

Santiago, trece de mayo de dos mil veinte.

**Vistos:**

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de su fundamento quinto, que se elimina.

**Y se tiene en su lugar y, además, presente:**

**Primero:** Que Diego Messen Gaete, en representación de Nutriplus Alimentación y Tecnología S.A., dedujo recurso de protección en contra de la Junta Nacional de Auxilio y Becas (JUNAEB) impugnando la Resolución Exenta N° 222 de 6 de febrero del año 2019, que dispuso la contratación por trato directo, conforme a lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley N° 19.886 y artículo 10 N° 3 de su Reglamento, del contrato denominado "Servicio de Suministro de Raciones Alimenticias para los Beneficiarios de los Programas de Alimentación Escolar y Programa de Alimentación de Párvulos para los años 2019, 2020, 2021 y hasta febrero de 2022" con diversas empresas individualizadas en la precitada resolución; acto que, según acusa, transgrede las garantías fundamentales de que es titular, consagradas en el artículo 19 N° 3 inciso quinto y N° 24 de la Constitución Política de la República.

**Segundo:** Que el acto impugnado es la Resolución Exenta N° 222 de 6 de febrero de 2019 dictada por el Director de la Junta Nacional de Auxilio y Becas, que "*califica situación de urgencia y autoriza la contratación mediante trato directo del servicio que indica; aprueba términos de*



*referencia administrativos, técnicos operativos y anexos, para el servicio de suministro de raciones alimenticias para los beneficiarios de los Programas de Alimentación Escolar y Programa de Alimentación Párvulos para los años 2019, 2020, 2021 y hasta febrero de 2022”.*

Según se advierte del texto de la resolución, su fundamento principal radica en la calificación como caso de “urgencia” de la necesidad de contar con los aludidos servicios, considerando la proximidad del inicio del año escolar y el deber de asegurar la continuidad de los servicios (Considerando 19°), y la imposibilidad de retrotraer el procedimiento administrativo a la etapa de evaluación y calificación de las ofertas presentadas por los oferentes, entre otras razones, debido a presuntos incumplimientos de las bases y anexos por parte de algunos de los oferentes (Considerando 21). Así, luego de invocar los dictámenes de la Contraloría General de la República N°s 2236 de 1972, 7386 de 1986, 29.058 de 1999, 6624 de 2002 y 52.018 de 2007 (Considerandos 23 y 24), además del artículo 3 de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado, el artículo 8 de la Ley N° 19.886, y el artículo 10 N° 3 del Reglamento de este último cuerpo legal, la recurrida resuelve la contratación de los servicios bajo la modalidad de trato directo, asignándolos a los proveedores Sociedad Administradora de Casinos y Servicios Aliservice S.A.



Distribuidora de Productos Alimenticios S.A., Servicios Alimenticios Hendaya S.A.C. Las Dalias Alimentación SpA Salud y Vida S.A. y Sociedad de Servicios de Alimentación SOSER S.A., *"en virtud de que dichos proveedores resultaban ser los que ofrecían características más convenientes desde el punto de vista de su confiabilidad, capacidad técnica y oferta económica, mejorando las condiciones actuales de prestación de servicios en las UT objeto de la contratación, lo que se traduce, en definitiva, en un mejor servicio"* (Considerando 25).

**Tercero:** Que de lo expuesto por las partes y los antecedentes allegados al proceso resulta posible establecer para los efectos de la presente acción cautelar, lo siguiente:

**A.-** Con fecha 2 de octubre de 2018 JUNAEB publicó en el portal electrónico de Mercado Público, la Resolución Afecta N° 10 de 3 de septiembre del mismo año, por la cual se publicaron las Bases Administrativas del proceso de licitación pública ID 85-27-LR18, debidamente aprobadas por la Contraloría General de la República, a fin de contratar el "Servicio de Suministro de Raciones Alimenticias para los Beneficiarios de los Programas de Alimentación Escolar y Programa de Alimentación de Párvulos para los años 2019, 2020, 2021 y hasta febrero de 2022".



**B.-** Según consta en detalle de apertura, participaron 24 oferentes, entre ellos la sociedad recurrente, aceptándose 23 de las propuestas.

**C.-** Nutriplus Alimentación y Tecnología S.A. mantenía, a esa época, un contrato vigente con JUNAEB denominado "Contrato de Prestación de Servicios de Suministro de Raciones Alimenticias" de fecha 19 de febrero de 2016, por el cual se adjudicó un anterior llamado a licitación, respecto de las unidades territoriales 1001, 1002 y 1003 de la Décimo Región.

**D.-** Por Resolución N° 39 de 21 de diciembre de 2018, la Comisión Evaluadora adjudicó la licitación a la Sociedad Distribuidora de Casinos y Servicios Aliservice S.A.; a Salud y Vida S.A.; a Distribuidora de Alimentos S.A.; a Sociedad de Servicios de Alimentación Soser S.A.; y a Las Dalias S.A.

**E.-** La Contraloría General de la República, con fecha 8 de enero de 2019 y por medio del Oficio N° 452, representó la resolución de adjudicación por no ajustarse a derecho respecto de dos empresas que fueron excluidas del proceso, por cuanto los antecedentes no aportados por ellas (Anexo N° 2 de las Bases) no constituía causa legal de exclusión. JUNAEB pidió la reconsideración del oficio, desestimándose el arbitrio a través de Oficio N° 452 de 2019.



**F.-** Posteriormente, mediante Oficio N° 1736 de 18 de enero de 2019, el órgano de control tomó razón con alcance de la Resolución N° 39, pues en virtud del numeral 15.1 de las Bases (relativo a la celebración del contrato) se debía verificar en forma previa a la celebración del contrato con una de las adjudicadas, la composición societaria de una empresa relacionada.

**G.-** El 24 de enero de 2019 JUNAEB dictó la Resolución N° 154, que dejó sin efecto la citada Resolución N° 39, retrotrayendo la licitación a la etapa de evaluación de las ofertas, para lo cual se constituyó nuevamente la Comisión Evaluadora.

**H.-** El 28 de enero de 2019 se publicó en el portal de Mercado Público la Resolución Exenta N° 163 de 25 de enero del mismo año, por medio de la cual JUNAEB decidió declarar desierta la línea N° 1 del proceso licitatorio ID 85-27-LR18, expresando como fundamento que "dadas las nuevas reclamaciones, la ausencia de información suficiente, el volumen y complejidad de los antecedentes a analizar, sumado al hecho que dicha información deba suministrarse por los mismos denunciados, este servicio se encuentra imposibilitado de realizar un proceso de análisis completo y acabado -dentro de los plazos que permitan cumplir la finalidad de la licitación, (...) que permita arribar a la conclusión de si los oferentes han o no omitido información



del Anexo N° 2, y con ello incumplido lo exigido en las bases de licitación”.

**I.-** Por Resolución Exenta N° 222 de 6 de febrero de 2019, el Director de JUNAEB procedió a dictar la resolución impugnada en estos autos.

**Cuarto:** Que, como cuestión previa, la oportunidad es propicia para abordar el problema de la competencia del Tribunal de Contratación Pública (TCP) para conocer de estas materias, conforme con lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley N° 19.886 y su Reglamento, sin perjuicio de las reglas contenidas en el Auto Acordado sobre funcionamiento del Tribunal de Contratación Pública, cuyo texto refundido se encuentra fijado en el Acta N° 16-2011 de esta Corte Suprema.

**Quinto:** Que, en lo que importa al recurso, el artículo 24 de la Ley N° 19.886 dispone que: *“El Tribunal será competente para conocer de la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por esta ley”*. El inciso segundo agrega: *“La acción de impugnación procederá contra cualquier acto u omisión ilegal o arbitrario que tenga lugar entre la aprobación de las bases de la respectiva licitación y su adjudicación, ambos inclusive.*

**Sexto:** Que, atendido el tenor literal del inciso 2° del artículo 24 de la Ley N° 19.886, tanto la doctrina como



la jurisprudencia del Tribunal de Contratación Pública han entendido que la modalidad de contratación directa estaría excluida de su ámbito competencial, toda vez que el legislador parece circunscribir la acción de impugnación "*a cualquier acto u omisión ilegal o arbitrario que tenga lugar entre la aprobación de las bases de la respectiva licitación y su adjudicación, ambos inclusive*". Como se advierte, la competencia del TCP parece estar constreñida, en principio, a aquellas modalidades de contratación que incluyen la licitación (licitación pública y licitación privada), cuyo no es el caso del trato directo y tampoco del Convenio Marco, los que no incluyen la etapa licitatoria.

**Séptimo:** Que, no obstante lo anterior, esta Corte ha resuelto que: "*Que como surge de la debida inteligencia de las normas citadas, la competencia del Tribunal de Contratación Pública se refiere a la impugnación de los actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, que se hayan verificado con ocasión de los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por la Ley N° 19.886, vale decir, de aquellos que deben regirse, en lo fundamental, por los principios de libre concurrencia e igualdad de los oferentes y de estricta sujeción a las bases, contenidos en los artículos reproducidos en la consideración precedente*". (CS Rol N°



13.972-2023, "Sonda S.A. con Servicio de Registro Civil e Identificación", Considerando 15°).

Por su parte, el artículo 5 de la Ley N° 19.886 dispone que: *"La Administración adjudicará los contratos que celebre mediante licitación pública, licitación privada o contratación directa. La licitación pública será obligatoria cuando las contrataciones superen las 1.000 unidades tributarias mensuales, salvo lo dispuesto en el artículo 8° de esta ley"*. El artículo 7 agrega: *"Para efectos de esta ley se entenderá por: (...) c) Trato o contratación directa: el procedimiento de contratación que, por la naturaleza de la negociación que conlleva, deba efectuarse sin la concurrencia de los requisitos señalados para la licitación o propuesta pública y para la privada. Tal circunstancia deberá, en todo caso, ser acreditada según lo determine el reglamento"*

Por último, el artículo 52 del Decreto Supremo N° 250 de 2004 del Ministerio de Hacienda que aprueba el Reglamento de la Ley N° 19.886, inserto en el Capítulo VI: *"Del trato o contratación directa"* preceptúa que: *"Las normas aplicables a la Licitación Pública y a la Licitación Privada se aplicarán al Trato o Contratación Directa, en todo aquello que atendida la naturaleza del Trato o Contratación Directa sea procedente"*.

**Octavo:** Que la contratación pública se rige por los principios informadores generalmente aplicables a todo





procedimiento de este tipo, como son: escrituración, gratuidad, celeridad, conclusivo, economía procedimental, contradictoriedad, imparcialidad, no formalización, abstención, inexcusabilidad, impugnabilidad, transparencia y publicidad. En esta dirección, el principio de impugnabilidad previsto en los artículos 4 y 15 de la Ley N° 19.880 debe servir de orientación en la interpretación de las reglas de competencia establecidas en los incisos 1° y 2° del artículo 24 de la Ley N° 19.886.

**Noveno:** Que, así las cosas, considerando que el legislador no ha excluido de manera expresa la modalidad de trato directo dentro de la competencia del Tribunal de Contratación Pública; lo dispuesto en los artículos 5 y 7 de la Ley N° 19.886; el principio de impugnabilidad contemplado en los artículos 4 y 15 de la Ley N° 19.880; y que el artículo 52 del Reglamento de la Ley N° 19.886 hace aplicables a la contratación directa las normas de la licitación pública y de la licitación privada, en principio cabría reconsiderar la jurisprudencia del señalado Tribunal, sin perjuicio de reconocer que la materia en última instancia debe ser resuelta por el Legislador, toda vez que las reglas de competencia no sólo deben ser establecidas por la ley, sino que además han de ser claras, precisas y determinadas, a fin de no desbordar los límites impuestos por los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República.



**Décimo:** Que, despejado el punto anterior, lo que esta Corte debe resolver es si el acto impugnado cumple con los requisitos establecidos en el artículo 8 letra c) de la Ley N° 19.886 y en el artículo 10 N° 3 de su Reglamento. Tales exigencias son: a) Resolución fundada previa que autorice la procedencia de la contratación directa, dictada por el jefe superior del Servicio; b) Causa legal que justifique la contratación directa como mecanismo de contratación; y c) Que se acrediten las circunstancias de hecho que configuran la causa legal habilitante para la procedencia del trato directo.

**Undécimo:** Que en cuanto al primer requisito, éste se encuentra cumplido, en atención a que la Resolución Exenta N° 222 aparece suscrita por el Director de la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas, que es el jefe superior de dicho Servicio.

En lo que atañe al segundo de los presupuestos normativos, el acto impugnado invoca expresamente la causal establecida en el artículo 8 letra c) de la Ley N° 19.886, esto es, *"c) En casos de emergencia, urgencia o imprevisto, calificados mediante resolución fundada del jefe superior de la entidad contratante, sin perjuicio de las disposiciones especiales para casos de sismos y catástrofes contenidas en la legislación pertinente"*; precepto que es secundado por el artículo 10 del Reglamento de la Ley N° 19.886 que señala: *"Circunstancias en que procede la*



*Licitación Privada o el Trato o Contratación Directa: La Licitación Privada o el Trato o Contratación Directa proceden, con carácter de excepcional, en las siguientes circunstancias: (...) 3. En casos de emergencia, urgencia o imprevisto, calificados mediante resolución fundada del jefe superior de la entidad contratante, sin perjuicio de las disposiciones especiales para los casos de sismo y catástrofe contenida en la legislación pertinente".*

**Duodécimo:** Que, en lo relativo a la tercera de las exigencias, es preciso distinguir entre los hechos que constituyen la urgencia, emergencia o imprevisto en sí mismos, y las acciones u omisiones que les dieron origen. En tal sentido, la recurrente parece confundir una y otra situación, toda vez que un caso de "urgencia, emergencia o imprevisto" puede obedecer a múltiples factores, uno de los cuales es la negligencia del servicio público que dio origen a la situación excepcional que autoriza la modalidad de contratación directa. Si se examina con atención el libelo de autos, el reproche que se dirige en contra de JUNAEB no radica tanto en la situación de hecho que motiva la dictación de la Resolución Exenta N° 222 de 6 de febrero de 2019 (la cercanía del inicio del año escolar y la imposibilidad de evaluar las ofertas debido a la estrechez del plazo y a la complejidad y volumen de los antecedentes), sino que se funda en hechos anteriores a la dictación de la resolución -propios de la etapa licitatoria



y, por lo tanto, de competencia del Tribunal de Contratación Pública-, y en hechos posteriores en tanto la Administración decidió contratar directamente con empresas que, a juicio de la recurrente, no cumplían con los requisitos establecidos en las Bases para adjudicarse la licitación.

**Décimo tercero:** Que, sin embargo, no puede soslayarse que en el caso de marras se está en presencia de una facultad discrecional que es entregada por el legislador a la Administración, quien tiene la potestad de determinar, tras realizar un examen de conveniencia y de mérito, la contratación directa en la forma dispuesta en el artículo 8 letra c) de la Ley N° 19.886 y en el artículo 10 N° 3 de su Reglamento.

Ahora bien, la discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad. En efecto, en doctrina se distingue entre el ejercicio de facultades regladas y facultades discrecionales. En las primeras toda la actuación previa al nacimiento de un determinado acto administrativo se encuentra prevista y determinada en la ley, por lo que la autoridad debe ceñirse estrictamente a ella tanto al verificar los supuestos de hecho como en el procedimiento que determina la decisión, que está igualmente regulada en relación a la situación fáctica que la origina. En cambio, en el ejercicio de las facultades discrecionales, la Administración goza de cierto ámbito de libertad al momento



de adoptar la decisión. Interesa destacar que en este último caso, indudablemente existen etapas regladas, toda vez que debe existir norma expresa que entregue a un órgano determinado la libertad para decidir, ante precisos supuestos de hecho.

Tanto el ejercicio de la potestad reglada como la discrecional, está sujeta a los límites que determina su control por parte de la judicatura, desde que todo acto administrativo debe cumplir con las exigencias previstas en la ley, razón que determina la necesidad de verificar la existencia de los elementos intrínsecos de todos los actos de tal naturaleza. En efecto, la facultad discrecional sólo puede ser ejercida con fines públicos, pues de lo contrario se incurre en la denominada desviación de fin o poder.

Asimismo, los tribunales de justicia están habilitados para realizar un control de razonabilidad de la decisión, toda vez que no es admisible que una autoridad ejerza la facultad acudiendo al sólo capricho.

**Décimo cuarto:** Que en ese contexto jurídico, resulta que el acto impugnado no es ilegal, por cuanto se funda en lo dispuesto en el artículo 8 letra c) de la Ley N° 19.886 y en el artículo 10 N° 3 de su Reglamento; y tampoco es arbitrario, toda vez que explicita las razones por las que era necesario proceder a la contratación directa de los servicios por parte de la Administración, y no existe una negligencia manifiesta en la tramitación del procedimiento



licitatorio que haya puesto a JUNAEB en la encrucijada de tener que optar entre concluir la licitación u optar por el trato directo. De esta manera, el control judicial se agota al constatar que la recurrida se ha limitado a ejercer una facultad discrecional sin que se divise arbitrariedad en su ejercicio, motivo por el cual el recurso de protección no puede ser acogido.

**Décimo quinto:** Que tampoco puede ser atendida la alegación de la recurrente referida a la supuesta arbitrariedad en que habría incurrido la recurrida, al no extender la vigencia de los contratos adjudicados a ella y a otras empresas en un proceso licitatorio anterior, toda vez que nuevamente se está en presencia de una potestad discrecional que la autoridad, dentro de las facultades que le otorga la ley, ha decidido no emplear, optando -como se dijo- por la contratación directa.

**Décimo sexto:** Que, por último, el artículo 8° letra c) de la Ley N° 19.886 contempla una sanción para el jefe superior del Servicio que ha calificado indebidamente una situación de hecho como de urgencia, emergencia o imprevisto; la que incluso es compatible con otras medidas disciplinarias que pueda imponérsele de acuerdo a las reglas generales. Así las cosas, el mismo legislador ha previsto la posibilidad de un empleo inadecuado de la causal en comento, endosando la correspondiente responsabilidad administrativa al jefe superior del



Servicio, sin perjuicio de las demás acciones conforme al ordenamiento jurídico.

Por estas consideraciones y de conformidad con lo que disponen el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de esta Corte Suprema sobre la materia, **se confirma** la sentencia apelada de diecinueve de junio de dos mil diecinueve, sin perjuicio de otros derechos.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo de la Ministra señora Repetto.

Rol N° 18.454-2019.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G., y Sra. María Angélica Repetto G., y los Abogados Integrantes Sr. Álvaro Quintanilla P., y Sr. Pedro Pierry A. No firman, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, la Ministra señora Repetto por estar con licencia médica y el Abogado Integrante señor Pierry por estar ausente. Santiago, 13 de mayo de 2020.



En Santiago, a trece de mayo de dos mil veinte, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

