

ANUARIO
DE DERECHO
PÚBLICO
2024
UNIVERSIDAD
DIEGO
PORTALES

FACULTAD
DE DERECHO



EDICIONES
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

**ANUARIO
DE DERECHO
PÚBLICO**

2024

**UNIVERSIDAD
DIEGO
PORTALES**

ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO 2024

© VV. AA., 2024

© Ediciones Universidad Diego Portales, 2024

Primera edición: noviembre de 2025

ISBN 978-956-314-643-1

Universidad Diego Portales

Dirección de Publicaciones

Av. Manuel Rodríguez Sur 415

Teléfono (56 2) 2676 2136

Santiago – Chile

www.ediciones.udp.cl

Edición: Domingo Lovera

Corrección y estilo: Lorena Sánchez García

Diseño: Mg estudio

ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO 2024 UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

DIRECTORES

Domingo Lovera
Reynaldo Lam

COMITÉ EDITORIAL

Lidia Casas Becerra
Javier Couso Salas
Jorge Correa Sutil
Rodolfo Figueroa García-Huidobro
Matías Guilloff Titun
Dominique Hervé Espejo
Domingo Lovera Parmo
Judith Schönsteiner



EDICIONES
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

ÍNDICE

Presentación	11
DERECHO CONSTITUCIONAL	15
<i>Claudia Heiss</i> , “A 20 años de la reforma constitucional de 2005: una mirada desde la ciencia política”	17
<i>Gustavo Poblete Espíndola</i> , “La responsabilidad del Estado por actuaciones policiales”	25
<i>Angélica Torres Figueroa</i> , “Fuerzas Armadas y control del orden público”	43
<i>Gabriel Acuña Valencia</i> , “Reflexiones sobre el Gobierno Judicial y posibles cambios a un nivel comparado”	55
<i>José Francisco García</i> , “Presidencialismo expansivo. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional Rol 15.180-2024”	77
<i>Danitza Pérez Cáceres</i> , “La educación no sexista en la Ley integral contra la violencia: comentarios a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional del 08 de abril de 2024”	99

DERECHO ADMINISTRATIVO	115
<i>Guillermo Jiménez, “El nuevo sistema de contratación pública”</i>	117
<i>Vicente Bustos Sánchez y Sebastián Winter Del Bosco, “Crónica de un león sin dientes. Las paradojas de la potestad sancionadora en la trayectoria del Servicio Nacional del Consumidor”</i>	139
<i>Ignacio Peralta, “La acción de protección y la desprotección de la salud: el caso de los remedios de alto costo”</i>	163
DERECHO AMBIENTAL	183
<i>Claudio Sebastián Tapia Alvial, “El nuevo derecho penal ambiental económico: riesgos, nudos y desafíos”</i>	185
<i>Paloma Infante Mujica, “Novedades y desafíos de la Ley para la Naturaleza-SBAP para la conservación de la biodiversidad en Chile”</i>	205
<i>Juan Pablo Leppe Guzmán, “El caso ‘Asociación de municipios del lago Llanquihue con Servicio de Evaluación Ambiental Región de Los Lagos’”</i>	225

DERECHO TRIBUTARIO**241**

Martín Vila, “Al finalizar la vigencia de la Ley I+D. Una evaluación necesaria”

243

Rodrigo Rojas Palma, “¿Cuál es el tratamiento tributario de la explotación del litio en Chile? Un análisis a la luz de recientes Fallos Judiciales”

265

Sergio Alburquenque, “ ‘Prácticas patológicas’ del Servicio de Impuestos Internos: a propósito de la sentencia del tribunal constitucional Rol 14.252-23-INA, de 16 de enero de 2024”

283

Bárbara Vidaurre Miller, “¿Al fin paz, o sólo una pausa? Aplicación del impuesto municipal a las inversiones pasivas. Revisión de fallo de la Corte Suprema, en causa Rol 137.873-2022 de junio 2024, y su relación con el principio constitucional de la legalidad de los tributos”

299

CÁTEDRA HUNEEUS**309**

Cheryl Saunders, “Reflections on Constitution making in Chile, 2019-2023”

311

PRESENTACIÓN

El Derecho Público continúa siendo un terreno fértil en el panorama nacional. A pesar de haber concluido, ya hace un tiempo, dos procesos constituyentes, son muchos los temas de análisis que, desde la academia o la experiencia constitucional vivida, pueden y deben ser valorados. Por ello, la presente edición del Anuario de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales —la número 13, para ser precisos— continúa siendo un espacio para reflexionar sobre los principales acontecimientos sociales, políticos y económicos que presentan una mirada *iuspublicista* en Chile.

El debate nacional, desde el ordenamiento jurídico y con la Constitución Política de 1980 vigente, debe enfrentar las problemáticas acuciantes de la sociedad chilena y ofrecer soluciones jurídicas a tono con sus necesidades actuales. De esta manera, este número reúne a académicas y académicos nacionales e internacionales, con el objetivo de contribuir a una reflexión sobre los retos que continúa dejando el texto constitucional, luego de dos intentos de redefinir sus bases y preceptos.

De este modo, la obra que se presenta se divide en cinco secciones que incorporan debates dogmáticos o jurisprudenciales desde el Derecho Constitucional, el Derecho Administrativo, el Derecho Ambiental y, por primera vez en las ediciones de este Anuario, el Derecho Tributario. Estos, a tono con la misión editorial de este proyecto, son redactados desde un lenguaje claro y sencillo para, ojalá, servir como una plataforma de divulgación y conocimientos para la ciudadanía y para la política pública.

La sección de Derecho Constitucional se abre con un trabajo en el que se conmemoran, críticamente, los 20 años de la importante reforma constitucional de 2005. Enseguida, se incluyen trabajos que estudian temas relativos al rol de la Fuerzas Armadas en el control del orden público o la responsabilidad del Estado por la actuación de las policías. Asimismo, se ofrecen análisis jurisprudenciales asociados a la Ley Integral contra la violencia o la llamada “Ley Corta de Isapres”, esta última con una reflexión sobre la interacción entre los poderes en el campo legislativo entre el Presidente de la República y el Congreso Nacional. Por último,

una mirada nacional y comparada a los problemas de independencia e imparcialidad que presenta el Poder Judicial de Chile.

Como parte de las contribuciones en temas de Derecho Administrativo, sus autores escriben sobre la potestad sancionadora en el Servicio Nacional del Consumidor, la contratación pública a la luz de la reforma de la Ley de Compras Públicas y la línea jurisprudencial que concede acceso a remedios de alto costo tras la interposición de acciones de protección.

Desde la sección de Derecho Ambiental se ofrecen textos que analizan las consecuencias que la Ley de Delitos Económicos desencadena con la modificación de ilícitos que protegen el medio ambiente como bien jurídico. Igualmente, los principales desafíos que afronta la reciente implementación de la Ley N° 21.600, que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas y una mirada jurisprudencial a casos de actualidad nacional en materia ambiental.

En la sección de Derecho Tributario —como hemos dicho, esta es la primera edición del Anuario en la que hemos incluido una sección destinada, específicamente, al análisis tributario constitucional—, se reúnen autores y autoras para debatir sobre líneas jurisprudenciales que interpretan sobre el cobro de los tributos, las disfunciones en la práctica administrativa del Servicio de Impuestos Internos y los efectos del litio en la tributación minera. Por otro lado, se conversa sobre un estudio nacional y comparado sobre los incentivos tributarios en la investigación y desarrollo, otorgado por la Ley 20.241 de 2008.

Por último, en la sección reservada para la Cátedra de Derecho Constitucional, Jorge Huneeus Zegers, contamos con la contribución de la abogada y académica australiana Cheryl Saunders, expresidenta de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional y profesora emérita de la Universidad de Melbourne. La profesora Saunders nos ofrece un interesante trabajo en el que reflexiona sobre las experiencias que dejan los dos procesos constitucionales vividos en el país, las que sitúa —incluso extrayendo lecciones— en la experiencia global de creación constitucional.

Como en todas sus ediciones pasadas, este Anuario no sería posible sin la colaboración de su comité editorial, cuyos integrantes sugieren temas a tratar, así como posibles autores y autoras. Estas últimas, a su turno, son en quienes descansa esta edición. Ellos y ellas ofrecen gentilmente sus trabajos y reflexiones, las que hacen posible, año a año, un nuevo número. La dirección del Anuario de Derecho Público y la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales les transmiten su agradecimiento por acceder a la invitación y formar parte de este proyecto.

Además, como es tradición en esta publicación, la autoría de los artículos que se ofrecen para la lectura responde a la intención de cuidar una adecuada equidad de género.

Por último, la edición de estilo de este número estuvo a cargo de Lorena Sánchez García, quien con su agudeza y celeridad hizo posible que esta versión viera la luz mucho antes de lo previsto.

Sin más, nos complace invitarles a la lectura de sus diversos textos y a su reflexión, ya que los mismos se presentan con la finalidad de contribuir a la formación, a la cultura jurídica y a la discusión pública en el derecho público nacional.

Domingo Lovera

Reynaldo Lam

Directores del Anuario de Derecho Público

Santiago, septiembre de 2025.

DERECHO ADMINISTRATIVO

EL NUEVO SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Guillermo Jiménez¹

Resumen

Este trabajo analiza la reforma a Ley de Compras Públicas, introducida por la Ley N° 21.634 de diciembre de 2023. Tras 20 años de operación de la Ley de Compras Públicas, esta reforma efectuó una modificación de este cuerpo legal de muy amplio alcance. Tras explicar el origen de la reforma, este trabajo sintetiza los principales cambios en siete áreas. Primero, se explicará cómo la reforma amplía el ámbito de aplicación de las normas sobre contratación pública. Luego, se examinarán los cambios introducidos a los procedimientos de contratación y aquellos que afectan la ejecución del contrato, tales como las potestades de la Administración para alterar el contenido del contrato o aplicar multas. A continuación, se abordarán las reformas tanto al Tribunal de Contratación Pública como a la Dirección de Compras Públicas que han impactado la organización y las atribuciones de estas instituciones. Tras eso, se revisarán los cambios en materias vinculadas con probidad y transparencia. Para concluir, se examinará la notable inclusión del enfoque estratégico en las compras públicas.

1. Introducción

Tras la dictación de la Ley N° 21.634 publicada en diciembre de 2023 y el reglamento respectivo publicado un año más tarde, ha emergido un nuevo sistema de

¹ Profesor de Derecho administrativo y co-director del Diplomado en Compras Públicas Estratégicas e Innovadoras de la Universidad Adolfo Ibáñez. Correo electrónico: guillermo.jimenez@uai.cl. Agradezco las observaciones de Martín Loo y Sebastián Chandía a una versión previa de este trabajo.

contratación pública en el país.² En efecto, la ley no sólo efectuó cambios en aspectos específicos y marginales del sistema, sino que modificó prácticamente cada elemento del régimen de contratación pública existente en nuestro país desde el año 2003. Los cambios van desde el ámbito de aplicación de la ley —que se ha ampliado considerablemente— hasta los principales actores del sistema —ChileCompra y el Tribunal de Contratación Pública—, pasando por los procedimientos de contratación y la etapa de ejecución contractual. Incluso concediendo que en algunos casos la Ley N° 21.634 legalizó temas que estaban previamente regulados desde el punto de vista administrativo, la reforma igualmente es de una profundidad relevante, lo que explica que todos los actores del sistema —compradores y proveedores— hayan estado gran parte del año 2024 y comienzos del 2025 actualizando sus conocimientos en esta materia.

La dictación de la Ley N° 19.886 en 2003 —la Ley de Compras Públicas original— fue un verdadero hito para el derecho administrativo chileno. Ese mismo año se dictó la ley de procedimiento administrativo y se reformó de manera relevante el mecanismo de nombramiento de altos directivos públicos. Por eso el 2003 es recordado como un año crucial en el proceso de “modernización” del derecho administrativo chileno, especialmente en términos de aumento de la densidad de la regulación legal de las áreas centrales de la disciplina.³ Sin embargo, esto no ha significado que en los 20 años que siguieron no existieran críticas por los defectos y vacíos regulatorios dejados especialmente por la Ley de Compras Públicas.

En tanto a la Ley de Bases, la propia lógica tras la Ley 19.886 fue la de establecer un esquema elemental de regulación que estaba llamado a ser complementado por vía reglamentaria. Esto terminaría dejando enormes vacíos en materias tales como órganos sometidos al sistema, procedimientos de contratación (que sólo se disciplinaban mínimamente y algunos sólo se mencionaban), de potestades administrativas sobre la ejecución del contrato (con escasa regulación a nivel legal), y respecto de las muy acotadas competencias regulatoria y fiscalizadora de ChileCompra así como de la competencia jurisdiccional del Tribunal de Contratación Pública. Además, una serie de informes fueron destacando la necesidad de una reforma al sistema de compras públicas para fortalecer tanto su integridad como su eficiencia.⁴ Esto, sumado a la importancia económica de la materia, explica que

2 Decreto supremo N° 661, de 3 de junio de 2024, del Ministerio de Hacienda.

3 Asenjo, Karen (ed), *La modernización del derecho administrativo. Reflexiones a 20 años de las leyes de procedimiento, contratación y alta dirección públicos*, (Thomson Reuters), 2024.

4 Me refiero a los informes de la “Comisión Engel” el 2015, a la Mesa de Trabajo convocada por ChileCompra el 2016 y al informe de la Fiscalía Nacional Económica de 2020. Para una referencia completa, véase

no haya sido sorprendente que el 30 de marzo de 2021 el gobierno del presidente Sebastián Piñera haya enviado un proyecto de ley modificando la Ley 19.886.

El mensaje presidencial buscaba satisfacer una diversidad de objetivos. Se identificaban las siguientes siete finalidades: 1) mejorar la probidad y la transparencia en los procedimientos de compras públicas; 2) mejorar la eficiencia e incorporar innovación en las compras públicas; 3) establecer el análisis de necesidad como primer paso de un procedimiento de adquisición de bienes y servicios; 4) implementar principios de economía circular en las compras públicas; 5) perfeccionar el funcionamiento del Tribunal de Contratación Pública; 6) perfeccionar las funciones de la Dirección de Compras y Contratación Pública; 7) promover la participación de las PYMES en los procedimientos de contratación pública. Tal vez estos numerosos objetivos explican que la tramitación parlamentaria del proyecto haya sido relativamente extensa —casi 33 meses—,⁵ con una rápida aprobación en la Cámara de Diputados, pero una mucho más lenta discusión en el Senado que se tradujo en importantes modificaciones. Los temas de mayor discusión durante la tramitación fueron el ámbito de aplicación de la ley, los elementos relativos a probidad y el incentivo a las pequeñas y medianas empresas.

A continuación, en un esfuerzo de síntesis, este trabajo revisa las principales modificaciones en siete dimensiones del nuevo sistema de compras públicas. En primer lugar, se abordará la ampliación del ámbito de aplicación subjetivo y objetivo de la ley. En segundo lugar, me referiré a los cambios respecto de los procedimientos de contratación. En tercer lugar, se analizará la nueva regulación de las potestades exorbitantes de la Administración durante la ejecución del contrato. Luego, serán analizados los profundos cambios en la configuración de la Dirección de Compras y Contratación Pública (ChileCompra) y el Tribunal de Contratación Pública. Para concluir se mencionarán la reforma a la regulación sobre probidad y transparencia, y la introducción de un nuevo enfoque estratégico en las compras públicas. El propósito del trabajo impide efectuar un examen detallado de cada cambio y referirse a cada uno de ellos. Inevitablemente, se han tenido que escoger las modificaciones más relevantes en cada área.

Miranda, Ricardo, “Nuevos poderes de ChileCompra” en Lazo, Ximena y Obando, Iván (eds), *Nueva ley de compras públicas. Estudio sistemático y práctico de la reforma a la ley N° 19.886*, (Thomson Reuters), 2024, pp. 207-209.

5 Obando, Iván, “Introducción”, en Lazo y Obando (eds), op. cit., p. 8.

2. Ampliación del ámbito de aplicación

Una primera modificación de gran relevancia que introdujo la Ley N° 21.634 fue la ampliación del ámbito de aplicación de la Ley de Compras Públicas, tanto desde el punto de vista subjetivo como objetivo. Este cambio consolida una tendencia legislativa y jurisprudencial que crecientemente había extendido la aplicación de esta ley más allá de su marco original. De esta forma los órganos públicos y privados regidos por la ley aumentaron considerablemente.

El aumento del ámbito subjetivo de aplicación de la ley es una de sus características más evidentes.⁶ Esta vocación expansiva se ilustra claramente ya en el artículo 1°. Mientras que la ley de 2003 hablaba de los contratos que celebra la “Administración del Estado”, la nueva ley se refiere a los “contratos que celebren los organismos del Estado”, lo que revela la intención de que el sistema opere más allá de los organismos administrativos. La ley realiza una serie de distinciones para definir su vigencia subjetiva, como veremos a continuación al analizar más en detalle el artículo 1° de la ley que regula esta materia.

En primer lugar, y de acuerdo con su art. 1° inciso 2°, la ley se aplica íntegramente a los órganos de la Administración del Estado señalados en el inciso segundo del artículo 1° de la LOCBGAE, con la excepción de las empresas públicas creadas por ley y el Banco Central que tienen un estatuto especial. En esta categoría están incluidos los ministerios, las delegaciones presidenciales regionales, las delegaciones presidenciales provinciales, los órganos y servicios públicos creados para cumplimiento de la función administrativa, los gobiernos regionales y las municipalidades.

En segundo lugar, de acuerdo con la misma disposición, la ley también se aplica de forma íntegra a las corporaciones, fundaciones y asociaciones municipales y regionales. Esta categoría constituye una ampliación del alcance de la ley, pues se trata de instituciones de derecho privado, tradicionalmente fuera de la órbita del derecho administrativo. Sin embargo, en este aspecto se legaliza un criterio fijado por dictámenes de la Contraloría General de la República al menos a partir del año 2021.⁷

En tercer lugar, la ley también se aplica de forma íntegra a entidades que reúnan dos requisitos:⁸ por un lado, que sean fundaciones en las que participe la

6 Para un completo análisis, véase Celis, Gabriel, “El nuevo ámbito de aplicación subjetivo de la ley N° 19.886”, en Lazo y Obando (eds), op. cit., pp. 37-66.

7 Contraloría General de la República, Dictamen N° E160.316, de fecha 29 de noviembre de 2021. Para un comentario crítico de la jurisprudencia administrativa sobre administración invisible, véase Valdivia, José Miguel, “La administración invisible bajo la mirada de la Contraloría”, Lovera, Domingo (ed), *Anuario de Derecho Público*, (Ediciones Universidad Diego Portales), 2021, pp. 505-523.

8 Art. 1° inciso 3°.

Presidencia de la República o bien corporaciones, fundaciones y asociaciones en las que participe de su administración o dirección un organismo de la Administración del Estado; por otro lado, deben ser entidades que reciban transferencias de fondos públicos que, en su conjunto, asciendan a una cantidad igual o superior a 1.500 UTM en un año calendario. Para hacer operativa la aplicación de la ley a estas entidades, el Ministerio de Hacienda debe dictar un decreto exento identificándolas.⁹

En cuarto lugar, la ley agrupa a una serie de órganos estatales diversos a los que se les aplica la ley, pero no la normativa administrativa asociada a ella (reglamentos presidenciales e instrucciones de ChileCompra).¹⁰ Ellos mismos deben dictar la normativa infra-legal sobre compras públicas que les resulta aplicable. Estos órganos son el Consejo Nacional de Televisión, el Congreso Nacional, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, el Poder Judicial, los Tribunales Ambientales, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, el Tribunal Calificador de Elecciones, los Tribunales Electorales Regionales, el Servicio Electoral y el Tribunal Constitucional. Como se ve, todos ellos son órganos autónomos constitucionales o bien de relevancia constitucional, unos de naturaleza administrativa y otros de naturaleza jurisdiccional.¹¹

En quinto lugar, a los órganos del Estado no incluidos en los incisos 1 al 5, al Banco Central, a las empresas públicas creadas por ley y a las sociedades en las que el Estado tenga participación accionaria de más del 50% se les aplica exclusivamente el capítulo VII de la ley.¹² Las demás disposiciones de la ley y el reglamento sólo pueden hacerse aplicables mediante la celebración de un convenio con ChileCompra en aquello que no fuere contrario a sus propias leyes orgánicas.¹³ En este caso se trata, por lo tanto, de una aplicación parcial de la ley. La adaptación de las normas de probidad de la Ley de Compras al Banco Central, las empresas públicas y sociedades del Estado se exacerbó aún más por las disposiciones incorporadas por la ley 21.647 (reajuste del sector público), de diciembre de 2023.

9 A las entidades que cumplan el primer requisito, pero que reciban un monto inferior al indicado se les aplica el capítulo VII de la ley relativo a probidad y transparencia, y pueden acogerse al resto del articulado de la ley de forma voluntaria (art. 1° inciso 4°).

10 Art. 1° inciso 5°.

11 Sobre los órganos autónomos constitucionales, véase Jiménez, Guillermo y Tschorne, Samuel, “Los órganos constitucionales autónomos como decisión constitucional”, en Magna, Carlos y Escobar, Elizabeth (eds), *Derecho Administrativo y Constitución. Actas de las XVII Jornadas de Derecho Administrativo*, (Tirant lo Blanch), 2024, pp. 137-158.

12 Art. 1° inciso 6°.

13 El art. 2° del reglamento establece que a estos órganos no se les aplica el reglamento.

Finalmente, la ley establece que a las personas jurídicas receptoras de fondos públicos se les aplicará la ley en los casos establecidos en el reglamento. El reglamento, a su vez, establece que a ellas se les aplicarán las disposiciones de la Ley de Compras Públicas y el reglamento, respecto de los fondos públicos que reciban y en lo que resulte compatible, “siempre que hubieran suscrito convenios con la Dirección de Compras y Contratación Pública para acogerse voluntariamente a las disposiciones de la mencionada ley”.¹⁴

Categoría	Aplicación de la ley	Capítulo sobre probidad y transparencia	Aplicación de reglamento
Órganos administrativos (inc. 2°)	Sí, íntegramente	Sí	Sí
Corporaciones, fundaciones y asociaciones municipales o regional (inc. 2°)	Sí, íntegramente	Sí	Sí
Corporaciones, fundaciones y asociaciones del gobierno central que reciben 1.500 UTM o más desde fondos públicos (inc. 3°)	Sí	Sí	Sí
Corporaciones, fundaciones y asociaciones del gobierno central que NO reciben 1.500 UTM o más desde fondos públicos (inc. 3°)	Sólo mediante convenio	Sí	Sólo mediante convenio
Órganos autónomos constitucionales (inc. 5)	Sí, pero no reglamentos	Sí	No
Banco Central, empresas públicas y sociedades del Estado (inc. 6°)	No	Sí, pero con reglas especiales	No
Personas jurídicas receptoras de fondos públicos	Depende del reglamento	Depende del reglamento	Depende del reglamento

Cuadro N° 1. Ámbito de aplicación subjetiva de la ley

La ley también contiene una ampliación de su ámbito objetivo de aplicación.¹⁵ Aunque, en términos generales, están excluidos de la ley los contratos relacionados con la ejecución y concesión de obras públicas y otros contratos similares en que participen los Servicios de Vivienda y Urbanización,¹⁶ la reforma les hizo aplicables algunos aspectos del sistema de compras públicas.¹⁷ Este es un mecanismo que ya contenía la ley antes de la reforma de 2023, aunque ahora fue ligeramente ampliado.

¹⁴ Art. 3° del reglamento.

¹⁵ Para un completo análisis véase Moraga, Claudio, “El nuevo ámbito de aplicación objetiva de la ley N° 19.886” en Lazo y Obando (eds), op. cit., pp. 67-109.

¹⁶ Art. 3 letra e.

¹⁷ Art. 3 bis.

En el caso de (i) los contratos de obra que celebran los Servicios de Vivienda y Urbanización (Serviu) para el cumplimiento de sus fines y los contratos destinados a la ejecución, operación y mantención de obras urbanas, y (ii) los contratos de ejecución de obra pública, a los relacionados con ellos y a los contratos de estudios, proyectos y asesorías relacionados con la concesión de obras públicas que celebre el Ministerio de Obras Públicas (MOP), y (iii) los contratos de concesión de obras públicas del MOP, sólo respecto de la etapa de contratación, le serán aplicables el capítulo relativo al Tribunal de Contratación Pública y el relativo a probidad y transparencia, aunque en ambos casos con importantes exclusiones. En efecto, la ley singulariza varias disposiciones contenidas en aquellos capítulos que no son aplicables a estos contratos.¹⁸

El efecto práctico de la modificación no es tan significativo como podría parecer porque el capítulo V sobre el Tribunal de Contratación Pública ya era aplicable a estos contratos en la normativa vigente antes de la reforma. Además, las nuevas atribuciones del Tribunal no son aplicables. Y, por último, la aplicación de normas sobre el sistema de información y gestión de compras y contrataciones depende de modificaciones reglamentarias adicionales.¹⁹

3. Procedimientos de contratación

La ley introdujo una serie de relevantes modificaciones que se relacionan con la etapa de selección del contratista.²⁰

En primer lugar, existen modificaciones que inciden en los requisitos para contratar con organismos públicos o entidades regidas por la ley. Por un lado, se hace obligatorio la inscripción en el Registro de Proveedores.²¹ Por otro lado, se introduce una nueva regulación respecto de las inhabilidades para contratar que pasan a estar contempladas en el capítulo VII sobre probidad y transparencia.²² Además de contemplar nuevas causales de inhabilidad, la nueva regulación flexibiliza la reacción ante la condena a una empresa por práctica antisindical o por vulneración de los derechos fundamentales del trabajador. A diferencia de

18 Para un listado exhaustivo, véase Moraga, op. cit.

19 Moraga, op. cit., p. 98.

20 Cárcamo, Alejandro, "Procedimiento de adjudicación" en Lazo y Obando (eds), op. cit., pp. 165-197.

21 Art. 4 y 16.

22 Art. 35 septies.

la regulación anterior que contemplaba de forma automática la inhabilitación, originando una extensa disputa constitucional,²³ la nueva regulación permite que el juez modere el alcance de la inhabilitación o simplemente no la aplique si se dan ciertas circunstancias que hacen desaconsejable para el interés público la exclusión de un determinado contratista.²⁴

En segundo lugar, la reforma modifica la regulación de los procedimientos de contratación pública. Hay tres aspectos que es relevante destacar. Primero, se busca fortalecer el deber de emplear la licitación pública y, correlativamente, restringir la utilización del trato directo, la que se regula de forma más detallada. Segundo, se asocia de forma explícita la sanción de multa de hasta 100 UTM a la jefatura responsable de infringir la prohibición de fragmentación de las contrataciones con el propósito de variar el procedimiento aplicable.²⁵ Tercero, la reforma regula nuevos procedimientos especiales de contratación,²⁶ lo que incluye algunos existentes (compra ágil, convenio marco y compra por cotización), otros que constituyen genuinas innovaciones (contratos para la innovación, diálogo competitivo de innovación, subasta inversa electrónica) y, por último, se habilita al reglamento para crear nuevos procedimientos cumpliendo ciertas exigencias procedimentales.²⁷

En tercer lugar, se alteran las reglas sobre adjudicación del contrato para dar un espacio de 10 días para la impugnación por parte de terceros afectados cuando se trate de operaciones sobre un determinado monto.²⁸ Esto incentiva que los propios competidores puedan monitorear el cumplimiento de la normativa y denunciar las irregularidades que detecten ante el Tribunal de Contratación Pública.

En cuarto lugar, se relajan las reglas sobre garantías exigidas para contratar con el propósito de reducir las barreras de entrada de los oferentes.²⁹ En efecto, sólo en operaciones de cierta magnitud la Administración puede exigir garantías de seriedad o garantías de fiel y oportuno cumplimiento.

23 Uno de los últimos pronunciamientos es Tribunal Constitucional, Rol 14.931-2023-INA, 6-11-2024.

24 Art. 35 septies inc. 8°.

25 Art. 7 inciso final y art. 16 del reglamento. Para un profundo estudio de los elementos de la fragmentación a partir de la jurisprudencia administrativa, véase Navarrete, Matías, *Fragmentación en compras públicas*, (Ediciones Der), 2024.

26 Art. 7 letra d.

27 Véase Lara, José Luis y Luna, María José, *Nueva ley de compras públicas. Análisis de cambios introducidos por la Ley N° 21.634*, (DER Ediciones), 2024, pp. 116-128.

28 Art. 10.

29 Art. 11.

En quinto lugar, se regula de forma más detallada el Plan Anual de Compra,³⁰ que ya se regulaba sintéticamente en la regulación de 2003 y en el reglamento respectivo.³¹ La ley entrega mayores lineamientos sobre los criterios que deben ser considerados en el proceso de elaboración de estos planes. Es significativo que habilite a ChileCompra para exigir la modificación de los planes cuando contemplen tipos de procedimiento que contravengan lo dispuesto en la ley, el reglamento, la jurisprudencia de la Contraloría General de la República, o sus propias instrucciones. Sin embargo, la intervención de ChileCompra no puede afectar “el mérito, oportunidad y conveniencia” de las decisiones de compra correspondientes a cada entidad compradora. El nuevo reglamento complementa la regulación de esta materia en sus artículos 165 a 171.

4. Potestades exorbitantes y ejecución del contrato

Hay tres dimensiones de la etapa de ejecución contractual que son impactadas por la reforma: la potestad modificatoria, la potestad de resolución o término anticipado del contrato, y la potestad sancionadora contractual de la Administración.³² Como se puede apreciar, esta materia se refiere a algunas de las clásicas potestades exorbitantes de la Administración en el marco del contrato.³³ La nueva ley entrega una regulación legal mucho más densa que la previamente existente, aunque en una medida importante se legalizan soluciones ya contenidas a nivel reglamentario.

En la ley de 2003 la modificación y la terminación anticipada del contrato tenían una regulación unificada en el artículo 13, es decir, las mismas causales hacían procedente ambas figuras. La reforma, en cambio, establece una regulación autónoma para cada una de estas figuras de tal forma que el artículo 13 regula la modificación contractual, mientras que el artículo 13 bis regula la terminación anticipada. Adicionalmente, la reforma introduce una regulación expresa respecto de la aplicación de multas contractuales y otras medidas en caso de

30 Art. 12.

31 Arts. 98 a 102.

32 Art. 13, 13 bis y 13 ter.

33 Loo, Martín, “La nueva disciplina de algunas potestades exorbitantes de la Administración Pública en los contratos administrativos de suministro y prestación de servicios”, en Asenjo (ed), op. cit.; Asenjo, Karen, “Ejecución contractual: potestades de modificación y término anticipado del contrato en la nueva Ley de Compras”, en Lazo y Obando (eds), op. cit.; Asenjo, Karen, “El poder de modificación unilateral del contrato en la nueva ley de compras públicas 19.886”, en Asenjo (ed), op. cit.

incumplimiento en el artículo 13 ter. Así, se legaliza un asunto que tenía regulación meramente reglamentaria en el antiguo reglamento de la ley de compras públicas.³⁴ Veamos cada una de estas figuras con un poco más de detención.

Respecto de la modificación contractual (*potestas variandi*), la ley autoriza a la Administración a modificar el contrato a través de un acto administrativo fundado en dos casos: i) cuando así se haya previsto en las bases de licitación o el contrato; y ii) excepcionalmente, cuando por circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor el proveedor esté impedido de cumplir sus obligaciones y que no se haya previsto en las bases o el contrato.

La ley mira con desconfianza las modificaciones del contrato por el riesgo de ocultar un trato preferente a un determinado contratista. Por eso establece una serie de limitaciones al acto modificadorio del contrato. En efecto, la ley prohíbe alterar la aplicación de los principios de estricta sujeción a las bases, de igualdad de los oferentes y de equilibrio financiero del contrato; ni tampoco permite aumentar el monto del contrato más allá de un 30% del monto originalmente pactado. Tampoco se pueden aprobar modificaciones que signifiquen una alteración de los elementos esenciales del contrato u orden de compra inicial. Es importante destacar que esta norma contiene una doble referencia al concepto de “equilibrio financiero del contrato”, lo que ha sido interpretado por la doctrina como una innovación significativa que puede tener impacto más allá del sistema de compras públicas en sentido estricto.³⁵

A continuación, la reforma entrega una regulación separada a la terminación anticipada del contrato en el artículo 13 bis, pero en lo esencial, se mantuvieron las causales que contemplaba el texto original de la ley N° 19.886. Hay tres cambios destacables. Se incorporó, por una parte, la muerte o incapacidad sobreviniente de la persona natural o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista como causal de término anticipado. Luego, se exige que las bases o el contrato establezcan de manera precisa, clara e inequívoca las causales de incumplimiento grave que habilitan poner término anticipado al contrato. Y, de forma más relevante, se establece que se puede terminar anticipadamente el contrato ante la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato en los términos del art. 13.

34 Para referencias a la reforma, véase Moraga, op. cit., pp. 104-106; Zúñiga, Francisco y Clemo, Fernanda, *Las multas en el contrato administrativo*, (Tirant lo Blanch), 2024. Sobre el estado de la cuestión antes de la reforma, véase Gómez, Rosa, “Aspectos críticos del régimen sancionatorio de los contratos administrativos”, en *Revista de Derecho*, N° 89, (U. de Concepción), 2021, pp. 47-85.

35 Asenjo, Karen, “Ejecución contractual”, op. cit., pp. 270-272; Loo, op. cit, p. 396; Moraga, Claudio, op. cit, pp. 102-104. Jiménez, Guillermo, “El equilibrio económico del contrato administrativo” en Ferrada, Juan Carlos, Marcer, Ernesto y García, Santiago (eds), *El contrato administrativo. Estudio comparativo entre Chile y Argentina*, (Der Ediciones), 2025, pp. 201-225.

Por último, la regulación de las multas contractuales y otras reacciones en caso de incumplimiento es prácticamente idéntica a la que contenía el antiguo reglamento en su artículo 79 ter desde el año 2015. Esa norma reconocía la aplicación de multas cumpliendo ciertas exigencias, tales como que se contemplaran en las bases y el contrato, que sean proporcionales a la gravedad del incumplimiento, que contemplen un procedimiento que respete los principios de contradictoriedad e impugnabilidad, y que se fije un monto máximo para su aplicación. La ley reformada legaliza estos elementos con algunas adiciones. Por un lado, de forma más exigente que el reglamento, se establece que el tope máximo que fijen las bases y el contrato “no podrá superar hasta el 30 por ciento del precio del contrato”.³⁶ Por otra parte, se establece que la Administración no puede cobrar una multa si adeuda pagos al proveedor. Por último, la ley se cuida de establecer que la Administración puede demandar la indemnización de los daños no cubiertos por las multas contractuales y las otras medidas que pueda aplicar en caso de incumplimiento.

5. El Tribunal de Contratación Pública

Uno de los aspectos más destacados de la ley es la reforma al Tribunal de Contratación Pública (TCP). La regulación orgánica, competencial y procedimental de esta institución es notablemente reforzada por la Ley N° 21.634. La reforma “lo transforma de una judicatura exclusivamente precontractual a un órgano jurisdiccional con competencia para conocer de ilegalidades y/o arbitrariedades en todas las etapas de la contratación administrativa de los órganos del Estado”.³⁷

En términos de su estatuto orgánico, los cambios buscan fortalecer la independencia y capacidad técnica del tribunal. El TCP pasa de estar integrado por tres a estarlo por seis jueces, que funcionan en dos salas. Se incluye un concurso ante el Consejo de Alta Dirección Pública en el proceso de nombramiento, órgano que propondrá una nómina a la Corte Suprema, que a su vez propone una terna al Presidente de la República, quien toma la decisión final. De esta forma se establece un filtro adicional al inicio del proceso de búsqueda de candidatos. Además, se aumenta de cinco a seis años el plazo de duración en el cargo, se establece un sistema remuneratorio más estable a los jueces, se incluyen causales de inhabilidad

36 Art. 13 ter.

37 Olmos, Felipe, “El rediseño del Tribunal de Contratación Pública”, en Lazo y Obando (eds), op. cit., p. 305.

para ser nombrado para quienes hayan ejercido cargos de autoridad o jefatura en el sector público en los dos años anteriores, y se independiza de ChileCompra la gestión administrativa de la institución.

La ampliación de la competencia del TCP es uno de los rasgos más salientes de la reforma.³⁸ Se pasa de una competencia circunscrita a las ilegalidades ocurridas en los procedimientos de selección de proveedores de naturaleza concursal a una competencia amplia que se extiende a todo tipo de procedimientos, la ejecución del contrato y una nueva acción de nulidad.³⁹ Por ejemplo, ahora se podrá impugnar ante el TCP ilegalidades ocurridas a propósito de una declaración de término anticipado del contrato, la aplicación de una multa o el cobro de una boleta de garantía. Una restricción importante, sin embargo, se refiere a la incompetencia del tribunal para conocer de “acciones civiles que emanen de los incumplimientos de los contratos administrativos suscritos en virtud de [la Ley de Compras Públicas], ni de acciones indemnizatorias de ningún tipo”.⁴⁰ Por otro lado, la ley hace explícito el derecho del interesado a interponer una demanda de indemnización de perjuicios ante un tribunal ordinario cuando el TCP haya declarado una ilegalidad, arbitrariedad y/o nulidad, sin que se pueda discutir esta declaración previa.⁴¹ Como se puede apreciar, esta última norma es casi idéntica a la contenida en el reclamo de ilegalidad municipal.⁴²

Cabe destacar también que se amplía la competencia del TCP para conocer de reclamaciones contra ChileCompra a propósito de la administración del registro de proveedores. Esta es una competencia ya existente, pero raramente utilizada en los 20 años de operación de la ley. Con la reforma, sin embargo, existen cambios tanto en el registro como en el alcance de la competencia que hacen presumir que habrá más litigación en este supuesto.⁴³

Por último, la reforma también afecta al procedimiento que debe instruir el TCP para adoptar sus decisiones, incluyendo una regulación mucho más detallada y creando el riesgo de aletargar el proceso de decisión. Entre los aspectos procedimentales más destacables cabe mencionar son los siguientes. En primer lugar, pareciera relajarse la legitimidad activa ante el tribunal al pasar de exigir un

38 Art. 24.

39 Olmos, Felipe, op. cit., p. 306.

40 Art. 24 inciso final.

41 Art. 26 septies.

42 Art. 151 Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.

43 Art. 24 N° 3.

interés “actualmente comprometido” a un interés “directo”. En segundo lugar, se regula en detalle la medida cautelar de suspensión que puede decretar el TCP con impacto tanto en la etapa precontractual como en la suscripción y ejecución del contrato. En tercer lugar, se incluye una etapa de conciliación obligatoria, lo que genera incertidumbre respecto del alcance de la figura considerando que la parte demandada será un organismo público. En cuarto lugar, existen pequeños cambios respecto del régimen probatorio que amplían su duración e incluyen el sistema de sana crítica. En quinto lugar, respecto del régimen de recursos, se cambia el nombre del medio de impugnación de “reclamación” a recurso de “apelación” con un plazo más extenso de 10 días (versus el anterior plazo de cinco días).

6. Dirección de Compras Públicas

La Dirección de Compras y Contratación Pública (ChileCompra) también ha resultado fortalecida por la reforma. La Ley N° 21.634 le ha otorgado nuevas funciones en varias dimensiones. Es posible identificar los siguientes cambios principales:⁴⁴

En primer lugar, se le otorgan nuevas funciones respecto de los convenios marco. Los convenios marco estaban muy imperfectamente regulados en la antigua Ley de Compras Públicas. Con la reforma, en cambio, se caracteriza este instrumento como un procedimiento de compra respecto de bienes y servicios estandarizados, con demanda regular y transversal.⁴⁵ A ChileCompra le corresponde pronunciarse sobre la oportunidad y conveniencia de licitar estos convenios marco y realizar estudios para determinar si se cumplen los requisitos legales de estandarización, regularidad y transversalidad. La ley hace explícito que los convenios marco se adjudicarán a múltiples proveedores, debiendo asegurarse suficiente competencia en la entrada al mecanismo, que ChileCompra debe definir criterios que estructuren la elección de los compradores, que debe por regla general adjudicar estos contratos por zonas geográficas, y, en un cambio de gran relevancia, la ley establece los convenios marcos serán obligatorios también para las municipalidades.

En segundo lugar, la ley habilita a ChileCompra a actuar en representación de otros organismos públicos en todo tipo de procedimientos de compra. Esta figura se denomina “compras coordinadas”, que en la ley original sólo podían efectuarse

44 Para una excelente y detallada guía a las modificaciones introducidas por la Ley N° 21.634 en la materia, véase Miranda, Ricardo, “Nuevos poderes de ChileCompra” en Lazo y Obando (eds), op. cit., pp. 199-245.

45 Art. 7 letra d N° 3.

respecto de licitaciones públicas y ahora se amplían a los demás procedimientos incluyendo trato directo, licitación privada, diálogos competitivos de innovación, etc.

En tercer lugar, la ley mantuvo las funciones de ChileCompra respecto del registro de proveedores, pero este mecanismo se amplió significativamente. El registro es ahora obligatorio para todos los contratistas, incluye un relevante deber de individualizar los beneficiarios finales de las personas jurídicas inscritas, se amplía la publicidad de la información contenida en el registro, y se contiene un listado modificado de causales de inhabilidades para ingresar al registro.

En cuarto lugar, a partir de la reforma, ChileCompra puede dictar instrucciones obligatorias de general aplicación. Previamente, la institución podía emitir “directivas” que eran instrumentos no vinculantes para sus destinatarios, ejerciendo esta facultad en varias oportunidades. Con la reforma la dimensión regulatoria de este organismo se refuerza significativamente porque se lo faculta para “impartir instrucciones obligatorias, de general aplicación, conducentes a fortalecer la probidad, la transparencia, la eficiencia, la sustentabilidad y la competitividad en los procesos de contratación pública de los organismos de la Administración del Estado”.⁴⁶ Además, a lo largo de la ley es posible encontrar varias otras materias que pueden ser reguladas por estas instrucciones. No obstante, la ley excluye del ámbito de estas instrucciones tanto al Congreso Nacional, el Poder Judicial, a los órganos constitucionales autónomos funcionales (Contraloría, Ministerio Público, etc.) y las municipalidades. Esta última exclusión es especialmente significativa.

Dado el relevante poder normativo que se otorga a ChileCompra a través de esta facultad, la ley toma una serie de precauciones procedimentales para evitar arbitrariedad. En efecto, el ejercicio de esta facultad está sometido a consulta pública, lo que permite a los potenciales afectados hacer presente sus puntos de vista sobre la norma y ChileCompra debe tomar en consideración tales observaciones (aunque no deba seguirlas). Adicionalmente, la emisión de instrucciones está sometida a toma de razón, lo que distingue a esta potestad regulatoria de sus equivalentes en manos de superintendencias en sectores regulados, las cuales habitualmente están exentas de dicho control de legalidad.

En quinto lugar, se reconoce explícitamente la función de la institución respecto de la administración de la plataforma de reclamos y de un canal de denuncias reservadas. Asimismo, se establece una función de monitoreo o seguimiento de procesos de compras de otros organismos. Aunque esta no es una genuina

46 Art. 30 letra j.

facultad fiscalizadora del organismo —se debatió otorgar estos instrumentos, pero se descartó en el trámite legislativo—, cuando descubra indicios de ilegalidades o arbitrariedades ChileCompra puede efectuar la denuncia a los organismos competentes

En sexto lugar, se atribuye a ChileCompra una nueva facultad para proponer al Ministerio de Hacienda políticas de compra que promuevan la eficiencia, la transparencia, la probidad, la competitividad, la sustentabilidad y las buenas prácticas. También corresponde al organismo apoyar la participación de las empresas de menor tamaño. Como otra dimensión de la promoción de buenas prácticas, se establece la función ChileCompra de publicación de bases y contratos tipo.

Por último, la reforma establece que le corresponde ChileCompra administrar la nueva plataforma de economía circular que establece la ley y que entró en vigencia en junio de 2025.

7. Probidad y transparencia

Uno de los objetivos explícitos del proyecto de ley que dio origen a la reforma fue “aumentar los estándares de probidad y transparencia”. Durante la tramitación legislativa se discutió extensamente en qué medida se cumplía dicho objetivo. Sin duda, la versión final del texto contiene varios avances, pero todavía quedan dudas sobre la capacidad del sistema de detectar y sancionar los incumplimientos a las reglas de probidad.

La nueva ley contiene un capítulo VII, que se dedica exclusivamente a este tópico. Este capítulo fue el que primero entró en vigencia junto con la publicación de la ley en diciembre de 2023, mientras la mayoría del resto de las normas lo hizo un año después.

La ley incluye nuevos deberes de los compradores en el proceso de preparación de la contratación administrativa.⁴⁷ Ellos deben consultar si existen bienes disponibles o servicios compartidos, luego consultar el catálogo del convenio marco, y sólo en caso de indisponibilidad deben escoger un procedimiento adecuado de contratación y elaborar las bases respectivas. Éstas deben garantizar la igualdad de oferentes, la libre competencia y la desconcentración de las adjudicaciones, así como promover la participación de micro, pequeñas y medianas empresas. Además, la ley precisa que la descripción de bienes o servicios no debe privilegiar

47 Art. 35 bis.

arbitrariamente a determinados productos o servicios por sobre otros que permitan satisfacer la necesidad del organismo del Estado, de manera equivalente.

En procesos complejos de contratación, los compradores deben obtener previamente y analizar información sobre las características técnicas de los bienes y servicios adquiridos, sus precios, los costos asociados o cualquier otra característica relevante que se requiera. Si para obtener esa información es indispensable hacer consultas a terceros ajenos a los organismos del Estado, ellas deberán efectuarse mediante una consulta pública a través del Sistema de Información y Gestión de Compras y Contrataciones del Estado, salvo las situaciones excepcionales que indica la ley.⁴⁸

La reforma también regula las comunicaciones de los compradores con participantes e interesados en procesos de compra.⁴⁹ Estas comunicaciones están prohibidas salvo si se realizan a través del sistema de información.

El art. 35 quáter regula las inhabilidades para contratar, estableciendo una prohibición general a los organismos del Estado respecto de la suscripción de contratos administrativos con funcionarios o empleados del mismo organismo o personas contratadas a honorarios en esa institución. La inhabilidad se extiende a personas con las que el funcionario tenga parentesco, incluyendo cónyuge y convivientes civiles, y las demás personas unidas por los vínculos de parentesco en segundo grado de consanguinidad o afinidad. El organismo tampoco puede contratar con entidades (sociedades, EIRL, etc.) con las que sus funcionarios tengan relaciones de propiedad o administración, como ser beneficiarios finales, accionistas, gerentes, etc. Por último, extendiendo aún más la inhabilidad, la ley indica que la prohibición alcanza también al “personal dependiente de la misma autoridad o jefatura superior del organismo o servicio público que intervenga en el procedimiento de contratación”. El propósito de esta norma fue limitar el alcance de la prohibición de contratar con el personal de los órganos administrativos cuando se trate de ministerios que tienen una serie de servicios relacionados. El concepto clave de la disposición es el de “dependencia” lo que implica la existencia de un poder de mando de una jefatura sobre un subordinado. Se excluye, por lo tanto, funcionarios de órganos descentralizados o desconcentrados, pues respecto de ellos no existe dependencia.

Algunos funcionarios tienen una prohibición de contratar incluso más intensa. Es la situación de funcionarios directivos y otros funcionarios que puede determinar el reglamento. La innovación de la reforma es que se extiende la prohibición más allá de los directivos y hasta un año tras el cese en el cargo. El parentesco

48 Art. 35 bis inciso 5 y 6.

49 Art. 35 ter.

cubierto por esta prohibición alcanza el tercer grado de consanguinidad (no sólo el segundo grado, como en los casos indicados en el párrafo anterior).

En cualquier caso, la ley permite que organismos del Estado puedan evadir estas restricciones cuando (i) circunstancias excepcionales lo hagan necesario, de acuerdo a lo señalado por el jefe de servicio; (ii) siempre que se ajusten a condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado. En tal caso, la aprobación del contrato deberá hacerse por resolución fundada, comunicando la decisión a los órganos con facultades de supervisión o fiscalización sobre el órgano (jefe, Contraloría, Cámara de Diputados, etc.).

La reforma contiene una regulación especial de los motivos de abstención, es decir, situaciones en donde no debe participar un funcionario en un proceso de contratación por la presencia de un eventual conflicto de intereses.⁵⁰ La regla general es que las autoridades y los funcionarios, independientemente de su calidad jurídica, deban abstenerse de intervenir en procedimientos de contratación pública o ejecución contractual en los que puedan tener interés. Luego, se indican las causales más precisas de abstención. Es significativo que el art. 35 sexies establezca la sanción de nulidad a todas las infracciones a las reglas del capítulo VII. Aunque una norma similar existía en el texto previo a la reforma,⁵¹ en tal caso la nulidad se refería exclusivamente a infracciones a un inciso de ese artículo, mientras que ahora incluye cualquier vulneración del capítulo sobre probidad y transparencia. Como consecuencia, una infracción a las normas sobre abstención originará la nulidad del contrato, la cual deberá hacerse valer ante el TCP al cual se le ha asignado la competencia para conocer de esta acción en el art. 24 N° 4.

Aunque está fuera del capítulo VII, el artículo 12 bis de la ley también es relevante para el principio de probidad. Esta disposición exige a los organismos públicos elaborar una nómina con el personal que participe del procedimiento de contratación o de ejecución contractual y las funciones que cumplen en tales procedimientos. Todas estas personas tienen por función velar por el correcto desarrollo del respectivo procedimiento y deben efectuar declaraciones de intereses y patrimonio conforme a la Ley N° 20.880.⁵² La reforma establece que en caso de declaración de nulidad por infracción al capítulo VII las personas incluidas en esta nómina que hayan participado en la tramitación incurrirán en contravención al principio de probidad administrativa.

50 Art. 35 quinquies.

51 Art. 4 inc. 9°.

52 El art. 33 bis también establece un amplio deber de declaraciones intereses y patrimonio respecto de los funcionarios directivos y profesionales de ChileCompra.

La ley también busca promover la probidad por la vía de establecer una nueva regulación de las causales de exclusión del registro de proveedores,⁵³ lo que ya se mencionó en la sección 2.

Por último, la ley exige que toda persona que tenga por función calificar o evaluar procesos de licitación pública o privada suscriba una declaración jurada, por cada procedimiento de contratación, en la que declare expresamente la ausencia de conflictos de intereses y se obliguen a guardar confidencialidad sobre él.⁵⁴ Esta disposición simplemente legaliza normas ya existentes a nivel infra-legal.

Para cerrar debe indicarse que la ley no tomó una decisión suficientemente clara respecto de quién es el órgano encargado de hacer cumplir las normas sobre probidad, más allá de la acción de nulidad del contrato ante el TCP conforme al artículo 24 N° 4. Ni ChileCompra ni la Contraloría General de la República tienen nuevas facultades fiscalizadoras y sancionadoras al respecto. La ley simplemente establece canales de reclamo y denuncia. Si ChileCompra detecta una infracción, sólo puede oficiar al respectivo organismo para que informe sobre las medidas que adoptará para subsanar los vicios existentes,⁵⁵ pudiendo denunciar a la Contraloría, al Ministerio Público o la Fiscalía Nacional Económica para que estas instituciones realicen “las acciones que en derecho correspondan”. La Contraloría, por su parte, tampoco se ve particularmente reforzada, pues si detecta una infracción solamente puede ordenar instruir un procedimiento disciplinario o instruirlo ella misma. Pero no puede sancionar directamente, sino sólo “proponer” a la autoridad respectiva que aplique una sanción.⁵⁶ En este aspecto no existe una innovación respecto del régimen general ya existente. La única genuina excepción es permitir que la Contraloría aplique una sanción directamente al jefe de servicio inactivo, es decir, al que no dicte una resolución en el plazo legal tras el procedimiento disciplinario. En tal caso, la sanción puede ser censura o multa de hasta un 50% de su remuneración.

53 Art. 35 septies.

54 Art 35 nonies.

55 Art. 30 ter.

56 Art. 35 decies.

8. El enfoque estratégico en las compras públicas

La ley explicita que la contratación pública puede servir de instrumento de política pública para lograr objetivos que van más allá de la adquisición de bienes y servicios para organismos estatales.⁵⁷ A nivel comparado, entre estos objetivos se incluye la protección del empleo, la inclusión de personas en situación de discapacidad, la equidad de género, y la protección medioambiental.⁵⁸ En efecto, el artículo 2° bis establece, a propósito de los principios de la contratación pública, que se promoverá “la incorporación de manera transversal de criterios de sustentabilidad para contribuir al desarrollo económico, social y ambiental”. Asimismo, el artículo 6° inc. final indica que “los organismos del Estado deberán propender a la probidad, eficacia, eficiencia, competencia, transparencia, sustentabilidad y ahorro en sus contrataciones”. A propósito del Plan Anual de Compras, la ley exige que los organismos públicos consideren “criterios de sustentabilidad”.⁵⁹ Además, la ley concibe a la compra pública como una herramienta de promoción económica, lo que se ilustra con la incorporación de un nuevo capítulo IX relativo a la promoción de la participación de empresas de menor tamaño.

Por otra parte, el capítulo VIII crea el Comité de Compras Públicas de Innovación y Sustentabilidad. Este es un comité asesor, compuesto por representantes de varias subsecretarías y expertos externos en compras públicas sustentables. Sus funciones principales son asesorar al Estado y a ChileCompra en materias vinculadas con las compras públicas de innovación, la consideración de criterios de sustentabilidad en las compras y la evaluación de los procedimientos especiales que crea la ley, así como el funcionamiento de la Ley sobre la economía circular en la adquisición de bienes y servicios de los organismos del Estado. El comité participa en la aprobación de la Política Pública de Innovación que debe elaborar el Ministerio de Hacienda y el de Economía de forma bianual.

Por último, el artículo segundo de la Ley N° 21.634 aprueba la “ley sobre la economía circular en la adquisición de bienes y servicios de los organismos

57 Lazo, Ximena y Castro, Camila, “Contratación pública sostenible en la ley N° 21.634 que moderniza la ley de compras públicas” en Lazo y Obando (eds), op. cit.

58 Asenjo, Karen, “La incorporación de cláusulas sociales en la contratación administrativa y su relación con el modelo de estado social de derecho” en Jiménez, Guillermo (ed), *Problemas actuales del derecho administrativo chileno. Actas de las XVIII Jornadas de derecho administrativo*, (Tirant lo Blanch), 2024.

59 Art. 12.

del Estado”.⁶⁰ Esta normativa establece un mecanismo a través del cual los organismos del Estado podrán transferir el uso, goce o disposición de bienes muebles en desuso a otros organismos del Estado o al público, y la utilización de medios y servicios compartidos en la Administración del Estado. Las normas de esta sección de la ley entran en vigencia 18 meses tras la publicación en el *Diario Oficial*, lo que tuvo lugar el 11 de diciembre de 2023.

El reforzamiento de la dimensión estratégica de la contratación administrativa cristaliza una tendencia legislativa y administrativa previa que crecientemente fue concibiendo a los contratos administrativos como herramientas generales de política pública. En el caso de Chile esta tendencia se ilustra con el caso de las cláusulas sociales, es decir, el uso del contrato administrativo para proteger derechos sociales y laborales. Así, la Ley 20.238 de 2008 (respecto de los derechos laborales en general), la Ley 20.787, de 2018 (respecto de las manipuladoras de alimentos de establecimientos educacionales) y la Ley 21.056, también de 2018 (respecto de los trabajadores de servicios de residuos domiciliarios) fueron modificando la Ley de Compras Públicas con un enfoque estratégico. De esta forma, a través de las compras públicas se incentiva el cumplimiento de la legislación laboral, imponiendo requisitos para poder contratar con la Administración, otorgando bonificaciones de puntaje o bien dando prioridad al pago de compromisos laborales en la ejecución del contrato.⁶¹ De esta forma, ha operado una profunda transformación en el concepto de contrato que ya no puede ser concebido como una pura relación bilateral entre el Estado y sus proveedores.

La compra pública estratégica, sin embargo, no está exenta de desafíos, pues al ampliar el elenco de finalidades regulatorias que debe tener en consideración la Administración a la hora de contratar, se amplía enormemente la discrecionalidad administrativa. Eso puede generar cuestionamientos por parte de los afectados. Además, el proceso de toma de decisión es más complejo porque debe balancear la libre concurrencia y la eficiencia de la compra con otros fines que pueden estar en tensión. Incluso más, existe también el riesgo de efectos indeseados, por ejemplo, que la preferencia por proveedores locales impida la participación de pequeñas empresas de regiones en negocios que tienen lugar en las grandes ciudades.

60 Lazo y Castro, op. cit., pp. 149-154.

61 Asenjo, Karen, “La incorporación de cláusulas sociales”, op. cit., pp. 572-75.

9. Conclusiones

La Ley N° 21.634 creó un nuevo sistema de contratación pública en Chile. En este nuevo modelo las entidades sometidas a este régimen legal se han multiplicado, los procedimientos de contratación son más sofisticados, el rol de ChileCompra es prácticamente el de regulador y fiscalizador del sector, el Tribunal de Contratación Pública se ha transformado, e incluso las mismas finalidades del contrato administrativo han sufrido una reconceptualización. La sola lectura del texto de la nueva ley y el nuevo reglamento hacen concluir que estamos frente a un marco jurídico profundamente reformado.

No obstante, muchos de los cambios más importantes sólo podrán ser apreciados con la implementación práctica de las reglas. En este sentido, los dos principales actores del sistema tendrán un rol crítico en el éxito de la reforma. Por una parte, el nuevo Tribunal de Contratación Pública debe asumir el desafío de ofrecer la tutela judicial técnica y expedita que los actores del sistema esperan. La jurisprudencia que emane de este Tribunal debe marcar claras pautas sobre la forma en que la ley debe ser interpretada. Probablemente por el estrecho marco de acción que la ley le reconocía, hasta ahora el Tribunal ha sido tímido y es poco visible por el público. Ahora su actitud debe ser otra y convertirse en un referente para la justicia administrativa local por la calidad de sus sentencias y la razonabilidad de sus decisiones.

La Dirección de Compras y Contratación Pública (ChileCompra), por su parte, también tendrá una función crucial en la implementación de la nueva ley. A través de las herramientas normativas que la ley le asegura, debe orientar a los usuarios y asegurar el cumplimiento de las finalidades que el legislador persiguió con la reforma. A través de sus instrucciones, directivas, y de la administración de diversas plataformas (y las facultades normativas asociadas), ChileCompra debe aplicar su expertise en el sector y asegurarse que los espacios de opacidad, ineficiencia y corrupción son reducidos al mínimo.