

NAVARRETE MILLON, M. (2024).
FRAGMENTACIÓN EN COMPRAS
PÚBLICAS. DER EDICIONES
Algunas líneas sobre la contratación
pública en la actualidad

José Luis Lara Arroyo¹

La institución del contrato administrativo, a diferencia de las categorías tradicionales, nos vincula con la idea de colaboración. Es un instrumento virtuoso de interacción público-privada, donde el Estado, para satisfacer sus necesidades públicas con miras al bien común, cuenta con el rol coadyuvante del privado para ello.

La contratación pública es relativamente nueva entre nosotros, con un hito bien relevante en 2003 con la aprobación de la ley N° 19.886 y 20 años después con su mayor transformación: la ley N° 21.634 y su nuevo reglamento en tramitación ante la Contraloría General de la República. Ahora bien, no contamos con una ley general de contratación pública y la ley N° 19.886 tradicionalmente se ha centrado en la etapa precontractual, quedando la ejecución misma del contrato sujeta a la aplicación supletoria del derecho común, especialmente respecto de instituciones tales como la interpretación de los contratos, la nulidad del contrato, la terminación unilateral, la aplicación de multas, etcétera.

Esta tremenda herramienta de colaboración está permanentemente expuesta a la crisis de probidad que enfrentamos, por cuanto las cifras que se transan son cuantiosas, en un sistema cada vez más complejo —multiplicidad de entidades, proveedores, espacios desprovistos de control preventivo, etcétera—.

Es precisamente la «fragmentación» de procesos de licitación pública y de compras del Estado una de las formas más evidentes de evasión y elusión del control administrativo y que, precisamente, esta obra que presentamos a la comunidad jurídica, nos evidencia de manera clara, sobre la base de abundantísima jurisprudencia administrativa.

La aludida problemática no debería ser extraña en nuestro derecho, toda vez que se vincula intrínsecamente con malas prácticas, abuso de la norma o del derecho, respecto de los que tristemente, por lo demás, diversas entidades públicas incurren a fin de soslayar el control administrativo propio de la técnica

1 Es doctor en Derecho, profesor de Derecho Administrativo, del Magíster en Derecho y director del Diplomado en Contratación Administrativa en la Pontificia Universidad Católica de Chile; socio en el Estudio Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría (PPU).

licitatoria; el preventivo vía toma de razón de la Contraloría General de la República; del control del concejo, en el ámbito municipal; y de las unidades de auditoría administrativa, por citar solo algunos ejemplos.

La idea de «fragmentar» implica dividir, separar, reducir, cuestión que en sí no es reprochable, en tanto permita acometer de mejor manera algún proyecto o actividad. Sin embargo, es cuestionable cuando resulta artificial o forzada para soslayar umbrales de control por parte de la autoridad —verbigracia: en la toma de razón de la Contraloría General de la República/ingreso al sistema de evaluación de impacto ambiental/fragmentación de proyectos para determinar inicio de obras en materia urbanística, etcétera— y pasa a ser repudiable cuando origina un menoscabo económico para el patrimonio de la Administración del Estado. De ahí la relevancia de establecer hipótesis o presunciones de fragmentación con el propósito de identificar o alertar de manera temprana riesgos administrativos. Por ello, es importante escrutar los fines perseguidos con la fragmentación, especialmente, tratándose de la cuantía de la adquisición.

Es interesante además considerar que la fragmentación, en tanto tenga por finalidad eludir el control y causar un daño patrimonial al Estado, importa la comisión de infracciones administrativas por parte de la autoridad y de los funcionarios públicos involucrados, cuestión que puede ocasionar responsabilidad administrativa susceptible de ser perseguida a través del ejercicio de la potestad disciplinaria de la Administración activa, o del control preventivo o correctivo de la Contraloría General e incluso desembocar en responsabilidad penal.

Por otra parte y con motivo de la reciente reforma a la ley de compras —diciembre de 2023—, una fragmentación inducida por el privado a la autoridad afectaría seguramente la ejecución y eficacia misma del contrato administrativo, pudiendo ser perseguida a través de una acción de nulidad de derecho público o bien con la nulidad misma del contrato, bajo la novísima y próxima competencia del Tribunal de Contratación Pública.

Sobre la obra «Fragmentación de las compras públicas»

En cuanto a su presentación, se trata de una investigación equilibrada y adecuadamente escrita siguiendo los estándares propios de este tipo de trabajos, especialmente en el marco de un magíster en Derecho como el nuestro.

El autor precisa su hipótesis de investigación respecto de la fragmentación en un tipo particular de contratos administrativos, como lo son el suministro y la

prestación de servicios bajo la ley N° 19.886, lo que constituye en sí un mérito, dada la habitualidad de encontrarnos con hipótesis y objetivos amplísimos en esta clase de trabajos, circunstancia que conspira contra un adecuado aporte a la disciplina y especialmente a la práctica profesional.

Sustantivamente y como suele acontecer en este tipo de obras, el trabajo se compone de capítulos centrales y una conclusión. Se inaugura la investigación con un apartado perentorio denominado «La prohibición de fragmentar las compras y contrataciones en la legislación chilena», distinguiendo el estado del arte —desde la perspectiva temporal— con anterioridad a la ley N° 19.886 y con posterioridad a la misma. Luego, se añade la «Importancia de la prohibición de fragmentación», para así desembocar en el «Análisis de la norma», tanto en lo que respecta a los alcances de la disposición como de la identificación de los elementos para su adecuada configuración, distinguiéndose tanto el parámetro «objetivo», esto es, la variación de un procedimiento de compra, como el «subjetivo», es decir, el propósito de alterar el procedimiento de compra. Posteriormente y por la vía consecuencial se abordan los «Efectos de la vulneración de la prohibición de fragmentar una contratación con el propósito de variar el procedimiento de compra», diferenciando los efectos sobre los actos administrativos dictados en contravención a la norma de los efectos sobre el funcionario infractor. Enseguida, se incorpora un capítulo concerniente a la «Detección de situaciones de fragmentación», finalizando con un capítulo conclusivo, más la correspondiente referencia bibliográfica y un interesantísimo anexo que proporciona una muestra de informes de auditoría elaborados por la Contraloría General de la República.

Como se podrá apreciar, se trata de una investigación seria y bien desarrollada que da cumplimiento a los estándares previstos para este tipo de investigaciones y, además, sobre un tema contingente y de alto impacto profesional como lo es la fragmentación de contratos administrativos en la esfera de la ley de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, que de seguro contribuirá a evitar incurrir, por error, en este tipo de prácticas a los distintos operadores del sistema de compras públicas, constituyendo un aporte para avanzar en el fortalecimiento de la probidad y la integridad en la contratación pública chilena.