

Nº 14
Segundo trimestre
2018

Gabilex

REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

**REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

Número 14. Junio 2018

**Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo
Blanch**

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO y DULCINEA

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia Primera

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gablex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.

DIRECCIÓN

D^a Araceli Muñoz de Pedro

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

CONSEJO DE REDACCIÓN

D^a Belén López Donaire

Letrada Coordinadora del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

D. David Larios Risco

Asesor jurídico de la Organización Médica Colegial de España.

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en excedencia.

D. Jaime Pintos Santiago

Doctor en Derecho y Socio Fundador de la Consultoría en Contratación Pública Jaime Pintos.

Funcionario del Cuerpo Superior Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en excedencia.

COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha. Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Alvarez*".

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

D^a. Concepción Campos Acuña

Directivo. Público Profesional. Secretaria de Gobierno Local Ayuntamiento de Vigo.

D. Jordi Gimeno Bevia

Profesor Dr. Derecho Procesal la Universidad de Castilla-La Mancha. Director Académico de Internacionalización UCLM.

D. Jorge Fondevila Antolín

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y Justicia. Gobierno de Cantabria. Cuerpo de Letrados.

SUMARIO

EDITORIAL

El Consejo de Redacción	9
-------------------------------	---

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

LA RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS EN LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO, LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE.

D. Ángel Cea Ayala	15
--------------------------	----

LA CONSIDERACIÓN DE ASPECTOS AMBIENTALES Y SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. RÉGIMEN DE SU NUEVA REGULACIÓN.

D ^a Purificación López Toledo	47
--	----

COMENTARIO DE SENTENCIAS

COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SECCIÓN 6^a, 359/2018 DE 6 DE MARZO (REC. 4726/2016). CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA.

D ^a Antonia Gómez Díaz-Romo	101
--	-----

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE JUNIO DE 2018. SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA. RECURSO DE CASACIÓN NÚM. 210/2016.

D ^a Belén López Donaire	125
--	-----

SECCIÓN INTERNACIONAL

LAS UNIONES TEMPORALES DE PROVEEDORES (UTP) Y
LAS DIFICULTADES EXISTENTES EN TORNO A SU
IMPLEMENTACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA
CHILENA.

D^a Natalia Francisca Cáceres Luarte 145

BASES DE PUBLICACIÓN183

EDITORIAL

La Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha creó el Consejo Regional de Transparencia y Buen Gobierno para garantizar los derechos de acceso a la información pública, velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa y garantizar y promover la observancia de las disposiciones de buen gobierno en el ámbito de aplicación de aquella.

No obstante, la constitución efectiva del Consejo estaba pendiente del Reglamento que fuera aprobado por las Cortes de Castilla-La Mancha y se preveía que debería contener en todo caso, su estructura, competencias, organización y funcionamiento.

Pues bien, el pasado 29 de junio de 2018 se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes de Castilla-La Mancha el mencionado Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Regional de Transparencia y Buen Gobierno, lo que supone un hito importante en la decidida apuesta de nuestra Comunidad Autónoma por la transparencia y buen gobierno.

Ahora solamente queda desear que el mencionado órgano cuente con los medios personales y materiales para desarrollar sus importantes funciones, y especialmente que la elección de los miembros de la Comisión Ejecutiva recaiga en personas cualificadas en la materia que permitan impulsar este órgano en sus comienzos.

En efecto, estamos ante la puesta en marcha de un nuevo órgano, sus cimientos, y para ello no cabe duda que la correcta elección de las personas encargadas de ello va a ser esencial para su buen funcionamiento y devenir futuro, confiando plenamente que será así.

Por otro lado, resultará igualmente muy útil la labor que desarrolle la Comisión Consultiva del Consejo Regional de Transparencia y Buen Gobierno que se constituye como órgano colegiado de participación y consulta en materia de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y como órgano de apoyo y asistencia a la Comisión Ejecutiva del Consejo. En ese sentido, resulta muy positivo y acertado el carácter transversal de los sujetos que pueden formar parte del mismo (Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, Federación de Municipios y Provincias de Castilla-La Mancha, Universidad de Castilla-La Mancha, entidades representativas de consumidores y usuarios o de los intereses económicos y sociales...). Por ello, esperamos que todas estas instituciones y entidades tengan una participación muy activa lo que redundará, sin duda, en todos los ciudadanos/as castellano manchegos.

En definitiva, deseamos todo lo mejor a las personas que formen parte del Consejo Regional de Transparencia y Buen Gobierno en esta nueva andadura en defensa de unos de los grandes principios del siglo XXI, la transparencia y el buen gobierno.

EL CONSEJO DE REDACCIÓN

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

**SECCIÓN
INTERNACIONAL**

ARTÍCULOS DOCTRINALES

“LAS UNIONES TEMPORALES DE PROVEEDORES (UTP) Y LAS DIFICULTADES EXISTENTES EN TORNO A SU IMPLEMENTACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA CHILENA”

D^a Natalia Francisca Cáceres Luarte

Abogada Universidad de Chile, M.A International
Relations, Middlesex University, London.
Magister en Contratación Pública UCLM.
Asesora Programa Naciones Unidas para el Desarrollo y
World Resorces Institute. (Chile).

RESUMEN: El presente artículo tiene por objeto efectuar un análisis de la figura de la Unión Temporal de Proveedores en la legislación chilena, desde su inclusión a través de la modificación al Reglamento de Compras en 2015. Su escasa regulación sumado a la poca aplicación del mismo han mermado la relevancia de su figura en el ordenamiento jurídico nacional dificultando su aplicación práctica, por lo cual se propone la necesidad de efectuar modificaciones que permitan alcanzar el objetivo buscado por el legislador, promoviendo en definitiva el desarrollo de las micro y

pequeñas empresas en el ámbito de la contratación pública.

ABSTRACT: The present article has as its object to analyse the notion of Temporary Union of Vendors in the Chilean law, since its inclusion in the Procurement Act in 2015. Its scarce regulation, in addition to its limited application have diminished its importance, making its practical application very difficult. That is why reforms seem to be necessary so as to achieve the objective pursued by the legislator, thereby promoting the development of small and medium enterprises within the public procurement regime.

PALABRAS CLAVE: [Contratación Pública, Unión Temporal de Proveedores, Reforma, Modificaciones Legales, Igualdad de oferentes, Dirección de Contratación Pública].

KEY WORDS: [Public procurement, Temporary Union of Vendors, Reform, Legal Amendments, Equality of participants, Public Procurement Office].

SUMARIO:

1. Introducción
 - 1.1. Aspectos Preliminares.
 - 1.2. La Unión Temporal de Proveedores y su reconocimiento normativo.
 - 1.3. Recomendaciones de la Dirección de Contratación Pública.
2. Los problemas en la inclusión de UTP en los procesos de contratación chilena.
 - 2.1 Concentración de mercados y conductas colusorias.
 - 2.2. Igualdad de los oferentes.

- 2.3. Ausencia de regulación en aspectos relevantes del contrato.
3. Existencia de mecanismos similares en el Ordenamiento Jurídico español.
4. Conclusiones y/o recomendaciones.
5. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN.

1.1. Aspectos Preliminares

En los procesos de Contratación Pública, y particularmente en aquellos relacionados con las Compras Públicas, la promoción de aspectos como la transparencia, la participación y la economía en los procesos liderados por las administraciones y/o servicios públicos han sido ejes fundamentales para su desarrollo a nivel nacional e internacional. Incentivar la participación de oferentes en los procesos de contratación, no sólo da cuenta de la existencia de un mercado "sano", sino también revela la ausencia de favoritismos y contrataciones basadas en la plutocracia permitiendo la confianza en un mercado de adquisiciones que tanto para quienes participan de él como de quienes lo observan puede ser definido como transparente e inclusivo.

En este sentido, la Dirección de Compras y Contratación Pública chilena, ha abocado sus esfuerzos no sólo en reducir las eventuales barreras de entrada para la participación de las empresas en el mercado de la contratación pública, adoptando, entre otras medidas, la iniciativa de reducir las condiciones de ingreso necesarias para inscribirse en el portal web como

Proveedor del Estado, como asimismo promoviendo modificaciones legales a la Ley N° 19.886, de Bases de Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios – en adelante e indistintamente “Ley de Compras”- y su Reglamento, a través de la inclusión de disposiciones que fomentan la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYME, MYPES), por medio del fomento e introducción de incentivos a la participación de mujeres y personas con discapacidad, aspectos medioambientales, y también a través de la inclusión de mecanismos de participación de asociaciones de empresas, como lo es el caso de la Unión Temporal de Proveedores.

Cabe destacar también, que si bien a la fecha no existen desarrollos doctrinarios en materia de análisis y/o discusión de la figura de la Unión Temporal de Proveedores, la regulación y/o análisis que se realizan en el presente documento se derivan exclusivamente de las disposiciones normativas que la contienen y regulan, y asimismo la Directiva N°22 de la Dirección de Compras y Contratación Pública que recoge los esfuerzos de delimitar la participación de éstas organizaciones en los procesos de adquisiciones o contrataciones y asimismo establecer definiciones y límites respecto a la participación de las mismas.

Ciertamente, el nivel de desarrollo resulta cuanto menos insuficiente, particularmente si pretendemos utilizar este mecanismo como herramienta para fomentar la participación en los procesos de compra a través de la integración de más actores dentro del sistema, pero cabe reconocer que este desarrollo incipiente provee al menos de aspectos, características y/o criterios indispensables a ser cumplidos por las UTP, en caso de querer participar

en los diversos procesos de contratación pública convocados por la Administración.

1.2. La Unión Temporal de Proveedores y su reconocimiento normativo.

La Unión Temporal de Proveedores –de ahora en adelante e indistintamente UTP, o Unión Temporal-, corresponde a un mecanismo de participación introducido en la Ley N.º 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, y del Reglamento de Compras chileno - Decreto N.º 250- a través de la modificación legal introducida en el año 2015; definiéndola en el numeral 37, artículo 2 del Reglamento como una: *"asociación de personas naturales y/o jurídicas, para la presentación de una oferta en caso de licitaciones, o para la suscripción de un contrato, en caso de un trato directo"*.

En función de la disposición anterior, aparece de manifiesto la intención del legislador de fomentar la participación de una mayor cantidad de oferentes en los diversos procesos de contratación pública, permitiendo de esta forma que quienes deseen participar de éstos, puedan establecer acuerdos con otras empresas o personas naturales, permitiendo la presentación de una oferta conjunta con la finalidad de dar cumplimiento a los requisitos técnicos, administrativos y económicos exigidos en las correspondientes Bases de Licitación evitando la auto-exclusión por la ausencia de cumplimiento de alguno o algunos de los requisitos establecidos en las respectivas convocatorias o llamados. Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 67 bis, del ya citado Reglamento de Compras, va un paso más allá y nos otorga mayores detalles respecto a las

características y obligaciones que deben cumplir estas Uniones Temporales, señalando que:

- "Si dos o más proveedores se unen para el efecto de participar en un proceso de compra, deberán establecer, el documento que formaliza la unión, a lo menos, la solidaridad entre las partes respecto de todas las obligaciones que se generen con la Entidad y el nombramiento de un representante o apoderado común con poderes suficientes. Cuando se trate de adquisiciones inferiores a 1.000 UTM, el representante de la unión temporal de proveedores deberá adjuntar al momento de ofertar, el documento público o privado que da cuenta del acuerdo para participar de esta forma. Para contrataciones iguales o superiores al monto indicado, y sin perjuicio del resto de las disposiciones legales y reglamentarias que resulten aplicables, el acuerdo en que conste la unión temporal deberá materializarse por escritura pública, como documento para contratar, sin que sea necesario constituir una sociedad. Si la Entidad exige la inscripción en el Registro de Proveedores para suscribir el contrato, cada proveedor de dicha unión temporal deberá inscribirse.

Al momento de la presentación de las ofertas, los integrantes de la Unión determinarán qué antecedentes presentarán para ser considerados en la evaluación respectiva, siempre y cuando lo anterior no signifique ocultar información relevante para la ejecución del respectivo contrato que

afecte a alguno de los integrantes de la misma.

Las causales de inhabilidad para la presentación de las ofertas, para la formulación de la propuesta o para la suscripción de la convención, establecidas en la legislación vigente, afectarán a cada integrante de la Unión individualmente considerado. En caso de afectar una causal de inhabilidad a algún integrante de la Unión, ésta deberá decidir si continuará con el respectivo procedimiento de contratación con los restantes integrantes no inhábiles de la misma o se desiste de su participación en el respectivo proceso.

La vigencia de esta unión temporal de proveedores no podrá ser inferior a la del contrato adjudicado, incluyendo la renovación que se contemple en virtud de lo dispuesto en el artículo 12 de este Reglamento."

En relación a la disposición anterior, es posible desprender de la misma, los requisitos y/o consideraciones a las cuales deben dar cumplimiento quienes deseen participar de los procesos de contratación pública a través de esta figura. Conforme a ello, los requisitos para la conformación de una Unión Temporal de Proveedores serían los siguientes:

- a) Constar la unión en un documento de carácter formal, el cual en caso de corresponder a procesos o adquisiciones superiores a 1.000 Unidades

Tributarias Mensuales (U.T.M), la formalización de dicha unión debe constar en escritura pública.

b) Independiente del monto de la adquisición, no resulta (o resultaría) necesario constituir una sociedad.

c) Quienes integran la Unión Temporal, deben decidir que documentos serán presentados en la evaluación, evitando el ocultamiento de información relevante para la ejecución del contrato.

d) Las causales de inhabilidad que presenten alguno de quienes integren la Unión Temporal, no son traspasables a ésta, pudiendo decidir si se persevera o no en el proceso ya sea como Unión Temporal o bien como proveedor independiente hábil.

e) La extensión del acuerdo en el que conste la Unión Temporal debe considerar un periodo de tiempo que al menos incluya el periodo de vigencia del contrato adjudicado, más el periodo de renovaciones y/o extensiones contempladas en éste.

f) Existencia de una responsabilidad de carácter solidario de los miembros integrantes de la Unión Temporal de Proveedores.

No obstante la existencia de este reconocimiento y regulación de carácter normativo, su extensión y detalle es bastante acotado, quedando al arbitrio de las partes involucradas –particularmente en el órgano de la Administración que convoca al proceso- el

establecimiento de la forma y mecanismos a través del cual los proponentes interesados podrán participar del proceso, ya sea que la convocatoria corresponda a una licitación pública y/o contratación o trato directo, y si se permite o no la participación de Uniones Temporales. Una vez zanjado esto, emergen las dudas razonables en cuanto al mecanismo bajo el cual se acreditará la experiencia de quienes integran la Unión, cómo o quiénes deberán tomar la boleta de garantía de seriedad de la oferta; quien o quienes serán responsables en caso de incumplimiento, y lo que parece más complejo aún, respecto a la forma de integración de estas Uniones Temporales y si ellas pueden o podrían eventualmente ser integradas por empresas de mayor tamaño o participación en el mercado, o si dicha posibilidad podría o no mermar el acceso de pequeñas y medianas empresas en estos procesos y convocatorias.

1.3. Recomendaciones de la Dirección de Contratación Pública.

Tal como ha ocurrido en situaciones anteriores – y recogiendo a modo de ejemplo lo ocurrido en materia de regulación en materia de contratación pública de aspectos como la participación de personas con discapacidad, políticas de género, criterios medioambientales, etc.¹- la Dirección de Compras y

¹ Para mayor información al respecto, remitirse a los artículos en materia de cláusulas medioambientales e igualdad de género, publicados conjuntamente por la autora y el Doctor Jaime Pintos Santiago en la revista Contratación Administrativa Práctica, correspondientes al periodo junio-julio 2017.

Contratación Pública, en ejercicio de las atribuciones reconocidas en el artículo 30, letra a) de la Ley de Compras, y en el artículo 104 bis del Reglamento, tiene la facultad de emitir lineamientos y/o recomendaciones de buenas prácticas, con la finalidad de facilitar una mejor gestión en los procesos de compra.

En virtud de ello, la Dirección de Compras, a través de la Directiva N° 22, de 2015², regula aspectos poco claros o no considerados expresamente en la modificación de la Ley y el Reglamento de Compras del año 2015, recogiendo la relevancia del carácter transitorio de la Unión Temporal de Proveedores en cuanto a su existencia -la que se entiende acotada para el proceso al cual postula, y por ende sólo perdura mientras perdure el servicio contratado o adjudicado- y la ausencia de formalidades, lo cual deriva en la mayor facilidad existente para su conformación. El referido documento - la Directiva N°22- , a diferencia de lo que se establece en la normativa legal en materia de Uniones Temporales, hace hincapié en el hecho que esta asociación de proveedores está destinada a promover la participación de pequeñas y medianas empresas (PYMES/MYPES). Del mismo modo, la Directiva considera que a través de la figura de la UTP tanto las PYMES como las MYPES pueden, de forma estratégica:

²<http://www.chilecompra.cl/wp-content/uploads/2016/11/directiva-n22.pdf>. [Acceso al 20 de enero de 2018].

- Mejorar el equipo de personas que presta el servicio, vale decir los antecedentes profesionales, capacitación y experiencia requerida;
- Aumentar el stock y cubrir la demanda de productos solicitados cuando el volumen sea muy alto para un pequeño proveedor, facilitando de esta manera las economías de escala;
- Aumentar entre todos la cobertura de su oferta, mejorando tiempos de entrega, cantidades y tiempos de respuesta; o,
- Presentar mejor experiencia al ofertar, para efectos de la evaluación de la misma.

Frente a las consideraciones anteriores, las cuales si bien logran esclarecer un poco el panorama asociado a la participación y trascendencia respecto de las UTP, debemos entender el valor legal y/o jurídico que tiene esta Directiva. Y es que no está demás señalar que esta clase de Directivas se tratan meramente de recomendaciones o lineamientos efectuados por la Dirección de Compras, y por ende no tienen carácter de vinculantes u obligatorias para la Administración, generando una suerte de conflicto entre la normativa legal de carácter vinculante y obligatorio para la Administración, la cual se encuentra integrada por la correspondiente a la Ley de Compras y su Reglamento – la cual regula más bien de forma general la participación de las Uniones Temporales- y aquella normativa generada a través de las Directivas, en función de las facultades conferidas a la Dirección de Compras, de carácter recomendativo y por ende, no vinculante, la

que sin lugar a dudas contiene mayores precisiones respecto a la participación de las Uniones Temporales, al efectuar por ejemplo, limitaciones en cuanto a su conformación al señalar que su creación (como figura de UTP) busca incentivar la participación de pequeñas y medianas empresas.

La diferencia entre ambos tipos de normativas genera diferencias no sólo en cuanto al valor jurídico de una y otra, ya que si bien la Directiva sólo tiene el alcance de lineamiento o recomendación, carecería del carácter vinculante necesario para generar los efectos requeridos, generando en consecuencia vacíos o inconsistencias legales que permiten una errónea interpretación no sólo por parte de la Administración -que en muchos casos ha optado por evitar contemplar la posibilidad de participación bajo esta figura- sino también en cuanto a los proponentes, quienes eventualmente podrían vulnerar el espíritu de la participación de este tipo de figura, principalmente por desconocimiento respecto a las limitaciones de la misma, ya que sólo estaría contenida en la Directiva N°22, de la Dirección de Compras, la cual establece la posibilidad de esta figura como un mecanismo de fomento a la participación de las pequeñas y medianas empresas y la posibilidad de autorregulación o autodeterminación por parte de los propios proponentes quienes participan bajo la figura de la Unión Temporal, en todas aquellas materias relevantes asociadas a la acreditación y/o certificación en los procesos de compra de aquellos aspectos relacionados con la experiencia, las garantías y el cumplimiento de las obligaciones laborales y/o sociales.

2. LOS PROBLEMAS EN LA INCLUSIÓN DE UTP EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN CHILENA.

En atención a lo señalado anteriormente, y teniendo en miras la escasa –o casi nula- regulación existente en torno a las Uniones Temporales de Proveedores, la cual se encuentra reducida a la escuálida definición contenida en el Reglamento de Compras, y particularmente a un articulado – el 68 bis- del mismo documento en el cual se establecen los requisitos que deben cumplir éstas para participar de los procesos de adquisición o contratación, la aplicación, condiciones y eventual participación de Uniones Temporales de Proveedores en los procesos convocados por la Administración resulta cuanto menos compleja y difícil.

Las falencias derivadas de la situación anterior, no son sino el resultado de la inclusión de conceptos e instituciones foráneas –como lo sería el concepto vinculado a la Unión Temporal de Empresas, en el caso de España, el cual será desarrollado más adelante-, a la normativa chilena, a través de la adopción incluso de un nombre bastante similar, sin haber efectuado un análisis completo y acabado no sólo de estas disposiciones, sino también respecto a la forma y alcance bajo la cual han sido implementadas al interior del país imitado, o bien con escaso conocimiento de las complejidades que se han desencadenado en su implementación. Todo lo anteriormente expuesto deriva en la adopción de una normativa débil y ajena, la que inevitablemente será objeto de discusión legal y doctrinaria, la cual podría desencadenar la tramitación de modificaciones a la Ley y el Reglamento de Compras, con la finalidad de recoger las reales intenciones del legislador en materia de participación de Uniones Temporales de Proveedores en

la contratación pública -como lo sería la limitación recogida en la ya referida Directiva- con la finalidad de hacer de este mecanismo de contratación una herramienta orientada esencial y exclusivamente a incentivar la participación de los sectores económicos más vulnerables como lo serían las pequeñas y medianas empresas.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, quisiera ser enfática en señalar que la creación de figuras como las Uniones Temporales de Proveedores son relevantes en el mercado, y sin lugar a duda beneficiosas, toda vez que además de aportar un mayor dinamismo a éste, pueden promover mejores precios para la Administración, así como también mayor seguridad y certeza en la ejecución de los contratos, a través de la asociación de empresas que oferten mejores productos o servicios con menores costos para la entidad contratante a través de la generación de economías de escala.

Lo que es objeto de crítica en el presente documento no es su implementación en sí misma, sino la escasa regulación existente, la que deriva y ha derivado desgraciadamente en una figura débil, riesgosa en cuanto a su implementación -por conflictos relacionados a con la libre competencia como se señalará posteriormente- y además de derivar en una compleja comprensión y seguimiento por parte de la Administración, quienes deben establecer con detalle en sus procesos de adquisición y/o licitación las formalidades bajo las cuales se permitirá la participación de las Uniones Temporales.

Por lo anterior, el objeto principal de este artículo es efectuar un análisis de las principales complejidades asociadas a la implementación y participación de la

Uniones Temporales en los procesos de contratación pública, los cuales van más allá de la débil regulación, sino que a su vez plantean preocupaciones en torno a aspectos relevantes en los procesos de compra, como lo son la igualdad de los oferentes, y los derechos laborales, entre otros.

2.1 Concentración de mercados y conductas colusorias.

La introducción de la figura de las Uniones Temporales de Proveedores ha levantado alertas en aquello que respecta a la libre competencia en los mercados. La débil legislación respecto a los límites de participación o en cuanto a la claridad respecto a quienes son los que podrían participar bajo la figura de la UTP, ha levantado alertas por parte de la Fiscalía Nacional Económica, quien en reuniones de discusión con la Dirección de Compras durante el proceso previo a la modificación de la Ley y el Reglamento de Compras expuso la posibilidad de que esta figura sea eventualmente utilizada por empresas de mayor tamaño que concentren o tengan en su poder porcentajes de participación en el mercado que no haga sino reducir o anular la participación de las pequeñas y medianas empresas para quienes ha sido orientada esta figura.

Con anterioridad a la inclusión de esta figura, sólo en contadas oportunidades resultaba factible asociar estas prácticas contrarias a la libre competencia con los procesos de contratación liderados por la Dirección de Compras.

La Dirección ha sido constantemente reconocida como un organismo que ha velado no sólo por la transparencia

en los procesos de compra a través de la formación y capacitación a los servicios públicos y a los proveedores del Estado, sino también ha abogado por la integración en la discusión y el debate de propuestas a entidades relevantes en distintas áreas, con la finalidad de recoger apreciaciones y alertar respecto a eventuales complejidades en la aplicación de las modificaciones ya sea a la Ley, el Reglamento, o a las plataformas digitales utilizadas para la contratación por parte de la Administración, permitiendo de esta manera una mayor accesibilidad y consecuentemente una mayor participación.

En este sentido, la Directiva N°22, de 2015, recoge la discusión en torno a la participación de las Uniones Temporales de Proveedores, la cual contó con la participación de la Fiscalía Nacional Económica, agencia nacional encargada de velar por la libre competencia, así como defender y promover la competencia en todos los mercados o sectores productivos de la economía chilena³; quien alertó de la eventual asociación de empresas de mayor tamaño como oferentes en los procesos de licitación, lo cual no sólo contravendría el espíritu de la inclusión de las Uniones temporales, sino que también podría configurar actos atentatorios contra la libre competencia, las cuales podrían configurar eventuales concentraciones de mercado y conductas colusorias entre ellas, orientadas por ejemplo a subir los precios, monopolizar el mercado o excluir propuestas de empresas competidoras.

³ www.fne.gob.cl/nosotros/fne/. [Acceso al 20 de enero de 2018].

Bajo lo anterior, el análisis respecto a la concentración del mercado, para efectos del análisis de la Uniones Temporales de Proveedores que nos convoca en este trabajo, tiene por objeto determinar el grado al cual la producción de una industria está concentrada en manos de un reducido número de grandes empresas⁴; siendo ésta una característica indicativa del número de sus participantes y de la posición en el mercado que logra cada uno de ellos debido a su nivel de participación. Bajo lo anterior, las concentraciones de mercado no son negativas en sí mismas, sino sólo cuando la reducida o limitada participación de una industria es el resultado de conductas atentatorias contra la libre competencia, a través, por ejemplo de conductas colusorias entre quienes integran un determinado mercado.

Por otro lado, las conductas colusorias, se derivan del término colusión, emanado del latín jurídico "collusio", que significa un acuerdo entre dos personas destinadas a perjudicar a un tercero. En el ámbito de la libre competencia, semejante acuerdo está destinado a conculcar este bien jurídico, por la vía de que se le lesione o bien se le coloque en riesgo y sea que ello entrañe un perjuicio civil concreto o no⁵. De esta forma las prácticas colusorias pueden ser entendidas como aquellas tratativas o intenciones de alcanzar acuerdos

⁴ SANCHIZ, Amparo y MAÑEZ CASTILLEJO, Juan Antonio; *"Estructura de Mercado y Concentración"*; Licenciatura en Economía, Departamento de Estructura de Mercado y Concentración; Universidad de Valencia, 2001; disponible en <http://www.uv.es/~jamc/eia/econind1>. [Acceso al 20 de diciembre de 2017].

⁵ VALDÉS PRIETO, Domingo; *"Libre Competencia y Monopolio"* Edit. Jurídica, año 2006, p 516.

entre los participantes de un determinado proceso podrían eventualmente tener por objeto no sólo el lograr la adjudicación de un determinado proceso de adquisición o licitación, sino también repartir el mercado a través de zonas, reduciendo precios de venta que aniquilen económicamente a las empresas competidoras, restringiendo la competencia o ejerciendo abuso de la posición que se detenta en el mercado⁶.

En este mismo sentido, el Tribunal de Libre Competencia -en adelante TDLC-, ha entendido el concepto de colusión como aquellos “acuerdos por los que los agentes económicos –normalmente competidores que se encuentran en un mismo eslabón de la cadena de producción y/o comercialización– reducen o eliminan la competencia entre ellos, sustituyendo ésta por una cooperación que les permita evitar los costos y riesgos que conlleva disputarse clientes por la vía de ofrecer condiciones más favorables que las de los rivales. Los principales ejemplos de prácticas colusivas, aunque no los únicos, son los acuerdos de precios, los acuerdos sobre la producción y los repartos de mercado”⁷, la

⁶ Si bien a la fecha no existen denuncias en torno a estas prácticas por parte de las Uniones Temporales de Proveedores, la Fiscalía Nacional Económica ha investigado y ejercido acciones legales en otros procesos de licitación relacionados con entidades públicas, como lo es en el caso denominado “CENABAST” y “Basura”, los cuales se encuentran disponibles en el sitio Web http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/instrucciones_generales/Instruccion_General_01_2006.pdf. [Acceso al 20 de febrero de 2018].

⁷ Tribunal de Libre Competencia, considerando 28, Sentencia 57/2007, de 12 de julio de 2007; disponible en http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_57_2007.pdf; [Acceso al 26 de febrero de 2018].

misma sentencia señala que las situaciones señaladas a modo ejemplar en el literal a) del Decreto Ley Nº 211, comprenden los casos de colusión más frecuentes pero que ello no impide o impediría "considerar como atentatorios de la libre competencia los acuerdos entre competidores que versen sobre un elemento de competencia diferente de los precios, cantidades producidas o zonas o cuotas de mercado, señalados en la citada disposición"⁸.

Dicho argumento ha sido a su vez recogido por la Excelentísima Corte Suprema, quien ha señalado: -"Que la colusión constituye de todas las conductas atentatorias contra la libre competencia la más reprochable, la más grave, ya que importa la coordinación del comportamiento competitivo de las empresas. El resultado probable de tal coordinación es la subida de los precios, la restricción de la producción y con ello el aumento de los beneficios que obtienen las participantes."⁹

A mayor abundamiento, y tal como ha sido reiterado en numerosas oportunidades en este artículo, el objetivo esencial de la participación de las Uniones Temporales de Proveedores, dice relación con el fomento e impulso a la participación de pequeñas y medianas empresas; sin embargo, esto no ha sido recogido en el artículo 68 bis del Reglamento de Compras, razón por la cual no existiría inconveniente alguno en el hecho que en un determinado proceso dos empresas "grandes", suscribieran un acuerdo de Unión Temporal de Proveedores para participar de éste, vulnerando lo que

⁸ Ibid.; considerando 28.

⁹ Corte Suprema Rol Nº 1746-2010, de fecha 29 de diciembre de 2010; considerando 12.

hemos denominado el “espíritu y objeto” de la participación de las UTP.

Frente a ello, parece evidente que la asociación entre empresas “grandes”, no sólo genera la concentración del mercado, sino también genera barreras de entrada a las pequeñas y medianas empresas, quienes difícilmente podrán participar del proceso bajo estándares competitivos y precios que permitan una eventual adjudicación. Por lo anterior, la Directiva N°22, dispone que en aquellos casos en los cuales las entidades compradoras adviertan posibles prácticas anticompetitivas, deberán denunciar tal circunstancia a la Fiscalía Nacional Económica, indicando con claridad lo siguiente¹⁰:

- Identificación del denunciante, quien podrá solicitar la reserva de su identidad.
- Identificación del mercado específico donde se desarrollan los hechos.
- Individualización de los agentes económicos involucrados.
- Los hechos que constituirían conductas contrarias a la libre competencia.

Asimismo, la Dirección de Compras y Contratación Pública, a través del Observatorio ChileCompra monitoreará constantemente los procesos de compras en los cuales hayan participado Uniones Temporales de

¹⁰ Se hace presente, que estas denuncias pueden ser realizadas también a través de mecanismos digitales, en el link <https://fne.chilesinpapeleo.cl/tramites/disponibles>.

Proveedores, debiendo remitir los antecedentes respectivos a la Fiscalía Nacional Económica, en aquellos casos en los cuales se detecten eventuales alteraciones a la libre competencia.

2.2. Igualdad de los oferentes.

Tal como se ha desarrollado en el presente artículo, y conforme se desprende de la ya mencionada Directiva Nº22, la inclusión de la Unión Temporal de Proveedores a través de la modificación introducida en el año 2015, tuvo como uno de sus objetivos fomentar o al menos propiciar una real igualdad entre los oferentes que participan de un proceso de contratación y/o licitación pública.

La igualdad entre los oferentes se entendía mermada por la escasa participación que tenían las pequeñas y medianas empresas, las que habitualmente se marginaban o eran marginadas por no cumplir con los requisitos mínimos de experiencia, solvencia o de stock de los productos y/o servicios requeridos por la Administración. Es, la propia Directiva Nº22, la que señala que: "el principal objetivo de esta nueva asociación de proveedores consiste en impulsar la actividad de las micro y pequeñas empresas (MIPE´s), especialmente de aquellas pertenecientes a las regiones. Mediante las UTP dichas empresas pueden asociarse a través de un mecanismo expedito y simple, ***a fin de que puedan competir en igualdad de condiciones con***

las empresas de mayor tamaño, especialmente en aquellos procesos de compra de montos más altos”¹¹.

Conforme a lo anterior, la igualdad propiciada es orientada al establecimiento de una igualdad de condiciones entre los distintos actores interesados en el proceso convocado, de manera tal de poder acceder a contratos más rentables, con réditos más altos. No obstante lo anterior, la Directiva es clara en señalar que esta igualdad entre oferentes sólo es orientada en favor de las micro y pequeñas empresas, dejando de lado las medianas y grandes empresas, entendiéndose que éstas podrían eventualmente configurar alguna de las prácticas atentatorias contra la libre competencia descritas en el numeral 2.1. anterior.

2.3. Ausencia de regulación en aspectos relevantes del contrato.

Tal como ha sido constantemente señalado, la actual regulación existente en materia de Unión Temporal de Proveedores en la legislación chilena radica en la escasa -y a mi juicio carencia- de especificaciones relevantes al momento de presentar ofertas y/o adjudicar a un proveedor que participa bajo esta figura. Si bien el artículo 67 bis establece un marco bastante genérico respecto a los requisitos que deben de cumplirse por estas Uniones Temporales, ciertamente ello ha resultado

¹¹ Dirección ChileCompra; Directiva Nº22; disponible en <http://www.chilecompra.cl/wp-content/uploads/2016/11/directiva-n22.pdf>; P. 5; [Acceso al 26 de febrero de 2018].

ineficiente, desencadenando una serie de problemas de índole administrativo a la hora de integrar este tipo de figuras en las convocatorias o llamados a licitación.

Uno de los problemas que se derivan de la escasa regulación respecto a la figura de las UTPs radica en aspectos relevantes en materia de evaluación de los oferentes y las garantías a ser entregadas por el proveedor adjudicado bajo esta figura, como lo es (i) el incumplimiento del proveedor, lo cual presenta la dificultad de determinar a quién y cómo se sanciona. Se debe tener presente que la conformación de la UTP, tal como lo señala el Reglamento de Compras tiene un carácter esencialmente temporal, el cual se extiende hasta el plazo máximo de un año desde la terminación de la prestación de los servicios contratados; de esta forma, esta asociación de micro y/o pequeñas empresas carece de un RUT nuevo, sino que se desenvuelve bajo un nombre de fantasía y la ratificación múltiple correspondiente a las empresas que la conforman. La situación anterior (de incumplimiento) podría derivar en la aplicación de multas por el retraso, no entrega o negativa de cumplir la obligación contraída, pero, ¿a quién se cursa la infracción y el correspondiente pago del monto establecido como multa?, en caso de ameritar la publicación de la sanción impuesta en el registro de proveedores, ¿qué proveedor es el que deberá cargar con este antecedente de incumplimiento, y eventualmente ser eliminado del registro de proveedores?

La situación anterior, como puede desprenderse de lo que ha sido expuesto anteriormente, tampoco ha sido considerado por el legislador en esta modificación al Reglamento de Compras, por lo cual se plantean dos

alternativas factibles, la primera consiste en que el documento que convoca al llamado a licitación pública establezca claramente el mecanismo a ser aplicado por el órgano de la administración convocante, señalando por ejemplo que dentro del término de "solidaridad" que contempla el artículo 67 bis se entiende que la aplicación de multas y el pago correspondiente de éstas deberá ser pagado en partes iguales por quienes integran dicha Unión, o contemplando que la anotación en el registro por causales de incumplimiento o la prestación deficiente de los servicios contratados se hará efectiva a todos quienes integren la respectiva UTP. La segunda alternativa, y la que suele ser más utilizada recae en aquella posibilidad establecida en el artículo 67 bis letra a), correspondiente al caso de que la conformación de Uniones Temporales se efectúe para procesos de suma igual o superior a 1000 U.T.M., es decir, la suscripción de una escritura pública como requisito esencial, a través de la cual los proponentes que integran la Unión Temporal podrían establecer de forma más clara la forma bajo la cual responderán durante el desarrollo del contrato adjudicado, facilitando de esta forma la fiscalización durante la ejecución del mismo por parte de la Administración.

Misma situación ocurriría en el caso de incumplimiento de obligaciones laborales y/o sociales con los empleadores, hecho que reviste relevancia por los bienes jurídicos involucrados y el marco de protección que ha sido establecido en *materia de contratación pública, donde este tipo de hechos puede dar origen a*

La una terminación anticipada del contrato, o bien la eliminación del registro de proveedores, tal y como ocurrió el año 2016 con la Universidad de Chile al ser

sancionada judicialmente por infracción a los derechos fundamentales del trabajador¹².

Otro aspecto relevante resulta ser aquella relativa a (ii) la facturación y forma de pago por los servicios contratados, situación bastante similar a la descrita anteriormente, al carecer de regulación de índole normativa, dejando al arbitrio de la Administración y/o de la UTP oferente dependiendo de cómo se ha decidido salvar estas omisiones existentes en el reglamento – vale decir si se subsanó a través del documento de las Bases de Licitación o a través de una escritura pública presentada junto con la oferta por parte de quienes integran la UTP- el mecanismo a ser utilizado para ello. Durante mi ejercicio profesional, esta dificultad ha sido salvada por los oferentes agrupados bajo la figura de la Unión Temporal a través del pago mensual alternado a uno u otro de quienes integran esta agrupación; del mismo modo, el pago por los servicios contratados por la Administración obedeció al porcentaje de participación en la UTP, de modo tal que no necesariamente sería en iguales partes entre sus integrantes¹³.

Finalmente, otro aspecto problemático radica en la situación que se deriva del (iii) incumplimiento de algunos requisitos mínimos establecidos para quienes integran la Unión Temporal, derivando

¹² La sentencia se encuentra disponible en la página www.pjud.cl, bajo el Rol T- 439-2016, en el banner “consulta unificada de causas”.

¹³ Para mayor detalle respecto de uno de los pocos casos de Unión Temporal de Proveedores judicializado ante el Tribunal de Compras y Contratación Pública se sugiere revisar el rol 12-2016, y 13-2016, disponible en www.tribunaldecompras.cl/

consecuencialmente en que sea “eliminado” de dicha agrupación, efectuándose el encargo/contratación por parte de aquella empresa que sí se encuentra en situación de cumplimiento. De esta forma, el inciso 3 del artículo 67 bis del Reglamento de Compras dispone que: *“(...) En caso de afectar una causal de inhabilidad a algún integrante de la Unión, ésta deberá decidir si continuará con el respectivo procedimiento de contratación con los restantes integrantes no inhábiles de la misma o se desiste de su participación en el respectivo proceso”.*

La situación anterior describe un hecho hipotético pero nada señala respecto a aspectos administrativamente relevantes, como lo sería por ejemplo la sustitución de la o las boleta (s) de garantía entregadas por quienes integran dicha Unión, o la eventual sanción que pueda imponerse al proveedor que ha incurrido en inhabilidad, como lo sería por ejemplo en el caso de haber ocultado información relevante.

Ciertamente el acaecimiento de esta inhabilidad genera una serie de repercusiones asociadas no sólo a aquellos aspectos relativos a la ejecución del contrato, sino también podría haber tenido efectos en los hechos tenidos en vista al momento de la evaluación de las ofertas y la posterior adjudicación a la Unión Temporal en la cual uno de los integrantes ha incurrido en causal de inhabilidad. A riesgo de ser majadera, este es un aspecto que tampoco ha sido considerado y/o tenido en miras al momento de la modificación al reglamento, generando una pseudo contradicción entre el ideal manifestado en la Directiva Nº 22 de la Dirección de Compras, en la cual se aboga por la igualdad de los oferentes, y el efecto que puede producirse al declararse la inhabilidad de alguno de las micro o pequeñas empresas que integran la Unión Temporal. Actualmente

no existe conocimiento respecto a la ocurrencia de este tipo de situaciones.

3. EXISTENCIA DE MECANISMOS SIMILARES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

La figura de la Unión Temporal, tiene larga data en el ordenamiento jurídico español, en el cual opera bajo la denominación de Unión Temporal de Empresas (U.T.E.), desde el año 1982, en el cual se regula a través de la Ley Nº 18/1986 sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Regional¹⁴.

La U.T.E. es definida en el artículo séptimo como un “sistema de colaboración entre empresarios por tiempo cierto, determinado o indeterminado para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro”, de lo cual se desprende su carácter temporal, señalando además que la figura no tiene personalidad jurídica propia.

El artículo octavo del mismo cuerpo legal establece los requisitos, estipulando que:

“Para la aplicación del régimen tributario establecido en esta Ley deberán cumplir los siguientes requisitos:

- a) Las Empresas miembros podrán ser personas físicas o jurídicas residentes en España o en el*

¹⁴ Para mayor detalle ver http://noticias.juridicas.com/base_datos/Fiscal/I18-1982.t3.html. [Acceso al 20 de enero de 2018].

extranjero. Los rendimientos empresariales de las personas naturales que formen parte de una Unión serán determinados en régimen de estimación directa a efectos de su gravamen en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

b) *El objeto de las Uniones Temporales de Empresas será desarrollar o ejecutar exclusivamente una obra, servicio o suministro concreto, dentro o fuera de España.*

También podrán desarrollar o ejecutar obra y servicios complementarios y accesorios del objeto principal.

c) *Las uniones temporales de empresas tendrán una duración idéntica a la de la obra, servicio o suministro que constituya su objeto. La duración máxima no podrá exceder de veinticinco años, salvo que se trate de contratos que comprendan la ejecución de obras y explotación de servicios públicos, en cuyo caso, la duración máxima será de cincuenta años.*

d) *Existirá un Gerente único de la Unión Temporal, con poderes suficientes de todos y cada uno de sus miembros para ejercitar los derechos y contraer las obligaciones correspondientes.*

Las actuaciones de la Unión Temporal se realizarán precisamente a través del Gerente, nombrado al efecto, haciéndolo éste constar así en cuantos actos y contratos suscriba en nombre de la Unión.

e) *Las Uniones Temporales de Empresas se formalizarán en escritura pública, que expresará el nombre, apellidos, razón social de los otorgantes, su nacionalidad y su domicilio; la voluntad de los otorgantes de constituir la Unión y los estatutos o*

pactos que han de regir el funcionamiento de la Unión, en los que se hará constar:

Uno. *La denominación o razón, que será la de una, varias o todas las Empresas miembros, seguida de la expresión. Unión Temporal de Empresas, Ley .../..., número ...»*

Dos. *El objeto de la Unión, expresado mediante una Memoria o programa, con determinación de las actividades y medios para su realización.*

Tres. *La duración y la fecha en que darán comienzo las operaciones.*

Cuatro. *El domicilio fiscal, situado en territorio nacional, que será el propio de la persona física o jurídica que lleve la gerencia común.*

Cinco. *Las aportaciones, si existiesen, al fondo operativo común que cada Empresa comprometa en su caso, así como los modos de financiar o sufragar las actividades comunes.*

Seis. *El nombre del Gerente y su domicilio.*

Siete. *La proporción o método para determinar la participación de las distintas Empresas miembros en la distribución de los resultados o, en su caso, en los ingresos o gastos de la Unión.*

Ocho. *La responsabilidad frente a terceros por los actos y operaciones en beneficio del común, que será en todo caso solidaria e ilimitada para sus miembros.*

Nueve. *El criterio temporal de imputación de resultados o, en su caso, ingresos o gastos.*

Diez. *Los demás pactos lícitos y condiciones especiales que los otorgantes consideren conveniente establecer."*

Como es posible observar, a diferencia de lo que ocurre en Chile, la constitución exige el ser efectuada a través de escritura pública, hecho que resulta beneficioso además por el hecho de que por medio de este

documento es factible regular aspectos relevantes tales como el domicilio fiscal, la gerencia (o administración) de la misma y la participación de cada una de las empresas que la integran, entre otros aspectos, facilitando la supervisión, seguimiento y aplicación de sanciones por parte de la Administración.

Asimismo, la norma legal española establece especificaciones respecto a su régimen fiscal y beneficios tributarios, lo cual también marca una diferencia respecto al caso chileno que ha emulado su regulación, pero con resultados más discretos, marcando diferencias regulatorias relevantes entre ambos casos.

4. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES.

Si bien a lo largo del presente artículo ha sido plasmada una fuerte crítica a la regulación existente en materia de Unión Temporal de Proveedores, en ningún caso puede desprenderse una suerte de rechazo a la inclusión de esta figura en materia de participación de éstas en los procesos de contratación pública.

De esta forma, me permito hacer hincapié en la relevancia de la promoción y/o protección de aquellos sectores originalmente excluidos o relegados de participación en los procesos de compra liderados por las Administraciones Públicas, tal como lo ha sido el apoyo y promoción de las Pequeñas y Medianas Empresas (PYMES) o aquellos mecanismos que han permitido una mayor participación de las mujeres en los procesos de compra. Lo que quiero hacer presente es que a diferencia de lo que ha ocurrido con los ejemplos anteriormente planteados, la inclusión de la figura de la Unión Temporal ha sido vaga.

Esta ausencia de una regulación integral ha permitido que el espíritu considerado al momento de su inclusión (en el año 2015) haya devenido en una escasa aplicación por las complejidades que reviste la inclusión de esta figura por parte de la Administración.

De cierta forma, la UTP ha sido entendida como símil a la figura del consorcio, sobre la cual existían aprehensiones sobre la forma de acreditar aspectos como la experiencia de quienes integran la misma, o las cauciones o garantías a ser entregadas al momento de la participación.

Como puede desprenderse, la figura de la Unión Temporal no está ajena a este tipo de dificultades, y por lo mismo resulta entendible la reticencia inicial a permitir e integrar la posibilidad de participación de esta figura en los procesos y/o convocatorias lideradas por la Administración. En este sentido, las mayores dificultades se asocian a la escasa reglamentación que básicamente sólo define y establece ciertos requisitos mínimos, pero llama la atención que en la norma legal misma (el artículo 68 bis) nada se diga respecto a la limitación a la cual la Directiva N°22 hace referencia: y es que si bien el artículo citado nada dice respecto al poder de mercado que puede o podría detentar las entidades que conforman la UTP, pudiendo perfectamente ser constituidas por medianas y grandes empresas, al no existir prohibición o limitación legal expresa. La ausencia de un aspecto que fue a todas luces relevante -conforme se desprende del documento que contiene la Directiva N° 22- debilita profundamente la figura a través de la asociación entre empresas que pueden ser a todas luces más grandes, más relevantes en el mercado, y por lo mismo presentar ofertas más

convenientes para la Administración con el consecuente efecto contraproducente para las micro y medianas empresas quienes pueden ver aún más disminuido su poder de acción y participación en el mercado de la contratación y las compras públicas.

Otro aspecto que se deriva de esta desafortunada omisión recae en la necesidad de modificar nuevamente el Reglamento de Compras con la finalidad de integrar este aspecto, a modo de evitar eventuales fallas en las convocatorias que promuevan la marginación de las micro y medianas empresas en favor de aquellas empresas grandes y más consolidadas en el mercado, y por ende, con mayores opciones de participación; recogiendo el objetivo que entendemos fue considerado durante la tramitación de la referida modificación.

La formación y capacitación de las entidades administrativas parece necesaria para reducir las apprehensiones en la inclusión de esta figura en los procesos de adquisición. La formación respecto a aspectos tales como la forma de atribuir responsabilidades, la facturación y sanciones a las Uniones Temporales puede abrir el camino a esta figura, permitiendo una mayor competencia en el mercado, pero también fortaleciendo la accesibilidad y consecuentemente la igualdad entre los oferentes permitiendo una competencia más transparente y equitativa.

Finalmente recoger que la opacidad en la reglamentación suele generar esta aversión a la utilización de nuevas figuras legales o instituciones, toda vez que este tipo de reglamentaciones son percibidas como poco claras por los interesados, y a veces incluso discriminatorias o

perjudiciales para el grupo o que inicialmente se pretendía proteger, promover y resguardar.

La regulación trae siempre desafíos, pero para que estos tengan efectos positivos resulta necesaria no sólo la autocrítica, sino también el interés y la proactividad necesarias para mejorar las situaciones originarias y otorgar claridad y transparencia en aquellos procesos que requieren ser modificados, abogando por la promoción de un sistema sano pero que a su vez sea capaz de responder íntegramente a las necesidades de los grupos y/o sectores protegidos como lo es en este caso las micro y pequeñas empresas, emulando lo que ha ocurrido en la práctica con aquellas políticas de género y de promoción a las pequeñas y medianas empresas con resultados exitosos.

5. BIBLIOGRAFÍA.

DIRECCIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIÓN PÚBLICA; Directiva N°22; disponible en <http://www.chilecompra.cl/wp-content/uploads/2016/11/directiva-n22.pdf>. [Acceso al 20 de enero de 2018].

FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, www.fne.cl; [Acceso al 20 de diciembre de 2017].

SANCHIZ, Amparo y MAÑEZ CASTILLEJO, Juan Antonio; *"Estructura de Mercado y Concentración"*; Licenciatura en Economía, Departamento de Estructura de Mercado y Concentración; Universidad de Valencia, 2001; disponible en <http://www.uv.es/~jamc/eia/econind1>. [Acceso al 20 de diciembre de 2017].

Gabilex

Nº 14

Junio 2018

<http://gabilex.castillalamancha.es>

VALDÉS PRIETO, Domingo; *"Libre Competencia y Monopolio"* Edit. Jurídica, año 2006, p 516.