas de procedimiento relativas al proceso de contratación destinadas a garantizar que la contratación abarcada en el marco del Acuerdo se realice de una forma transparente y competitiva que no discrimine a los bienes, servicios o proveedores de otras Partes.

3) Prescripciones adicionales sobre la transparencia de la información relacionada con la contratación (por ejemplo, legislaciones y reglamentos pertinentes).

A su vez la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico ha fijado una serie de principios destinados a la mejora de la integridad de la contratación pública. La integridad es entendida por dicho organismo como *el uso de fondos, recursos, activos y autoridad,*

¹² *Parking Brixen GmbH con Gemeinde Brixen y Stadtwerke Brixen AG*, 2005.

de acuerdo a los propósitos oficiales, para ser usados en línea con el interés público¹³. Así, y desde luego desde la perspectiva económica, sostiene que el sentido de determinar los principios es guiar a los encargados de las políticas públicas en el nivel central de gobierno a instalar una cultura de integridad a lo largo de todo el ciclo de las compras públicas, desde la evaluación de las necesidades hasta la administración de los contratos y el pago¹⁴. Sostiene que los principios cardinales en la materia son la transparencia, la buena administración, la prevención de malas conductas funcionarias, la rendición de cuentas y el control de los actos.

Así, resulta evidente que los principios en esta materia de los contratos públicos son de extraordinaria importancia, toda vez que son ellos el fundamento de donde emanan las reglas positivas, de modo que la interpretación que se debe dar a una norma se debe realizar considerando el alcance del principio y siempre en el sentido en que este pueda desarrollarse y lograr la mayor trascendencia¹⁵.

II. El Acuerdo de Asociación entre Chile y la Unión Europea

El denominado Acuerdo por el que se establece una Asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Chile, por la otra, aborda tres aspectos principales: el diálogo político, el comercio y la cooperación.

Respecto de la parte comercial, la Asociación entró en vigencia el 1 de febrero de 2003, tratando sobre diversas materias, tales como la liberalización del comercio de bienes y de servicios, regulación sobre derechos de establecimiento, propiedad intelectual, cooperación aduanera y compras públicas, entre otros aspectos.

Para tener presente el importante volumen de inversiones y comercio, de acuerdo a la datos proporcionados por la Unión Europea, el comercio entre Chile y la Unión, desde la entrada en vigencia de la parte comercial del Acuerdo de Asociación, ha crecido 129% (2003-2012). La UE fue el tercer socio comercial de Chile en 2013, su segundo mayor

¹³ Vid. OECD 2009, 19.

¹⁴ OECD 2009, 18.

¹⁵ Sobre el punto, Eduardo Soto Kloss ha sostenido que "Los principios básicos, fundamentales o esenciales, que son el cimiento y estructura de todo el ordenamiento público, no son otros que los que enunciamos a continuación, en una formulación que suele ser admitida, en general, pacíficamente entre nosotros, teniendo en cuenta que son las "bases de la institucionalidad", como expresa la propia Constitución en su capítulo I. (...) no cabe llamar *principio* sino a lo que es fuente, origen, o base sobre la que se asienta una estructura o edificio conceptual, especulativo o práctico". SOTO KLOSS 1996, 11.

destino de exportaciones (después de China) y el tercer origen de importaciones (detrás de Estados Unidos y China)¹⁶.

Las partes en el preámbulo del Acuerdo sostuvieron que tuvieron en consideración para su suscripción *los tradicionales vínculos entre las Partes y con especial referencia (entre otros) a los principios democráticos y a los derechos humanos fundamentales establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas; a los principios del Estado de Derecho y del buen gobierno; a la necesidad de fomentar el progreso económico y social de sus pueblos; y en especial la importancia que conceden las Partes a (entre otras) los principios y normas que rigen el comercio internacional, en especial los contenidos en el Acuerdo por el que se crea la Organización Mundial del Comercio (OMC), y a la necesidad de aplicarlos de manera transparente y no discriminatoria.*

Cuestiones que son reiteradas luego en el propio artículo 1º, denominado *Principios*, el que establece:

1. El respeto a los principios democráticos y a los derechos humanos fundamentales, tal como se enuncian en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, y al principio del Estado de Derecho inspira las políticas internas e internacionales de las Partes y constituye un elemento esencial del presente Acuerdo.

2. La promoción del desarrollo económico y social sostenible y la distribución equitativa de los beneficios de la Asociación son principios rectores para la aplicación del presente Acuerdo.

3. Las Partes reiteran su adhesión al principio del buen gobierno.

En términos generales, el Acuerdo fija una asociación de carácter político y económico que abarca diversos ámbitos: político, comercial, económico y financiero, científico, tecnológico, social, cultural y de cooperación; los que podrán aun ampliarse, basado en la reciprocidad, el interés común y la profundización de sus relaciones en todos los ámbitos de su aplicación, mediante la intensificación de la cooperación en las materias anteriormente indicadas, en especial *la expansión y la diversificación de la relación comercial bilateral entre las Partes, de conformidad con las disposiciones de la OMC.* El propio Acuerdo sostiene, en su artículo 2º, que *La Asociación es un proceso que conducirá hacia una relación y una cooperación cada vez más estrecha entre las Partes.*

Por medio del Título IV del Acuerdo denominado "Contratación Pública" las partes aseguran la apertura efectiva y recíproca de sus mercados de contratación pública. Para ello acuerdan una serie de medidas

¹⁶ Vid. DELEGACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA EN CHILE 2015.

aplicables a toda norma, procedimiento y práctica en toda contratación realizada por las entidades de las partes, ya sea de mercancías y servicios, incluidas las obras públicas¹⁷. Excluyen una serie de contratos y acuerdos que se detallan en el artículo 137 del Acuerdo, entre las cuales destaca la número 4 al disponer que: "Ninguna de las Partes preparará, elaborará ni estructurará de otra forma un contrato de contratación pública con objeto de eludir las obligaciones del presente Título".

El Acuerdo de Asociación define, en su artículo 138, la contratación pública como: "Cualquier forma de contratación de bienes o servicios, o una combinación de ambos, incluidas las obras realizadas por entidades públicas de las Partes con propósitos gubernamentales y no con vistas a su reventa comercial o a ser utilizadas en la producción de bienes o la prestación de servicios para venta comercial, a menos que se especifique de otro modo. Se incluye la contratación por métodos tales como compra o arrendamiento financiero, o alquiler, con o sin opción de compra".

Considera a las *entidades* como a todos los sujetos a los que se les aplican las disposiciones del Acuerdo en la materia, entendiéndose por tales a las autoridades del gobierno central, subcentral o local, municipalidades, empresas públicas, y otras específicas contenidas en los Anexos¹⁸. Igualmente, define a las empresas públicas como *toda empresa sobre la que las autoridades públicas puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en virtud de su propiedad o su participación financiera o de las normas que la rigen*¹⁹.

La importancia de determinar la naturaleza de la entidad cobra sentido en el entendido que la aplicación de las reglas prescritas en el Acuerdo se realizan en conformidad a umbrales de montos a partir de los cuales se hará aplicable el Título IV del Acuerdo. Los montos de los umbrales se encuentran fijados a través de los denominados Derechos Especiales de Giro (DEG), los que fueron creados por el Fondo Monetario Internacional (FMI) en 1969 y que consisten en un activo de reserva

¹⁷ Las concesiones de obra pública se encuentran cubiertas por el Acuerdo, con particularidades que se encuentran tratadas en el Anexo XIII.

¹⁸ Específicamente en los Anexos XI (cobertura de la Comunidad en materia de contratación pública); XII (cobertura de Chile en materia de contratación pública); y XII (contratación pública, Aplicación de determinadas disposiciones del título IV de la parte IV).

¹⁹ El artículo 138 del Acuerdo establece una presunción respecto de las empresas públicas, a fin de evitar que ciertas empresas se sustraigan de las disposiciones fijadas por él: "Cabrá presumir una influencia dominante por parte de las autoridades públicas cuando estas últimas, directa o indirectamente, en relación con una empresa:

i) estén en posesión de la mayoría del capital suscrito de la empresa;
ii) controlen la mayoría de los votos inherentes a las acciones emitidas por la empresa, o
iii) puedan designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de control de la empresa.

internacional para complementar las reservas oficiales de los países integrantes del Fondo. La composición de los DEG se realiza mediante una cesta de monedas que se encuentra integrada por el Euro, el US Dólar, la Libra Esterlina y el Yen Japonés, y se determina sumando determinados montos de las cuatro monedas de acuerdo al tipo de cambio cotizado al día.

Dichos umbrales se encuentran descritos en los Anexos XI, XII y XIII del Acuerdo y que podemos resumir de la siguiente forma:

Cuadro N° 1

| Categoría | Entidades de Gobierno Central | Entidades de Gobierno Sub-Central y Organismos de Derecho Público | Entidades que operan en el Sector Empresarial |
|-----------|-------------------------------|---|---|
| Bienes | 130.000 | 200.000 | 400.000 |
| Servicios | 130.000 | 200.000 | 400.000 |
| Obras | 5.000.000 | 5.000.000 | 5.000.000 ²⁰ |

Fuente: *Elaboración propia.*

III. Principios de la contratación administrativa en el Acuerdo de Asociación

El Acuerdo hace suyos una serie de principios que eleva a la categoría de esenciales en las relaciones entre las partes:

1. *El principio de igualdad de los oferentes*, tiene por objeto que cada uno de los potenciales y los propios oferentes en un proceso licitatorio reciban un mismo trato, tal como ha explicitado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: *el principio de igualdad de trato exige que las situaciones comparables no reciban un trato diferente y que no se trate de manera idéntica situaciones diferentes*²⁰. En el caso chileno, dicho principio es una aspiración constitucional fijada en las bases de la institucionalidad (art. 1° de la Constitución) y un derecho y garantía que forma parte del catálogo fundamental de las personas a través de la igualdad ante la ley (art. 19 N° 2° de la Constitución), donde se fija una prohibición, para el propio legislador como para toda autoridad, de establecer diferencias arbitrarias. En la doctrina y jurisprudencia nacional se han determinado criterios que impidan toda distinción que carezca de justificación, objetividad y razonabilidad; que aplicado a los contratos públicos resulta en que los oferentes gocen de las mismas oportunidades y las mismas condiciones²¹.

²⁰ *Evropaïki Dynamiki con Comisión Europea* 2008.

²¹ Sobre el principio constitucional de igualdad, ÁNGELA VIVANCO ha sostenido que aquel "se corresponde más con criterios valorativos y con la existencia de una razón común y justificación de regular de un mismo modo situaciones jurídicamente equivalentes", VIVANCO 2012, 89.

Es a partir de este principio que el Acuerdo establece diversas regulaciones que pretenden garantizar la igualdad de los oferentes, entre otros se fija que las ofertas se tratarán en forma confidencial, *en particular, no facilitarán información destinada a ayudar a participantes determinados a situar sus ofertas en el nivel de las de otros participantes*, como sostiene el artículo 143, número 4.

Una importante disposición referente a este principio y al de libre concurrencia trata respecto de los plazos que las entidades deben tener en consideración para la recepción de ofertas, ya que los plazos para la preparación y presentación de las ofertas deben tener en consideración *factores como la complejidad de la contratación pública y el plazo normal para transmitir las ofertas, tanto desde el extranjero como desde el territorio nacional*, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 150.

En el caso chileno, una de las manifestaciones del principio de igualdad es el principio de estricta sujeción a las bases o pliegos de licitación. La Ley N° 19.886 establece dicho criterio como obligatorio para la aplicación del procedimiento de compras públicas, determinando como un mandato para los funcionarios públicos que intervienen en cualquier parte del proceso, y que les corresponda aplicar las bases administrativas, técnicas o financieras, que la interpretación que realicen debe ser estrictamente apegada a los términos establecidos y condiciones fijadas por las bases, ello para asegurar un parámetro de interpretación objetivo y que se enmarque dentro del ordenamiento jurídico, de modo que el grado de discrecionalidad de la interpretación está dado por las propias bases²².

2. Como una manifestación del principio de igualdad, el artículo 139, bajo el título de Trato Nacional y No Discriminación establece que cada Parte se asegurará de que las contrataciones públicas de sus entidades se realicen de forma transparente, razonable y no discriminatoria, otorgando el mismo trato a los proveedores de cualquiera de las Partes y asegurando el principio de una competencia abierta y efectiva.

Del mismo modo, y respecto de las leyes, reglamentos, procedimientos y prácticas relativos a las contrataciones públicas, cada Parte se

Por su parte, la Ley N° 19.886, 2003, en su artículo 6° expresamente prohíbe “establecer diferencias arbitrarias entre los proponentes”.

En la jurisprudencia constitucional chilena pueden revisarse diversos fallos, entre otros recomendamos las sentencias del TC Roles N°s 784 (2007); 1138 (2008); 1140 (2008); y 1340 (2009).

²² Artículo 10. “Los procedimientos de licitación se realizarán con estricta sujeción, de los participantes y de la entidad licitante, a las bases administrativas y técnicas que la regulen. Las bases serán siempre aprobadas previamente por la autoridad competente. El reglamento determinará las características que deberán reunir las bases de las licitaciones”. Ley N° 19.886, de 2003.

obliga a conceder a los bienes, servicios y proveedores de la otra Parte un trato no menos favorable que el otorgado a los bienes, servicios y proveedores nacionales.

Asimismo, se establece que en *el proceso de calificación de proveedores, las entidades no establecerán discriminación alguna entre los proveedores nacionales y proveedores de la otra parte.*

En la Ley N° 19.886 de Chile se fija el principio de no discriminación y trato nacional al establecer en su artículo 4° que *Podrán contratar con la Administración las personas naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras, que acrediten su situación financiera e idoneidad técnica conforme lo disponga el reglamento, cumpliendo con los demás requisitos que este señale y con los que exige el derecho común, resultando plenamente coincidente con el Acuerdo de Asociación.*

3. *En la misma línea anterior, se fija el principio de prohibición de las condiciones compensatorias especiales y preferencias nacionales, cuestión contemplada en el artículo 140. Ello se traduce en que cada Parte se asegurará que, en la calificación y selección de proveedores, bienes o servicios, en la evaluación de ofertas y en la adjudicación de contratos, sus entidades no tengan en cuenta, consideren, soliciten ni impongan condiciones compensatorias especiales ni condiciones relativas a preferencias nacionales, tales como márgenes que permitan una preferencia de precios.*

Por condiciones compensatorias especiales, el Acuerdo entiende aquellas *condiciones que una entidad imponga o tome en cuenta previamente, o durante el procedimiento de contratación, para fomentar el desarrollo local o mejorar las cuentas de la balanza de pagos, mediante requisitos de contenido local, concesión de licencias para el uso de tecnología, inversión, comercio compensatorio u otros requisitos análogos*²³.

En Chile la propia Ley N° 19.886, a nuestro juicio como manifestación del principio de igualdad, fija en su artículo 10 que *El adjudicatario será aquel que, en su conjunto, haga la propuesta más ventajosa, teniendo en cuenta las condiciones que se hayan establecido en las bases respectivas y los criterios de evaluación que señale el reglamento.* No pudiendo la Administración bajo ninguna circunstancia recurrir a otros elementos que los que expresamente se hayan establecido, de modo de no colocar barreras u obstáculos de ingreso a los concursos públicos ni otorgar condiciones especiales a oferentes en razón de su nacionalidad.

²³ Artículo 138, j).

4. *Sobre el principio de transparencia*, ello se desarrolla en el artículo 142, que indica que cada Parte publicará sin demora cualquier ley, reglamento, decisiones judiciales y normas administrativas de aplicación general y procedimiento, incluidas cláusulas contractuales normalizadas, y sus respectivas modificaciones, relativas a las contrataciones públicas mediante su inserción en las publicaciones pertinentes, incluidos los medios electrónicos designados oficialmente.

Igualmente, se fija la obligación de que "cada parte asegurará que sus entidades difundan efectivamente las oportunidades de licitación generadas por los procedimientos de contratación pública pertinentes, proporcionando a los proveedores de la otra Parte toda la información necesaria para participar en tales procedimientos". Esta disposición, además de contener el principio de transparencia, en cuanto publicidad, desarrolla el principio de libre concurrencia.

El alcance de este principio en la contratación pública ha sido largamente tratado en la jurisprudencia nacional como de la Unión Europea.

Por su parte el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dicho que la obligación de transparencia que recae sobre la entidad adjudicadora consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación²⁴.

A modo de complemento, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD), respecto de la materia, trata a la Transparencia como un principio destinado, entre otros, a promover el trato justo y equitativo entre los potenciales proveedores. Se busca que todo el proceso de contratación pública sea entendido y correctamente aplicado, en la forma más equitativa posible, de forma de evitar la corrupción y la colusión, todo sin crear una sobre carga administrativa o *red tape*.

Respecto de los procesos de contratación y compras en Chile se puede destacar que los organismos sometidos a la Ley N° 19.886 deberán cotizar, licitar, contratar, adjudicar, solicitar el despacho y, en general, desarrollar todos sus procesos de adquisición y contratación de bienes, servicios y obras utilizando solamente los sistemas electrónicos o digitales que establezca al efecto la Dirección de Compras y Contratación Pública, lo que resulta estrechamente coincidente con lo fijado en el Acuerdo de Asociación. Es más, Chile al contemplar el uso del sis-

²⁴ *Telaustria Verlags GmbH y Telefonadress GmbH con Telekom Austria AG*, con intervención de Herold Business Data AG (2000). Asimismo, sobre la materia nos remitimos, a *Parking Brixen GmbH con Gemeinde Brixen y Stadtwerke Brixen AG* (2005).

tema electrónico en forma obligatoria para las contrataciones reguladas por la ley citada supra, se sitúa en una posición de avanzada respecto de sus socios europeos donde recientemente, a partir de las Directivas EU 24 y 25 de 2014, se regulan dichas cuestiones.

La transparencia tiene entonces como objeto asegurar a todos los potenciales oferentes en un concurso público la debida publicidad para lograr igualdad de acceso tanto a la presentación de una propuesta; como a sus antecedentes y condiciones en forma clara, precisa e inequívoca, abriendo así la competencia que permitirá en definitiva que la Administración acceda en mejores condiciones a los bienes y servicios que requiero.

Lo anterior se refuerza por medio de las herramientas que en Chile existen desde la incorporación del nuevo artículo 8° de la Constitución Política, como asimismo a través de la Ley N° 20.285 sobre acceso a la información pública, posibilitando un control de la Administración por parte de los administrados, para garantizar la imparcialidad de las actuaciones de aquella restringiendo la arbitrariedad en el ejercicio de las potestades públicas, precaviendo la corrupción en los procedimientos de concursos públicos, debiendo por lo demás dar cumplimiento en todo procedimiento administrativo a la premisa general de la Ley N° 19.880 referido al principio de transparencia y publicidad establecido en el artículo 16²⁵.

5. *El principio de libre concurrencia* es desarrollado en el artículo 146 al establecerse que “las condiciones para participar en un procedimiento de contratación pública deberán limitarse a las que sean esenciales para asegurar que el proveedor potencial tenga la capacidad de cumplir con los requisitos de la contratación pública y de ejecutar el contrato de que se trate”.

Del mismo modo, *una parte no podrá condicionar la participación de un proveedor en una contratación pública a que a dicho proveedor se le hayan adjudicado previamente uno o más contratos por una entidad de esa Parte o a que el proveedor tenga experiencia previa de trabajo en el territorio de esa parte.*

En la legislación chilena este principio ha recibido un especial tratamiento al fijarse en el artículo 4° de la Ley N° 19.886 una importante innovación en dicha legislación siguiendo el proceso de constitucionalización del derecho administrativo, fijando que *Quedarán excluidos quienes, al momento de la presentación de la oferta, de la formulación de la propuesta o de la suscripción de la convención, según se trate*

²⁵ Artículo 16, inc. 1° Principio de Transparencia y Publicidad. El procedimiento administrativo se realizará con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él. Ley N° 19.880, de 2003.

de licitaciones públicas, privadas o contratación directa, hayan sido condenados por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador, dentro de los anteriores dos años. Así el legislador ha conciliado su rol de agente económico con la protección de los derechos fundamentales de ciertos individuos, materializando así su rol dentro de la sociedad, exigiendo a quienes deseen contratar con el Estado un comportamiento de respeto a los derechos fundamentales del trabajador.

Conclusiones

1. El derecho administrativo ha permitido en base al desarrollo de sus principios, que sean las legislaciones las que deban ajustarse y proyectarse con base en ellos, de modo que la globalización del derecho de la contratación pública permite hablar un lenguaje común en todo el orbe, un lenguaje en sede de principios y desarrollado diariamente en sede administrativa y resuelto en orden judicial²⁶.

2. De este modo, en el Acuerdo de Asociación se reconocen una serie de principios que forman parte del acervo de la contratación pública internacional que en la actualidad se incorporan a los Estados ya no solo como aspiraciones, sino con valor positivo, de forma que generan una obligación para las Administraciones y que debe ser aplicado por la justicia administrativa para resolver las contiendas que surjan por la aplicación de las normas de contratación pública.

3. Hemos podido observar cómo resultan coincidentes los principios contenidos en diversas disposiciones del Acuerdo de Asociación en materia de contratación pública con disposiciones constitucionales e infraconstitucionales del ordenamiento jurídico chileno que contienen en sí mismas los principios de igualdad de los oferentes, libre concurrencia y transparencia, fijando una carta de navegación y un límite para la Administración del Estado, así como una serie de garantías para los particulares, regulando y corrigiendo la asimétrica relación de estos con el Estado en la contratación pública.

4. Los principios indicados determinan todas las materias y disposiciones del Acuerdo de Asociación en materia de contratación pública: desde la calificación de los proveedores, la publicación de los anuncios, las especificaciones técnicas, la presentación, recepción y apertura de

²⁶ Tal como comenta Pérez Moreno: "tres efectos claramente perceptibles se derivan de la... densificación de la positivación ordenadora de los contratos: el diseño de un marco normativo que incorpora con complitud la teoría general de la materia, la concatenación de toda regulación dentro del mismo espíritu y de los mismos principios rectores institucionales, y la emergencia de nuevos principios sustantivos, muy especialmente los de publicidad y participación y el de buena fe." Citado en: HORGUÉ BAENA 1997, 12.

las ofertas, la adjudicación de los contratos y los procedimientos de impugnación. Sobre estos últimos, cabe anotar que las partes se obligan a contar, entre otros, "con procedimientos no discriminatorios, oportunos, transparentes y eficaces, que permitan a los proveedores impugnar presuntas infracciones que se produzcan en el contexto de una contratación pública en la que tengan o hayan tenido interés"²⁷.

Hacemos nuestras las palabras del profesor Moreno Molina, cuando sostiene que:

*Los principios de objetividad, transparencia, publicidad y no discriminación basados en reglas nacionales y comunitarias de naturaleza constitucional, prevalecen hoy de forma incuestionable sobre cualquier otra función de la normativa sobre contratación. Estos principios son en nuestros días el fundamento de todas las reglas públicas sobre contratos públicos y se caracterizan por su transversalidad, ya que alcanzan y se manifiestan en todas las fases contractuales, preparatorias y ejecutorias*²⁸.

5. Es así como los principios de la contratación pública constituyen una columna central de esta disciplina del derecho administrativo, donde por una parte, todos y cada uno de los principios se encuentran en estrecha relación unos con otros, constituyendo un sistema coherente y armónico donde no se puede pretender excluir o preferir alguno sobre otro, de modo que el incumplimiento de la obligación de alguno de ellos puede suponer la vulneración en cadena de los demás, afectando no solo los derechos individuales de las personas –naturales o jurídicas– sino que aun más, afectando las propias bases del Estado democrático de derecho, como en el caso de la vulneración de la obligación de transparencia y publicidad, la que puede provocar una discriminación arbitraria a un potencial oferente de un concurso público al fijar barreras de acceso materiales a una licitación, afectando en consecuencia el propio principio de igualdad, favoreciendo a uno o unos determinados licitadores. Y por otra parte, es a través de la materialización de los principios que el Estado logra alcanzar uno de los objetivos que tiene la contratación pública y que es la apertura de los mercados, donde el Estado podrá acceder a un determinado bien o servicio en las mejores condiciones que aquel pueda ofrecer.

6. Los principios en la contratación pública son tanto fuente creadora de normas, como asimismo el parámetro legitimador de la actividad estatal cuando este se presenta como un agente económico que pretende satisfacer las necesidades públicas por medio de la inte-

²⁷ Vid. artículo 66, Acuerdo por el que se establece una asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Chile, 2002.

²⁸ MORENO MOLINA 2008, 47.

racción con los particulares, actuando dentro del diseño arquitectónico de los sistemas globales de contratación pública, determinados por los principios de esta disciplina del derecho.

Bibliografía citada

- DELEGACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA EN CHILE (2015): "El comercio entre la UE y Chile y el Acuerdo de Asociación UE-Chile". Disponible en: http://eeas.europa.eu/delegations/chile/eu_chile/trade_relation/bilateral_trade_eu_chili/index_es.htm [fecha de consulta: 28 mayo 2015].
- FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2011): "Compras Públicas y Libre Competencia, Serie Sector Público y Mercados, Material de Promoción N° 1, 1-27". Disponible en: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/08/Material-de-Promoci%C3%B3n-1-Compras-p%C3%BAblicas-Abr2011.pdf> [fecha de consulta: 13 junio 2015].
- HORGUÉ BAENA, Concepción (1997): *La modificación del contrato administrativo de obra. El ius variandi* (Madrid, Marcial Pons), 227 pp.
- MÁRQUEZ, Carolina y OSUNA, José Luis (2000): *Guía para la Evaluación de Políticas Públicas* (Sevilla, Instituto de Desarrollo Regional. Fundación Universitaria), 177 pp.
- MORENO MOLINA, José Antonio (2012): "El proceso de formación de un derecho global de la contratación pública", en: *Revista DIXI*, Vol. 14. Núm. 15, 157 pp.
- MORENO MOLINA, José Antonio (2008): "Principios generales de la contratación pública, procedimientos de adjudicación y recurso especial en la nueva ley estatal de contratos del sector público", en: *Revista Jurídica de Navarra*, N° 45, pp. 45-76.
- RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime (2011): "Los principios del Derecho global de la contratación pública", en: *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, N° 66, 524 pp.
- RODRÍGUEZ, Jaime; MORENO, José; JINESTA, Ernesto y NAVARRO, Karlos (2011): *Derecho Internacional de las contrataciones Administrativas*. (Costa Rica, Ediciones Guayacán), 363 pp.
- SOTO KLOSS, Eduardo (1996): *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales. Tomo II, El principios de Juridicidad* (Chile, Editorial Jurídica), 480 pp.
- SOTO KLOSS, Eduardo (1978): "La Contratación Administrativa", en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, Tomo LXXV, 408 pp.
- VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela (2012): "El principio constitucional de igualdad y la discusión constitucional acerca del matrimonio entre personas del mismo sexo en Chile", en *Anuario de Derecho Público*. (Santiago, Universidad Diego Portales) pp. 85-116.

Normativa citada

- Decreto 100, Constitución Política de la República de Chile. Diario Oficial, 22 septiembre 2005.
- Decreto 16, Promulga el "Acuerdo de Marrakech", por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, y los acuerdos anexos que se indican. Diario Oficial, 17 mayo 1995.
- Acuerdo por el que se establece una asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Chile, por la otra. Diario Oficial N° L 352, p. 0003 - 1450, Unión Europea, 30 diciembre 2002.
- Acuerdo sobre contratación pública (ACP). Organización Mundial del Comercio. Disponible en: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gpa_1994_s.htm [fecha de consulta: 14 julio 2015].

- DFL N° 1, fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, orgánica constitucional de bases generales de la Administración del Estado. Diario Oficial, 17 noviembre 2001. Chile.
- Ley N° 19.886, de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios. Diario Oficial, 11 julio 2003. Chile.
- Ley N° 19.880, de bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. Diario Oficial, 29 mayo 2003. Chile.
- Ley 20.285, ley sobre acceso a la información pública. Diario Oficial, 20 agosto 2008.
- Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Boletín Oficial del Estado, 16 noviembre 2011, España.
- Reglamento N° 250-2004, de la Ley N° 19.886 de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, Ministerio de Hacienda. Diario Oficial, 24 septiembre 2004.

Jurisprudencia citada

- Evropaïki Dynamiki con Comisión Europea* (2008): Asunto T-345/03. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 12 de marzo de 2008.
- Parking Brixen GmbH con Gemeinde Brixen y Stadtwerke Brixen AG* (2005): Asunto C-458/03. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 13 de octubre de 2005.
- Telaustria Verlags GmbH y Telefonadress GmbH con Telekom Austria AG, con intervención de Herold Business Data AG* (2000): Asunto C-324/98. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 07 de diciembre de 2000.
- Sentencia TC Rol N° 784 (2007): Tribunal Constitucional, 20 diciembre 2007.
- Sentencia TC Rol N° 1.138 (2008): Tribunal Constitucional, 8 septiembre 2008.
- Sentencia TC Rol N° 1.140 (2008): Tribunal Constitucional, 14 enero 2009.
- Sentencia TC Rol N° 1.340 (2009): Tribunal Constitucional, 29 septiembre 2009.