

INFORME DE DERECHO\*:

## PRESENTACIÓN DE UNA BOLETA DE GARANTÍA ERRÓNEA EN UN CONCURSO PÚBLICO

*Eduardo Soto Kloss*

Profesor de Derecho Administrativo  
P. Universidad Católica de Chile

*Ramiro A. Mendoza Zúñiga*

Profesor de Derecho Administrativo  
P. Universidad Católica de Chile

### INTRODUCCIÓN

Se nos ha solicitado informe acerca del cumplimiento de las bases de un concurso público, destinado a otorgar “*Concesiones de Servicio Público de Telefonía Móvil en las bandas 1.865-1.870 MHz., 1.885-1.895 MHz., 1.945-1.950 MHz. y 1.965-1.875 MHz.*”, según convocatoria dispuesta por la autoridad, conforme a lo prescrito en el artículo 13C de la Ley 18.168, y a su correspondiente reglamento, Decreto Supremo 412, de 1995, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, debido a que uno de los concursantes al no presentar la Boleta de Garantía de Seriedad de la Solicitud, según lo exigen las Bases en su Título VI,

\* Publicamos en esta sección, reemplazando el comentario usual, un Informe en Derecho presentado en esta causa por los autores.

*mala contra concretas ilegalidades y arbitrariedades que se denuncian contra un acto específico. Del mismo modo, la recurrida no puede ampararse en esta circunstancia cuando ella, como organismo administrativo, resuelve prontamente lo que luego pregona como de "lato conocimiento".*

*En el procedimiento concursal de los contratos administrativos, la respuesta a las consultas formuladas por los interesados, se satisface por medio de oficios circulares, más aún cuando se trata de aclaraciones que se hacen a las bases, donde el administrador asienta el tipo de boleta bancaria que era exigible a todos los proponentes al momento de la presentación de sus ofertas, de suerte tal que "la exigencia que las bases del concurso imponían a los oferentes en orden a presentar una boleta bancaria de garantía a la vista, no ha podido entenderse satisfecha, respecto de uno de ellos, mediante la entrega de una boleta bancaria que no cumplió con esa característica; por lo que la autoridad administrativa debe dar aplicación al principio de apego estricto a las bases puesto que si ello no es así se afectan los derechos de los demás participantes que sí satisfacen cabalmente los requisitos impuestos.*

*Un dictamen puede vulnerar los dos principios que de modo principal rigen la legalidad de los procesos licitatorios; estricta sujeción a las bases, cuando ordena la reincorporación de partícipes que no dan cumplimiento a exigencias de*

*las bases, e igualdad de los partícipes, cuando se privilegia a quien no cumplió con los requisitos en desmedro de otros.*

*La interpretación finalista de los concursos públicos no puede aceptarse, porque el control de los actos de la administración que se entrega a Contraloría es formal y, por ello, no puede ese órgano jerarquizar los fines de las normas y procedimientos sometidos a sus dictámenes. Esa es tarea del legislador y de la administración que gobierna. Si ello se admite, existiría una profunda incerteza jurídica, puesto que frente a cada parecer ese órgano podría relativizar el contenido de sus decisiones. Ello atenta con la actividad regulatoria donde estos procedimientos garantizan la transparencia y publicidad de las actividades administrativas con repercusiones económicas.*

*Un dictamen contralor puede ser ilegal cuando se contradice con anteriores opiniones del mismo órgano y que habían ingresado al ordenamiento jurídico.*

*Santiago, 27 de marzo de 2002\**

#### VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

1º) Que la empresa BellSouth Comunicaciones S.A. recurre de protección en contra del señor Contralor General de la República, don Arturo

habría incurrido en una trasgresión a dichas Bases y consecuentemente, no puede jurídicamente participar en la licitación en curso.

Desde una perspectiva preliminar, advertimos que el problema por el que se nos consulta atañe, en particular, a la obligación que tiene todo postulante a un concurso público o licitación, de cumplir estrictamente con las bases concursales establecidas por la Administración, en este caso la Subsecretaría de Telecomunicaciones. En seguida, es necesario dar cuenta que la verdadera circunstancia a la que se debe atender, es la observancia del principio de igualdad, concretado principalmente en la contratación pública, entendiéndose esta en un sentido amplio, comprensivo también de aquellas figuras por las que el Estado concurre a seleccionar a terceros, a los que debe el mismo trato objetivo, abstracto e impersonal que presupone una actuación igualitaria.

Del análisis que se sigue a continuación, es dable concluir que en materia de contratación administrativa y, por ende, de propuesta pública en general, *el principio de sujeción estricta a las bases constituye un mecanismo jurídico-público a través del cual se garantiza y concreta el principio de igualdad de los participantes, por lo que su transgresión afecta, como veremos, el fundamento mismo de los procedimientos de licitación o concurso público, que consiste en obtener la mayor eficiencia operativa en el empleo de recursos escasos al elegir la mejor oferta.*

#### I. ANTECEDENTES

Mediante Resolución Exenta N° 308, de 9 de marzo de 2000 y publicada en el Diario Oficial de 13 de marzo del mismo año, modificada por Resolución Exenta N° 81, de 24 de enero de 2001 y publicada en el Diario Oficial de 27 de enero del mismo año, se estableció una nueva norma técnica necesaria para el otorgamiento de nuevas concesiones o permisos de

\* Sentencia confirmada por la Corte Suprema (3 de junio de 2002).

Aylwin Azócar, por los actos arbitrarios e ilegales en que incurrió al emitir el Dictamen N° 38.144, de 16 de octubre de 2001, concluyendo que la empresa Smartcom S.A. debía continuar dentro del concurso público para el Otorgamiento de Concesiones de Servicio Público de Telefonía Móvil.

Señala que la Subsecretaría de Telecomunicaciones, a cargo del concurso, excluyó a Smartcom S.A. por haber infringido las bases que le regían, al no cumplir sus boletas de garantía de seriedad de la oferta con las exigencias contenidas en tales bases. Para ello, dicha Subsecretaría dictó el ORD. CIRCULAR N° 1357, de 6 de agosto de 2001, por el que formuló reparos a las solicitudes de Smartcom S.A., y, luego de recibir los descargos, el ORD. CIRCULAR N° 1510, de 6 de septiembre de 2001, resolviendo que el reparo consistente en que "la boleta de garantía de seriedad de la solicitud, incluida en el sobre S1, no es pagadera a la vista", no fue desvirtuado, por lo que excluyó a Smartcom S.A. del concurso en referencia.

La empresa Smartcom S.A. reclamó ante el señor Contralor General de la República, solicitándole que dejara sin efecto la decisión de la Subtel. Dicho reclamo fue acogido por el ente contralor, apartándose de toda su anterior jurisprudencia sobre esta materia y obviando la práctica habitual; para ello, emitió el Dictamen N° 38144, que motiva el recurso, el cual dejó sin

efecto el ORD. CIRCULAR N° 1357 y el ORD. CIRCULAR N° 1510, reinsertando a Smartcom dentro del concurso.

2º) Que el recurrente estima que lo actuado por el Contralor sería ilegal y arbitrario, pues las bases exigían acompañar, como garantía de seriedad de cada postulación, boletas bancarias de garantía pagaderas a la vista, lo que consta del artículo 16 de las bases del concurso y de las respuestas a las consultas números 23 y 86, las que se consideraban parte integrante de las bases; mientras que Smartcom S.A. no cumplió con la exigencia de las bases, desde que las boletas de garantía acompañadas a su solicitud no eran pagaderas a la vista sino que a plazo, razón por la cual lo decidido por la Subsecretaría de Telecomunicaciones al excluir a esa empresa del concurso se habría ajustado a derecho.

El dictamen del señor Contralor es ilegal, pues vulnera el artículo 7º de la Constitución Política de la República, las normas que rigen la actividad económica de Bellsouth Comunicaciones S.A., y el artículo octavo de la Ley 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado; y arbitrario, porque no respeta la legislación que regula la telefonía móvil, ejerciendo el señor Contralor indebidamente una potestad invalidatoria, contrariando toda su jurisprudencia.

---

servicio público telefónico móvil, lo que dio lugar al respectivo concurso público, cuyo único objeto es asignar las frecuencias disponibles<sup>1</sup>. De esta manera, en atención a la multiplicidad de interesados, se establecieron cuatro frecuencias adicionales para el servicio público telefónico, las que en consideración a las normas señaladas, como se dijo, solo podrían ser adjudicadas a través de un concurso o licitación pública.

Para ello, y en el cumplimiento cabal de la regulación vigente, el órgano competente, esto es, la Subsecretaría de Telecomunicaciones, procedió a dar inicio al denominado "*Concurso Público para otorgar Concesiones de Servicio Público de Telefonía Móvil en las Bandas de Frecuencias 1.865-1.870 MHz., 1.885-1.895 MHz., 1.945-1.950 MHz. y 1.965-1.975 MHz.*"

Una vez cumplidas las formalidades previas, ordenadas en el procedimiento aplicable al concurso público referido, de conformidad a las Bases o Pliegos de Condiciones propuestas, con fecha 29 de junio de 2001, tuvo lugar el "Acto de Recepción de las Solicitudes de los Postulantes y Apertura de los Sobres S1, S2 y S3", exigidos en los referidos textos legales y normativos citados. En el acto, y de conformidad a los artículos 26 y 27 de las Bases del Concurso, se presentaron las solicitudes de cuatro interesados.

En esa oportunidad se levantó la correspondiente "Acta de Recepción de los Sobres S1, S2 y S3, y Apertura del Sobre S1", tal como lo prescribían las Bases en su artículo 26 mencionado. La Comisión Técnica, designada por Resolución Exenta N° 855, de 28 de junio de 2001, de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, revisó todas y cada una de las carpetas

<sup>1</sup> Todo ello de acuerdo al artículo 13C de la Ley 18.168. General de Telecomunicaciones y su respectiva regulación, en Decreto Supremo N° 412, Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, de 1995, que dispone "El Ministerio, además, deberá llamar a concurso para otorgar concesiones o permisos para servicios de telecomunicaciones en caso que exista una norma técnica, publicada en el Diario Oficial, que solo permita otorgar un número limitado de concesiones o permisos".

Se infringe el artículo 7° de la Carta Fundamental por cuanto, correspondiéndole al Contralor la interpretación administrativa del derecho aplicable a la administración, no puede, mediante esa interpretación, alterar las normas legales y reglamentarias que regulan su actuación, ni menos violarlas, como en la especie; lo que habría ocurrido, pues el señor Contralor alteró las normas legales y reglamentarias que regulan el acceso a la actividad de la telefonía móvil, por cuanto habría modificado el procedimiento licitatorio concursal, como consecuencia de lo cual se incorpora al postulante –Smartcom S.A.– que no cumpla con los requisitos del mismo.

También se habría infringido la Ley General de Telecomunicaciones –artículos 2°, 6°, 8° y 13C– y el Decreto Supremo N° 412 de 1995, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, porque reincorporan a Smartcom S.A. al concurso público, por la vía que lo hace el recurrido, importaría transgredir las reglas y procedimientos que dichas normas legales y reglamentarias establecen para otorgar las concesiones licitadas a través del concurso.

Dicho dictamen sería además ilegal, por cuanto infringiría el artículo 8° de la Ley de Bases, según el cual “los procedimientos administrativos deben ser ágiles y expeditos, sin más formalidades que las que establezcan las leyes y reglamen-

tos”, pues habría impuesto una nueva solemnidad, consistente en exigir una Resolución Exenta para incorporar a las bases las respuestas a las consultas, la que no es exigida por la ley ni el reglamento ni las bases del concurso.

3°) Que en cuanto a la arbitrariedad, considera que ella está presente en el dictamen del señor Contralor al reincorporar al concurso público al postulante que no cumplió las exigencias que reglaban el proceso, pues ha prescindido de las normas que regulan la actividad económica de la telefonía móvil. En tal sentido, argumenta que resulta inaceptable que las bases administrativas y/o sus aclaraciones se interpreten caprichosamente en función de los intereses de uno de los postulantes del concurso, con el solo objeto de favorecerlo y/o privilegiarlo; especialmente si se tiene en consideración que el postulante indebidamente favorecido conocía cabalmente la exigencia omitida –que las boletas de garantía de seriedad de su postulación fueran pagaderas a la vista–.

Por otra parte, también sería arbitrario el dictamen cuestionado, al haber vulnerado toda la anterior jurisprudencia de la Contraloría General de la República; ya que de conformidad a ella, los principios rectores que rigen los concursos de esta naturaleza son los de sujeción estricta a

---

que integraban los Sobres S1, presentados por los postulantes, dejándose constancia que “la recepción y anotaciones de la Comisión en las respectivas solicitudes de los postulantes, eran sin perjuicio de la correspondiente evaluación del cumplimiento de los requisitos formales y técnicos de carácter legal y reglamentario, que compete efectuar a la Subsecretaría de Telecomunicaciones, de conformidad a lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 412, de 1995, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones”<sup>2</sup>.

De esta manera, el acta referida consignó ciertas observaciones relativas a las Boletas de Garantía de Seriedad de la Solicitud, presentadas por uno de los postulantes, las que fueron reprochadas en ese mismo acto por los coparticipantes, al menos en lo que decía relación con dos precisas exigencias previstas por el artículo 16 de las Bases del Concurso, a saber, ser extendidas a la orden y a la vista. En efecto, las Boletas presentadas por la empresa aludida, habían sido tomadas para ser pagaderas a 30 días después de aviso, y además extendidas a favor de la Subsecretaría, lo que se revelaba por la leyenda “no endosable” que contenían. Este incumplimiento flagrante de las Bases, en el concepto de los representantes de las compañías diligentes, se encontraba claramente sancionado por el artículo 15 del referido documento, con la *exclusión del concurso del postulante infractor*.

Más evidente se demostraba la falta expuesta, si se considera el hecho de que en el Oficio Circular N° 940, de 2 de abril de 2001, de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, que contenía el “Informe de Respuestas a las Consultas de las Bases del Concurso Público para

<sup>2</sup> A este respecto el artículo 6° inciso 1° del Decreto Supremo 412, Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, de 1995, dispone: “La Subsecretaría, dentro de los 30 días siguientes a la expiración del plazo fijado para la recepción de las solicitudes, deberá emitir un informe respecto de cada solicitud, considerando el cumplimiento de los requisitos formales y técnicos, el que será notificado a la respectiva postulante”. El inciso final, por su parte señala “Todo informe técnico de la Subsecretaría tendrá el valor de prueba pericial”.

las bases y el de igualdad de los participantes. Al efecto cita diversos dictámenes que confirman este criterio, siendo uno de los últimos el N° 017185/00 que establece que "... son las bases administrativas, las aclaraciones, las especificaciones técnicas, etc., las que establecen los requisitos de fondo y forma que deben reunir todos los proponentes. En estas condiciones admitir que un licitante no cumpla con la exigencia de la presentación de un documento expresamente solicitado, en circunstancias que los demás postulantes lo han hecho, constituiría una infracción al principio mencionado y una discriminación arbitraria que permitiría la intromisión de elementos subjetivos en la adjudicación de las propuestas". Los referidos principios, según el recurso, habrían sido vulnerados por el dictamen de que se trata, pues las bases del concurso, dentro de las cuales se incluían las respuestas a las consultas, que tenían por objeto precisarlas, imponían expresamente la exigencia de acompañar a las respectivas solicitudes boletas de garantía de seriedad de las postulaciones que fueran pagaderas a la vista, no obstante lo cual reinsertó a Smartcom S.A. dentro del concurso, sin que cumpliera esta con dicho requisito.

4°) Que Bellsouth Comunicaciones S.A. sostiene en su recurso que las antedichas ilegalidades y arbitrariedades contravienen abiertamente

las garantías o derechos constitucionales establecidos en los numerales 2 inciso 2°, 21 y 22 del artículo 19 de la Carta Fundamental.

Así, estima que permitir que un participante en un concurso público, que manifiestamente incumple con las exigencias del mismo, como lo ha hecho Smartcom S.A. al no acompañar boletas de garantía que sean pagaderas a la vista, pueda seguir participando en tal proceso de selección, infringe el inciso 2° del número 2 del artículo 19, por cuanto se deja de aplicar las bases a tal concursante, en circunstancias que es imperativo aplicarlas en forma igualitaria a todos los postulantes. Quedaría roto el principio de igualdad que debe imperar en estos procesos, estableciéndose diferencias arbitrarias que privilegian indebidamente a uno de los concursantes en desmedro de los otros.

Se vulneraría el derecho constitucional establecido en el N° 21 del artículo 19 de la Constitución Política, porque al mantenerse indebidamente a Smartcom S.A. dentro del concurso público, se obstaculizaría la legítima posibilidad del recurrente en orden a ampliar la cobertura de su actividad económica concreta. En este sentido, según la recurrente, al haber alterado el recurrido las normas que regulan el acceso a la actividad económica de la telefonía móvil, permitiendo que participe en el concurso quien no dio cumplimen-

---

otorgar Concesiones de Servicio Público de Telefonía Móvil en las Bandas de Frecuencias 1.865-1.870 MHz., 1.885-1.895 MHz., 1.945-1.950 MHz. y 1.965-1.975 MHz.", explícitamente se consignó y aclaró al evacuarse la Consulta número 23, que decía relación con los requisitos impuestos por el artículo 16, que la Boleta de Garantía de Seriedad de la Solicitud "*deberá ser pagadera a la vista*". Además, es necesario recalcar que este pronunciamiento es parte integrante de las Bases del concurso por aplicación expresa de su artículo 25<sup>3</sup>, por lo que su importancia dentro de la normativa que rige este concurso es asimilable a las mismas Bases, Reglamento y Ley, que la regulan de manera directa.

Atendidas estas circunstancias es evidente, en principio, la procedencia de la devolución de la Boleta presentada por quien incumplió las bases, de conformidad con el artículo 18 de las mismas, una vez que se declare por la autoridad competente el referido incumplimiento. En efecto, la existencia de esta irregularidad es del conocimiento público de los participantes y de los órganos de la Administración involucrados, mas se requiere de una declaración de la autoridad competente, esto es, de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, que consigne y declare formalmente el incumplimiento impidiendo el íter concursal del postulante afectado.

Consecuente con lo expuesto, el Ordinario Circular N° 1357/C, de fecha 6 de agosto de 2001, del Subsecretario de Telecomunicaciones, dio cumplimiento al artículo 6° del Decreto Supremo N° 412, de 1995 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, el que exige que se informe de los reparos efectuados, una vez analizado el cumplimiento de los requisitos formales y técnicos de las solicitudes. En este documento se declaró que en relación al Bloque 1, 2 y 3, la postulación de una de las empresas, *no se ajustó a las bases* en dos

<sup>3</sup> El artículo 25 de las Bases, parte final, prescribe en este sentido que en las consultas que efectúen los interesados "*Las correspondientes respuestas se considerarán parte integrante de las bases*", situación que, por lo demás, es común en procedimientos concursales públicos de esta especie.

to a las bases que lo regían, se habría obstaculizado indebidamente el desarrollo de su actividad económica.

Por último, se considera infringida la garantía del N° 22 del artículo 19 ya citado, desde que discrimina arbitrariamente a favor de Smartcom S.A., reinsertándolo dentro del concurso público en circunstancias que no cumplió con las exigencias estatuidas en las bases que lo regían; además, señala Bellsouth Comunicaciones, no solo privilegia indebidamente a Smartcom S.A. sino que discrimina abiertamente respecto de quienes sí cumplieron con las exigencias de las bases, e incluso respecto de quienes no participaron en el concurso, al no poder satisfacer tales requisitos.

5°) Que, en lo petitorio, solicita el recurrente tener por interpuesto el recurso de protección y, previa tramitación correspondiente, se le acoja en todas sus partes, con costas, dictando las providencias para el restablecimiento de sus derechos y en particular:

- a) Que se deje sin efecto el Dictamen N° 38.144 de fecha 16 de octubre de pasado.
- b) Que se comunique lo resuelto en el recurso al señor Subsecretario de Telecomunicaciones a efectos de que siga adelante con el procedimiento de concurso público que se indica en

el recurso, sin considerar el referido dictamen, de acuerdo a las Bases del mismo.

6°) Que a fs. 31 se hizo parte del recurso la empresa Smartcom S.A., que ha postulado su rechazo, y a fs. 196, la empresa Telefónica Móvil de Chile S.A., que ha adherido a los planteamientos de la recurrente; siendo ambas tenidas como partes.

7°) Que, a fs. 202, informó el recurrido, a través del señor Contralor General de la República subrogante don Jorge Reyes Riveros, quien sostiene, en primer lugar, que la acción cautelar impuesta, que está destinada a solucionar situaciones de emergencia, sería improcedente en este caso, por incidir en aspectos que no cabe dilucidar por la vía del recurso de protección sino que más bien por medio de un juicio de lato conocimiento —de tipo declarativo—, por tratarse de un asunto complejo.

En cuanto al fondo, solicita el rechazo del recurso y, por lo que se refiere a los fundamentos de su actuar, explica que efectivamente la Subsecretaría de Telecomunicaciones excluyó a Smartcom S.A. del concurso público de que se trata, por no cumplimiento de la exigencia consignada en el artículo 16 de las bases del concurso y en las respuestas a las consultas formuladas dentro de tal proceso, consistente en la obligación de presentar

aspectos, uno de los cuales se refiere a la Boleta de Garantía de Seriedad de la Solicitud, incluida en el sobre S1, la que se advierte “no es pagadera a la vista, conforme lo exigen las respuestas a las consultas N° 23 y 86, contenido en el oficio circular N° 940, de 2 de abril de 2001, emitido en conformidad a lo dispuesto en el artículo 25 de las Bases del concurso público para otorgar concesiones de servicio público de telefonía móvil en la bandas...”.

En seguida, de lo que se observa, la solicitud de postulación al concurso efectuada por esta empresa cuya boleta se reprocha, ha incurrido en un vicio que la pone en situación de *irregularidad* al concretarse la presentación de una Boleta de Garantía de Seriedad pagadera a treinta días, en circunstancias que las Bases exigían una boleta de garantía a la vista. Esta exigencia incumplida, formulada explícitamente por el artículo 16 de las Bases, impone como sanción, la exclusión del concursante incumplidor (art. 15, del mismo ordenamiento) lo que el órgano competente no puede obviar, ya que, en último término, de ser aceptada esta irregular presentación se afectaría directamente la participación igualitaria de los concursantes en el procedimiento de propuesta pública que se trata, imponiendo para cualquier beneficiario el reproche posterior que cualquiera pueda formular bajo las reglas de nulidad de derecho público. Es inconcuso, entonces, que la Administración ha de velar por el cumplimiento estricto de la juridicidad de los actos que se realice en un procedimiento concursal, como el de la especie, a efectos de no verse expuesta ella nunca, a las reparaciones patrimoniales (daños) que su omisión pueda en el futuro ocasionar.

## II. CONSIDERACIONES

1. El llamado servicio público telefónico se encuentra dotado de una serie de particularidades que lo distinguen de las demás actividades económicas que el Estado debe regular. Es así como respecto de ella no se predica la *publicatio*, institución por la que la Administración

boletas de garantía pagaderas a la vista; y que a través del dictamen N° 38.144 la Contraloría concluyó que esa exclusión no se habría ajustado a derecho, por lo que la Administración debía considerar válida la oferta de dicha empresa.

Para razonar de la manera dicha la Contraloría tuvo en consideración los siguientes argumentos:

- a) La causal de exclusión de Smartcom S.A. del concurso, esto es, no acompañar boletas a la vista para garantizar la seriedad de la oferta, no se aviene con la realidad de los hechos, pues dicha empresa presentó un certificado elaborado por el banco emisor –Banco de Santiago– que consigna que fueron emitidas en un formato tipo de la institución, que expresa que tales boletas “... son pagaderas a 30 días de aviso”, sin perjuicio de lo cual el mismo banco certifica que son pagaderas a la vista; lo que se reafirmaría en certificados posteriores, del mismo Banco de Santiago en que renunció al plazo de 30 días para el pago de las boletas presentadas por Smartcom S.A. En consecuencia, concluye que la caución presentada por Smartcom S.A. fue válida, pues se trató en definitiva de boletas de garantía pagaderas a la vista.
- b) El artículo 16 de las bases del concurso no exige que las boletas de seriedad de las ofer-

tas deban ser pagaderas a la vista. Tal exigencia solo fue incorporada como precisión o aclaración a las bases, producto de la respuesta dada a la consulta N° 23 formulada dentro del proceso, mediante el oficio circular de la Subsecretaría de Telecomunicaciones N° 940 de 2001, en circunstancias que lo que correspondía hacer era incorporar dicha aclaración mediante Resolución Exenta emitida por la autoridad, pues el referido oficio circular no era el mecanismo idóneo para ello; por lo cual no correspondería excluir a Smartcom del concurso por no haber cumplido una exigencia no incorporada a las bases.

- c) La decisión de la Subtel de excluir a Smartcom S.A. del concurso público, por la causal referida a las boletas de garantía, se apartó de la finalidad del procedimiento de licitación, que es “la selección del mejor proponente entre el mayor número de ofertas”. El dictamen que se impugna, por el contrario, habría privilegiado un criterio finalista por sobre los simples formalismos.
- d) El pronunciamiento no puede calificarse de arbitrario, pues se emitió de conformidad a las disposiciones de su Ley Orgánica y luego de su exhaustivo análisis de la materia.
- e) La consecución del principio de razonabilidad que forma parte del orden público económico,

---

(Estado) detentaría en forma exclusiva el desarrollo de la actividad y que por tanto, solo podría ser ejercida por los particulares, mediante el acto concesional que corone una pertinente licitación pública. Aquí el Estado no está otorgando o concediendo el derecho a prestar dicho servicio por cuenta de él.

Si se revisa la Ley 18.168, General de Telecomunicaciones, resulta evidente que este servicio, en general, no es concedido por un procedimiento concursal o licitatorio, sino que por el contrario, es fruto de una *solicitud específica del interesado*, presentada al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, Subsecretaría de Telecomunicaciones, y que sigue su tramitación de conformidad a lo que expresamente dispone al efecto la ley. Este carácter no se ve afectado aun cuando se ponga término a este procedimiento por un acto administrativo, llamado inadecuadamente en la ley, “concesión”, pues la verdad es que no existe tal, sino que se configura un acto terminal de “autorización”, por el cual la Administración reconoce la existencia de un derecho preexistente en el particular, a desarrollar una actividad económica lícita, reconocido por el Artículo 19 N° 21 de la Constitución de 1980<sup>4</sup>.

2. Esta naturaleza jurídica, sin embargo y como advertíamos, no impide la posibilidad de aplicar legalmente en estos casos las reglas y principios propios de la contratación administrativa, especialmente si consideramos que el artículo 8° de la Ley 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (actual artículo 9 del texto refundido de la ley de bases, DFL 1/19.653), consigna como principio este proceder concursal de carácter público, refiriéndose en su alcance a la contratación administrativa en términos amplios, comprensivo también de otros tantos casos dentro de la Administración que

<sup>4</sup> Sobre el particular v. Iván Aróstica Maldonado, *El servicio telefónico: pasado y presente*, en Revista Ius Publicum (Univ. Santo Tomás) N° 5/2000, págs. 67 a 88.

en el cual está inmerso el proceso de licitación, implica que la hermenéutica usada por la Contraloría se basó en una interpretación teleológica y armónica de las normas, lo cual concuerda con una jurisprudencia del año 2000, que en síntesis sostendría que el ente contralor debe tener en cuenta un criterio finalista en la emisión de sus dictámenes, no limitando su accionar a un análisis formal de legalidad, sino procurando la solución de los problemas y la protección de los grandes valores del ordenamiento jurídico. Ello llevó a estimar que la garantía acompañada por Smartcom S.A. correspondía a la exigida por las bases, ya que su naturaleza y efectos eran los mismos que los de un documento a la vista, por lo que no procedía su exclusión del concurso por esta causal.

8°) Que el recurso de protección se establece en la Constitución Política de la República a favor de quien, por causa de actos u omisiones arbitrarias o ilegales, sufra privación y perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías constitucionales que el artículo 20 de la Carta Fundamental menciona.

Para la procedencia de esta acción cautelar se requiere, como se sabe, que se compruebe la existencia de la acción u omisión reprochada, que se

acredite la arbitrariedad o ilegalidad de esa acción u omisión, que de la acción u omisión se siga una vulneración de una o más de las garantías constitucionales que resulten amparables por esta vía.

En el caso de autos, se acciona por BellSouth Comunicaciones S.A. en contra del señor Contralor General de la República, por haber este emitido el Dictamen N° 38.144, de 16 de octubre de 2001, que ordenó la reincorporación de la empresa Smartcom S.A. a un concurso público, contra lo decidido anteriormente por la Subsecretaría de Telecomunicaciones, acto que es considerado ilegal y arbitrario por el recurrente y que vulnera las garantías o derechos que consigna.

9°) Que se ha planteado, por la parte recurrida, que el asunto sometido al conocimiento de esa Corte sería de lato conocimiento, pues no se trataría de solucionar una cuestión de emergencia que haya irrogado una manifiesta violación de derechos fundamentales, sino obtener una declaración en un sentido específico sobre determinadas materias, lo que en su opinión haría que el recurso de autos sea improcedente.

Al respecto, cabe considerar que el artículo 20 de la Constitución Política de la República, señala que esta acción cautelar se concede sin perjuicio de los demás derechos que se puedan hacer valer

no pueden ser propiamente considerados contratos dentro de los que naturalmente, podemos incluir la situación expuesta del servicio público telefónico<sup>5</sup>.

Es así, y valga entonces la salvedad de la impropiedad de los términos utilizados por el legislador, que el artículo 13C de la Ley 18.168, General de Telecomunicaciones, prescribió la necesaria procedencia de un concurso público para otorgar concesiones o permisos para servicios de telecomunicaciones.

Y es que, cabe destacar, en la búsqueda y elección del adjudicatario por medio de un procedimiento administrativo que tenga las características del concurso o licitación pública, se asegura la *imparcialidad* de la selección, su *transparencia* y la *igualdad* de los proponentes —en este caso solicitantes—, fines primordiales que en orden al actuar de la Administración adquieren una especial significación. Por esta razón es que corresponde también interpretar el inciso 2° del artículo 8° bis de la Ley 18.575, por la vía de considerar como general la aplicación de las normas de este tipo de procedimiento, y solo por excepción a las demás formas privadas o directas de adjudicación<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> En efecto, tanto la historia fidedigna del establecimiento de la norma señalada —Sesión 26 de jueves 10 de diciembre de 1998, de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia—, como la jurisprudencia administrativa de Contraloría —Dictámenes 14.450 y 45.278, ambos de 2000— han determinado un alcance amplio a la expresión “contratos administrativos”, como comprensivo de todo convenio que celebre la Administración.

<sup>6</sup> Uno de los fundamentos principales de esta norma se encuentra al estudiar la Ley de Probidad Administrativa, N° 19.653, en la intención del legislador en orden a establecer un precepto que concretara los principios de probidad administrativa y de transparencia en la celebración de los contratos que celebre la administración. Junto con ello se pretendió propender a una mayor eficiencia de los procedimientos administrativos, en resguardo de los intereses del Estado, por lo que se instó a considerar en la generalidad de las formas de contratación la licitación o concurso público. Al respecto, vid. Jorge Reyes Riveros. *Comentarios respecto de la norma consagrada en el artículo 8° bis de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado*, en Revista Actualidad Jurídica, de la Universidad del Desarrollo N° 3, enero de 2001,

ante la autoridad o los tribunales correspondientes. Por ello, ni la existencia de otros procedimientos de carácter ordinario o especial a los que eventualmente pueda someterse la materia en que incide la acción de protección, ni el hecho que dicha materia presente mayor o menor grado de complejidad –como expone el recurrido–, podrían impedir el ejercicio de las facultades cautelares de la Corte de Apelaciones en estas materias, cumplidos los requisitos que la ley exige para ello.

Por lo que se refiere al caso de autos, no se advierte que se trate de una materia o conflicto que no pueda ser adecuadamente resuelto en sede de protección, pues el recurrente ha reclamado contra concretas ilegalidades y arbitrariedades que estima existentes en un acto específico del señor Contralor, que en su opinión le vulneran particulares derechos constitucionales, lo que es suficiente para conocer la materia propuesta, con las adecuadas garantías procesales de certeza que exige un procedimiento de naturaleza sumaria y cautelar como el Recurso de Protección.

Ello es concordante –o se refuerza– con lo actuado por el propio recurrido, pues no obstante sostener que el asunto sería, por su naturaleza, de “lato conocimiento”, emitió prontamente pronunciamiento sobre la legalidad de dicho asunto a requerimiento de uno de los particulares interesados. En efecto, consta de autos que Smartcom

S.A. sometió al conocimiento del señor Contralor General de la República con fecha 27 de septiembre de 2001 prácticamente el mismo asunto que motiva este recurso, y que el ente contralor lo resolvió mediante el dictamen impugnado el 16 de octubre del mismo año; esto es, en menos de tres semanas, lo que no se aviene con el carácter complejo y de “lato conocimiento” que atribuye a la materia objeto de la acción cautelar interpuesta en autos.

10°) Que en cuanto a los hechos ocurridos y que sustentan el debate de autos, vale la pena recordar que en el concurso de que se trata, llamado por la Subsecretaría de Telecomunicaciones, las Bases –artículo 16– establecían que los postulantes debían garantizar la seriedad de su oferta con boleta(s) bancaria(s) de garantía; y que frente a consultas formuladas por interesados, se aclaró que tales boletas bancarias deberían ser a la vista, lo que se comunicó a los interesados por oficios circulares. Smartcom S.A. no habría cumplido a cabalidad con esta exigencia –según la Subtel–, pues sus boletas eran exigibles a 30 días y solo por certificaciones posteriores del banco emisor este dijo que podrían cobrarse de inmediato. Frente a este incumplimiento la Subtel formuló reparo y al no satisfacerle la explicación, excluyó a Smartcom S.A. de la licitación; lo que esta em-

---

3. Por su parte, la reglamentación de este concurso público, como dijimos, se consignó en el Decreto Supremo N° 412, estableciéndose en él todas las normas que permitieran cumplir, con la finalidad última de este tipo de procedimiento, cual es, la identificación y selección del mejor proponente, que será aquel que realice la mayor optimización de los recursos escasos que se autorizan a explotar exclusivamente, restando de esa forma a la comunidad un servicio permanente, regular y continuo.

Estas normas procedimentales establecidas por el citado decreto constituyen un imperativo ineludible para la Administración, debiendo adecuar su actuación a ellas, con total sujeción e integralidad, por exigirle de esa forma el principio de juridicidad, cuya importancia, huelga decirlo, se extiende a cualquier hipótesis de cumplimiento de la Constitución y de toda norma dictada conforme a ella. De esta forma, los artículos 6° y 7° de la Constitución de 1980, son la mayor y mejor expresión de este principio, señalando de modo claro e inequívoco que “*los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella*”. Ninguna autoridad estatal puede entonces evitar el cumplimiento de normas positivas –incluidos los reglamentos– sin transgredir, con ello, la Carta Fundamental<sup>7</sup>.

Siendo entonces, tanto el artículo 13C de la Ley General de Telecomunicaciones, como su Reglamento, las normas que imponen el cumplimiento de precisas obligaciones de cargo de los participantes en este especial procedimiento de selección, no pueden ellas desatenderse en su aplicación, y todo acto en tal sentido o con tal motivación, por generosa que sea la razón de su consideración, se transforma en un atentado al principio de juridicidad y una vulneración a la Constitución.

págs. 319 a 334, también en Revista de Derecho Público de la Agrupación de Abogados de la Contraloría General, Año 2 N° 4 - febrero/abril 2001. págs. 11 a 29.

<sup>7</sup> Vid. sobre el punto E. Soto Kloss, *Derecho Administrativo* (2 vols.) Edit. Jurídica de Chile. Santiago. 1996, t. II, espec. 41-71.

presa reclamó a Contraloría, entidad que estimó –por las razones ya dichas al relatar su informe– que se cumplió con las bases al acompañar tales boletas y que, por lo tanto, lo actuado por la Subtel era ilegal, ya que no incorporó a las bases la exigencia de “boletas a la vista” mediante resolución y porque en la práctica las acompañadas podrían cobrarse de inmediato, según el banco emisor. Por ello, ordenó considerar a Smartcom S.A. en la licitación; lo que motiva el actual recurso que se interpone contra lo decidido por el Sr. Contralor General de la República.

11º) Que corresponde determinar, en primer término y en relación con la ilegalidad y arbitrariedad que se dicen ocurridas con la emisión del Dictamen N° 38.144, si la exigencia de acompañar una boleta bancaria de garantía a la vista formó parte de las bases del concurso público para otorgar concesiones de servicio público de telefonía móvil, llevado adelante por la subsecretaría de Telecomunicaciones y, en consecuencia, si esta era una de las exigencias que debían cumplir las empresas participantes en dicho concurso.

Al respecto cabe consignar que el artículo 16 de las Bases prescribía lo siguiente: “Con el objeto de garantizar la seriedad de la solicitud, la postulante deberá incluir en el sobre S1 una boleta de garantía emitida por el banco comercial con casa

matriz o sucursal en la Región Metropolitana, a la orden de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, por un monto de UF 10.000. La boleta de garantía tendrá una validez de tres años contados desde la fecha de recepción y apertura de las solicitudes”.

Por su parte, los artículos 24 y 25 de las Bases, ubicados en el Capítulo “De las Consultas”, señalaban:

Artículo 24: “La Subsecretaría solo recibirá consultas por escrito, de las interesadas que hayan adquirido las bases y cuyo objeto sea aclarar el correcto sentido y alcance de las disposiciones de las mismas. Para estos efectos, los interesados deberán ingresar sus consultas...”.

Artículo 25: “La Subsecretaría responderá las consultas y podrá efectuar precisiones y aclaraciones sobre el contenido de las bases, mediante oficio u oficios circulares remitidos a todas las interesadas que hayan adquirido bases, entre el 20 de marzo y el 2 de abril del año 2001. Las correspondientes respuestas se considerarán parte integrante de las bases”.

De la transcripción precedente de las bases y de lo dicho en cuanto a los hechos, puede dejarse sentado lo siguiente:

- a) Las propias bases que regulan el Concurso previeron expresamente que las mismas po-

El procedimiento administrativo que regula el concurso público en el caso de estudio, está integrado por una serie de otros actos administrativos los que, en su mayoría, son de competencia exclusiva de la Subsecretaría de Telecomunicaciones. Precisamente una de sus facultades es la elaboración de las Bases o Pliegos de Condiciones a las que se deberán sujetar los interesados para participar en el concurso público propuesto. Estas Bases, cuya existencia se encuentra ordenada por el referido Reglamento (Decreto Supremo 412, de 1995), son parte integrante de la normativa que ordena y condiciona el actuar de la Administración, en este caso los que deben ser estrictamente cumplidos<sup>8</sup>.

4. Asimismo el cumplimiento de esta preceptiva legal y constitucional –ya en otro ámbito y con distintas connotaciones– resultan también obligatorias para los particulares que deciden postular al concurso público del caso, previéndose para ellos otras sanciones, en el caso de inobservancia. De esta forma por cada una de las numerosas exigencias que disponen las Bases, se consigna una sanción a la falta u omisión de algún requisito, la que es única y consiste en “la exclusión del concurso”. En efecto, es el artículo 15 de las referidas Bases el que sanciona a las contravenciones de la manera expuesta, siendo la Subsecretaría de Telecomunicaciones el organismo encargado de aplicarla, en conformidad al procedimiento establecido para tales casos en las mismas Bases y correspondiente Reglamento<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Ver Iván Aróstica Maldonado, *Licitación pública y derechos de los oferentes. Discrecionalidad o arbitrariedad en la adjudicación de un contrato administrativo de concesión*, en Informe Constitucional 1.798 (24.7.1998) y 1.800 (28.7.1998).

<sup>9</sup> El artículo 15 de las Bases, señala que “La omisión o falta de integridad en cualquiera de los antecedentes a que se refieren los artículos 12, 13, 14, 16, 19, 30, 31, 32 y 33 de las bases, excluirá del concurso al postulante”. Para la aplicación de esta sanción, el artículo 6º del Decreto Supremo 412, de 1995, dispone que “La Subsecretaría, dentro de 30 días siguientes a la expiración del plazo fijado para la recepción de las solicitudes, deberá emitir un informe respecto de cada solicitud, considerando el cumplimiento de los requisitos formales y técnicos, el que será notificado a la respectiva postulante.

drían contener puntos oscuros o dudosos que fuera necesario aclarar, para lo cual se contempló precisamente el procedimiento de consultas y respuestas;

- b) La autoridad competente –Subtel– debería responder dichas consultas aclarando y/o precisando el contenido de las bases.
- c) Las referidas respuestas (aclaraciones y precisiones) formarían parte integrante de las bases.
- d) La manera de sancionar o incorporar dichas aclaraciones y precisiones a las bases era mediante oficio u oficios circulares remitidos a los interesados.
- e) El artículo 16 de las bases no precisaba si las boletas de garantía debían ser a la vista o a plazo. Por ello, los interesados en el proceso consultaron expresamente a la autoridad cuál de dichas modalidades era la requerida.
- f) La respuesta clara y categórica de la autoridad fue que las boletas de garantía debían ser pagaderas a la vista y no a plazo, y ello fue comunicado por oficio circular.

12º) Que en el Dictamen N° 38.144 el recurrido sostiene que el Oficio Circular N° 940, más que aclarar las bases del concurso ha tenido la virtud de modificarlas, razón por la cual para incorporar las modificaciones habría sido necesaria una Resolución Exenta de la Subsecretaría de Te-

lecomunicaciones, la que no se ha dictado. Sería, entonces, insuficiente el Oficio Circular N° 940, que no habría podido incorporar formalmente la exigencia de que la boleta de garantía debía ser pagadera a la vista, a las bases del concurso.

13º) Que no puede aceptarse la objeción del señor Contralor, pues resulta claro que en la formulación de la referida aclaración la Subtel se ajustó estrictamente a las Bases del concurso, en particular a lo señalado en el artículo 25 de ellas en cuanto dispone que, dentro del procedimiento de consultas que prevé el título VI de tales bases, la Subsecretaría podía efectuar aclaraciones y precisiones a las mismas, las que debían ser remitidas a los participantes mediante “oficio u oficios circulares”, lo que en la especie se cumplió, por medio del Oficio Circular N° 940 antes mencionado, con lo cual quedó establecido que las boletas de garantía de seriedad de las ofertas, a presentar por los postulantes al concurso, debían ser pagaderas a la vista, y ello como parte integrante de las bases, por cuanto el propio artículo 25 citado disponía expresamente dicho efecto.

No se divisa, entonces, la razón jurídica o práctica para exigir, como lo hace el recurrido, la dictación de una resolución exenta cuando las bases, como ha quedado claro, solo imponían la fórmula de oficio circular, que es más

Resulta claro, entonces, el carácter rígido de las normas que regulan el concurso público. Esto tiene una específica razón, la que se evidencia, tal como dijimos anteriormente, en el hecho de que esta regulación materializa, en el caso concreto, los principios constitucionales aplicables al caso, los que se determinan en atención a la finalidad que se persigue con el acto terminal al que se pretende llegar –autorización de utilización de una banda de frecuencia de la forma más eficiente– para lo cual se ha proyectado un procedimiento *ad hoc*, que garantice el cumplimiento de ello, concretando a su vez los principios fundamentales que atañen tanto a la Administración como a los particulares, pues solo a través de ellos se consigue el bien común y se respetan y protegen los derechos individuales.

5. Adentrándonos en lo dicho, el sistema de propuesta pública se inspira en un principio fundamental: *la igualdad de todos los licitantes ante la Administración*<sup>10</sup>, el que no es más que la adecuación al caso concreto del principio constitucional de igualdad, por lo que todos los elementos de este, en su carácter general, se predicen de él en su carácter particular<sup>11</sup>.

“La postulante solo podrá desvirtuar los reparos que sean injustificados mediante carta dirigida al Subsecretario de Telecomunicaciones la que deberá ser ingresada en la oficina de partes de la Subsecretaría, dentro del plazo de 10 días contado desde la notificación del respectivo informe. La Subsecretaría deberá pronunciarse sobre las observaciones que hagan los postulantes dentro del plazo de 10 días después de recibida la última de ellas.

“La Subsecretaría remitirá al Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, en adelante Ministro, un informe con el resultado de la evaluación de las solicitudes recibidas, especificando el puntaje obtenido por las solicitudes que cumplieron con las bases; las solicitudes en igualdad de condiciones y las que tienen derecho preferente; y las solicitudes sin puntaje por haber incumplido las bases.”

“Después de cumplidas estas condiciones, la Subsecretaría en caso de incumplimiento debe devolver la boleta garantía de conformidad al artículo 18 d) de las Bases”.

<sup>10</sup> Vid, dictámenes 30.975/68 y 20.165/69.

<sup>11</sup> Estos son los artículos: 1º inciso 5º, 19 N° 2, 19 N° 17, 19 N° 21 y 19 N° 22, todos de la Constitución Política de la República.

expedita y acorde con el sistema de licitaciones, y en particular con la etapa de "consultas" en un concurso público.

14º) Que, por lo demás, lo que se hizo con las respuestas a las consultas fue solo "aclarar" (esto es, "hacer clara, perceptible o manifiesta una cosa") o "precisar" (esto es, "fijar o determinar de modo preciso"); pues se mantuvo el mismo tipo de garantía –boleta bancaria–, pero aclarándose que, de los dos tipos posibles, se trataba de la pagadera a la vista. Ello no importa, ciertamente, una alteración de las bases, que podría justificar el acto formal –resolución exenta– que pretende el ente contralor.

Esta conclusión se aviene con el principio sustentado por la propia Contraloría, en cuanto a que las Bases, las aclaraciones y las especificaciones técnicas son las que establecen los requisitos de forma y fondo que deben cumplir los postulantes al momento de presentar sus propuestas, según se lee en el dictamen N° 17.185/00 de ese organismo.

15º) Que, así las cosas, es claro que las bases del concurso público convocado por la Subsecretaría de Telecomunicaciones exijan a los participantes, entre otros requisitos, acompañar a sus respectivas propuestas una boleta bancaria de ga-

rantía a la vista por una cierta suma, y que la empresa Smartcom S.A. no dio cumplimiento a esa exigencia impuesta por las bases del concurso, ya que las boletas de garantía de seriedad de la oferta presentadas por dicha empresa no eran pagaderas a la vista sino que a plazo.

En efecto, consta de los documentos allegados al expediente y del propio informe del señor Contralor recurrido, que las boletas de garantía acompañadas por Smartcom S.A. eran pagaderas en un plazo de 30 días a contar del aviso que se diera para su cobro. Los certificados que extendió el Banco emisor de dichos documentos en que afirma que pueden cobrarse de inmediato y su posterior renuncia al plazo, documentos que fueron citados por el recurrido como demostrativos de que las boletas cumplían con los requisitos impuestos por las bases, no hacen sino confirmar lo contrario, esto es, que eran documentos a plazo y no pagaderos a la vista, pues de otra forma no se entiende que haya sido necesario que dicha institución financiera, tercero ajeno a la licitación, renunciara al aviso previo de 30 días para el cobro de las referidas boletas de garantía; y como los requisitos exigidos por las bases de un proceso licitatorio deben cumplirse al momento de presentación de las ofertas, tales certificados nunca podrían haber tenido el mérito de subsanar una misión respecto de los requisitos de las bases.

---

Ahora bien, no es dable concluir que esta igualdad solo se refiere al trato igualitario, que obliga a la Administración frente a los particulares, sino que se debe interpretar extensivamente comprendiendo, en todo caso, que este derecho garantiza una elección justa por parte de la Administración, aspecto que determina, asimismo, la necesaria existencia de otro principio, sin el cual difícilmente podría cumplirse el anterior, el que por tanto tiene un carácter netamente instrumental, cual es, *el principio de sujeción estricta a las bases*<sup>12</sup>.

6. En atención a estos argumentos, la Contraloría General de la República, en los Dictámenes 16.432 y 20.165, ambos de 1969, ha señalado que "el principio de igualdad se sustenta en el hecho de que las cláusulas de dichas bases constituyen la fuente principal de derechos y obligaciones, tanto de la Administración como de los oponentes, de manera que su transgresión desvirtúa todo el procedimiento; en cambio, el principio de sujeción estricta a las bases garantiza la actuación imparcial de la Administración frente a todos los proponentes, por ello es imprescindible que las bases establezcan requisitos generales e impersonales, compitiendo a la Administración que ambos principios sean respetados".

Y aún más evidentes y obligatorios resultan estos principios, si se trae a colación el artículo 8º bis de la ley 18.575, incorporado –como se dijo– recientemente por la Ley 19.653 (14.12.1999) sobre Probidad Administrativa de los Organos de la Administración del Estado, el cual señala en su inciso segundo que "*El 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*".

<sup>12</sup> A este respecto la Contraloría General de la República, en dictámenes 25.513/ 95, 40.243/ 99, 26.196/ 99, 11512/ 95, ha sostenido que el principio de estricta sujeción a las bases se fundamenta en el hecho que las cláusulas de las bases son la fuente principal de derechos y obligaciones tanto de la Administración como de los proponentes.

16°) Que, fluye de lo dicho que la exigencia que las bases del concurso imponían a los oferentes en orden a presentar una boleta bancaria de garantía a la vista, no ha podido entenderse satisfecha, respecto de uno de ellos, mediante la entrega de una boleta bancaria que no cumplió con esa característica; por lo que la autoridad administrativa que conduce el proceso licitatorio, debió necesariamente, según lo exige el principio de apego estricto a las bases, excluir a Smartcom S.A. de la licitación, ya que de otra forma se habrían vulnerado las reglas del concurso, afectándose los derechos de los demás participantes que habían satisfecho dicho requisito. Todo conforme a lo dispuesto por el artículo 15 de las Bases Administrativas, que señala: "La omisión o falla de integridad en cualquiera de los antecedentes a que se refieren los artículos 12°, 13°, 14°, 16°, de las bases, excluirá del concurso a la postulante", debiendo recordarse que el requisito de la boleta de garantía pagadera a la vista estaba previsto en el artículo 16° de las bases, aclarado en la forma que se explicó latamente más arriba.

17°) Que, en consecuencia, es forzoso concluir que el señor Contralor no ha respetado la legalidad, pues con su dictamen ha calificado como contraria a derecho la antedicha actuación de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, orde-

nando la reincorporación al concurso público de la empresa Smartcom S.A., la que contrariamente a lo señalado por dicho dictamen, fue bien excluida del proceso por la autoridad administrativa, al no ajustarse a las bases del mismo.

Con ello, el recurrido ha vulnerado los dos principios que de modo principal rigen la legalidad de los procesos licitatorios: el de estricta sujeción a las bases, al ordenar la reincorporación de un partícipe que no ha dado cumplimiento a las exigencias de las bases del concurso; y la igualdad entre todos los partícipes, desde que privilegia a quien no cumplió con uno de los requisitos de las bases en desmedro de los demás que sí cumplieron con ella.

No está de más recordar, a este respecto, que dichos principios –sujeción estricta a las bases e igualdad de los interesados o participantes– son unánimemente reconocidos por la doctrina como los propios o de la esencia de toda licitación pública conducida por la administración; sin perjuicio de estar reconocidos en la Ley de Bases de la Administración del Estado y haber sido recogidos por la jurisprudencia administrativa y judicial reiterada.

18°) Que el recurrido sostiene que una interpretación finalista de los preceptos que regulan el concurso público de autos, permitiría dar igualmente por cumplida la exigencia de acompañar boleta ban-

7. De lo transcrito y expuesto, se desprende entonces, con perfecta claridad, que ambos principios –*libre concurrencia e igualdad ante las bases*– deben tener cabida en cualquier proceso de propuesta pública, no siendo admisible, por ende, privilegiar uno en desmedro de otro. Por ello es que resulta totalmente improcedente e inoportuno –como es del caso– que se pretenda ahora, que la Subsecretaría de Telecomunicaciones acepte un instrumento de Garantía de Seriedad de la Solicitud para ingresar al concurso público, distinto, tanto en su naturaleza como en sus efectos, del exigido por las Bases en su artículo 16, comoquiera que esta eventual discrecionalidad, de admitirse, distorsiona todo el procedimiento concursal, y menoscaba seria y flagrantemente el principio de igualdad ante las Bases<sup>13</sup>.

8. En esta inteligencia es necesario analizar la forma en que la falta realizada por una entidad licitante, al presentar la referida Boleta Bancaria de Garantía, rompe el equilibrio fundamental que debe existir entre los proponentes y pone a la Administración en la situación descrita en los artículos 15 y 16 de las Bases, debiendo por tanto ser inapelablemente excluida del concurso, so pena de que admitida su continuidad se ocasionará la nulidad de derecho público del acto de adjudicación que se dicte<sup>14</sup>.

El artículo 16 de las Bases del concurso en cuestión, exige una "Boleta de Garantía de Seriedad de la Solicitud", la que debía cumplir con una serie de requisitos tanto de forma como de fondo, los que se explicitaban en términos generales en el respectivo documento y que después, de manera adicional, fueron específicamente concretados por la Subsecretaría

<sup>13</sup> La jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República incluso con anterioridad a la Ley 19.653, ha sido tajante en el sentido de que los órganos de la Administración les asiste el deber de ceñirse al principio de igualdad ante las bases (dictámenes 30.815 de 1984, 3.199 de 1988, 23.374 de 1992, 28.282 de 1993, etc.).

<sup>14</sup> Es el propio Reglamento (DS 412), el que en su artículo 5° inciso final, explicita este objetivo señalando que: "La postulante deberá cumplir con todos los requisitos al momento de efectuar la postulación. Lo anterior, con el objeto de mantener el principio de igualdad de oportunidades entre todas las concursantes".

caría a la vista en el caso de la empresa Smartcom S.A., aun reconociendo que la boleta acompañada por dicha empresa durante el proceso de licitación no revestía esa característica, porque ello serviría mejor al fin último del referido proceso, que el recurrido identifica como la selección del mejor proponente entre el mayor número de ofertas.

Dicho planteamiento no puede aceptarse, porque, como se sabe, el control de los actos de la administración que la ley entrega a la Contraloría General de la República es de carácter eminentemente formal, y no parece pertinente que, ejerciendo dicho control, pueda entrar a revisar la jerarquización de los fines de las normas y procedimientos sometidos a su dictamen, tarea que es propia del legislador y de la administración en ejercicio de su función de gobierno. Además, ello importaría la posibilidad de una profunda incerteza jurídica, al quedar expuestas dichas normas y procedimientos a una constante relativización, lo que es incompatible con la actividad regulatoria, pues la existencia de tales procedimientos garantiza que las decisiones de la autoridad se adopten con la transparencia y publicidad que requieren las actuaciones administrativas, particularmente cuando han de tener repercusiones económicas.

19º) Que de todo lo dicho y razonado, no cabe sino concluir que el Dictamen impugnado constitu-

ye un acto ilegal y arbitrario, porque no respetó el artículo 8º de la Ley sobre Bases Generales de la Administración del Estado, al alterar el procedimiento previsto por las propias bases del concurso, exigiendo la dictación de una Resolución Exenta para incorporar a las bases las respuestas a las consultas formuladas por los partícipes del concurso, en circunstancias que ello no es exigido para tal efecto por la ley, por el reglamento, o por las bases mismas del concurso, ni el artículo 8º bis de esa misma Ley, que dispone que el procedimiento concursal se regirá por los principios de libre concurrencia de los oferentes y de igualdad ante las bases, por cuanto en el concurso público de la especie ha roto la igualdad respecto de las bases, al privilegiar a Smartcom, que no las cumplió, respecto de los demás oferentes sí las cumplieron.

Además, contraría abiertamente la jurisprudencia anterior de la propia Contraloría, en cuanto al respeto del principio de igualdad de los participantes, del principio de sujeción estricta a las bases y de la aptitud de las respuestas aclaratorias para establecer requisitos de forma y de fondo; y ordena reinsertar a Smartcom dentro del concurso no por razones de legalidad sino invocando razones de mérito, pretendiendo que deben ignorarse las bases por estimar que existiría un principio superior que estaría por sobre las normas dictadas de conformidad a la ley.

por medio del Informe que ella evacuó al responder las numerosas consultas formuladas por los interesados. Así se consignó por medio de las respuestas N° 23 y 86<sup>15</sup>, que la boleta de garantía debería ser pagadera a la vista, sellándose de esta forma cualquier posibilidad de equívoco en los términos de la presentación de la correspondiente boleta por parte de los solicitantes.

9. Esto, porque en la correcta aplicación e interpretación por parte de la Subsecretaría, de la normativa bancaria que rige la presentación de estas boletas, y en especial al Capítulo 8-11 de la Recopilación de Normas de Bancos y Financieras del Banco Central<sup>16</sup>, solo existen dos formas de pago concebibles para el caso de estos instrumentos y que son las formalidades "pagadera a la vista" o "pagadera a plazo".

En el buen entendido que estas formas son distintas<sup>17</sup>, la normativa que regula este concurso exigió que la Garantía de Seriedad de la Solicitud, fuera constituida mediante una boleta bancaria de garantía a la vista, lo que resulta de la simple lectura de la Bases y del Informe de Consultas, que es parte integrante de las mismas y que ya citamos.

Ante este inequívoco tenor literal, y considerando, también, que todos los demás solicitantes cumplieron estrictamente con las Bases propuestas por la Subsecretaría, la presentación

<sup>15</sup> La Consulta N° 23 en relación al artículo 16 de las Bases era la siguiente "¿La boleta de garantía de Seriedad de la Solicitud tiene que ser tomada a la vista o a plazo renovable? ¿En caso de que se trate de una boleta a la vista, se entenderá cumplido el requisito si la boleta indica que es tomada a la vista pero pagadera a determinados días de su requerimiento? La respuesta fue: "Dicha boleta deberá ser pagadera a la vista". Corroborando la afirmación anterior la Consulta N° 86, nuevamente se refiere a dicha boleta, preguntando si la boleta "¿puede ser pagadera a la vista o a 30 días?, y se señala "Esta boleta deberá ser pagadera a la vista".

<sup>16</sup> Circular N° 2.647, 29.10.91, de la Recopilación de Normas de Bancos y Financieras del Banco Central.

<sup>17</sup> Denota esta diferencia la misma normativa bancaria citada al establecer en la Sección 13.1 que la boleta de garantía pagadera a la vista corresponde a la partida 3010, mientras que la boleta de garantía pagadera con 30 días de aviso a la partida 3030.

20°) Que el dictamen impugnado, siendo –como se ha dicho– ilegal y arbitrario, conculca la garantía constitucional consagrada en el número 2 inciso segundo, del artículo 19 de la Constitución Política del Estado, que consagra la igualdad ante la Ley y la prohibición de establecer diferencias arbitrarias, pues ha impedido a los participantes del concurso público competir entre ellos en igualdad de condiciones, ya que es un hecho cierto que el dictamen impugnado postula la reinsertión de Smartcom S.A. al concurso, en circunstancias que este participante incumplió las exigencias establecidas en las bases del mismo, dejando de paso sin efecto la sanción de exclusión que en derecho correspondía aplicarle por estar prevista expresamente en las bases. Así el señor Contralor con su dictamen vulneró la prohibición de establecer diferencias arbitrarias que para la Ley y la Administración impone la Constitución, privilegiando a uno en desmedro del derecho de los demás participantes del concurso.

Si bien el recurrido esgrime a favor de su actuar –que se dice guiado por el sentido finalista de la interpretación– que con él se lograría la participación de más interesados, es lo cierto que ello se obtiene mediante las infracciones ya dichas, tanto legales como constitucionales. Y en la práctica se produce el efecto de reducir el espectro de posi-

lidades de los concursantes que, por haber cumplido las bases, mantienen esa calidad y se ven obligados a aceptar al incumplidor y soportar ese detrimento de posibilidades. Además, si prosperara el acto impugnado, se abre –para todos los interesados– un camino de inseguridad jurídica que es inaceptable, pues se incorporan elementos subjetivos en la adjudicación de la propuesta.

21°) Que, por otra parte, el acto impugnado representa también una vulneración –en grado de amenaza– respecto del derecho previsto por el N° 21 del artículo 19 de la Carta Fundamental, toda vez que, al violar los principios y normas relativos a la igualdad ante las bases y de estricta sujeción a las mismas, puede limitar el derecho del recurrente y de los demás partícipes del proceso a desarrollar una actividad económica respetando las normas legales que la regulan, al no respetar el Estado, precisamente, las normas que regulan el acceso a la actividad de la telefonía móvil mediante las concesiones del servicio público de telefonía móvil; al igual que respecto a lo previsto en el N° 22 de ese artículo, que garantiza a todas las personas la “no discriminación arbitraria del Estado y sus organismos”, que es una especificación del principio de igualdad ante la ley, pues obliga, en la práctica, a la autoridad administrativa a mantener una actitud discriminatoria que es antijurídica.

---

de esta empresa díscola del cumplimiento de las exigencias concursales, constituye precisamente la falta sancionada por el artículo 15 de las Bases.

Lo expuesto tiene un fundamento, pues este requisito, que pudiera parecer solo de forma, ha sido establecido en razón de guardar el principio de igualdad en la presentación de las garantías procedentes en el concurso, ya que todos los postulantes en caso de incumplimiento, llegarían a ser ejecutados de la misma forma. Pero al mismo tiempo, en este punto también incide la protección de la función estatal de velar por el buen funcionamiento del servicio telefónico, por la vía de exigir siempre garantías de rápida solución, en el sentido que los “procedimientos administrativos deberán ser ágiles y expeditos”. Así lo dispone, por lo demás, el artículo 8° inciso 2° de la Ley 18.575, que dice “Los procedimientos deberán ser ágiles y expeditos, sin más formalidades que las que establezcan las leyes y reglamentos”. Y lo reafirma, el Dictamen 7614/ 90 de Contraloría: “*Este Organismo de Fiscalización estima que no resguardan debidamente los intereses del Estado las boletas de garantía que no puedan hacerse efectivas en forma rápida y oportuna y tan pronto como ocurran los eventos que están destinadas a caucionar*”.

10. Y es que una boleta de garantía pagadera a 30 días desde la vista, no cumple con el fin expuesto, ya que para ser efectiva y solucionar de una vez la obligación, requiere de un trámite previo y que es la aceptación, es decir, un acto por el cual banco emisor acepta el mandato del tomador, y así se cumple con la garantía, después de transcurridos los 30 días correspondientes, contados desde este acto<sup>18</sup>. Este procedimiento no es siquiera similar al aplicable en el caso de la boleta de garantía pagadera a la vista, puesto que este título de

<sup>18</sup> Por aplicación supletoria de las normas de comercio procede en el caso *sub-lite*, definir este concepto de conformidad al artículo 50 de la Ley N° 18.092 sobre Letra de Cambio y Pagaré, el que prescribe “El término de la letra girada a cierto plazo a contar de la vista, corre desde el día de su aceptación o desde su protesto por falta de aceptación o por falta de fecha de aceptación...”.

Y visto, además, lo dispuesto por el artículo 20 de la carta Fundamental y por el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema, Sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección, se acoge, el interpuesto a fs. 1 por *Bellsouth Comunicaciones S.A.* y se declara que queda sin efecto el Dictamen N° 38.144, de 16 de octubre de 2001, del Sr. Contralor General de la República, debiendo continuarse adelante el concurso respectivo, de acuerdo a sus bases, prescindiendo de lo ordenado por ese dictamen, lo que se comunicará –oficiándose– al Sr. Subsecretario de Telecomunicaciones.

Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Zepeda, quien estuvo por desestimar el recurso de que se trata, ya que –a su juicio– lo actuado por el recurrido no vulnera ningún derecho a ga-

rantía constitucional del recurrente o de otros concursantes, pues, cuando más, establecería una especie de discriminación positiva, que en nada perjudica en concreto a aquellos y, por el contrario, permite que se practique la licitación con mayor número de concursantes, lo que puede redundar en beneficio del objetivo final de la licitación.

Regístrese y archívese. Devuélvase, en su oportunidad, los documentos que sean pertinente.

Redacción del Ministro Sr. Cisternas.

N° 6.085-2001.

Dictada por los Ministros señores Alfredo Pfeiffer Richter, Lamberto Cisternas Rocha y Jorge Zepeda Arancibia. Autoriza doña Teresa Hernández Cid, Secretaria Titular.

crédito es pagadero a su sola presentación, situación que podríamos calificar incluso de curiosa dentro de la normativa comercial, ya que en este instrumento no se precisa la presentación previa al cobro para su aceptación y, en general tampoco requieren de aceptación, desde que tan pronto de exhibida debe ser pagada<sup>19</sup>.

Por ello, resulta evidente no solo la falta formal de la empresa referida, sino que también y aplicando criterios de razonabilidad, su incidencia material en la transgresión de la participación igualitaria de todos los proponentes y por de pronto, también en el cometido estatal de velar por un buen funcionamiento del servicio público telefónico, aunque solo se trate de una eventualidad, para el caso de incumplimiento de una obligación.

11. En atención a lo expuesto, la Contraloría General de la República, ha dictaminado por oficio N° 3.421, de 1996, acerca del alcance de este tipo de incumplimiento, señalando que “*El concesionario debe constituir la garantía de explotación en la forma y monto estipulado en las bases... Esta última no puede ser modificada a petición de la interesada, pues fue claramente indicada y detallada en las bases, involucrando su alteración infringir los principios de estricta sujeción a las bases y de igualdad de los licitantes, rectores de toda propuesta pública... La alegación de la recurrente en orden a que una boleta de garantía extendida en los términos previstos en las bases, lesionaría gravemente su patrimonio, no es atendible, pues esa exigencia fue conocida por ella antes de formular su proposición de manera que al realizar su estudio de costo debió considerar la incidencia que dicha obligación tendría en su peculio...*”.

Consecuente con lo anterior, conviene traer nuevamente a colación el artículo 8° bis de la Ley 18.575, que bien estatuye “*Los contratos administrativos se celebrarán previa propuesta pública, en conformidad a la ley*” (inciso 1°) y que “*el 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*” (inciso 2°).

12. Gracias a la norma transcrita, mayor coherencia y obligatoriedad adquiere la normativa expuesta en este Informe, ya que de ella se desprende que ambos postulados –libre concurrencia e igualdad ante las bases– deben tener cabida en cualquier proceso de propuesta pública, no siendo posible liberar o eximir de algún requisito propuesto en el pliego de condiciones a ningún interesado, bajo ningún pretexto o razón, ya que de esa manera se constituye y acepta una arbitrariedad que vicia el acto terminal que consiente y acepta tal arbitrio, el cual, entonces, adolecerá indiscutiblemente, de nulidad de derecho público al contravenir palmariamente el principio de legalidad<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Por su parte el artículo 49 de la Ley N° 18.092 citada, señala que “*La letra a la vista es pagadera a su presentación...*”.

<sup>20</sup> Ello es obvio, debido a que la Administración no es libre, ya que en razón de los intereses públicos ha de proceder siempre acorde al mandato constitucional del Artículo 7° inciso 1°, esto es, “*en la forma que prescriba la ley*”.

13. A mayor abundamiento, en el correcto funcionamiento y proceder de nuestra Administración, y con especial atención al fundamento mismo de la disposición legal citada, cual es, la concreción de los principios de probidad administrativa y transparencia en la celebración de contratos, es que no cabe considerar la posibilidad legal de que la Subsecretaría de Telecomunicaciones acepte, sin las consecuencias de derecho, la participación de determinada empresa, al concurso del cual se trata. Ello lo expone muy cumplidamente la Contraloría, al señalar *“que en estos concursos, son las bases administrativas, las aclaraciones, las especificaciones técnicas, etc., las que establecen los requisitos de forma y de fondo que deben cumplir todos los proponentes. En estas condiciones admitir que un licitante no cumpla con las exigencias de presentación de un documento expresamente solicitado, en circunstancias que los demás postulantes sí lo han hecho, constituiría una infracción al principio mencionado y una discriminación arbitraria que permitiría la intromisión de elementos subjetivos en la adjudicación de propuestas”*<sup>21</sup>.

En una licitación agrega el organismo contralor, *“todos los antecedentes que se exigen incluir en el sobre de documentos anexos, ya sea en las bases mismas o en las aclaraciones, deben acompañarse en el acto de presentación de la propuesta y no existe disposición alguna que permita omitirlos o reemplazarlos”*.

*“Si la voluntad de la administración es prescindir, discrecionalmente, al momento de decidir el concurso, de alguno de los requisitos formales perentoriamente exigidos a los interesados al momento de abrir la licitación, tal determinación debe ser tomada con anterioridad a dicha apertura, informándose a todos los proponentes que determinados antecedentes podrán ser omitidos”*.

*“Aceptar la posición adversa –concluye– significaría atentar contra los principios de derecho público que rigen la propuesta y que fueron establecidos para dar seriedad y corrección a los actos de la Administración. Aún más, ello podría dar lugar, como ya se ha expresado a una discriminación arbitraria en el trato económico que debe dar el Estado y sus organismos en términos tales que llegara a configurarse una infracción a la garantía constitucional consagrada en el artículo 19, N° 22, de la Constitución Política de La República”*<sup>22</sup>.

### III. CONCLUSIONES

1. Sobre la base de las consideraciones precedentemente expuestas, forzoso es afirmar que, en el concurso público del caso, la solicitud de una empresa que pretende mantenerse en un concurso pese no cumplir a cabalidad los requisitos de su permanencia y participación, no se ajusta a la reglamentación legal aplicable, particularmente a las Bases o Pliego de Condiciones propuestas por la Subsecretaría de Telecomunicaciones, de lo cual es dable concluir que la perseverancia en su participación, violenta específicos derechos constitucionales, suerte que también pugnaría con la normativa misma que debe cumplir tal organismo en la tramitación de este procedimiento.

2. Esto es así, en primer lugar, porque conforme al principio de juridicidad recogido por los artículos 6° y 7° de la Constitución, los órganos del Estado deben sujetar su actuación a la Constitución y a las normas dictadas en conformidad a ella, y por ende deben actuar *“en la forma que prescriba la ley”*, de manera que los procedimientos administrativos incoados por ellos, deben tramitarse *“sin más formalidades que las que establezcan las leyes y reglamentos”*, según precisa el artículo 8° inciso 2° de la Ley 18.575.

3. Por ello es que la actuación a este respecto por parte de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, debe ser de acuerdo y en cumplimiento de tales disposiciones, y en el caso expuesto, disponiendo las sanciones que corresponda aplicar a la empresa incumplidora, por

<sup>21</sup> Dictamen 17.185 de 2000.

<sup>22</sup> Vid. nota anterior.

haber incurrido en el supuesto de hecho sancionable, descrito en las Bases, al efectuar una solicitud viciada en su forma.

4. Asimismo, cabe considerar la preponderancia del principio de igualdad frente a las bases que rigen el contrato, postulado receptivo de todos los fundamentos constitucionales atingentes al derecho de igualdad que reconoce la Constitución y expresamente previsto para el caso por el artículo 8° bis de la citada ley 18.575, el que ha dado vida, además, a una invariable jurisprudencia administrativa.

5. En consecuencia, la participación de los postulantes al concurso abierto por la Subsecretaría de Telecomunicaciones, en el estado actual de tramitación, no se encuentra en un pie de igualdad, tal como lo ordena y exige nuestro ordenamiento jurídico, ello porque como hemos insistido, la presentación de uno de los concursantes no ha cumplido con las Bases, lo que de suyo rompe el equilibrio necesario que exige un procedimiento transparente y justo, de lo que se sigue que este organismo en cumplimiento de la normativa respectiva deberá, y ello por mandato constitucional, aplicar las sanciones correspondientes, ya que, de no hacerlo, se vulnerará el derecho de los demás concursantes que les asegura el artículo 19 N° 2 de la Constitución de 1980, teñirá de antijuridicidad (nulidad) el acto terminal de adjudicación y, en su caso, impondrá para el Estado-Fisco, el deber de reparar los daños que irroge tal antijurídica decisión (responsabilidad del Estado: arts. 6° inc. 3°, 7° inc. 3°, y 38 inc. 2°).

#### IV. ADDENDA

Con fecha 21 de agosto pasado, hemos evacuado un Informe en Derecho, titulado *Acerca de la trascendencia de la presentación de una boleta de garantía errónea en un concurso público convocado por la Subsecretaría de Telecomunicaciones*.

Concluíamos allí, bajo la lectura de determinadas disposiciones legales y específicos dictámenes de la Entidad Superior de Control, que en lo medular y en este caso, la autoridad no debe aceptar la presentación de una boleta de garantía pagadera a 30 días de su vista, ya que ello importa transgredir el marco jurídico que impone la licitación en curso, puesto que para todos los proponentes, en la serie de preguntas y respuestas (acá denominado Informe de Consultas), se expresó tajantemente que no podía presentarse una boleta de garantía bajo dicha modalidad. Por ello, la tolerancia de esta irregularidad, en lo jurídico, conlleva una ruptura del equilibrio necesario que exige un procedimiento transparente y justo, y con ello, se vulnera el derecho de los demás concursantes a ser tratados con igualdad frente a las bases que rigen el contrato (*principio de igualdad ante las bases que rigen el contrato*, art. 8 Bis).

Informado el asunto bajo la conclusión antes expuesta, se nos comunica que la empresa afectada por nuestras conclusiones, ha acompañado a la presentación de sus descargos, que no hemos tenido a la vista, un preciso dictamen de Contraloría General de la República que, aparentemente, sería contradictorio con los otros precedentes que hemos dado cuenta en nuestro Informe. Por ello, se nos ha pedido complementar nuestro estudio, lo que hacemos a continuación:

1. La referida presentación, como se dijo, tiene como fundamento el Dictamen N° 20.175/99, dirigido al Alcalde de Antofagasta, quien ante una específica y concreta situación relativa a materias propias de contratación municipal, solicitó la *reconsideración* del dictamen N° 33.818/1998. En este oficio, el organismo contralor había concluido que *“las Municipalidades se encuentran impedidas de aceptar como caución, boletas de garantía bancaria que no reúnan el requisito de liquidez inmediata, pues al no poder hacerse efectivas en forma rápida, oportuna y tan pronto como ocurran los eventos destinados a garantizar impiden el debido resguardo de los intereses del Estado”*.

La postura del organismo contralor, desarrollada en la forma transcrita, resultaba claramente con la Jurisprudencia Administrativa que al respecto se había sustentado respecto de concursos convocados, en general, por la Administración del Estado. Por ello no resultaba extraño que, ante esa particular consulta, referida a la liquidez de una boleta de garantía,

hubiese aplicado el criterio uniformemente establecido a ese respecto en orden a considerar que *"No resguardan debidamente los intereses del Estado las boletas de garantía que no puedan hacerse efectivas en forma rápida y oportuna y tan pronto como ocurran los eventos que están destinados a caucionar"*<sup>23</sup>.

2. Por ello el primer dictamen, objeto de la reconsideración, reproduce el marco común expuesto. Y es lo que, Contraloría General siempre advierte cuando dictamina respecto de boletas bancarias de garantía: *"por su naturaleza reúnen requisitos de seguridad, pero deben otorgarse en condiciones de liquidez que permitan a los municipios hacerlos efectivos rápidamente, cuando legal o contractualmente proceda, de lo contrario los intereses municipales sufrirían menoscabo o podrían paralizarse las obras por carecer de recursos para su desarrollo, mientras transcurre el plazo para el vencimiento de boletas de garantía extendidas a plazo"*.

Y ello no hace más que reafirmar la fiabilidad de la boleta de garantía como instrumento de seguridad, característica que posee en atención a su propia naturaleza, pero que puede, al mismo tiempo, ser más conveniente y recomendable, en miras a atender cabalmente los intereses fiscales en la provisión de servicios públicos eficientes, cuando se encuentra revestida de una liquidez inmediata y absoluta. Es esta la regla general propuesta por Contraloría, y de la cual da cuenta una extraordinaria jurisprudencia, que tiene la virtud, no solo de ser extensa sino que, también, conteste<sup>24</sup>.

3. A mayor abundamiento, el mismo Dictamen citado (33.818), en su parte final, revela la generalidad de la conclusión vertida por el órgano, señalando que *"los argumentos de conveniencia esgrimidos por la corporación edilicia para aceptar boletas de garantía sin liquidez inmediata, incide respecto de materias respecto de las cuales no compete a la contraloría pronunciarse"*. Por ello, debemos razonar que el juzgamiento acerca de la factibilidad económica, financiera o circunstancial, que llegare a incidir en el problema descrito por la Municipalidad, en principio no compete al organismo contralor, por lo que difícilmente una eventual reconsideración acerca de la posibilidad de aceptar una boleta de garantía a plazo, que no tuviere una fundamentación legal relevante, podría provenir de esta argumentación.

4. Por lo hasta acá dicho, el dictamen presentado por la empresa que en su oportunidad adjuntó una boleta que no satisfacía las exigencias del concurso en apoyo de sus descargos, no puede interpretarse correctamente si no se entiende en una perspectiva particular y concreta, coordinándola con los principios fundamentales que, latamente, hemos desarrollado en nuestro Informe, como son el principio de legalidad y juridicidad, a que están sujetos los órganos del Estado. Solo en esta inteligencia podemos precisar correctamente el verdadero alcance que tiene el referido pronunciamiento, el que como veremos, en caso alguno, puede ser aplicado analógicamente, pues la conclusión que en él se expresa pertenece a un ámbito jurídico administrativo totalmente distinto al que le corresponde a la empresa que insta por omitir el cumplimiento estricto de las bases en relación al específico Concurso en que participa, no regido, ni por asomo, por la legislación a la que se refiere, aplica e interpreta, el dictamen que acompaña.

5. El dictamen acompañado, 20.175 de 1999, tiene como fundamento el antiguo artículo 33 (hoy 38) de la Ley 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, el que consigna *"Las personas que contraigan obligaciones contractuales con la Municipalidad por una suma no inferior a dos unidades tributarias mensuales, deberán rendir caución"*.

6. Como se ve, la ley solo impone para estas Corporaciones, el deber de exigir caución para sus cocontratantes, sin establecer otras condiciones especiales o particulares, referidas al tipo, plazo o modalidad de la caución otorgada.

7. Resulta claro, que si se tiene como referencia una precisa disposición legal que establece una obligación genérica, tal como la que se señaló, y en ausencia de una específica regulación municipal, sea general (en un Reglamento), o especial (en las Bases que reglen un determinado contrato), en relación a los requisitos que debe revestir la garantía o caución que

<sup>23</sup> Dictamen 7614/90.

<sup>24</sup> Dictámenes 33.816/82, 7614/90, 1999/93 y 3421/96.

se le otorgue a un municipio, en un caso como el propuesto, implicaba para Contraloría el deber de hacerse cargo de esta deficiencia y, por ello, en conocimiento de las circunstancias particulares que atendían el caso a que refiere, dictaminó que *“Sobre el particular, cumple señalar que practicado al reestudio de la materia planteada y ponderados los fundamentos invocados, la Contraloría General estima atendibles los argumentos que se hacen presentes en esta oportunidad, motivo por el cual se reconsidera el criterio referido a la liquidez inmediata de las boletas de garantía...”*. Es que dicho de otro modo, dicha liquidez inmediata, cuando no es exigida por la ley, por el Reglamento o por las Bases, no puede servir de fundamento, para calificar una caución y determinar la exclusión de un concursante.

8. Por lo visto, en conformidad a la correcta lectura de la ley vigente, Contraloría, lejos de atenuar su postura o flexibilizar sus dictámenes sobre la materia, ha interpretado y aplicado la ley, en lo que dice relación a las relaciones contractuales de un específico órgano estatal: Municipalidad de Antofagasta. Es que el órgano municipal (Alcalde) tiene una discrecionalidad otorgada por el legislador: puede exigir caución (pura y simplemente, v.gr. una boleta de garantía) o bien puede calificar la caución exigida (ya de modo general, en un Reglamento sobre la materia), ya de modo singular, sea en las Bases o pliegos de condiciones que reglen una plural concurrencia, sea en las series de preguntas y respuestas a que dé lugar la convocatoria. Una exigencia es ineludible: el resguardo del principio de igualdad de los proponentes.

9. Contraloría, con el referido dictamen 20.175, de 1999, solo viene a suplir una deficiencia en el propio proceder de la entidad edilicia.

10. Corroborando todo lo expuesto, la atenta lectura del dictamen aludido *“En todo caso, corresponde aclarar que si bien el artículo 33 de la Ley 18.695 no especifica qué forma de caución deberán disponer las personas que contraigan obligaciones contractuales con la Municipalidad por el monto que indica, ello en modo alguno implica que no deben arbitrarse las medidas pertinentes destinadas a establecer las condiciones que han de cumplir las garantías y que permitan el resguardo, debido y oportuno del patrimonio municipal, de acuerdo con la finalidad de disposición”*.

11. Es conveniente retener ahora, que la propia Ley 18.695 (Orgánica Constitucional de Municipalidades), después de ser reformada por la Ley 19.602, faculta a estas Corporaciones a efectos de que concreten, reglamentariamente, el marco de cauciones que aplicarán en sus contratos. Así lo impone el nuevo artículo 66 de la referida ley de Municipalidades, que prescribe que *“Cada municipalidad deberá disponer de un Reglamento de contrataciones y adquisiciones, aprobado por el concejo a propuesta del alcalde, en el cual se establezcan los procedimientos de resguardo necesarios para la debida objetividad, transparencia y oportunidad en las contrataciones y adquisiciones que se efectúen”*. De allí que cada Municipalidad, a partir del 25 de marzo de 1999, tenía el plazo de 6 meses para dictar el correspondiente Reglamento (artículo 1° transitorio, DFL 2, 19.602), donde podían establecerse reglas generales de resguardo. La circunstancia de que muchas municipalidades no consideraran en estos cuerpos reglamentarios el régimen preciso de las garantías o cauciones que exigirán en sus contratos, no les impide que se mantenga el régimen general de cauciones o impongan un régimen especial en el marco de las Bases o pliegos de condiciones.

13. Por todo lo expuesto, afirmamos, que no se puede interpretar el dictamen acompañado, al que tantas veces nos hemos referido, en forma general y, menos aún, extraer de él una posición finalista del organismo contralor en atención al tema de la liquidez de una garantía o caución, ya que la situación de ese concurrente cuestionado, en el Concurso Público propuesto por la Subsecretaría de Telecomunicaciones, no es siquiera semejante al caso que trata el dictamen que arguye en su defensa, ya que:

a) En primer lugar, no estamos frente a un tema municipal que corresponda al ámbito de aplicación de la Ley 18.695 y, en particular, del citado artículo 33 (hoy artículo 38).

b) En segundo lugar, la Subsecretaría de Telecomunicaciones, en la correcta aplicación de la Ley 18.168, de Telecomunicaciones y su Reglamento, ha proporcionado una regulación única y cabal, a través de las Bases o Pliegos de Condiciones e Informe de Consultas, todos antecedentes que fueron rigurosamente conocidos por todos los concursantes y que, precisa-

mente, frente al tema de las boletas de garantía, no dejaron ninguna duda razonable, susceptible de convocar a una interpretación a su respecto. De esta manera, se dijo que la boleta que se presentara, en el cumplimiento de la medida de caución exigida por la autoridad, debía ser pagadera a la vista.

c) Por último, debemos insistir en cuanto a que el dictamen cuya lectura convoca estas notas, es absolutamente impertinente con la situación de incumplimiento de las bases que rigen este concurso, ya que sus supuestos de hecho y de derecho, en nada permiten su aplicación a un caso como el que enfrenta en la actualidad la Subsecretaría de Telecomunicaciones.