



APRUEBA INSTRUCTIVO SOBRE PROBIDAD EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE SUMINISTRO DE BIENES MUEBLES Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS

RESOLUCION EXENTA N° 03156/2021

SANTIAGO, viernes, 31 de diciembre de 2021

VISTOS:

- a) La Constitución Política de la República;
- b) La Ley N° 19.712, del Deporte;
- c) La Ley N° 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado;
- d) Ley 19.653 sobre la Probidad Administrativa, aplicable a los órganos de la Administración de Estado;
- e) Pronunciamiento N°2453 de fecha 22 de enero 2018 que "IMPARTE INSTRUCCIONES SOBRE EL CUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE PROBIDAD EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE SUMINISTRO DE BIENES MUEBLES Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS".

1°. Que el Instituto Nacional de Deportes de Chile, IND, es un servicio público funcionalmente descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, creado por la Ley N°19.712, que tiene por objeto ejecutar la Política Nacional de Deportes, la promoción de la cultura deportiva en la población, la asignación de recursos para el desarrollo del deporte, así como la ejecución de las acciones y el ejercicio de las facultades necesarias para el cumplimiento de los fines que la ley le asigna, pudiendo al efecto celebrar convenios con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, de derecho público o privado.

2°. Que, conforme lo dispone la Ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministros y Prestación de Servicios, el Instituto Nacional de Deportes de Chile difunde el presente instructivo de probidad en materia de contratación pública de bienes inmuebles y prestación de servicios para conocimiento de todos los funcionarios.

RESUELVO:

1° APRUEBASE el presente instructivo sobre probidad en materia de contratación pública de suministro de bienes muebles y prestación de servicios que a continuación se detalla:

I.- Normativa sobre probidad.

El principio de probidad obliga a todos quienes desempeñan funciones públicas, como aparece de las disposiciones constitucionales y legales que lo consagran.

Así, el artículo 8º de la Constitución Política de la República dispone que el ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.

Por su parte; la ley Nº 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en el inciso segundo de su Artículo 52 señala que "El principio de la probidad administrativa consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto, y leal de la función o cargo; con preeminencia del interés, general sobre el particular".

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

Lo anterior, se encuentra complementado por la ley Nº 20.880, sobre Probidad en la Función Pública y Prevención de los Conflictos de Intereses, la cual dispone en el inciso final, de su artículo 1º que "Existe conflicto de intereses en el ejercicio de la función pública cuando concurren a la vez el interés general propio del ejercicio de las funciones con un interés particular, sea o no de carácter económico, de quien ejerce dichas funciones o de los terceros, vinculados a él, determinados por la ley, o cuando concurren circunstancias que le restan imparcialidad en el ejercicio de sus competencias".

II.- La probidad en materia de contratación pública de suministro de bienes muebles y de prestación de servicios.

En materia de contratación pública de bienes y servicios el principio de probidad administrativa sólo aparece mencionado expresamente en el artículo 4º de la ley Nº 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos y de Prestación de Servicios (la ley), y en los artículos 4º, 5 bis y 104 bis del decreto Nº 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda (el reglamento).

También, se debe tener presente el artículo 6º bis del decreto Nº 250, que prevé que "Las autoridades y funcionarios, así como los contratados a honorarios en los casos en que excepcionalmente participen en procedimientos de contratación, de los organismos regidos por la

ley N° 19.886 y el presente Reglamento, deberán abstenerse de participar en los procedimientos de contratación regulados por dichos cuerpos normativos, cuando exista cualquier circunstancia que les reste imparcialidad, en los términos del artículo 62, N° 6, de la ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado”.

En ese contexto, es del caso consignar que tanto la ley N° 19.886 cómo el citado decreto consagran diversas disposiciones tendientes a resguardar el principio de probidad y el interés general que debe predominar en las contrataciones, reguladas por ellos.

En efecto, dichos cuerpos normativos contienen mecanismos que, si bien no buscan directamente resguardar el anotado principio, tienen como finalidad última obtener bienes y servicios de calidad, al mejor precio, con transparencia, colocando siempre, la satisfacción de la necesidad que se busca cubrir con el respectivo contrato por sobre los intereses de los funcionarios y de los proveedores.

Pues bien, dichas disposiciones son analizadas a continuación:

A.-Obligaciones previas a efectuar una contratación.

1.- Delimitar las funciones y ámbitos de competencia de los distintos funcionarios que participan en las diversas etapas de los procesos de compra.

Según lo ordena el artículo 12 bis del mencionado decreto N° 250, de 2004, las entidades deben promover medidas tendientes a delimitar las funciones y ámbitos de competencia de los distintos funcionarios que participan en las múltiples etapas de los procesos de compra, en cuanto a que la estimación del gasto; la elaboración de los requerimientos técnicos y administrativos de la compra; la evaluación y la adjudicación; y la administración del contrato y la gestión de los pagos, sean conducidos por funcionarios o equipos de trabajo distintos.

2.- Obtención y análisis de información acerca de las características de los bienes o servicios requeridos.

En las licitaciones en las que la evaluación de las ofertas revista gran complejidad y en aquellas superiores a 5.000 UTM, con anterioridad a la elaboración de las bases las entidades licitantes deberán obtener y analizar información acerca de las características de los bienes o servicios requeridos, de sus precios, de los costos asociados o de cualquier otra característica que requieran para la confección de las bases (artículo 13 ter del reglamento).

3.- Elaboración de un plan anual de compras y contrataciones y un manual de procedimiento de adquisiciones.

Los artículos 12 de la ley y 98 a 102 del reglamento contemplan la obligación de las entidades de elaborar y evaluar periódicamente un plan anual de compras y contrataciones. Por su parte, el

artículo 4º del reglamento les impone la obligación de elaborar un manual de procedimiento de adquisiciones, normas que guardan concordancia con la transparencia que debe existir en estos procesos.

4.- Estimación del monto de las contrataciones.

El artículo 11 del reglamento establece que cada entidad será responsable de estimar el posible monto de las contrataciones para los efectos de determinar el mecanismo de contratación que corresponde.

En este contexto, es necesario recordar que el inciso primero del artículo 9º de la ley N° 18.575 previene que los contratos administrativos se celebrarán previa propuesta pública, en conformidad a la ley, añadiendo su inciso tercero que la licitación privada procederá, en su caso, previa resolución fundada que así lo disponga, salvo que por la naturaleza de la negociación corresponda acudir al trato directo.

5.-No fragmentación de las contrataciones.

Relacionado con lo señalado en el número anterior, los artículos 7º, inciso final, de la ley y 13 del reglamento establecen que la Administración no podrá fragmentar sus contrataciones con el propósito de variar el procedimiento de contratación.

B.-Obligaciones relacionadas con la elaboración de las bases.

Prohibición de establecer diferencias arbitrarias

En este aspecto, se debe tener en cuenta que el artículo 4º, inciso primero, de la ley N° 19.886 dispone, en lo pertinente, que las condiciones establecidas en las bases de licitación no podrán establecer diferencias arbitrarias entre los proponentes.

A su vez, el artículo 20 del citado decreto N° 250, prevé, en lo que interesa, que las condiciones previstas en las bases no podrán afectar el trato igualitario que las entidades licitantes han de otorgar a todos los oferentes, ni establecer diferencias arbitrarias entre éstos, debiendo proporcionarles la máxima información, considerar tiempos oportunos para todas las etapas de la licitación y evitar hacer exigencias meramente formales.

Acorde con lo dispuesto en los referidos artículos 4º de la ley y 20 del reglamento, las condiciones que la Administración incluirá en los procesos licitatorios, han de respetar el trato igualitario a todos los oferentes, lo cual implica, entre otras cosas, que no se podrán establecer diferencias arbitrarias ni contemplar requerimientos o prohibiciones que no se encuentren orientados a la generalidad de los interesados, debiendo aquellas ser atinentes con las características de los servicios licitados (aplica dictamen N° 65.150, de 2015).

C.- Exigencias qué deben cumplir quienes, participen en los procesos convocados por las entidades públicas.

En este orden de ideas, es necesario tener presente que la ley y el reglamento establece diversos requisitos que deben cumplir quienes pretendan contratar con la Administración, correspondiendo a los funcionarios de los respectivos servicios velar por su cumplimiento. Estos requerimientos guardan armonía con las exigencias que según el artículo 53 de la ley N° 18.575 plantea el interés general.

1.- No estar condenados por prácticas antisindicales, infracción a los derechos fundamentales del trabajador o por delitos concúrsales.

Al respecto, se debe mencionar el inciso primero del artículo 4° de la ley que, en lo que importa, señala que quedarán excluidos para contratar con la Administración quienes dentro de los dos años anteriores, al momento de presentación de las ofertas, de la formulación de la propuesta o de la suscripción de la convención, según se trate de licitaciones públicas, privadas o contratación directa, hayan sido condenados por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador o por delitos concúrsales establecidos en el Código Penal.

2.- No estar condenado con la pena de prohibición de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado.

Los artículos 8° y 10 de la ley sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas, aprobada por el artículo primero de la ley N° 20.393, regulan la pena consistente en la prohibición de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado.

Respecto de los dos numerales anteriores se debe tener en cuenta que la circunstancia de que los oferentes o proveedores no se encuentren comprendidos en los supuestos de las inhabilidades antes mencionadas, configura un hecho negativo que no resulta factible de acreditar por medios fidedignos, por lo que se ha considerado suficiente exigirles, por parte del servicio adquirente, una declaración jurada de que no se encuentran afectos al mencionado impedimento, haciéndose, de este modo, responsables de la veracidad de tal manifestación (aplica criterio contenido en el dictamen N° 64.655, de 2012).

Lo anterior, es sin perjuicio de la verificación de la información que puede realizar la Administración, en ejercicio de sus facultades.

3.- Idoneidad técnica y financiera.

Las entidades deberán velar por que quienes contraten con la Administración acreditan su situación financiera e idoneidad técnica (artículos 4° de la ley y 29 y 66 del reglamento).

D - Obligaciones relacionadas con la evaluación de las ofertas.

1.-Restricción a los contactos durante la evaluación.

El artículo 39 del reglamento dispone que durante el periodo de evaluación, los oferentes sólo podrán mantener contacto con la entidad licitante para los efectos de la misma, tales como solicitud de aclaraciones, entrevistas, visitas a terreno, presentaciones, exposiciones, entrega de muestras o pruebas que ésta pudiese requerir durante la evaluación y que hubiesen sido previstas en las bases, quedando absolutamente prohibido cualquier otro tipo de contacto.

Si bien la ley N° 19.886 y su reglamentó prohíben, como regla general, la relación de los oferentes con la entidad que licita durante la tramitación del proceso concursal, esa regla admite excepciones, ya que el citado reglamento contempla esa relación en la etapa de aclaraciones, visitas a terreno, solicitud de pruebas "y cualquier otro contacto especificado en las bases", según precisan sus artículos 27 y 39 (dictamen N° 11.176, de 2009)

2.- Garantía de imparcialidad y competencia entre los oferentes.

El inciso quinto del artículo 37 del reglamento señala que en las licitaciones en las que la evaluación de las ofertas revista gran complejidad y en todas aquellas superiores a 1.000 UTM, las ofertas deberán ser evaluadas por una comisión de al menos tres funcionarios públicos, internos o externos al organismo, respectivo, de manera de garantizar la imparcialidad y competencia entre los oferentes. Excepcionalmente, y de manera fundada, podrán integrar esta comisión personas ajenas a la administración y siempre en un número inferior a los funcionarios públicos que la integran.

3.- Ausencia de conflictos de intereses de los integrantes de las comisiones evaluadoras.

El inciso cuarto del artículo 37 del reglamento señala que los miembros de la comisión evaluadora, si existiera, no podrán tener conflictos de intereses con los oferentes, de conformidad a la normativa vigente al momento de la evaluación.

Al efecto, la jurisprudencia administrativa ha señalado que los funcionarios públicos que integren las comisiones evaluadoras no pueden, tener conflictos de intereses, pues la evaluación de las propuestas debe realizarse de manera objetiva y transparente, respetando la igualdad de los oferentes y la estricta sujeción a las bases (aplica dictamen N° 305, de 2016).

4.- Obligación de los integrantes de las comisiones evaluadoras de registrar sus audiencias, viajes y donativos.

El N°7 del artículo 4° de la ley N° 20.730, que regula el lobby y las gestiones que representen intereses particulares ante las autoridades y funcionarios, señala que los integrantes de las comisiones evaluadoras formadas en el marco de la ley N° 19.886 son sujetos pasivos de aquel cuerpo legal, razón por la cual deben registrar sus audiencias, reuniones, viajes, donativos, en los términos del artículo 8° del mismo.

E.- Obligaciones relacionadas con la adjudicación

1.- Prohibición de adjudicar a oferentes que se encuentren inhabilitados para contratar Con las entidades.

Al efecto, se debe recordar que el inciso sexto del artículo 41 del decreto N° 250, aludido, previene que "No podrán adjudicarse ofertas de Oferentes que se encuentren inhabilitados para contratar con las Entidades".

2.- Necesidad de contar con autorizaciones presupuestarias.

El artículo 3° del reglamento previene que las entidades deberán contar con las autorizaciones presupuestarias que sean pertinentes, previamente a la resolución de adjudicación del contrato definitivo en conformidad a la ley de compras y al reglamento.

3.- Obligación de explicitar las razones técnicas y económicas que justifiquen aquellas situaciones en que el monto adjudicado supere en más de un 30% al monto estimado.

El inciso segundo del artículo 11 del reglamento establece que cuando el monto adjudicado supere en más de un 30% al monto estimado, las entidades deberán explicitar en el acto adjudicatorio las razones técnicas y económicas que justifiquen dicha diferencia.

F.- Obligaciones relacionadas con la suscripción del contrato.

1.- Prohibición de contratar con funcionarios directivos del mismo órgano o empresa, con sus parientes o empresas.

El inciso sexto del artículo 4° de la ley N° 19.886 dispone que "Ningún órgano de la Administración del Estado y de las empresas y corporaciones del Estado o en que éste tenga participación, podrá suscribir contratos administrativos de provisión de bienes o prestación de servicios con los funcionarios directivos del mismo órgano o empresa, ni con personas unidas a ellos por los vínculos de parentesco descritos en la letra b) del artículo 54 de la ley N° 18.575, ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, ni con sociedades de personas de las que aquéllos o éstas formen parte, ni con sociedades comanditas por acciones o anónimas cerradas en que aquéllos o éstas sean accionistas, ni con sociedades anónimas abiertas en que aquéllos o éstas sean dueños de acciones que representen el 10% o más del capital, ni con los gerentes, administradores, representantes o directores de cualquiera de las sociedades antedichas".

Luego, los órganos, de la Administración del Estado y de las empresas y corporaciones del Estado o en que este tenga participación, no pueden suscribir contratos administrativos de provisión de bienes o prestación de servicios con:

- a.- Los funcionarios directivos del mismo órgano o empresa.
- b.- Las personas unidas a esos funcionarios por los vínculos de parentesco descritos en la letra b) del artículo 54 de la ley N° 18.575, esto es, quienes tengan la calidad de cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive.
- c.- Las sociedades de personas de las que tales funcionarios o parientes formen parte.
- d.- Las sociedades comanditas por acciones o anónimas cerradas en que dichos funcionarios o parientes sean accionistas.
- e.- Las sociedades anónimas abiertas en que aquéllos o éstos sean dueños de acciones que representen el 10% o más del capital.
- f.- Los gerentes, administradores, representantes o directores de cualquiera de las sociedades antedichas.

Es necesario tener en cuenta que la prohibición en comento se refiere a los funcionarios que se encuentren en los supuestos normativos previamente mencionados sea respecto de la entidad licitante o de la repartición pública mandante (aplica dictámenes N°s, 20.207, 36.785 y 39.833, todos de 2017).

2.- Convenios marco

Siendo el convenio marco uno de los mecanismos con que cuentan los servicios públicos para contratar el suministro de bienes muebles y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones ya sea emitiendo directamente la orden de compra a un proveedor o comunicando una intención de compra, en el caso de las grandes compras, las entidades que hagan uso de él deberán exigir que el respectivo proveedor dé cumplimiento a todas las exigencias legales y reglamentarias pertinentes, dentro de las cuales se encuentra aquella relativa a no estar afectado por alguna de las inhabilidades a que alude el artículo 4º, inciso sexto, de la ley N° 19.886 (aplica dictamen N° 12.424, de 2017)

3.- Aplicación de la prohibición a entidades no regidas por las demás disposiciones de la ley N° 19.886.

La prohibición contenida en el precitado artículo 4º, inciso sexto, rige incluso respecto de órganos a los que no les resultan aplicables las restantes disposiciones de la ley N° 19.886 como ocurre con las empresas públicas, toda vez que esa disposición tiene como propósito fijar reglas de alcance general destinadas a cautelar que las autoridades y funcionarios que ejercen una función pública observen, en la celebración de los contratos de provisión de bienes y de prestación de servicios, el principio de probidad consagrado en el inciso primero del artículo 8º de la Constitución Política de la República (aplica dictamen N° 52.519, de 2013).

4.- Responsables de verificar que no se contrate con quienes se encuentren afectos a la prohibición.

La obligación, de verificar que no se configura la prohibición de contratar con las personas afectas a la inhabilidad en estudio corresponde en forma exclusiva a las entidades públicas sujetas a la ley N° 19.886, las que deben verificar la ocurrencia de tal circunstancia al momento de presentación de las ofertas tratándose de licitaciones públicas, de la formulación de las propuestas licitaciones privadas o de suscripción de la convención trato o contratación directa, a través de las declaraciones juradas de los oferentes, la consulta a los registros que sobre la materia tiene a su cargo la Dirección del Trabajo y de la información proporcionada por ej: Registro de Contratistas y Proveedores de competencia de la Dirección de Compras y Contratación Pública (aplica dictamen N° 64.655, de 2012).

5.- Sanciones por incurrir en la prohibición.

De conformidad con el inciso octavo del antedicho artículo 4° de la ley N° 19.886 los contratos celebrados con infracción a lo dispuesto en el inciso anterior referencia que debe entenderse, efectuada al inciso sexto serán nulos y los funcionarios que hayan participado en su celebración incurrirán en la contravención al principio de probidad administrativa descrito en el numeral 6 del inciso segundo del artículo 62 de la ley N° 18.575, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que les corresponda. La jurisprudencia administrativa, en sus dictámenes N°s. 67.837, de 2015 y 12.424, de 2017, ha puntualizado que el ordenamiento jurídico impide a los órganos de la Administración del Estado suscribir contratos administrativos de provisión de bienes o prestación de servicios, en el evento que se dé alguna de las situaciones que se enuncian en el mencionado inciso sexto, prohibición cuya inobservancia, genera las consecuencias que se indican en el referido inciso octavo.

6.- Excepciones a la prohibición.

En todo caso, la prohibición antes reseñada no es absoluta, ya que según previene el inciso noveno del artículo, recién citado, cuando circunstancias excepcionales lo hagan necesario, los órganos y empresas referidos en el inciso cuarto podrán celebrar dichos contratos, siempre que se ajusten a las condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado. La aprobación del contrato deberá hacerse por resolución fundada, que se comunicará al superior jerárquico del suscriptor, a la Contrataría General de la República y a la Cámara de Diputados. En el caso del Congreso Nacional la comunicación; se dirigirá a la Comisión de Ética del Senado o a la Comisión de Conducta de la Cámara de Diputados, según corresponda y en el caso del Poder Judicial, a su Comisión de Ética.

Al efecto, es dable, señalar que la Administración puede suscribir convenios con personas que se encuentren en la hipótesis del artículo 4°, inciso sexto, de la ley N° 19.886, sólo en casos excepcionales, en que el respectivo servicio o el tipo específico de prestación no fuere posible

ejecutar de otra manera, lo fuera en condiciones muy dificultosas o existiese otro motivo razonable (aplica criterio contenido en el dictamen N° 29.991, de 2012).

Al respecto, es preciso agregar que si bien el inciso final del artículo 4° de la ley N° 19.886 permite a los órganos del Estado –en las condiciones que allí se señala–, celebrar contratos con personas naturales o jurídicas que se encuentren inhabilitadas para ello, atendido el carácter excepcional de esa norma, su procedencia debe revisarse caso a caso, a fin de comprobar que efectivamente se ha dictado una resolución que exprese los fundamentos en virtud de los cuales se efectuó la contratación, y que dichos motivos se sustentan en. Antecedentes objetivos, y comprobables (aplica dictamen N° 31.840, de 2014).

G.- Obligaciones relacionadas con la gestión de contratos.

Las entidades deben establecer los criterios y mecanismos para la evaluación y gestión de los contratos que celebren y, en su caso, la aplicación de las medidas por incumplimiento, tales como término anticipado y multas (artículos 4°, 77 y 79 ter del reglamento). También, deben cumplir con la obligación de informar, a través del Sistema, los antecedentes referidos al comportamiento contractual de sus proveedores (artículo 96 bis del reglamento).

H.- Obligaciones relacionadas con el acceso ciudadano a la información administrativa, en conformidad a la ley.

En esta materia, la ley (artículos 18 al 21) regula el Sistema de Compras y Contrataciones de la Administración que es de acceso público y gratuito, y el reglamento (artículos 54 a 62) detalla pormenorizadamente dicho sistema y la información que debe contenerse en el mismo, la que debe remitirse por las entidades públicas.

2° PUBLIQUESE la presente Resolución Exenta, en el banner gobierno transparente de la página web del Instituto Nacional de Deportes de Chile.

3° DIFUNDASE el presente instructivo en todas las direcciones regionales del país, para conocimiento y aplicación de los funcionarios.



ANÓTESE, COMUNÍQUESE Y ARCHÍVESE

A handwritten signature in blue ink that reads "Sofia Rengifo Ottone".

**SOFIA RENGIFO OTTONE
DIRECTORA NACIONAL
INSTITUTO NACIONAL DE DEPORTES DE CHILE**

Distribución:

- Gabinete Dirección Nacional
- Divisiones IND.
- Direcciones Regionales
- Departamento Jurídico
- Unidad de Abastecimiento
- Oficina de Partes

CUP/ICL/LCC/BVF/KAA