

CONTRATACIÓN PÚBLICA Y TRANSPARENCIA^{1, 2}

Public procurement and transparency

POR: DRA. GLADYS CAMACHO CÉPEDA³

*Profesora Asociada de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho
Universidad de Chile (Chile)
gcamacho@derecho.uchile.cl*

RESUMEN: Este trabajo plantea que la falta de unicidad en el régimen de contratación, así como la opacidad que caracteriza ciertos procedimientos contractuales contribuyen a mantener espacios de alto riesgo de malas prácticas y corrupción por lo que es necesario revisar los instrumentos y las prácticas contractuales a fin de que éstos favorezcan la transparencia y neutralicen los riesgos de corrupción.

PALABRAS CLAVE: contratación pública, contrato administrativo, transparencia, probidad.

ABSTRAC: This work suggests that the lack of unity in the hiring regime, just like the opacity that characterizes certain contractual procedures, contribute maintaining high risk spaces of malpractice and corruption. Due to this it is necessary to revise the instruments and the contractual practices in order for these to stimulate transparency and neutralize high corruption risks.

KEYWORDS: public procurement, administrative contract, transparency, probity.

¹ * Recibido para publicación: 6 de abril de 2017.

Enviado para evaluación externa: 10 de abril de 2017.

Recibida evaluación externa positiva: 9 de mayo de 2017.

Aceptado para publicación: 2 de junio de 2017.

² Una versión preliminar de este trabajo fue expuesto en el Congreso Internacional “Instituciones administrativas inclusión y paz”, realizado los días 26 al 28 de octubre del 2016, en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, Colombia.

³ Profesora Asociada de Derecho Administrativo y responsable de la Cátedra OCDE-Ministerio de Relaciones Exteriores “Probidad y Transparencia Públicas”; Coordinadora del Área de Derecho Administrativo del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile; Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid y Magíster en Administración Pública por la Universidad de Alcalá (Madrid) y el Instituto Nacional de Administración Pública (España); Miembro fundador de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo (AIDA) con sede en el D.F. México y del Instituto Chileno de Derecho Administrativo (ICHDA), miembro asociado y vocal de la Junta Directiva del Foro Internacional de Derecho Administrativo (FIDA).

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN: LA IMPORTANCIA DEL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. II.- EL PANORAMA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN CHILE. III.- LOS INSTRUMENTOS PARA MEJORAR LA TRANSPARENCIA. 1.- MARCO NORMATIVO. 2.- MEJORAR LA INFORMACIÓN QUE SE OFRECE AL PÚBLICO EN TODAS LAS ETAPAS. 3.- EL EMPLEO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN COMO ALIADA ESTRATÉGICA EN LA VIGILANCIA Y CONTROL. 4.- PLANIFICACIÓN Y PLANEACIÓN EN LA FORMACIÓN DE CONTRATOS. IV.- CONCLUSIONES. V.- BIBLIOGRAFÍA.

I.- INTRODUCCIÓN: LA IMPORTANCIA DEL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Sin duda el ámbito de la contratación pública es un espacio privilegiado para cautelar el probo y eficiente actuar de los directivos y funcionarios públicos. El Estado es un cliente importante para las empresas privadas las que en esta relación se constituyen en colaboradoras suministrando los bienes y servicios que los órganos del Estado necesitan para cumplir sus funciones.

Al mismo tiempo, por la gran envergadura de los recursos involucrados, la contratación pública se convierte en un instrumento dúctil para el logro de políticas públicas cuyo foco sea la equidad, inclusión, dinamizar la economía, etc. Un ejemplo claro de la eficacia de este instrumento lo podemos observar relacionado con la experiencia de 12 años de mercado público que nos corrobora que el ámbito de la contratación pública es social y económicamente muy relevante. En 2015, a pesar de la desaceleración económica el incremento de los volúmenes transados fue de 19,5%, alcanzando los US \$ 12.157 millones versus los US \$ 10.200 obtenidos en el 2014⁴. En el mismo período, el segmento de la micro y pequeña empresa (MIPE) vendió productos y servicios por US \$5.519 millones a ministerios, hospitales, municipios y Fuerzas Armadas, entre otras entidades. Ello equivale a una participación por monto de 45,40%, muy superior a la participación que obtiene la mediana empresa en el mismo período de 16,15% (US \$1.964 millones) y al 38,45% (US \$4.674 millones) de las grandes compañías. Es especialmente destacable el sostenido crecimiento que a lo largo del tiempo ha tenido la participación de las MIPE en mercado público. Así, el 2007 captó el 35% de las transacciones con US \$ 1.560 millones.

En 2011, la contratación de la Administración Pública fue el 19,2% del gasto público total, muy por debajo del promedio -(26,1%)- de los países de América Latina y el Caribe (ALC)⁵. Sin embargo, es una de las partidas de gasto público más importantes por lo que

⁴ CHILECOMPRA; “Informe Final. Mesa de Trabajo para la modificación de la Ley N° 19.886”, 2016.

⁵ OCDE-BID; “Informe Panorama de las Administraciones Públicas. América Latina y el Caribe”, 2014. Disponible en: <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/6597/Panorama%20de%20las%20Administraciones%20Públicas%20América%20Latina%20y%20el%20Caribe%202014.pdf?sequence=1> (25/04/2016). pág. 104.

los riesgos de corrupción y de ineficiencia pueden suponer importantes costos para el país “Debido a las grandes cifras y al volumen de los contratos públicos, el costo de la corrupción puede ser muy alto. Transparencia Internacional estima que, a nivel mundial, el daño provocado por la corrupción normalmente oscila entre el 10% y 25% del valor del contrato. Si se considera que en ALC las transacciones de contratación pública representan hasta el 20% del PIB, los ahorros potenciales de reducir la corrupción en dicho ámbito son considerables”⁶.

La ley de acceso a la información pública N° 20.285 que entró en vigencia en 2009 ha tenido un efecto relevante en materia de transparencia en la contratación pública⁷. De acuerdo a la OCDE-BID (2014), Chile cumple con poner a disposición pública la información sobre contrataciones a nivel central del gobierno, lo cual tiene mayor incidencia si consideramos que el nivel central de gobierno es el que realiza el 95% de la inversión pública (esta proporción es la más alta entre los países de América Latina y el Caribe). Sin embargo, hay todavía espacio para mejorar en transparencia.

Este trabajo plantea que la falta de unicidad en el régimen de contratación, así como la opacidad que caracteriza ciertos procedimientos contractuales, contribuyen a mantener espacios de alto riesgo de malas prácticas y corrupción por lo que es necesario revisar los instrumentos y prácticas que faciliten la transparencia y neutralicen los riesgos de corrupción. Por el contrario, en materia de compras públicas (de suministros y de servicios) se ha producido un significativo avance y la experiencia ha sido satisfactoria. La transparencia, aliada de la eficiencia, han constituido objetivos en los que se ha hecho serios esfuerzos por mejorar pero no de forma transversal por ello el presente trabajo se enfocará, especialmente, en los instrumentos que pueden ayudar a mejorar la transparencia a partir de los avances alcanzados en el ámbito de las compras públicas, pues es en este espacio donde se ha trabajado de forma sistemática y consistentemente para elevar los niveles de probidad y transparencia, apuntando a configurar un mercado de compras públicas inclusivo, competitivo y de fácil acceso.

II.- EL CONTEXTO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN CHILE

⁶ OCDE-BID; “Informe Panorama de las Administraciones Públicas. América Latina, (...), *opus cit.*, pág. 101.

⁷ Entre la información que los órganos del Estado deben mantener siempre al acceso del público en cumplimiento de las obligaciones de la denominada transparencia activa, se encuentra: el marco normativo, la información relacionada con las contrataciones para el suministro de bienes muebles, para la prestación de servicios, para la ejecución de acciones de apoyo y para la ejecución de consultorías relacionadas con proyectos de inversión (artículo 7 LT).

Una de las dificultades que presenta el avance de la transparencia en la contratación pública procede de la alta dispersión del régimen contractual⁸, careciendo de un régimen jurídico general. Lo que caracteriza la regulación contractual es la existencia de una serie de normas legales que establecen regímenes contractuales especiales, existiendo formas y procedimientos contractuales específicos que se traducen en “variopintas formas contractuales que se diferencian, fundamentalmente, en su objetivo, su objeto y su procedimiento de preparación, ejecución y control, lo que da cuenta de una altísima dispersión normativa”⁹. Entre las múltiples regulaciones contractuales destacamos aquellas se refieren a las compras públicas de suministros y servicios (Ley 19.886) y las concesiones de obra pública (D.F.L. MOP N° 164 de 1991) que constituyen las más empleadas, sin embargo, a estas se añan multiplicidad de disposiciones especiales como aquellas que se refieren a la adquisición, administración y disposición de los bienes del Estado¹⁰, obras públicas, normas sobre contratos internacionales para el sector público¹¹, normas sobre convenios que celebren los servicios de salud¹², normas sobre convenios de acciones de apoyo que no correspondan al ejercicio mismo de las potestades de los servicios públicos¹³, entre otras. Mas aún a estos regímenes especiales se debe añadir que los órganos constitucionales autónomos (Poder Judicial, Ministerio Público, Banco Central, entre otros) están fuera de la regulación general, por ejemplo, de compras públicas.

Respecto de las contrataciones públicas la Constitución Política de la República de Chile no contiene una previsión que sirva de base general para el sistema, salvo algunos principios que pueden extender su *vis* al ámbito contractual. Nos referimos a principios como los de servicialidad, juridicidad, probidad, publicidad, igualdad ante la ley, igualdad cargas públicas, y de no discriminación económica por el Estado.

Sólo en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración N° 18.575, en su artículo 9, encontramos los principios básicos del régimen contractual, disponiendo que los contratos deben realizarse: 1) previa propuesta pública de conformidad a la ley; 2) libre concurrencia de los oferentes; y, 3) la igualdad ante las bases que rigen el contrato. A ello deben añadirse los principios generales de eficacia, eficiencia, probidad y transparencia que la citada ley preceptúa (artículo 3°).

Como la experiencia ha verificado, la actividad contractual “debido a su complejidad, al tamaño de los flujos financieros que genera y a la estrecha interacción entre el sector

⁸ Sobre este tema ya nos hemos referido en: CAMACHO, UNDURRAGA y ZAMBRANO, Informe Nacional: Chile. BENAVIDES, JOSÉ LUIS Y MORENO CRUZ, PABLO (Edit.) La contratación pública en América Latina; Universidad de Externado de Colombia, año 2015.

⁹ BENAVIDES, JOSÉ LUIS Y MORENO CRUZ, PABLO (Edit.) La contratación pública... (...) *opus cit.*

¹⁰ Decreto Ley 1.939 de 1977, “Normas sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado”.

¹¹ Decreto Ley 2.349 de 1978, “Establece normas sobre contratos internacionales para el sector público”.

¹² Decreto con Fuerza de Ley N° 36 de 1980 del Ministerio de Salud Pública, “Normas que se aplicaran en los convenios que celebren los Servicios de Salud”.

¹³ Ley 18.803, “Otorga a los servicios públicos la autorización que indica”.

público y privado, se trata de una actividad vulnerable al despilfarro, el fraude y la corrupción”¹⁴. Al mismo tiempo, dado que la contratación pública es una de las partidas de gasto público más importantes, la distracción de fondos, el derroche y la corrupción que puede rodearla afectan seriamente la eficiencia del país, limitando el crecimiento sostenible, la innovación y el libre acceso a oportunidades económicas, en definitiva, la construcción de una sociedad más cohesionada y desarrollada. La situación del país a este respecto, la podemos analizar desde la perspectiva de la competitividad que ha alcanzado, dato que determina la productividad del país y con ello, el nivel de prosperidad que puede alcanzar¹⁵.

A partir de The Global Competitiveness Report 2015-2016 del Foro Económico Mundial¹⁶ se observa que si bien Chile ha mantenido casi invariable su calificación general (4.6)¹⁷ ha ido perdiendo puestos en el ranking mundial de competitividad, desmejorando siete puestos en su posición relativa, desplazándose del puesto 28 (entre 134 economías) en 2008 hasta el puesto 35 actual en el 2015 entre 144 economías, lo cual marca una tendencia al descenso que no se ha logrado revertir¹⁸. No obstante, la última caída de dos puestos, Chile se mantiene como la economía más competitiva de Latinoamérica y el Caribe, lo cual no constituye novedad pues es claro que Chile ha acumulado amplias ventajas respecto de estos países que en materia económica lo tienen como un referente exitoso a imitar. Lo que debe preocupar de estas cifras es el inmovilismo: si bien la situación del país en el promedio general no empeora países de otros ámbitos geográficos sí mejoran más que nosotros y, peor aún, las debilidades del país se mantienen intactas y en algunos casos se agravan. El informe elaborado por el World Economic Forum cuenta con doce indicadores básicos, entre los que se encuentran: institucionalidad, infraestructura, ambiente macroeconómico, salud y educación primaria, educación superior e innovación, eficiencia del mercado de bienes, eficiencia del mercado laboral, entre otros.

¹⁴ OCDE-BID; “Informe Panorama de las Administraciones Públicas. América Latina, (...), *opus cit.*, pág. 99.

¹⁵ De acuerdo al World Economic Forum (Foro Económico Mundial), la competitividad es un conjunto de instituciones, políticas y factores que determinan el nivel de productividad de un país. El nivel de productividad fija el nivel de prosperidad que puede alcanzar una economía, así como determina las tasas de retorno que pueden obtener las inversiones en una economía, que en cambio son las impulsoras de las tasas de crecimiento. SCHWAB, K. (editor), “The Global Competitiveness Report 2015-2016”, World Economic Forum. Geneva, 2015. Disponible en: http://www3.weforum.org/docs/gcr/2015-2016/Global_Competitiveness_Report_2015-2016.pdf (03/05/2016), pág. 35.

¹⁶ SCHWAB, K. (Edit.), “The Global Competitiveness Report 2015-2016... (...), *opus cit.*

¹⁷ En los Reportes de 2008-2009 hasta 2011-2012 la calificación del país fue 4,7 (en una escala donde 7 es el máximo puntaje). A partir del Reporte 2012-2013 hasta el último 2015-2016, su calificación bajó en una décima a 4.6. Vid. SCHWAB, K. (Edit.), “The Global Competitiveness Report 2015-2016”, World Economic Forum. Geneva. 2010 al 2015.

¹⁸ Chile ha ido perdiendo posiciones en los distintos períodos analizados por el Foro Económico Mundial: en 2008-2009 ocupaba el puesto 28; en 2009-2010 y 2010-2011, tenía el puesto 30; en 2011-2012 bajó al puesto 31; en 2012-2013 y 2014-2015 bajó al puesto 33; en el último reporte 2015-2016 volvió a caer al puesto 35. Vid. SCHWAB, K. (Edit.), “The Global Competitiveness Report 2015-2016”, World Economic Forum. Geneva. 2010 al 2015.

Las fortalezas del país nos la indican aquellas áreas en las que la ubicación relativa del país es mejor que su ubicación general, así el Reporte nos indica que éstas están radicadas en la solidez institucional (puesto 32), la estabilidad macroeconómica (puesto 29), el buen funcionamiento del mercado financiero (puesto 21). Por otra parte, las debilidades más acuciantes se refieren a la tendencia sostenida a la baja en la eficiencia del mercado de bienes (cayó 6 puestos) y el mercado de trabajo. Entre los desafíos para alcanzar una diversificación de la economía basada en el conocimiento quedan aún pendientes problemas de larga data como son mejorar el sistema general de educación, específicamente la calidad general de la educación primaria (puesto 108) y la enseñanza de las matemáticas y ciencia (puesto 107). En materia de educación superior el Reporte nos indica que se deben hacer más esfuerzos por mejorar su capacidad de innovación.

Si bien Chile sigue liderando la región de América Latina y el Caribe en competitividad, interesa ver cómo ha ido evolucionando en algunos de los factores que afectan la productividad del país. Los informes elaborados por el Foro Económico Mundial (WEF, por sus siglas en inglés) nos permiten evaluar la situación del país y compararla con otros (144) países del mundo, pero en lo que aquí nos ocuparemos es a analizar algunos de los factores que nos parecen más relevantes para el tema que nos ocupa. Estos son los siguientes ítems comprendidos dentro del indicador “institucionalidad”:

- desviación de fondos públicos (“1.03 Deviation of public funds”);
- pagos irregulares o sobornos (“1.05 Irregular payments and bribes”);
- favoritismo en las decisiones de los funcionarios del gobierno (“1.07 Favoritism in decisions of government officials”); y
- despilfarro del gasto público (“1.08 Wastefulness of government spending”).

En relación al primer ítem “1.03 desviación de fondos públicos”. Frente a la pregunta de ¿cuán común es la distracción de fondos públicos a empresas, individuos, o grupos debido a la corrupción en nuestro país?, considerando a 1 como “muy común” y 7 “como nunca sucede”, Chile obtuvo:

Global Competitiveness Report (años)	Orden	Puntaje
2010-2011	35	4.6
2011-2012	27	5.1
2012-2013	22	5,2
2013-2014	23	5.1
2014-2015	23	5.0
2015-2016	31	4.6

En el ámbito Latinoamericano y el Caribe, Chile siempre ha obtenido una destacada posición relativa. A este respecto, llama la atención que luego de un sostenido progreso del que dan cuenta los Informes de 2010-2011 al 2014-2015 ha habido un descenso abrupto en

el último reporte 2015-2016, en el que pierde 8 puestos (pasa del 23 al 31) consecuencia de una merma de puntaje de cuatro décimas (pasa de 5.0 a 4.6), lo que expresa una pérdida de la confianza en la buena administración de los fondos públicos.

Por lo que respecta al ítem “1.05 pagos irregulares y sobornos” que informa el resultado a las preguntas de opinión: ¿En su país, cuán común es para las firmas hacer pagos adicionales o sobornos vinculados con?: importaciones y exportaciones; utilidades públicas; pago de impuesto anual; concesión de contratos públicos y licencias; obtención de decisiones judiciales favorables. La respuesta a cada pregunta está entre los rangos de 1 (muy común) a 7 (nunca ocurre).

Global Competitiveness Report (años)	Orden	Puntaje
2010-2011	24	5.7
2011-2012	21	5.9
2012-2013	23	5.7
2013-2014	22	5.7
2014-2015	21	5.7
2015-2016	28	5.5

Como se puede observar el puntaje y ranking ocupado por Chile lo ha situado reiteradamente entre los primeros 25 países mejor posicionados. Sin embargo, es llamativo y también preocupante la última caída de 7 puestos (cae del 21 al puesto 28) al igual que su puntaje, baja dos décimas (de 5.7 a 5.5) lo que revierte la tendencia de progreso hasta ahora mostrada.

El ítem “1.07 favoritismo en las decisiones de los funcionarios del gobierno” se encuentra más relacionado con el tema de las compras gubernamentales. La pregunta que se formuló aquí estaba relacionada a ¿cuán extendido está dentro de nuestro país las autoridades muestren favoritismo con firmas bien conectadas e individuos, cuando deciden sobre políticas y contratos públicos? La referencia es 1= siempre muestran favoritismo y 7= nunca muestran favoritismo.

Global Competitiveness Report (años)	Orden	Puntaje
2010-2011	21	4.3
2011-2012	14	4.6
2012-2013	21	4.3
2013-2014	22	4.1
2014-2015	27	4.0
2015-2016	42	3.6

En este indicador el puntaje obtenido no es muy alto (siempre es menor de 5), aunque Chile ha mantenido una posición destacada entre los primeros 22 países, lo que cambia significativamente a partir del informe correspondiente al 2014-2015. En este informe Chile baja de puntaje y cae del puesto 22 al puesto 27, peor aún es lo que sucede en el siguiente informe 2015-2016 en donde su puntaje desciende a 3.6 y cae al puesto 42. En suma, lo señalado significa que Chile ha bajado 20 puestos lo cual es un descenso muy significativo. A pesar que tenemos un sistema de compras públicas que, ciertamente, se ha perfeccionado, el descenso en el puntaje expresa la creciente opinión que las autoridades del Estado no son todo lo independientes e imparciales que les es exigible.

En relación al ítem “1.08 despilfarro del gasto público” corresponde a la pregunta ¿cómo considera usted el gasto público en su país? Tomando 1 = sumamente derrochador y 7= sumamente eficiente en el suministro de bienes necesarios y servicios,

Global Competitiveness Report (años)	Orden	Puntaje
2010-2011	26	4.2
2011-2012	15	4.5
2012-2013	10	4.8
2013-2014	13	4.6
2014-2015	21	4.2
2015-2016	21	4.2

El puntaje alcanzado en este ítem tuvo una notable mejoría que en los informes 2011-2012 y 2012-2013, nos llevó a ocupar el puesto n° 15 y 10 respectivamente. Sin embargo, los informes sucesivos desde 2013-2014 al 2015-2016 revelan un constante descenso del puntaje lo que se ha traducido también en la cesión de posiciones ubicándonos en el puesto 21 en el último informe. Este desmejoramiento del país ha ocurrido a pesar que el funcionamiento de ChileCompra busca contrarrestar la ineficiencia e incentivar el ahorro obteniendo mejores precios en bienes, servicios y obras adquiridas a través del sistema de compras públicas.

III.- LOS INSTRUMENTOS PARA MEJORAR LA TRANSPARENCIA

VALCARCEL¹⁹, ha identificado muy bien que la transparencia tiene tanto implicaciones materiales como procedimentales, por lo que en el proceso de su afianzamiento procede examinar los medios que pueden coadyuvar a que la transparencia constituya una eficaz herramienta de resguardo de la probidad. Son variados los instrumentos que sirven para

¹⁹ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.; “Transparencia y contratación pública”, Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica, Núm. 6, diciembre, 2013. Disponible en: <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=67199&print=2> (23/03/2017).

mejorar la transparencia en la contratación pública²⁰. De entre ellos, nos referiremos a aquellos que para el caso chileno pueden tener una mayor significación, como son:

- a) Un adecuado marco normativo;
- b) Mejorar la información que se ofrece al público en todas las etapas;
- c) El empleo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación como aliada estratégica en la vigilancia y control; y,
- d) Planificación de contrataciones.

1.- MARCO NORMATIVO

La reforma del marco normativo de la contratación debe tener por objetivos la mejora en la eficiencia y transparencia de los procesos de contratación, al tiempo de servir de importante instrumento de política pública inclusiva y de efectos macroeconómicos positivos.

En materia de compras públicas con la promulgación de la Ley N° 19.886, en 2003, se produjo un gran avance ordenador de los contratos de suministros y de servicios, impulsado consistentemente por la Dirección de Compras y Contratación Pública (ChileCompra)²¹. La institución administra el Sistema de Compras Públicas de Chile, a través del cual, los organismos públicos (principalmente de la Administración del Estado) realizan sus compras de suministros y de servicios y los proveedores ofrecen sus productos y servicios.

Si bien son 850 las instituciones obligadas a realizar sus adquisiciones a través del sistema de compras y contrataciones aludido, entre los cuales se cuentan organismos de la administración central y descentralizada del Estado (incluyendo hospitales públicos, municipalidades, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad, la Contraloría General de la República, entre otros), la cobertura del sistema aún es limitada. Existen muchos organismos públicos y materias que están excluidas de su aplicación. A manera de ejemplo, entre los organismos públicos excluidos del Sistema se encuentran las empresas públicas no obstante integrar la Administración del Estado y entre las categorías importantes de contrataciones no comprendidas se encuentran las obras públicas.

²⁰ GIMENO se enfoca a las prácticas de los licitadores en el procedimiento que garanticen igualdad de trato en la licitación. GIMENO FELIÚ, J.M. “La corrupción en la contratación pública. Propuestas para rearmar un modelo desde la perspectiva de la integridad”, *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos* (M. Villoria, J.M. Gimeno y J. Tejedor), Atelier, Barcelona, 2016, pág. 258. Por su parte VALCÁRCEL acentúa otras vías como las de la publicidad de la normativa, informes y dictámenes de los órganos especializados en la materia, así como las de las resoluciones de los órganos adjudicadores; las determinaciones de los criterios de adjudicación preponderantes guarden relación directa con las características del objeto del contrato. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.; “Transparencia y contratación... (...), *opus cit.*

²¹ La Dirección de Compras y Contratación Pública o ChileCompra es un servicio público descentralizado, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Hacienda.

Con todo, el sistema ha ido creciendo sostenidamente, así para el año 2015 el monto transado fue US \$12.157 millones y el número de proveedores superó los 124.000 lo cual dice de la importante extensión que ha experimentado el sistema desde su instalación²².

Sin embargo, el diagnóstico del Consejo Anticorrupción²³, respecto del sistema de compras públicas, sostiene que “el sistema podría ser más competitivo: de acuerdo a las estadísticas de ChileCompra, 68 mil procesos licitatorios de 2014 –esto es, el 22,8% del total- contó con una o dos ofertas”²⁴. De otro lado, también advierte que ChileCompra es un sistema fragmentado y que los “marcos legales diferenciados para regular la contratación en materias relevantes como las obras públicas, las concesiones, las compras de órganos autónomos, la provisión de insumos para la defensa nacional y los medicamentos, entre otros” son características del sistema que conllevan riesgos de corrupción²⁵.

Los problemas señalados ponen en el tapete la necesidad de contar una legislación básica sobre la contratación pública que sea aplicable a los procedimientos de contratación de todos los órganos del Estado, más allá de aquellos que comprenden la Administración del Estado. Ello supone establecer en materia contractual una suerte de Derecho Administrativo general pues no hay razón para que los órganos autónomos constitucionales (Poder Judicial, Ministerio Público, etc.) estén exentos de la regulación general en esta materia y en torno a ellos se generen espacios poco transparentes y riesgos de prácticas corruptas²⁶.

En el ámbito de la Defensa la existencia de la Ley Reservada del Cobre, que establece la entrega del 10% de las exportaciones de CODELCO para su reparto equitativo entre las tres fuerzas armadas ha generado un gran ámbito no sólo de discrecionalidad sino también de exención de control en las compras de armamento. Por su carácter reservado, ni la

²² El sistema inició su funcionamiento en 2003 año en que el monto transado fue de USD\$ 1.038 millones y lo utilizaban 33.451 proveedores. CHILECOMPRA; “Cuenta Pública. Roberto Pinedo, Director de ChileCompra”, Dirección de Compras y Contratación Pública”, 2012.

²³ En 2015, se constituyó el “Consejo Asesor Presidencial” contra los conflictos de interés, el tráfico de influencias y la corrupción. CONSEJO ANTICORRUPCIÓN; “Informe Final”, 2015. Disponible en: <http://consejoanticorrupcion.cl/portfolio-items/probando/> (25/04/2016).

²⁴ CONSEJO ANTICORRUPCIÓN; “Informe Final... (...), *opus cit.*, pág. 42.

²⁵ CONSEJO ANTICORRUPCIÓN; “Informe Final... (...), *opus cit.*, pág. 41.

²⁶ Recordemos la serie de hechos y situaciones irregulares que afectaron a la Corporación Administrativa del Poder Judicial en 2011 y que dieron origen a cuatro investigaciones sumarias. Vid. EMOL; “Corte Suprema suspende a director de la Corporación Administrativa del Poder Judicial” (15/04/2011). Disponible en: <http://www.emol.com/noticias/nacional/detalle/detallenoticias.asp?idnoticia=476332> (03/05/2016).; EL MERCURIO; “Fiscalía indaga pagos a funcionario de Corporación del Poder Judicial” (06/04/2011). Disponible en: <http://diario.elmercurio.com/detalle/index.asp?id=%7Be0962728-0332-4050-bacc-77a2c4479815%7D> (03/05/2016); EL MERCURIO; “Nuevo sumario en Corporación Judicial” (24/05/2011). Disponible en: <http://diario.elmercurio.com/detalle/index.asp?id=%7Ba4d05c63-b4f5-4ea6-8e35-1fbfb1b7a9c4%7D> (03/05/2016); EL MERCURIO; “Suprema relevó de su cargo a director de la Corporación” (14/06/2011). Disponible en: <http://diario.elmercurio.com/detalle/index.asp?id=%7Bed9af51e-d873-46d3-84c3-81cd9f463585%7D> (03/05/2016); INSUNZA GINART, R., “Las máculas administrativas del Poder Judicial”, (02/04/2011). Disponible en: <https://rinsunza.wordpress.com/2011/04/02/reportaje-exclusivo-las-maculas-administrativas-del-poder-judicial/> (03/05/2016).

Contraloría General ni el Congreso controlan activamente esta actividad que comporta un importante volumen de gastos que están fuera de la ley de presupuestos. Para el Consejo Anticorrupción esta situación obedece a que “estos fondos no están asociados a una política nacional de Defensa, lo cual favorece la discrecionalidad, opacidad e ineficiencia en su utilización”²⁷. Todo ello, plantea la revisión del sistema de compras de defensa que regularice su fuente de financiamiento en la ley de presupuestos y establezca los controles debidos al empleo de estos recursos en el marco de una política de mediano y largo plazo.

2.- MEJORAR LA INFORMACIÓN QUE SE OFRECE AL PÚBLICO EN TODAS LAS ETAPAS

Chile tiene una alta ponderación en el indicador de disponibilidad pública de información sobre contrataciones a nivel central de gobierno que es el que realiza el 95% de la inversión pública²⁸. A este respecto es de destacar que en el ámbito latinoamericano la disponibilidad pública de información sobre contratación es una práctica generalizada, como lo señala la OCDE²⁹. Los procedimientos de licitación en el marco de las compras públicas se caracterizan por importantes grados de transparencia y publicidad. Así, Chile cumple con poner a disposición la información relacionada con las fases de licitación, pero también publica información sobre las leyes y orientaciones sobre los procedimientos de postulación y criterios de selección y evaluación. Sin embargo, en la etapa post-licitatoria, una vez suscrito el contrato con el proveedor, su ejecución se realiza en completa opacidad careciéndose de información sobre las modificaciones de contratos y datos que permitan el seguimiento del gasto de contratación³⁰. Esta misma observación puede extenderse en lo que respecta a importantes figuras contractuales con regímenes especiales como los contratos de concesión de obra pública y los contratos de obra pública.

En consecuencia, se requiere robustecer la disponibilidad de información respecto de la etapa contractual que permita la trazabilidad de la correcta ejecución del contrato a fin de transparentar: los costos finales, las modificaciones, el adecuado cumplimiento del proveedor, las multas, recepciones o rechazos, términos anticipados, ejecución de garantías, entre otros, cuidando de que la presentación de la información se realice “en un formato al que los ciudadanos y organizaciones no gubernamentales (ONG) puedan acceder y que puedan entender fácilmente, con el fin de que los gobiernos y las empresas rindan cuentas”³¹.

²⁷ CONSEJO ANTICORRUPCIÓN; “Informe Final... (...), *opus cit.*, pág. 42.

²⁸ OCDE-BID; “Panorama de las Administraciones Públicas. América Latina y el Caribe. Innovación en la Gestión Financiera Pública. Ficha Factual de Chile”, 2014. Disponible en: https://www.oecd.org/gov/chile_es.pdf (25/04/2016).

²⁹ OCDE-BID; “Informe Panorama de las Administraciones Públicas. América Latina, (...), *opus cit.*, pág. 102.

³⁰ CHILECOMPRA; “Informe Final. Mesa de Trabajo... (...), *opus cit.*, pág. 12.

³¹ OCDE-BID; “Informe Panorama de las Administraciones Públicas. América Latina, (...), *opus cit.*, pág. 102.

3.- EL EMPLEO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN COMO ALIADA ESTRATÉGICA EN LA VIGILANCIA Y CONTROL

El empleo de las nuevas tecnologías en compras públicas ha reportado una contribución significativa de la eficiencia del gasto público. Sólo en 2015 el ahorro estimado a través del Sistema de Compras Públicas alcanzó más de 837 millones de dólares, que “corresponde a la obtención de un mejor precio en comparación al precio promedio de las ofertas recibidas en la plataforma online para cada proceso de compra”³².

Con el objeto de promover la elevación de los estándares de calidad y la adopción de buenas prácticas en los procesos de contratación que se realizan a través del portal www.mercadopublico.cl, la Dirección ChileCompra ha creado un Observatorio que interviene en forma proactiva monitoreando a nivel de usuario comprador, tanto de forma preventiva como correctiva en las compras públicas que realizan los 850 organismos de la Administración del Estado³³. El Observatorio tiene nivel orgánico de departamento, realiza campañas de detección temprana de errores u omisiones en la formulación de bases de licitación como en el mismo proceso licitatorio buscando su oportuna corrección. Ha introducido como herramientas un sistema de alertas, gestión activa y asesoría especializada a las instituciones compradoras, detectando puntos de mejora en los procesos de compras públicas. Igualmente, recibe comunicaciones de reclamos ofreciendo un servicio de mediación a fin de lograr una pronta y adecuada solución, y en casos graves redirigir la denuncia a los organismos fiscalizadores, en especial la Contraloría General de la República³⁴.

Los principales errores detectados por el Observatorio ChileCompra para el caso de los compradores, está vinculado con los criterios de evaluación subjetivos, fragmentación de compras, exceso de requisitos de participación, cláusulas discriminatorias, garantías desproporcionadas y plazos de publicación reducidos³⁵. Mientras que para el caso de los proveedores las alertas fueron generadas por los porcentajes de montos adjudicados de un mismo organismo, porcentajes de montos adjudicados por tratos directos y reclamos ingresados por los mismos proveedores.

El Observatorio ha demostrado una alta efectividad en la solución de los problemas detectados. Sólo en 2015 de 1.376 hallazgos, logró una corrección en 637 casos lo que equivale a 46% de efectividad. Esta labor fue complementada por las campañas masivas, que en 2015 alcanzaron a 8, consistentes en el envío de correos personalizados a los

³² CHILECOMPRA; “Informe Final. Mesa de Trabajo... (...), *opus cit.*, pág. 6.

³³ CHILECOMPRA; “Informe Final. Mesa de Trabajo... (...), *opus cit.*, pág. 13.

³⁴ CHILECOMPRA; “ChileCompra lanzó observatorio de compras públicas en décimo cuarta feria ChileCompra”, 2013. Disponible en: http://www.comprassustentables.cl/index.php?option=com_content&view=article&id=107:chilecompra-lanzo-observatorio-de-compras-publicas-en-decimocuarta-feria-chilecompra&catid=6:noticias&Itemid=8 (25/04/2016).

³⁵ CHILECOMPRA; “Informe Final. Mesa de Trabajo... (...), *opus cit.*, pág. 4

organismos indicándoles los procesos de compra o los comportamientos que se le sugieren modificar, en estos casos su efectividad subió al 85%³⁶.

4.- PLANIFICACIÓN Y PLANEACIÓN EN LA FORMACIÓN DE CONTRATOS

La Ley N° 19.886 en su artículo 12° dispone que cada institución deberá elaborar y evaluar periódicamente un plan anual de compras y contrataciones, cuyos contenidos mínimos están definidos en el reglamento de la ley. Cada institución, además, deberá reflejar en el sistema de información de la Dirección de Compras y Contratación Pública la evaluación periódica de su plan de compras públicas. En relación con la elaboración y evaluación del plan anual la Dirección ha aprobado la Directiva N° 6 de enero de 2007, que contiene las orientaciones para realizar dichos procesos. Sumariamente los principales lineamientos que contiene la citada directiva N° 6 son los siguientes: 1) Usar el plan de compras como un instrumento de gestión institucional; 2) Definir un responsable y los procedimientos para implementar y monitorear el plan de compras públicas; 3) Involucrar a todas las unidades de la organización en la elaboración del Plan; 4) Vincular el Plan de Compras al proceso presupuestario y ajustarse a los fondos disponibles; 5) Incluir información de calidad, que aporte a la gestión institucional y a la transparencia; 6) Especificar Plan de Contratación de Medios de Comunicación; 7) No incluir información relacionada con los contratos vigentes y de compras confidenciales; 8) Monitorear cumplimiento y modificaciones del Plan; y 9) Ingresar oportunamente el Plan de Compras y sus modificaciones al sistema www.chilecompra.cl.

En nuestro ámbito las compras públicas regidas por la Ley N° 19.886 cuentan con una institucionalidad asesora, coordinadora y promotora de la competencia que es la Dirección de Compras y Contratación Pública, la que no tiene facultades fiscalizadoras sobre la práctica de contratación de los organismos públicos, pero sí ha venido desarrollando muy activamente su facultad orientadora e impulsora de buenas prácticas en los procesos de compras y contrataciones mediante Directivas que aprueba sobre distintas materias relacionadas con estos procesos. Sería conveniente reconocer el carácter vinculante a estas directivas de modo de contar con un mecanismo efectivo para alinear las prácticas de los organismos públicos.

Un organismo que ha tenido escasas pero significativas intervenciones a este respecto ha sido también la Fiscalía Nacional Económica, la cual fundada en su finalidad de proteger la competencia ha reprochado pliegos de licitación por vulnerar el principio de la libre competencia demandando la intervención del Tribunal de la Libre Competencia³⁷. En concreto lo que actualiza la intervención de la Fiscalía es que los servicios públicos contratantes incorporen en su política de contratación el principio de libre competencia.

³⁶ CHILECOMPRAS; "Informe Final. Mesa de Trabajo... (...), *opus cit.*, pág. 5.

³⁷ Ver sentencia de la Corte Suprema de 15 de junio de 2009 recaída en causa Rol N° 1.855-2009.

IV.- CONCLUSIONES

1.- Una de las principales limitaciones para lograr una adecuada transparencia en las contrataciones públicas es la carencia de un régimen general contractual, persistiendo múltiples regímenes y procedimientos contractuales, de acuerdo no sólo al tipo de contrato sino también atendiendo al órgano público del que se trate. Es necesario que las actuaciones “administrativas” de todos los órganos del Estado se sujeten a un régimen administrativo general, en particular, la actuación contractual a través de la que se gestiona el importante rubro de la inversión pública.

2.- Chile se mantiene en el liderazgo de los países de América Latina y el Caribe en lo que respecta a competitividad del país, pero ha ido perdiendo posiciones en los últimos años. Si bien en el indicador “institucionalidad” continúa obteniendo un puntaje satisfactorio preocupa que en lugar de seguir fortaleciéndolo ha ido descendiendo paulatinamente, agudizándose la caída en el último año, en especial en los ítems relativos a “desviación de fondos públicos, “pagos irregulares y sobornos” y “favoritismo en las decisiones de los funcionarios del gobierno”.

3.- En relación con la información gubernamental de las compras estatales Chile cumple satisfactoriamente con publicitar la información relacionada ocupando el primer lugar en la región. Sin embargo, aun es posible mejorar la calidad de la información y su integridad de modo que se transparente la información relativa a la ejecución de los contratos y las respectivas modificaciones en un formato fácilmente comprensible y auditable.

4.- La satisfactoria experiencia del Observatorio ChileCompra lo convierte en un ejemplo replicable en otros procesos de contratación, generando información de relevancia para la detección preventiva de las irregularidades y su oportuna corrección.

5.- Una herramienta que debe darse relevancia y cautelarse su debido cumplimiento es el relativo a la obligatoriedad de realizar la planificación anual de las contrataciones y su respectiva publicidad en el Sistema de Compras Públicas administrado por ChileCompra.

V.- BIBLIOGRAFÍA

CAMACHO CÉPEDA, G., Informe Nacional: Chile. BENAVIDES, JOSÉ LUIS Y MORENO CRUZ, PABLO (Edit.) La contratación pública en América Latina; Universidad de Externado de Colombia, año 2015

CHILECOMPRA; “Indicadores ChileCompra año 2015”.

CHILECOMPRA; “Informe Final. Mesa de Trabajo para la modificación de la Ley N° 19.886”, 2016.

CHILECOMPRA; “ChileCompra lanzó observatorio de compras públicas en décimo cuarta feria ChileCompra”, 2013. Disponible en: http://www.comprassustentables.cl/index.php?option=com_content&view=article&id=107:chilecompra-lanzo-observatorio-de-compras-publicas-en-decimocuarta-feria-chilecompra&catid=6:noticias&Itemid=8 (25/04/2016)

CHILECOMPRA; “Cuenta Pública. Roberto Pinedo, director de ChileCompra”, Dirección de Compras y Contratación Pública”, 2012.

CONSEJO ANTICORRUPCIÓN; “Informe Final”, 2015. Disponible en: <http://consejoanticorrupcion.cl/portfolio-items/probando/> (25/04/2016).

EMOL; “Corte Suprema suspende a director de la Corporación Administrativa del Poder Judicial” (15/04/2011). Disponible en: <http://www.emol.com/noticias/nacional/detalle/detallenoticias.asp?idnoticia=476332> (03/05/2016).

EL MERCURIO; “Fiscalía indaga pagos a funcionario de Corporación del Poder Judicial” (06/04/2011).

Disponible en: <http://diario.elmercurio.com/detalle/index.asp?id=%7Be0962728-0332-4050-bacc-77a2c4479815%7D> (03/05/2016).

EL MERCURIO; “Nuevo sumario en Corporación Judicial” (24/05/2011).

Disponible en: <http://diario.elmercurio.com/detalle/index.asp?id=%7Ba4d05c63-b4f5-4ea6-8e35-1fbfb1b7a9c4%7D> (03/05/2016).

EL MERCURIO; “Suprema relevó de su cargo a director de la Corporación” (14/06/2011).

Disponible en: <http://diario.elmercurio.com/detalle/index.asp?id=%7Bed9af51e-d873-46d3-84c3-81cd9f463585%7D> (03/05/2016).

GIMENO FELIÚ, J.M. “La corrupción en la contratación pública. Propuestas para rearmar un modelo desde la perspectiva de la integridad”, *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos* (M. Villoria, J.M. Gimeno y J. Tejedor), Atelier, Barcelona, 2016, págs. 246-300.

INSUNZA GINART, R., “Las máculas administrativas del Poder Judicial”, (02/04/2011).

Disponible en: <https://rinsunza.wordpress.com/2011/04/02/reportaje-exclusivo-las-maculas-administrativas-del-poder-judicial/> (03/05/2016).

OCDE-BID; “Panorama de las Administraciones Públicas. América Latina y el Caribe. Innovación en la Gestión Financiera Pública. Ficha Factual de Chile”, 2014.

Disponible en: https://www.oecd.org/gov/chile_es.pdf (25/04/2016)

OCDE-BID; “Informe Panorama de las Administraciones Públicas. América Latina y el Caribe”, 2014. Disponible en: <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/6597/Panorama%20de%20las%20Administraciones%20Públicas%20América%20Latina%20y%20el%20Caribe%202014.pdf?sequence=1> (25/04/2016)

SCHWAB, K. (editor), “The Global Competitiveness Report 2015-2016”, World Economic Forum. Geneva, 2015. Disponible en: http://www3.weforum.org/docs/gcr/2015-2016/Global_Competitiveness_Report_2015-2016.pdf (03/05/2016).

SCHWAB, K. (editor), “The Global Competitiveness Report 2014-2015”, World Economic Forum. Geneva., 2014 Disponible en: http://www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalCompetitivenessReport_2014-15.pdf (03/05/2016).

SCHWAB, K. (editor) “The Global Competitiveness Report 2013-2014”, World Economic Forum. Geneva, 2013. Disponible en: http://www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalCompetitivenessReport_2013-14.pdf (03/05/2016).

SCHWAB, K. (editor) “The Global Competitiveness Report 2012-2013”, World Economic Forum. Geneva, 2012 Disponible en: http://www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalCompetitivenessReport_2012-13.pdf (03/05/2016).

SCHWAB, K. (editor) “The Global Competitiveness Report 2011-2012”, World Economic Forum. Geneva, 2011 Disponible en: http://www3.weforum.org/docs/WEF_GCR_Report_2011-12.pdf (03/05/2016).

SCHWAB, K. (editor), “The Global Competitiveness Report 2010-2011”, World Economic Forum. Geneva, 2010. Disponible en: http://www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalCompetitivenessReport_2010-11.pdf (03/05/2016).

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.; “Transparencia y contratación pública”, Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica, Núm. 6, diciembre, 2013. Disponible en: <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=67199&print=2> (23/03/2017).

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.; “Connotaciones del principio de transparencia en la contratación pública”, Por el Derecho y la Libertad, Vol II, Libro Homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor, (Dir. José Eugenio Soriano García. Coord. Manuel Estepa Montero), Iustel, Madrid, 2014, pp. 1901 a 1931.

INFORMACIÓN COMPLEMENTARIA

- SOBRE EL SUMARIO POR COMPRAS IRREGULARES QUE COMPLICAN AL RENUNCIADO DIRECTOR DE CHILECOMPRA <http://compraspublicas.cl/noticias/2886>
- INFORME CONSEJO ANTICORRUPCIÓN <http://consejoanticorruccion.cl/portfolio-items/probando/>

