COORDINACIÓN DE LA EDICIÓN

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
Miguel Angel Sendin García
Jorge Elías Danós Ordoñez
Jorge Luis Cáceres Arce
Verónica Violeta Rojas Montes
Neil Amador Huamán Paredes

XII FORO IBEROAMERICANO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

CONTRATACIÓN PÚBLICA

DOCTRINA NACIONAL E INTERNACIONAL

- Volumen I -

Arequipa - 2013

adrus editores

CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN MUNICIPAL EN CHILE

Ramón Huidobro Salas

I. INTRODUCCIÓN

La escasa o nula atención doctrinal chilena, al derecho de los contratos de la administración municipal, ha orientado esta sistematización y visión general del área. Por ello, para los efectos del presente trabajo, cabe precisar que al referirnos a la actividad contractual de la administración municipal del Estado, comprendemos que ella se extiende a todas las manifestaciones bilaterales. En esta categoría encontramos los convenios interadministrativos, los contratos y los conciertos administrativos que son materia de la actividad administrativa de fomento.

En cuanto a los convenios interadministrativos, podemos señalar que en Chile existen aquellos que se celebran entre municipalidades y aquellos que se realizan con otros órganos de la Administración del Estado centralizada o descentralizada.

Por otra parte, los contratos de la Administración Municipal incluyen tanto a los contratos civiles de las municipalidades, como los contratos administrativos que ellas celebren. Entre estos últimos, los de concesión de bienes nacionales de uso público o municipales, incluido su subsuelo, los de concesión de establecimientos o bienes, los de concesión de servicios municipales y los de adquisición de bienes o servicios.

II. TIPOLOGÍAS CONTRACTUALES

1. Los convenios interadministrativos

El artículo 8º de la LOCM[1], establece las municipalidades para el cumplimiento de sus funciones, podrán celebrar convenios con otros órganos de la Administración del Estado, en las condiciones que señale la ley respectiva, sin alterar las atribuciones y funciones que corresponden a los municipios.

De esta norma podemos advertir, la competencia municipal para celebrar convenios interadministrativos con otros órganos de la Administración del Estado, para el cumplimiento de sus funciones. Estas funciones, que pueden ejercerse en forma conjunta con otros órganos, se encuentran en el artículo 4 de la LOM.

Dispone el citado artículo, que las municipalidades, en el ámbito de su territorio, podrán desarrollar, directamente o con otros órganos de la Administración del Estado, funciones relacionadas con:

a) La educación y la cultura.

b) La salud pública y la protección del medio ambiente.

c) La asistencia social y jurídica.

d) La capacitación, la promoción del empleo y el fomento productivo.

e) El turismo, el deporte y la recreación.

f) La urbanización y la vialidad urbana y rural.

g) La construcción de viviendas sociales e infraestructuras sanitarias.

h) El transporte y tránsito públicos.

i) La prevención de riesgos y la prestación de auxilio en situaciones de emergencia o catástrofes.

j) El apoyo y el fomento de medidas de prevención en materia de seguridad ciudadana y colaborar en su implementación, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 101 de la Constitución Política.

k) La promoción de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

1 Ley 18.695/1986, Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, en adelante LOCM.

l) El desarrollo de actividades de interés común en el ámbito local.

Existen también, otro tipo de convenios y que se celebran entre dos o más municipalidades: los convenios administrativos intermunicipales. Un ejemplo, lo encontramos en el artículo 18 de la LOCM que dispone que dos o más municipalidades, de aquéllas cuya población sea igual o inferior a cien mil habitantes, podrán, mediante convenio celebrado al efecto y cuyo eventual desahucio unilateral no producirá consecuencias sino hasta el subsiguiente año presupuestario, compartir entre sí una misma unidad municipal, excluidas la secretaría municipal, el administrador municipal y la unidad de control, con el objeto de lograr un mejor aprovechamiento de los recursos humanos disponibles.

Un segundo caso de convenios intermunicipales, lo encontramos en el artículo 44 de la LOCM, que señala que dos o más municipalidades podrán convenir que un mismo funcionario ejerza, simultáneamente, labores análogas en todas ellas. El referido convenio requerirá el acuerdo de los respectivos concejos y la conformidad del funcionario. El Estatuto Administrativo de los Funcionarios Municipales, ley 18.883/1989, regulará esta situación.

Otro ejemplo de convenio intermunicipal lo constituyen las asociaciones de municipalidades, cuya participación municipal debe aprobar el Concejo municipal, de conformidad al artículo 79 letra f) de la LOCM.

El artículo 137 de la LOCM, establece que dos o más municipalidades, pertenezcan o no a una misma provincia o región, podrán constituir asociaciones municipales para los efectos de facilitar la solución de problemas que les sean comunes o lograr el mejor aprovechamiento de los recursos disponibles.

Estas asociaciones gozarán de personalidad jurídica de derecho privado, según lo dispone el artículo 118 de la Constitución, y podrán tener por objeto:

a) La atención de servicios comunes.

b) La ejecución de obras de desarrollo local.

c) El fortalecimiento de los instrumentos de gestión.

d) La realización de programas vinculados a la protección del medio ambiente, al turismo, a la salud o a otros fines que les sean propios.

e) La capacitación y el perfeccionamiento del personal municipal, y

f) La coordinación con instituciones nacionales e internacionales, a fin de perfeccionar el régimen municipal.

El artículo 138 de la LOCM, dispone que los convenios que celebren las municipalidades para crear asociaciones municipales deberán consultar, entre otros aspectos, los siguientes:

a) La especificación de las obligaciones que asuman los respectivos asociados.

b) Los aportes financieros y demás recursos materiales que cada municipio proporcionará para dar cumplimiento a las tareas concertadas.

c) El personal que se dispondrá al efecto, y

d) El municipio que tendrá a su cargo la administración y dirección de los servicios que se presten u obras que se ejecuten.

Estos convenios deberán contar con el acuerdo de los respectivos concejos.

Finalmente, el artículo 139 de LOCM dispone que los fondos necesarios para el funcionamiento de las asociaciones, en la parte que corresponda al aporte municipal, se consignaran en los presupuestos municipales respectivos. Los municipios asociados no podrán afianzar ni garantizar los compromisos financieros que las asociaciones contraigan y éstos no darán lugar a ninguna acción de cobro contra aquéllos.

Respecto del personal mencionado en la letra c) del artículo 138 de la LOCM, no regirá la limitación de tiempo para las comisiones de servicio que sea necesario ordenar, cuando se trate de personal municipal. Ninguna asociación municipal, creada o que se cree en virtud de ésta u otras leyes, podrá contratar empréstitos, según lo prohíbe expresamente el artículo 140 de la LOCM.

2. Los contratos civiles de la administración municipal

Las municipalidades se encuentran facultadas para la celebración de contratos tanto civiles como administrativos. Entendemos por contratos civiles, todos aquellos que no sean administrativos, es decir que no tengan un régimen jurídico legal especial de derecho público, con las características y modalidades propias de este tipo de convenciones, según veremos más adelante. En consecuencia, contratos civiles son tanto los nominados o innominados que establece el Código Civil y los regulados en el Código de Comercio.

El artículo 8 de la LOCM, dispone que a fin de atender las necesidades de la comunidad local, las municipalidades podrán celebrar contratos que impliquen la ejecución de acciones determinadas. La celebración de los contratos se hará previa licitación pública, en el caso que el monto de los contratos o el valor de los bienes involucrados exceda de doscientas unidades tributarias mensuales.

Si el monto de los contratos o el valor de los bienes involucrados son inferiores a doscientas unidades tributarias mensuales, se podrá llamar a propuesta privada. Igual procedimiento se aplicará cuando, no obstante que el monto de los contratos o el valor de los bienes involucrados exceda de los montos indicados, concurran imprevistos urgentes u otras circunstancias debidamente calificadas por el concejo, en sesión especialmente convocada al efecto y con el voto favorable de la mayoría absoluta de los concejales en ejercicio. Eximiendo del trámite de licitación pública, por acuerdo del Concejo Municipal, de conformidad al artículo 65 letra l) de la LOCM.

En el caso que no se presentaren interesados o si el monto de los contratos no excediere de cien unidades tributarias mensuales, se podrá proceder mediante contratación directa.

Existen algunos contratos, que la propia LOCM ha requerido para su celebración acuerdo del concejo. El primero de estos casos se encuentra contenido en el artículo 65 letra e) de la LOCM que dispone tal requisito para adquirir, enajenar, gravar, arrendar por un plazo superior a cuatro años o traspasar a cualquier título, el dominio o mera tenencia de bienes inmuebles municipales o donar bienes muebles. Otros casos los encontramos en las letras h) del artículo 65 de la LOCM, respecto de la transacción judicial y extrajudicial, y en la letra i) del mismo artículo, respecto de la celebración de los convenios y contratos que involucren montos iguales o superiores al equivalente a 500 unidades tributarias mensuales, y que requerirán el acuerdo de la mayoría absoluta del concejo; no obstante, aquellos que comprometan al municipio por un plazo que exceda el período alcaldicio, requerirán el acuerdo de los dos tercios de dicho concejo.

Finalmente, cabe señalar que el alcalde informará al concejo sobre de las licitaciones públicas, de las propuestas privadas, de las contrataciones directas de servicios para el municipio y de las contrataciones de personal, en la primera sesión ordinaria que celebre el concejo con

posterioridad a dichas adjudicaciones o contrataciones, informando por escrito sobre las diferentes ofertas recibidas y su evaluación.

3. Los contratos administrativos municipales

La contratación administrativa general del Estado en Chile, contempla un tipo de contratos administrativos que se celebran en las municipalidades, para el cumplimiento del servicio público municipal.

Estos contratos regulados en la propia LOCM o por remisión expresa a otra ley, poseen en común características comunes y generales a todos los contratos administrativos y otras particulares derivadas de la administración local.

3.1. Concepto de contrato administrativo municipal

Entendemos por contrato administrativo municipal, como aquel celebrado entre una Municipalidad y un particular, sea persona natural o jurídica, y que se encuentra sometido a un régimen de regulación normativa de derecho público, contemplado en la propia LOCM o en una ley especial de contratación administrativa aplicable a las municipalidades, para la satisfacción de las necesidades públicas comunales.

Este concepto orgánico – formal, no excluye todas las características que poseen los contratos administrativos, a saber, cláusulas exorbitantes, poderes de la administración del contrato, ius variandi, etc.

3.2. Elementos

Desde la perspectiva del concepto expuesto, podemos distinguir tres elementos: subjetivo, objetivo y formal.

3.3. Elemento subjetivo

En este elemento encontramos a las partes que celebran el contrato, por una parte la Municipalidad y por otra el particular.

En cuanto a la municipalidad deberá contar con los requisitos legales de habilitación competencial para actuar. En efecto, sólo podrá celebrar aquellos contratos administrativos que la ley le faculta expresamente. En cuanto a aquellos que no tiene competencia expresa no podrá darles el carácter de contratos administrativos, sino aplicarlos de acuerdo a la normativa y régimen común de contratación.

En cuanto a la contraparte de la administración municipal, podemos indicar que será un contratista particular, que es la persona natural o jurídica que en virtud del contrato, contrate las obligaciones que de acuerdo a la naturaleza y objeto del mismo debe cumplir, respetando los procedimientos contemplados en el propio contrato o en las bases administrativas y técnicas. Este contratista debe tener los requisitos generales de capacidad de ejercicio del Derecho Civil, pero además, deberá cumplir con los requisitos particulares que establecen leyes que regulan el contrato y las bases administrativas de la licitación o los términos de referencia contractuales.

De este modo, el contratista deberá acreditar por ejemplo: capacidad técnica y económica disponible, estar inscrito en algún registro de contratistas, tener experiencia comprobada, entre otros requisitos.

3.4. Elemento objetivo

En este elemento podemos distinguir dos aspectos. El primero de ellos dice relación con el objeto jurídico del contrato y el segundo con su objeto material.

El objeto jurídico dice relación con el contenido jurídico normativo del contrato. Se refiere al régimen jurídico que regula la celebración, ejecución y terminación del contrato.

Aquí podemos distinguir, las leyes que lo regulan, las bases administrativas generales y especiales y las propias cláusulas del contrato.

Por otra parte su objeto material, dice relación con la necesidad pública concreta a satisfacer: adquirir bienes muebles o servicios, concesionar un bien nacional de uso público o municipal, concesionar un servicio público municipal como es el caso de recolectar los residuos sólidos domiciliarios de una comuna, entre otros.

3.5. Elemento formal

Dice relación con el procedimiento para la celebración del contrato administrativo y las formalidades que debe cumplir este para su vigencia.

El artículo 9 de la LOCBAE[2], dispone que los contratos administrativos se celebrarán previa propuesta pública, en conformidad a la ley. El

2 Ley 18.575/1986, de Bases Generales de la Administración del Estado, en adelante LOCBAE.

procedimiento concursal se regirá por los principios de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo y de igualdad ante las bases que rigen el contrato.

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.

Estas bases generales de procedimiento, se encuentran complementadas con lo dispuesto en el artículo 8 de la LOCM, que señala que para el cumplimiento de sus funciones y con la finalidad de atender las necesidades de la comunidad local, las municipalidades podrán celebrar contratos que impliquen la ejecución de acciones determinadas.

De igual modo, podrán otorgar concesiones para la prestación de determinados servicios municipales o para la administración de establecimientos o bienes específicos que posean o tengan a cualquier título.

La celebración de los contratos y el otorgamiento de las concesiones a que aluden los incisos precedentes se hará previa licitación pública, en el caso que el monto de los contratos o el valor de los bienes involucrados exceda de doscientas unidades tributarias mensuales o, tratándose de concesiones, si el total de los derechos o prestaciones que deba pagar el concesionario sea superior a cien unidades tributarias mensuales.

Si el monto de los contratos o el valor de los bienes involucrados o los derechos o prestaciones a pagarse por las concesiones son inferiores a los montos señalados en el inciso precedente, se podrá llamar a propuesta privada. Igual procedimiento se aplicará cuando, no obstante que el monto de los contratos o el valor de los bienes involucrados exceda de los montos indicados en dicho inciso, concurran imprevistos urgentes u otras circunstancias debidamente calificadas por el concejo, en sesión especialmente convocada al efecto y con el voto favorable de la mayoría absoluta de los concejales en ejercicio.

En el caso que no se presentaren interesados o si el monto de los contratos no excediere de cien unidades tributarias mensuales, se podrá proceder mediante contratación directa. En este último caso, la Contraloría General de la República ha entendido que no se aplica a las concesiones.

Las reglas y bases generales de los procedimientos descritos, deben entenderse complementadas con las disposiciones especiales contempladas en el artículo 66 de la LOCM, que dispone que la regulación de los procedimientos administrativos de contratación que realicen las municipalidades se ajustará a la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios y sus reglamentos.

Asimismo, el procedimiento administrativo de otorgamiento de concesiones para la prestación de servicios por las municipalidades se ajustará a las normas de la citada ley y sus reglamentos, salvo lo establecido en los incisos cuarto, quinto y sexto del artículo 8 de la LOCM, disposiciones que serán aplicables en todo caso.

Sin perjuicio de lo señalado en el inciso primero, tratándose de la suscripción de convenios marco, deberá estarse a lo establecido en el inciso tercero de la letra d), del artículo 30 de la LBCA.

A continuación describiremos cada una de las etapas y procedimientos de contratación.

a) Etapas previas y preparación del contrato

Para contratar cualquier tipo de servicio, bien u objeto deberá existir previamente autorización de fondos presupuestarios y disponerse de bases administrativas, especificaciones técnicas, planos y presupuesto estimativo u oficial ,con el visto bueno de la misma autoridad comunal que le corresponda celebrar o adjudicar el contrato.

b) Antecedentes para la contratación

- Bases administrativas: Son el conjunto de normas que regulan una licitación y el posterior contrato, a las que deberán ceñirse todas las partes interesadas. Asimismo se requieren especificaciones técnicas, presupuesto estimativo, presupuesto oficial.

c) Sistemas de selección del contratista

- Trato directo: Forma de contratar sin llamar a licitación, conviniéndose con un contratista los precios, plazo y normas que regirán el contrato.

- Licitación privada: Es un procedimiento de selección del cocontratante, por el que se ha solicitado por escrito a dos o más contratistas de la especialidad, en las condiciones que fijen las bases, que presenten ofertas para celebrar un contrato que comprenda la entrega, prestación o venta de un bien, servicio u objeto determinado.

- Licitación pública: Es el concurso mediante el cual se solicita a proponentes indeterminados que presenten ofertas o cotizaciones para la ejecución, adquisición o concesión de un bien o servicio municipal.

d) Etapas de la licitación

- Autorización: La licitación será autorizada por el Alcalde como máxima autoridad comunal, la cual requerirá previamente acuerdo del concejo para la aprobación de las bases en materia de concesiones municipales o sustitución del procedimiento de licitación pública a privada.

- Llamado: Se hará por la Municipalidad, siempre que exista una autorización de fondos y se disponga de Bases administrativas, especificaciones técnicas, presupuesto estimativo u oficial, es decir, todos aquellos elementos necesarios para la preparación del contrato. El llamado puede hacerse en el Diario Oficial, no existiendo impedimento de orden legal para publicar los llamados a propuestas en diarios particulares.

- Presentación de las ofertas o propuestas:Cada proponente deberá presentarla a la Municipalidad respectiva, con la anticipación que señalen las bases a la fecha de apertura, su oferta acompañada de la garantía de seriedad requerida y con los documentos anexos que señalen las bases. A manera ejemplar podemos señalar los siguientes: una nómina de la totalidad de los contratos en actual desarrollo, certificado que le acredite estar inscrito en un registro, una lista de elementos, maquinarias y equipos disponibles con que contará para ejecutar el contrato, una declaración que consigne haber estudiado los antecedentes, y por último, estar conforme con las condiciones generales de la licitación.

Las propuestas se presentan generalmente, en dos sobres cerrados caratulados "oferta" y "documentos anexos", en ambos se indicarán el nombre y la firma del proponente.

- Apertura de las ofertas: Se realizará ante los funcionarios autorizados el día, hora y en el o los lugares que se indique en el aviso correspondiente en presencia de los interesados que concurran; se procederá primeramente a abrir el sobre de los documentos anexos de todos los proponentes, verificando la inclusión de cada uno de los antecedentes exigidos. Luego se procederá a abrir el sobre "ofertas" de los proponentes que hayan cumplido con las exigencias del sobre "documentos anexos". Se levantará un acta de apertura que deberá contener los datos necesarios para la individualización de las ofertas, dejando constancia de las

observaciones o reclamos de los interesados y terminará con la firma de los funcionarios autorizados, por los proponentes o sus representantes, que deseen hacerlo.

- Adjudicación del contrato: La aceptación de las ofertas corresponderá al alcalde, pero esta adjudicación cuando se trate de concesiones requerirá acuerdo del Concejo Municipal. La propuesta será aceptada por decreto alcaldicio que deberá aprobar, además, las bases administrativas, especificaciones técnicas, planos generales y presupuestos; los cuales se entienden incorporados al contrato y rigen su ejecución.

De acuerdo a lo establecido en las bases, el Alcalde podrá desechar todas las propuestas o aceptar cualquiera de ellas, salvo que en las bases administrativas se establezca un sistema de adjudicación.

- Perfeccionamiento y formalidades del contrato: Todo contrato se perfecciona y regirá desde la fecha que establezca el decreto alcaldicio o desde la fecha que se aceptó la oferta o adjudicó el contrato. En cuanto a las formalidades, podemos señalar a modo ejemplar aquellas que requieren la reducción a escritura pública del decreto alcaldicio de adjudicación o del que aprueba el contrato. Otra forma es la firma de transcripciones, ellas deben ser suscritas ante notario por el contratista en señal de aceptación de su contenido, debiendo protocolizarse ante el mismo notario uno de los ejemplares; todo ello dentro del plazo que fijen las bases. Finalmente, podemos también mencionar que como formalidad se puede establecer aquella que es la redacción de un contrato que contenga las cláusulas necesarias para el resguardo de los intereses municipales, el podrá celebrarse por escritura pública o instrumento privado, según se establezca en las bases. Previo a la firma del contrato o de las formalidades que se establezca, deberá constituirse y entregarse una garantía de fiel cumplimiento del contrato, que puede ser una boleta bancaria o póliza de seguro a la orden de la Municipalidad respectiva por la cantidad equivalente al porcentaje que establezcan las bases, del valor del contrato, y cuyo plazo de vigencia será el plazo del contrato aumentado en los meses que se indiquen.

e) Poderes de la administración municipal en la ejecución del contrato

- Dirección y control: Esta competencia de la Municipalidad, dice relación con las atribuciones de este órgano para inspeccionar y fiscalizar la ejecución del contrato. Se materializa a través de la designación de un profesional funcionario, quien será responsable de velar directamente por

la correcta ejecución del contrato, prestación de servicio o concesión de un bien público y en general por el fiel cumplimiento de un contrato. El inspector para el desempeño de su cometido deberá contar con un libro denominado "Libro de inspección", el cual comenzará indicando la fecha de inicio de la ejecución del contrato y continuará señalando los hechos más importantes durante su vigencia, en especial el cumplimiento de las especificaciones técnicas y de las demás obligaciones contraídas por el contratista en las bases administrativas. El contratista deberá someterse a las órdenes del inspector fiscal, las que se impartirán siempre por escrito y conforme a los términos y condiciones del contrato, siendo el incumplimiento de ellas sancionado con multas.

El inspector municipal en el ejercicio de sus funciones contará además, entre otras, con las siguientes atribuciones: Exigir la separación de cualquier subcontratista o trabajador del contratista, por insubordinación, desorden, incapacidad u otro motivo grave que ha comprobado. Puede ordenar al contratista reparar o ejecutar nuevamente el servicio a costo del contratista o reemplazar los materiales que el inspector no acepte.

- Interpretación del contrato: Se deduce de las atribuciones generales que el reglamento confiere al inspector fiscal en las distintas etapas de ejecución del contrato, en cuanto puede impartir órdenes e instrucciones por escrito al contratista.

- Ius variandi: Este poder de la administración se refiere a la atribución de la autoridad municipal de modificar el la ejecución del contrato, ya sea aumentando, disminuyendo o modificando los servicios contratados, de acuerdo a lo establecido en las Bases Administrativas y el propio contrato.

- Terminación unilateral: La Municipalidad respectiva tiene derecho a poner término anticipadamente al contrato cuando no haya fondos disponibles o cuando así lo aconsejen sus necesidades del servicio o en el caso de las concesiones de bienes nacionales de uso público, cuando sobrevenga un menoscabo o detrimento grave al uso común o cuando concurran otras razones de interés público.

Asimismo, podrá poner término administrativamente y en forma anticipada a un contrato, según las competencias que le entregue la regulación legal respectiva, en los siguientes casos: Incumplimiento grave de las obligaciones impuestas al concesionario o contratista, y Mutuo acuerdo entre la municipalidad y el concesionario o contratista.

e) **Extinción del contrato**

Todo contrato administrativo se extingue o termina por su cumplimiento en los términos pactados, o por el vencimiento del plazo contratado.

En algunos contratos administrativos, como los contratos de obras, adquisición de bienes o servicios, la terminación del contrato pasa por dos fases o etapas, las cuales paso a indicar:

Recepción provisional: Una vez ejecutado el servicio o entregado el bien, el contratista solicitará, por escrito, a la municipalidad su recepción, quien deberá verificar el fiel cumplimiento de las especificaciones del contrato. Constatado lo anterior, deberá comunicarlo al contratista.

Si de la inspección, resulta que los trabajos no están correctamente terminados o ejecutados en conformidad a las especificaciones y reglas de la técnica, o se ha empleado materiales defectuosos o inadecuados, la Municipalidad no dará curso a la recepción provisional y elaborará un informe detallado al contratista, fijando un plazo para que ejecute, a su costa, los trabajos o reparaciones que determine. Una vez subsanados los defectos observados por la Municipalidad, ésta procederá a dar curso a la recepción definitiva.

Recepción definitiva: La recepción definitiva procederá una vez que se ha acreditado el fiel cumplimiento del contrato

3.6. Los contratos administrativos municipales tipo

a) Las concesiones municipales de bienes nacionales de uso público o municipales, incluido su subsuelo

El artículo 36 de la LOCM, establece que los bienes municipales o nacionales de uso público, incluido su subsuelo, que administre la municipalidad, podrán ser objeto de concesiones.

Las concesiones darán derecho al uso preferente del bien concedido en las condiciones que fije la municipalidad. Sin embargo, ésta podrá darles término en cualquier momento, cuando sobrevenga un menoscabo o detrimento grave al uso común o cuando concurran otras razones de interés público.

El concesionario tendrá derecho a indemnización en caso de término anticipado de la concesión, salvo que éste se haya producido por incumplimiento de las obligaciones de aquél.

Seguidamente, el artículo 37 de la LOCM, dispone que las concesiones para construir y explotar el subsuelo se otorgarán previa licitación pública y serán transferibles, asumiendo el adquirente todos los derechos y obligaciones que deriven del contrato de concesión.

La transferencia deberá ser aprobada por la municipalidad respectiva en los términos consignados en la letra j) del artículo 65 de la LOCM, dentro de los 30 días siguientes a la recepción de la solicitud. Transcurrido dicho plazo sin que la municipalidad se pronuncie, la transferencia se considerará aprobada, hecho que certificará el secretario municipal.

El adquirente deberá reunir todos los requisitos y condiciones exigidos al primer concesionario, circunstancia que será calificada por la municipalidad al examinar la aprobación.

La municipalidad sólo podrá rechazar la transferencia por no concurrir en el adquirente los citados requisitos y condiciones.

Las aguas, sustancias minerales, materiales u objetos que aparecieren como consecuencia de la ejecución de las obras, no se entenderán incluidos en la concesión, y su utilización por el concesionario se regirá por las normas que les sean aplicables.

En forma previa a la iniciación de las obras el concesionario deberá someter el proyecto al sistema de evaluación de impacto ambiental, regulado en la Ley Nº 19.300, sobre Bases del Medio Ambiente.

El concesionario podrá dar en garantía la concesión y sus bienes propios destinados a la explotación de ésta.

Los Conservadores de Bienes Raíces llevarán un registro especial en que se inscribirán y anotarán estas concesiones, sus transferencias y las garantías a que se refiere el inciso anterior.

La concesión sólo se extinguirá por las siguientes causales: cumplimiento del plazo por el que se otorgó, incumplimiento grave de las obligaciones impuestas al concesionario y mutuo acuerdo entre la municipalidad y el concesionario.

b) Los contratos administrativos para la adquisición de bienes muebles y servicios

El artículo 66 de la LOCM, señala que la regulación de los procedimientos administrativos de contratación que realicen las municipalidades se ajustará a la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro

y Prestación de Servicios y sus reglamentos. Sin perjuicio de lo señalado, tratándose de la suscripción de convenios marco, deberá estarse a lo establecido en el inciso tercero de la letra d), del artículo 30 de la LBCA[3]. Por ello, en cuanto al procedimiento para la celebración de este tipo de contratos, nos remitimos íntegramente a lo dispuesto en la Ley 19.886/2003, que anteriormente señalamos como LBCA[4].

No obstante la aplicación general de la LBCA, cabe hacer presente algunas interrogantes planteadas por su dictación, en relación a la autonomía normativa de las municipalidades y la vigencia de sus reglamentos de licitaciones y contrataciones.

Inicialmente la competencia para dictar reglamentos municipales en materia de contrataciones y licitaciones estaba contemplada expresamente en el artículo 66 de la LOCM. En el año 2003, el artículo 37 de la LBCA, sustituyó el artículo 66 de la LOCM, por el siguiente:

"Artículo 66.- La regulación de los procedimientos administrativos de contratación que realicen las municipalidades se ajustará a la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios y sus reglamentos.

Sin perjuicio de lo señalado en el inciso anterior, tratándose de la suscripción de convenios marco, deberá estarse a lo establecido en el inciso tercero de la letra d), del artículo 30 de dicha ley".

Seguidamente, el artículo 1º transitorio de la LBCA, dispuso que el Presidente de la República, dentro del plazo de un año contado desde la fecha de publicación de esta ley, mediante uno o más decretos expedidos a través del Ministerio de Hacienda, dictará la reglamentación que sea necesaria para la aplicación de la misma y que las municipalidades que tuvieren vigentes reglamentaciones sobre sus procesos de contratación de bienes y servicios, deberán ajustarlos a la normativa señalada anteriormente, a más tardar al día 1 de enero de 2004.

De la norma antes indicada, se desprende que las municipalidades mantienen vigentes sus reglamentos municipales de contratación

3 Ley 19.886/2003, Ley de bases de contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, en adelante LBCA.

4 En esta materia cabe señalar, que la Dirección de Compras y Contratación Pública, ha elaborado un manual de compras municipales, el cual se encuentra disponible en el sitio web www.chilecompra.cl.

y licitaciones. Manteniendo intactas las competencias para su dictación y modificación.

En efecto, esta vigencia queda de manifiesto en lo señalado por el artículo 56 de la LOM, que establece en su inciso 2° que el Alcalde, en su calidad de máxima autoridad comunal, deberá presentar oportunamente y en forma fundada, a la aprobación del concejo, las políticas y normas generales sobre licitaciones, adquisiciones y concesiones. Complementa esta disposición el artículo 21 letra e) de la LOCM, que señala que la Secretaría Comunal de Planificación desempeñará funciones de asesoría del alcalde y del concejo, en materias de estudios y evaluación, propias de las competencias de ambos órganos municipales y que en tal carácter, le corresponderá elaborar las bases generales y específicas, según corresponda, para los llamados a licitación, previo informe de la unidad competente, **de conformidad con los criterios e instrucciones establecidos en el reglamento municipal respectivo**.

Desde esa perspectiva, se presentan dos problemas: debemos entender vigentes aquellos reglamentos municipales que regulen esta materia sólo en cuanto estén ajustados a la LBCA o en cuanto se ajusten a los reglamentos de esa ley, según dispone el texto del artículo 1° transitorio de la LBCA.

En este último caso, no se estaría rompiendo la autonomía normativa municipal contemplada en la LOCM y por una ley común sin quórum orgánico constitucional. Lo anterior queda de manifiesto en la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de junio de 2003, en la cual se declara que sólo se ejerció el control de constitucionalidad respecto del artículo 37 inciso 2° del proyecto y no sobre el artículo 1° transitorio.

Una vez más, la técnica legislativa no respeta la autonomía constitucional de las municipalidades y se limita sus atribuciones autoreguladoras, en este caso particular en materias normativas de procedimientos de contratación y licitaciones. Ello como resultado y a propósito de la dictación de una nueva ley para el Estado central, que reemplaza a un antiguo organismo centralizador como la Dirección de Aprovisionamiento del Estado, que no vinculaba a las municipalidades.

c) Los contratos administrativos de concesiones de servicios municipales

Cabe señalar, que el inciso 2° del artículo 66 de la LOCM, señala actualmente que el procedimiento administrativo de otorgamiento de concesiones para la prestación de servicios por las municipalidades se

ajustará a las normas de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios y sus reglamentos, salvo lo establecido en los incisos cuarto, quinto y sexto del artículo 8° de la LOCM, disposiciones que serán aplicables en todo caso.

Esta disposición legal fue incluida por el artículo único de la Ley 20.335/2009, que Modifica el artículo 66 de la ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades.

En el Mensaje del Ejecutivo que inicia el proyecto de ley, se señala como fundamento de esta modificación que la "ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, denominada comúnmente "Ley de Compras Públicas", es aplicable a todos los contratos a título oneroso que celebre la Administración del Estado, incluyendo a los municipios, para el suministro de bienes y servicios que los órganos públicos requieran para el desarrollo de sus funciones"[5].

Se agrega en el mensaje que: "Dicha ley se funda en los principios de transparencia y publicidad, propendiendo, además, a la mejora en la calidad de los productos y servicios requeridos al aumentar la competitividad entre los proveedores.

Por su parte, en enero del año en curso, la ley N° 20.238 introdujo varias modificaciones a la citada ley N°19.886, con el Objeto de entregar una mayor protección, en materia laboral y previsional, a los trabajadores de los proveedores que contratan con la Administración del Estado, favoreciendo, además, la participación de aquellos proveedores que exhiban mejores condiciones de empleo y remuneración, al beneficiarlos con mayores puntajes en las evaluaciones de sus ofertas.

No obstante lo anterior, y conforme ha dictaminado la Contraloría General de la República sobre la materia, las concesiones que las municipalidades otorgan para la prestación de determinados servicios municipales, no se rigen por la ley N° 19.886, sino que por el artículo 8° de la ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades. Ellas –se señala- revisten una naturaleza distinta a la de las contrataciones reguladas por el primer cuerpo legal, ya que no constituyen propiamente un acuerdo de voluntades entre una municipalidad y un concesionario en un plano de igualdad, sino que tales concesiones importan el ejercicio de un acto de la autoridad, quien actúa en un plano de preeminencia respecto del

5 Historia de la Ley 20.355, Biblioteca del Congreso Nacional, p. 4. http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20355/HL20355.pdf .

particular, estableciendo las respectivas condiciones, y cuya regulación se somete a un régimen jurídico de derecho público.

En este entendido, las modificaciones que se proponen en el presente proyecto de ley, tienen por propósito hacer extensiva la aplicación de la ley N° 19.886/2003 a las concesiones de servicios de las municipalidades, a fin de, por una parte, transparentar el procedimiento de otorgamiento de dichas concesiones, y, por otra, dotar de mayor protección en materia laboral y previsional, a los trabajadores que presten su servicios a los contratistas concesionarios.

Por último, el presente proyecto de ley constituye un paso en el mejoramiento de las condiciones de los trabajadores que prestan sus servicios en las empresas concesionarias, dentro de las cuales se encuentran las pertenecientes al rubro de la extracción de residuos sólidos domiciliarios"[6].

Si bien comparto el fundamento de la modificación en cuanto a transparentar los procedimientos de contratación municipal y mejorar las garantías y derechos de los trabajadores que prestan servicios para las empresas concesionarias, no comparto la técnica utilizada por las siguientes razones:

- Nuevamente nos encontramos con un claro ejemplo de legislación particular y contingente, generada por una situación que no dudo que debe ser subsanada, pero satisfacer esta idea de legislar sin realizar un estudio pormenorizado y exhaustivo de cada una de las implicancias de la norma en el sistema o su coherencia interna con el ordenamiento jurídico, no parece lo más adecuado[7].

6 Idem, p. 5.

7 "Queda de manifiesto en la intervención del Ministro Secretario General de la Presidencia, Sr. Viera Gallo las razones contingentes de la idea de legislar en esta materia, al señalar textualmente: "Señor Presidente, en realidad, este proyecto surgió de un acuerdo entre los trabajadores que recogen la basura en los municipios y autoridades de Gobierno, principalmente debido a la precariedad en que ellos se encuentran frente a las distintas empresas que van sustituyéndose en la recolección de desechos. Con tal propósito, buscamos una fórmula en la que al menos parte importante de sus planteamientos pudiera ser satisfecha. Después de múltiples consultas, el Ejecutivo decidió que el mejor mecanismo para ello era el contenido en la presente iniciativa, que hace aplicable a las municipalidades, en este aspecto específico, la "Ley de Compras Públicas" -esto es, la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios-, dado que había un dictamen expreso de la Contraloría que las excluía. Lo anterior contó con el pleno acuerdo y entusiasmo de los recolectores de basura, quienes han progresado enormemente en lo que se refiere a su esforzada labor y han puesto sus esperanzas en la aprobación del proyecto, por lo que me alegro bastante de que la Comisión lo haya aprobado en forma unánime y confío en que la Sala adoptará idéntico parecer". Idem pp. 30 - 31.

III. CONCLUSIONES

Una de las primeras reflexiones que nos señala esta visión del panorama local, es que ley de bases de contratos de suministros y servicios, que hemos denominado LBCA, obedece a una estructura contractual general para adquirir bienes y servicios para el Estado y no fue elaborada para aquellos contratos de servicio público para prestarse a los particulares. Se ha constituido a través de sus normas un gran poder comprador, para generar mejores condiciones de contratación para el Estado y transparentar el sistema de compras, no fue dictada o diseñada como régimen jurídico aplicable a concesiones administrativas municipales[8].

Otro aspecto relevante, dice relación con las dificultades propias de la implementación del sistema de compras públicas a nivel municipal, atendidas las deficiencias de conectividad y servicio de internet, en las 345 comunas del país. Algunas con grandes niveles de aislamiento, no hacen posible que se constituya como herramienta electrónica en un instrumento útil, para todo el ámbito municipal.

En consecuencia, el sistema contractual municipal carente de una regulación sistémica, relegado a la remisión normativa permanente y sin una preocupación por los destinatarios normativos, ha cedido terreno a una centralización contractual digital extrema, a través de un sistema de compras públicas en plataforma electrónica, dejando muchas veces de lado los principios de eficiencia, eficacia y economía presupuestaria, sustrayéndose a las realidades comunales, geográficas y económicas.

En definitiva, las municipalidades perdieron una vez más autonomía administrativa y sin notarlo ni advertirlo les centralizaron las adquisiciones, que paradójicamente en los años sesenta habían quedado fuera de la antigua Dirección de Aprovisionamiento del Estado, por todas las razones ya enunciadas. No fue solamente un cambio de soporte sino un verdadero presente griego, del cual ya podemos advertir sus primeros efectos.

8 Las concesiones como contratos administrativos, son una forma de colaboración de los particulares con la administración. Mediante estos contratos los órganos del estado, incluidas las Municipalidades, externalizan la prestación de servicios públicos para que sean prestados por particulares, pero sin dejar la responsabilidad de la correcta prestación del mismo. Obedecen a una estructura y naturaleza distinta de una adquisición de bien o servicio, pues a través de ellos se presta un servicio público, que la ley entregó como deber a un órgano administrativo.