

Modificación de 2023 a la Ley de contratación pública y prestación de servicios: El criterio de sustentabilidad.

Camila Antonieta Castro Fuentes*

Hace 21 años se legisló por primera vez en Chile la contratación pública mediante la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro de Prestación de Servicios, más conocida como Ley de Compras Públicas, siendo un hito de relevancia en esta materia para los organismos del Estado y los privados que le proveen a éste. Esta normativa, fue modernizada con la Ley 21.634 del 2023, la cual realizó una serie de profundas modificaciones, entre ellas, la adición de la sustentabilidad como un criterio a incorporar de manera transversal para contribuir al desarrollo económico, social y ambiental.

De este modo, se desarrollará una breve crónica en relación a los antecedentes de esta reforma legal junto a un análisis de las normas que se consideran relevantes.

1. Antecedentes generales de la Ley N° 19.886 y su reglamento.

Es importante y útil poder entender los inicios de la regulación de las bases de contratos administrativos de suministro y prestación de servicios para verificar desde cuándo se incorpora este criterio de sustentabilidad.

De este modo, en el mensaje presidencial¹ de fecha 27 de octubre de 1999, se da cuenta que hace dos décadas se venía discutiendo la importancia de regular al menos dos tipos de contratos, a saber, el de suministro y el de prestación de servicios, dado que el Estado es el mayor comprador de bienes y servicios, haciendo imperativo resguardar el uso eficiente de los recursos públicos. Mas tarde, con fecha 30 de julio de 2003 se publicó la Ley N° 19.886, en la cual dentro de sus principios y objetivos no se hizo mención a la sus-

tentabilidad, pues este último es un concepto relativamente nuevo en esta materia.

En este sentido, no se puede dejar de mencionar el Decreto N° 250 de fecha 24 de septiembre de 2004, que aprueba Reglamento de la Ley en comento, el cual tampoco dentro de su texto original hizo mención a dicho criterio.

No obstante, cabe señalar que tanto la ley como el reglamento estuvieron expuestos a diversas modificaciones, la primera en 11 oportunidades y la segunda en 8. La última reforma legal se desarrollará en el apartado siguiente puesto que es la que ha significado un mayor cambio para este marco regulatorio.

Dentro de las modificaciones al reglamento, el Decreto N° 1.410, publicado en el Diario Oficial el 12 de mayo de 2015, dice relación con el ámbito de la sustentabilidad, pero enfocado principalmente a un aspecto social y económico, dado que tenía como objeto incluir en las compras públicas a las empresas de menor tamaño, propiciando el desarrollo local que enfrentan situaciones de pobreza, de alto desempleo, escasez de conectividad y capacidad productiva². Esto, es un primer acercamiento a la sustentabilidad independiente de que no se mencione el término en forma expresa y se encuentre en el reglamento y no en la ley, ya que da indicios a la trascendencia de considerar estos criterios al momento de contratar bienes y servicios por parte del Estado.

² Decreto 1410 que modifica decreto supremo N° 250, de 2004, que aprueba reglamento de la ley N° 19.886, de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, publicada en el Diario Oficial el 12 de mayo de 2015. Una de las modificaciones a las que se hace referencia este Decreto es en el artículo 10, el cual agrega la letra n), el cual señala: "Cuando se trate de adquisiciones inferiores a 10 UTM, y que privilegien materias de alto impacto social, tales como aquellas relacionadas con el desarrollo inclusivo, el impulso a las empresas de menor tamaño, la descentralización y el desarrollo local, así como aquellas que privilegien la protección del medio ambiente, la contratación de personas en situación de discapacidad o de vulnerabilidad social. (...)".

* Profesora de Derecho Administrativo de la Universidad de Talca. Abogada. Magíster en Derecho, mención en Derecho Administrativo. ORCID 0009-0004-9081-8400.

¹ Historia de la Ley 19.886.

Artículo recibido el 08 de diciembre de 2024 y aceptado el 09 de diciembre de 2024

2. Antecedentes de la modernización de la Ley N° 19.886. Enfoque de sustentabilidad.

La reforma de la Ley N° 21.634 moderniza la Ley N° 19.886 y otras leyes para mejorar la calidad del gasto público, aumentar los estándares de probidad y transparencia e introducir principios de economía circular en las compras del Estado. De este modo, es posible observar varios artículos que hablan directamente acerca de la sustentabilidad, por lo que se revisarán ciertos hitos de relevancia dentro de la discusión legislativa, a objeto de identificar el momento y el por qué se incorpora en dicha normativa.

a) Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados. Mensaje Presidencial

Con fecha 30 de marzo de 2021, se remite mensaje presidencial, en cuyos antecedentes y fundamentos, entre otros, se encuentran "La Adaptación de Chile al Cambio Climático y la necesidad de aumentar el gasto por innovación", el cual alude a que se debe entregar mayor sustentabilidad en la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado para entregar mejor calidad en las prestaciones públicas con el debido cuidado del medio ambiente³.

Por otra parte, dentro del proyecto inicial se contemplaban como nuevos aspectos a considerar en los procedimientos de contratación, específicamente en las bases de licitación, el ciclo completo de vida del bien, servicio u obra y su sustentabilidad ambiental. No obstante, estos criterios no quedan en el texto definitivo, estableciéndose como principios a los cuales deben propender los organismos del Estado.

De este modo, se da cuenta que no existe un mayor desarrollo sobre este criterio dentro del mensaje presidencial y del proyecto de ley original.

b) Segundo Trámite Constitucional: Senado. Primer Informe de Comisión de Economía.

Con fecha 29 de noviembre de 2021, se efectuó el Primer Informe de Comisión de Economía, en donde se abordaron diferentes aspectos del proyecto de ley, por diferentes exponentes especialistas en la materia, entre ellos la ex Directora de ChileCompra, doña Trinidad Inostroza, quien opinó que: *"la contratación pública persigue satisfacer oportu-*

*namente las necesidades de las instituciones públicas y de la ciudadanía y se rige por los principios de libre acceso a las licitaciones, de competencia, de publicidad y transparencia de los procedimientos, de igualdad de trato y no discriminación, de probidad, de valor por dinero que consiste en la eficiencia, eficacia y economía en el uso de los recursos públicos y en la gestión de las contrataciones, y la mejor relación costo beneficio en las adquisiciones y de sustentabilidad para contribuir al desarrollo económico, social y ambiental."*⁴

Lo que esta experta comentó sobre este punto, luego pasó a incorporarse en forma prácticamente textual como parte del artículo 2 bis de la ley, siendo un momento de suma importancia para la discusión posterior que terminaría en el texto definitivo de la ley, pues marca un antes y un después para la sustentabilidad, ya que se establece, al menos hasta esta instancia, como objetivo y principio.

c) Segundo Trámite Constitucional: Senado. Boletín de indicaciones.

Con fecha 03 de marzo de 2022, se efectuaron indicaciones del Ejecutivo y de Parlamentarios. En dicha instancia, se incorporó directamente el artículo 2° bis por los Honorables Senadores señora Carvajal y señores Elizalde y Pizarro, estableciéndolo como objetivo y principio, según lo ya citado en el punto anterior.

Asimismo, dentro del proyecto se hablaba de "sustentabilidad ambiental", siendo eliminada la expresión "ambiental", indicado por los mismos legisladores antes mencionados, quienes, además, abordaron los poderes de ChileCompra, refiriendo que se deberán impartir instrucciones obligatorias de general aplicación, de manera de robustecer la probidad, transparencia y sustentabilidad, entre otros.

Del mismo modo, los Senadores establecieron el Plan Anual Estratégico, debiendo considerarse en éstos, entre otros, criterios de sustentabilidad. En este sentido, sí hubo discusión, pues S.E. el Presidente de la República refirió que el plan anual deberá elaborarse con "criterios de sustentabilidad ambiental"⁵, es decir, agrega el concepto "ambiental", lo cual finalmente no es recogido en el texto final.

Por añadidura, el Presidente, indica que en el art. 6° se debe incorporar la frase "trans-

³ Historia de la Ley N° 21.634. p. 7.

⁴ Historia de la Ley N° 21.634. Segundo Trámite Constitucional: Senado. Primer Informe de Comisión de Economía.

⁵ Historia de la Ley N° 21.634. Segundo Trámite Constitucional: Senado. Boletín de indicaciones.

parencia, sustentabilidad”, en cuanto a objetivos que deben cumplir los órganos del Estado. Así también, suma un nuevo capítulo, a fin de crear el Comité de Innovación y Sustentabilidad en las Compras Públicas, el cual dentro de sus funciones tendría el determinar aquellas necesidades públicas que podrían ser satisfechas incorporando criterios de esta índole.

Por otro lado, con fecha 16 de marzo de 2022, se desarrolló el segundo boletín sin modificación alguna en este aspecto; en el tercer boletín de fecha 15 de julio de 2022 se mantuvo en términos generales, salvo los comentarios de los Senadores, nuevamente, señora Carvajal y señores Elizalde y Pizarro, quienes optaban para que el nuevo capítulo se llamara “De la promoción de la Innovación en el Sistema de Compras Públicas” y no de la creación de este Comité ya señalado. Con todo, en el Boletín de indicaciones de fecha 29 de julio de 2022, se mantiene el nombre del capítulo: Comité de Compras Públicas de Innovación y Sustentabilidad.

Lo anterior es de gran relevancia, ya que a través de este Comité se asesorará al Estado y a ChileCompra sobre aquellas necesidades públicas que pueden ser satisfechas con ciertos bienes y servicios de carácter sustentable.

- d) Segundo Trámite Constitucional: Senado. Segundo Informe de Comisión de Economía.

Con fecha 26 de mayo de 2023, se desarrolló el Segundo Informe de Comisión de Economía. En esta instancia el Ministro respectivo, don Nicolás Grau Veloso, efectuó la presentación del nuevo paquete de indicaciones referente al último capítulo “De la promoción de la participación de las empresas de menor tamaño y las cooperativas en el Sistema de Compras Públicas”, señalando que los procedimientos de Trato directo o Contratación directa con Publicidad procederán cuando se traten de empresas de menor tamaño (inferiores a 30 UTM), que favorezca el elevado contenido social y sustentabilidad ambiental⁶, entre otras, cuestión relevante que fue incorporada posteriormente en el texto final de la ley.

Este hito, es esencial ya que se alude directamente a la sustentabilidad en sus tres aspectos, esto es: económico, social y ambiental, empero, solo se contempla en un procedimiento específico, es decir, en el de Trato

Directo o Contratación directa con Publicidad, cuestión que igualmente se podría ampliar a otros de mayor envergadura.

Por otra parte, es muy interesante que, dentro de la discusión, hiciera una presentación la presidenta de la Asociación Chilena de Municipalidades y alcaldesa de Peñalolén de la época, doña Carolina Leitaó, quien señala que el artículo 6° del proyecto establece que se deben agregar a las bases de licitación consideraciones del ciclo completo de vida del bien, servicio u obra y sustentabilidad ambiental. Al respecto, ella estimaba que el tenor era facultativo, siendo que aquella debía ser obligatoria para dar cumplimiento a la normativa internacional a la que Chile está adscrita y que, por tanto, es plenamente vinculante.

Por último, la asesora del Ministerio de Hacienda, doña Gabriela Rodríguez, planteó, dentro de la discusión, que debería plasmarse la palabra sustentabilidad sin agregar el concepto “ambiental”, ya que aquella incluye a ésta, siendo más amplia y abarcando más aspectos relevantes. Coinciden, en este sentido, los Senadores mencionados en el literal c), estableciendo este criterio como un elemento y objeto esencial.

3. Criterios de sustentabilidad en la Ley N° 21.634

Con la Ley N° 21.634, nacen a la vida jurídica, entre otras, normas relacionadas con compras y contrataciones públicas que aluden a la sustentabilidad. A continuación, se hará mención a algunas de ellas en consideración a su relevancia:

- a) Se incorpora el artículo 2° bis, que señala: “La contratación pública persigue satisfacer oportunamente las necesidades de las instituciones públicas y de la ciudadanía. Se rige por los principios de libre acceso a las licitaciones, de competencia, de publicidad y transparencia de los procedimientos, de igualdad de trato y no discriminación, de probidad, y de valor por dinero. Este último consiste en la eficiencia, eficacia y economía en el uso de los recursos públicos y en la gestión de las contrataciones, y la mejor relación costo beneficio en las adquisiciones. Asimismo, se promoverá la participación de empresas de menor tamaño y la incorporación de manera transversal de criterios de sustentabilidad para contribuir al desarrollo económico, social y ambiental.”.

⁶ Historia de la Ley N° 21.634. Segundo Trámite Constitucional: Senado. Segundo Informe de Comisión de Economía.

En este artículo se expresa la sustentabilidad como objeto y principio en la contratación pública, manifestándolo en forma expresa, directa e indubitada⁷. Del artículo se desprende que efectivamente la sustentabilidad es un criterio que se debe considerar en forma transversal, es decir, se debe aplicar en todos los procedimientos, no obstante, la intensidad de esa aplicación dependerá del objeto de contratación y de la planificación anual de cada organismo del Estado.

b) En relación con las bases de licitación, en el artículo 6° se agrega un inciso final que queda de la siguiente manera: “(...) los organismos del Estado deberán propender a la probidad, eficacia, eficiencia, competencia, transparencia, sustentabilidad y ahorro en sus contrataciones”⁸.

La sustentabilidad se establece como principio, el cual fue incorporado por esta reforma, debiendo todos los organismos direccionarse a que dentro de las bases de licitación de bienes o servicios que pretenden contratar, se establezcan ciertos requisitos, especificaciones y/o criterios que tengan un impacto real en lo económico, social y ambiental.

c) Se modifica el artículo 12°, estableciendo en el inciso 2° lo siguiente: “Para elaborar su plan anual cada institución deberá utilizar los procedimientos de contratación (...) y considerar las necesidades públicas a satisfacer, su plan estratégico de desarrollo, sus adquisiciones habituales, el presupuesto asignado y criterios de sustentabilidad y eficiencia en el uso de recursos públicos (...)”.

Este aspecto es esencial, ya que gran parte de cómo se aplicará este criterio dependerá de la planificación anual de cada organismo del Estado, toda vez que entrega una orden al señalar que deberá utilizar, entre otros, criterios de sustentabilidad, es decir, existe una obligación⁹ de que las instituciones puedan incorporar este aspecto de relevancia y que los proveedores tomen conocimiento anticipadamente de las demandas del mercado con sus respectivos requisitos para adaptarse a ellos.

d) Por su parte, el artículo 7° con relación a los procedimientos especiales dispone que: “(...) Estos procedimientos persiguen objetivos particulares, como son la promoción de las empresas de menor tamaño y proveedores locales, los de probidad, eficacia, eficiencia, innovación, ahorro, competencia, sustentabilidad y acceso. (...)”. En el mismo sentido, el artículo 60 en relación al procedimiento de Trato directo o Contratación directa con publicidad señala que procederá: “(...) cuando se trate de adquisiciones inferiores a 30 unidades tributarias mensuales, y que privilegien materias de alto impacto social, tales como el impulso a las empresas de menor tamaño, incluidas aquellas lideradas por mujeres, los proveedores locales, la descentralización y la sustentabilidad ambiental. (...)”

Estos artículos se analizan en forma conjunta, pues ambos aluden a procedimientos de contratación, siendo materializaciones de la transversalidad del criterio de sustentabilidad. El art. 7° lo hace al señalar de forma expresa que, entre otros, la sustentabilidad se persigue como objetivo en los procedimientos especiales, los cuales la misma ley define; y el 60, al señalar que se privilegian materias como la sustentabilidad ambiental en materia de contratación directa con publicidad.

e) Respecto de las funciones de la Dirección de Compras y Contrataciones Públicas, se agregan en el artículo 30, la letra i) y j), los cuales rezan: “i) Proponer al Ministerio de Hacienda políticas públicas sobre las compras y contrataciones regidas por esta ley, que promuevan la eficiencia, la transparencia, la probidad, la competitividad, la sustentabilidad y buenas prácticas en ellas. j) Impartir instrucciones obligatorias, de general aplicación, conducentes a fortalecer la probidad, la transparencia, la eficiencia, la sustentabilidad y la competitividad en los procesos de contratación pública de los organismos (...)”

Ha existido un consenso transversal de que se requiere un ChileCompra más robustecido¹⁰, por ello, la adición de estas nuevas funciones en materia de sustentabilidad es un avance, ya que puede incidir a su favor en las políticas públicas

⁷ LAZO y CASTRO 2024, 127.

⁸ Ley N° 21.634.

⁹ LAZO y CASTRO 2024, 133.

¹⁰ LAZO y MIRANDA 2024.

que adopte el Ministerio de Hacienda en contrataciones públicas y, puede impartir instrucciones vinculantes que consideren a aquel criterio, entre varios otros, lo que implicaría por ejemplo, que en vez de dictar directivas que son meras orientaciones, pueden sustituirlas por directrices obligatorias a los organismos del Estado.

Lo anterior, implica que la Dirección de Compras y Contrataciones Públicas influirá en una doble dimensión para materializar este criterio sustentable, resguardando su consideración y aplicación para que no quede en letra muerta de la ley.

f) Asimismo, se adiciona el Capítulo VIII que crea el Comité de Compras Públicas de Innovación y sustentabilidad. En este sentido, el Art. 41 establece: *“Este Comité tendrá como función principal asesorar al Estado y a la Dirección de Compras y Contratación Pública en las compras públicas de innovación, que involucran procesos de investigación y desarrollo, así como en la determinación de aquellas necesidades públicas que podrían ser satisfechas a través de bienes o servicios que incorporen innovación o criterios de sustentabilidad (...)”*

La creación de este Comité es un paso hacia adelante en materia de sustentabilidad, pues jugará un papel protagónico en la modernización y mejora en los procesos de compras públicas, estando alineado con las demás entidades que influyen directamente en esta materia como es ChileCompra. Si bien su implementación está por verse, existen altas expectativas sobre el aporte que puede significar para las compras públicas estratégicas.

4. Comentarios finales

El objeto de investigación de esta crónica es cómo el criterio de sustentabilidad se fue incorporando a la Ley de Contratos de Suministro y Prestación de Servicios, dándose cuenta que antes del año 2023, no existía en la ley, apareciendo recién en el año 2015 en la modificación del reglamento, pero ni siquiera de forma expresa, sino solo aludiendo a aspectos sociales y económicos en las compras públicas.

No es sino hasta la reforma de la Ley N° 21.634 que se incorpora este criterio en diversos artículos, según lo expuesto en el acápite anterior, pero es importante señá-

lar que en la iniciativa de ley se hablaba de “sustentabilidad ambiental”, sin desarrollar el concepto ni sus alcances. Desde ahí, surge la relevancia de la discusión parlamentaria y de lo que se consideró en ésta, pues fueron los informes de la Comisión Económica, donde a través de opiniones de expertos en el área, se estableció la necesidad de incorporar la sustentabilidad como objetivo y principio.

Es más, no solo se logró instalar a dicho criterio como un aspecto trascendental en la ley, sino que también se logró diferenciar sustentabilidad de sustentabilidad ambiental, como se propuso en su oportunidad, ya que aquella es mucho más amplia, al abarcar por sí sola el ámbito económico, social y ambiental.

Por otro lado, no puede dejar de señalarse que lo que ocurrió con esta reforma, no es más que el cumplimiento por parte del Estado de Chile, de las obligaciones que había asumido por sí mismo al estar adscrito a tratados internacionales sobre la materia.

Por último, recién a finales de 2024 entrarán en vigor dichas normativas, por lo que es importante hacer seguimiento a la aplicación de las normas de sustentabilidad, haciendo presente que tanto la academia como los organismos públicos y los proveedores están expectantes al respecto.

Bibliografía citada

- LAZO VITORIA, Ximena y CASTRO FUENTES, Camila (2024): “Contratación Pública Sostenible en la Ley N° 21.634 que moderniza la Ley de Compras Públicas”, en: CASTRO FUENTES, Camila [coord.], Nueva Ley de Compras Públicas. Estudio sistemático y práctico de la Reforma a la Ley N° 19.886 (Santiago, Editorial Thomson Reuters) pp. 111-160.
- LAZO VITORIA, Ximena y MIRANDA ZÚNIGA, Ricardo (2024), “Una ‘nueva’ Ley de compras públicas para Chile”, Observatorio de Contratación Pública. en: <https://www.obcp.es/opiniones/una-nueva-ley-de-compras-publicas-para-chile> [Fecha de consulta: 5 diciembre 2024].
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2003), Historia de la Ley N° 19.886 <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5860/> [fecha de consulta: 3 diciembre 2024].
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023), Historia de la Ley N° 21.634. <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/8245/> [fecha de consulta: 4 diciembre 2024].
- Decreto N° 250, que aprueba reglamento de la Ley N° 19.886 de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios. Diario Oficial, 24 septiembre 2004.
- Decreto N° 1.410, modifica Derecho Supremo No 250, de 2004, que aprueba Reglamento de la Ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servi-

- cios. del Ministerio de Hacienda. Diario Oficial, 12 mayo 2015.
- Ley N° 19.886, de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios. Diario Oficial, 30 julio 2003.
- Ley N° 21.634, moderniza la Ley N° 19.886 y otras leyes, para mejorar la calidad del gasto público, aumentar los estándares de probidad y transparencia e introducir principios de economía circular en las compras del Estado. Diario oficial, 11 diciembre 2023.