

Evaluación de las Contrataciones Públicas en Chile

A. DAVID MEYER

Abogado y MBA de la U. de Indiana, consultor internacional en Diseño y Gobierno de Compras Públicas; árbitro de la *American Arbitration Association*, ex Vicepresidente de compras de varias empresas privadas de los Estados Unidos durante diez años.

JEAN MARIE FATH MEYER

Abogada (U. de Missouri) y *Master Procurement Law* (U. George Washington). Tiene amplia experiencia en Europa Oriental y el Banco Mundial. Fue abogada de compras del Departamento de Transporte del gobierno federal de EE.UU.

Indice de Materias

I. Introducción	547
II. Descripción de las Contrataciones Públicas en Chile	549
Grado de descentralización en el sector público chileno	550
Las Cuatro Instituciones Centrales	552
Sistema de Información e Intermediación Electrónica de Compras y Contrataciones	555
III. Evaluación: Fortalezas y Debilidades de las	
Contrataciones Públicas en Chile	555
Normas legales y políticas sobre contrataciones públicas	556
No discriminación y trato igualitario de proveedores y bienes extranjeros	565
Corrupción en las contrataciones públicas	566
Probidad en las contrataciones públicas	570
Controles internos	572
Supervisión externa por parte de la Contraloría General	573
Mecanismos independientes de impugnación y revisión	576
Creación de valor en las compras	579
Confusión entre criterios de calificación y de adjudicación	587
Profesionalismo del personal de contrataciones	588
IV. Propuestas para una política de compras	590
Posibles objetivos para las políticas de compras	591
Instituciones para el fomento de la probidad	594
Por qué una oficina de políticas centrales	604

I. INTRODUCCIÓN

Las contrataciones públicas en Chile presentan contrastes notables. Quienes las analicen encontrarán joyas institucionales y valiosos recursos humanos, en una abundancia que eleva a Chile a un nivel que supera con mucho el de otros países que luchan contra la corrupción desenfrenada. Sin embargo, no es necesario adentrarse demasiado bajo la superficie de la contratación pública en Chile para descubrir fallas estructurales y brechas inquietantes.

El Estado en Chile no aplica una política unificada a las contrataciones públicas. Estas últimas son altamente descentralizadas, pero ello no se refiere sólo al aspecto operacional, sino a la formulación o ausencia de políticas. No existe ningún responsable de promover objetivos comunes o “mejores prácticas”, ni de evaluar los resultados desde la perspectiva del gobierno como un todo, considerando las implicancias de las compras públicas para la transparencia y la igualdad de oportunidades.

Muchos funcionarios efectivamente comprometidos con los valores del sector público realizan las contrataciones con un apreciable grado de habilidad y buen juicio derivado de su experiencia práctica. Sin embargo, estos educados funcionarios poseen escasa o ninguna formación profesional en materia de contrataciones, y no mantienen contactos con la profesión de “experto en compras”, que se está extendiendo por todo el mundo. Pese a que unas cuantas entidades contratantes del gobierno central utilizan avanzadas técnicas de planificación de las compras, en la generalidad de los casos no se crea valor “comprando bien”, por falta de planificación. Algunas innovaciones en el diseño, la selección y la puesta en práctica de procedimientos de contratación coexisten con una aplicación maquinales de métodos habituales y cómodos.

La transparencia, la probidad y la igualdad de oportunidades son valores más importantes para las compras públicas que para las compras privadas. Al respecto, encontramos que en las compras públicas chilenas es posible encontrar “reglas del juego” en el ámbito operativo para quie-

nes las busquen con determinación, y que por lo general se acatan. Las normas y los procedimientos transparentes coexisten con otros no escritos que al parecer no son menos justos, eficaces o respetados que sus equivalentes impresos. La rendición de cuentas opera gracias a la Contraloría, una respetada institución que desarrolla una meritoria función en materia de contrataciones públicas, pero su rol es todavía demasiado limitado. Si bien el nivel de corrupción es bajo, el creciente grado de escepticismo y desconfianza es tan real como ciertas lagunas en la “infraestructura para la probidad” del sector público.

Este estudio no es un relevamiento exhaustivo de las entidades contratantes en Chile. En octubre de 1999 los autores realizaron alrededor de 20 entrevistas en Chile. Se entrevistó a los funcionarios que efectivamente realizan las contrataciones para organismos del gobierno central. En general, entre uno y tres funcionarios públicos representaron a su institución, departamento o unidad. Asimismo, se celebraron reuniones con representantes de instituciones clave que cumplen una importante función en el proceso de contrataciones públicas en Chile. Tanto la Contraloría General de la República como el Comité Interministerial de Modernización de la Gestión Pública (actualmente se denomina Comité de Ministros para la Reforma del Estado), y el Consejo de Auditoría Interna de General de Gobierno (CAIGG), aportaron información muy esclarecedora.

Las limitaciones de tiempo no permitieron investigar las compras municipales ni a las empresas estatales, ni tampoco efectuar un estudio de caso a fondo de cualquier contratación en particular que abarcara todo el ciclo de contratación. La investigación se limitó a las contrataciones públicas de bienes y servicios. No se examinó la construcción de obras públicas y de viviendas. No se sostuvieron entrevistas con las Fuerzas Armadas o con Carabineros. Las entrevistas en el sector privado consistieron en francas conversaciones con un experimentado proveedor del Estado, al igual que con abogados privados que compartieron sus conocimientos acerca de la interacción del sector privado con el sector público en la resolución de disputas a través de mecanismos administrativos y judiciales. Todas las entrevistas tuvieron lugar en Santiago. Acompañó a los autores un abogado chileno que ofició de traductor y de asesor en legislación chilena, y que además participó activamente en el trabajo. La investigación en terreno fue complementada con la revisión de una decena de leyes, reglamentos e informes representativos.

Pese a las limitaciones de esta metodología¹, el propósito de este estudio es suscitar discusiones y debates presentando impresiones y eva-

¹ Sería apresurado afirmar que estas impresiones superficiales describen con exactitud la situación de las contrataciones públicas en Chile. Se trata de apreciaciones iniciales

luaciones iniciales que tengan que ver con la reforma de las contrataciones públicas. Creemos que esta evaluación puede contribuir al debate, que se ha agilizado desde la presentación de un proyecto de ley para modernizar el régimen de contrataciones públicas². Creemos que ese proyecto (de 1999) no da cuenta del potencial del tema ni logra cumplir los saludables objetivos para los cuales fue propuesto.

II. DESCRIPCIÓN DE LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS EN CHILE

Las contrataciones gubernamentales constituyen una actividad de gran envergadura en Chile. El Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle observó que el sector público es hoy y seguirá siendo en el futuro el más grande comprador de bienes, servicios y obras de construcción en prácticamente todos los países³. El Presidente Frei sostuvo que, excluidos los gastos de defensa, los gobiernos gastan entre el 10% y el 15% del producto interno bruto de sus respectivos países, y Latinoamérica gastó entre US\$ 131.000 millones y US\$ 197.000 millones en 1996, según estimaciones de la Organización Mundial de Comercio (OMC). En 1997 Chile notificó a la OMC que las contrataciones anuales de bienes, servicios y obras de construcción por parte de su gobierno central habían aumentado en cerca de US\$ 965 millones durante el período 1991-1994, hasta superar los US\$ 2.500 millones (Cuadro 1). Las estimaciones para 1997 sugieren que los gastos del gobierno central en bienes, servicios y obras de construcción han aumentado a cerca de US\$ 4.000 millones y corresponden al 5% del PIB chileno. Cuando se agregan las compras públicas de bienes, obras de construcción y servicios por parte de empresas estatales y municipalidades, las compras públicas anuales exceden los US\$ 7.000 millones⁴.

descritas con trazos gruesos tras un análisis limitado de sólo una parte del panorama. Un examen más detallado de otras épocas de las entidades y prácticas de contratación en Chile podría revelar la existencia de escenas bastante distintas a las del cuadro pintado aquí.

² Nota del Editor: los autores se refieren al proyecto de Ley de Bases Sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, Mensaje N° 9-341, de 1999. Ese proyecto fue modificado sustancialmente por indicación del propio Poder Ejecutivo en 2000, y a marzo de 2001 continuaba su tramitación en el Congreso.

³ Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un Proyecto de Ley de Bases Sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, Mensaje N° 9-341 de 1999.

⁴ Comité Interministerial de Modernización de la Gestión Pública. El Estado al Servicio de la Gente, Balance 1994-200, p. 46.

CUADRO 1 CONTRATACIONES DEL GOBIERNO CENTRAL DE CHILE
(1991-1994)
(En precios corrientes expresados en miles de US\$)

	Bienes	Servicios	Obras de construcción	Total
1991	423.065	454.702	668.025	1.545.792
1992	469.438	557.934	925.662	1.953.034
1993	469.653	596.625	1.183.118	2.249.396
1994	453.294	649.894	1.407.406	2.510.594

Fuente: Comunicado de Chile a la OMC, 21 de enero de 1997.

La tendencia que se observa en el Cuadro 1 es creciente. El descenso relativo en la importancia de los bienes, así como la naturaleza más compleja de las obras de construcción y de las compras de servicios, sugieren que las entidades contratantes del gobierno central de Chile están realizando contrataciones más complejas y por valores más altos. Asimismo, las contrataciones para obras de construcción y servicios suelen requerir conjuntos de aptitudes y métodos de contratación que son distintos de los asociados a compras de productos comerciales de uso corriente.

El efecto de las contrataciones públicas se extiende más allá de sus repercusiones económicas. Las contrataciones públicas pueden afectar en forma tangible la percepción que la opinión pública tiene del Estado, al igual que su confianza en el gobierno, especialmente cuando en las compras estatales los bienes, las obras de construcción y los servicios no se adquieren ni distribuyen con eficiencia, ahorro y eficacia, o cuando la corrupción o la aparición de actos indebidos ensombrece las transacciones efectuadas con probidad y transparencia. En el contexto de las contrataciones públicas y del ejercicio democrático del poder, la transparencia, la probidad y la responsabilidad por los propios actos se encuentran inextricablemente ligadas entre sí. En consecuencia, las contrataciones públicas constituyen un segmento demasiado importante de la escena pública nacional como para dejarlo desprovisto de objetivos políticos e institucionales.

Grado de descentralización en el sector público chileno

Entre las entidades del sector público se incluyen la Presidencia de la República, el Congreso Nacional bicameral, el Poder Judicial, la Contraloría General de la República, trece gobiernos regionales, y cerca de una veintena de ministerios, dentro de los cuales se encuentra un amplio surtido de más de 170 organismos, juntas, comisiones, comités, corporaciones, consejos, direcciones, oficinas, institutos, secretarías, subsecretarías y

superintendencias que, ya sea directa o indirectamente, adquieren bienes, obras de construcción y servicios para uso interno o para distribuirlos hacia otros sectores.

El Ministerio de Obras Públicas realiza contrataciones para la construcción de obras públicas como puentes, caminos y aeropuertos, mientras que el Ministerio de la Vivienda y Urbanismo es el encargado de construir viviendas y calles⁵. La DAE, adscrita al Ministerio de Hacienda, y la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud (CENABAS), dependiente del Ministerio de Salud, son los únicos dos organismos del gobierno central cuya función principal se concentra en las contrataciones. Ni la DAE ni la CENABAS intervienen en la fijación, la coordinación, la supervisión y la evaluación de políticas y prácticas de contratación para entidades de otros sectores públicos.

La DAE y la CENABAS compran, almacenan y distribuyen productos comerciales de uso corriente para municipalidades y para organismos públicos del gobierno central. No es obligatorio comprarles a estas dos instituciones. El papel de la DAE como organismo central de contrataciones ha declinado considerablemente. Hacia mediados de la década de 1990, la DAE representaba sólo un 2% a 3% del total de las contrataciones públicas, y en 1999 se efectuó una reducción de personal en esta entidad como parte de un programa destinado a eliminar la mayoría y, a la larga, todas sus actividades centrales de contratación. Por otra parte, la CENABAS, con su planta de aproximadamente 260 personas, se ha revitalizado como centro de suministro para el Servicio Nacional de Salud. Este sector incluye alrededor de 180 hospitales y 300 centros de atención primaria de salud, que son servidos con medicamentos, artículos médicos y otros productos por cerca de 400 proveedores distintos⁶.

⁵ Para una revisión del marco legal aplicable a los contratos de concesión de obras públicas, véase Juan Enrique Miquel y Eugenio Besa (1998) "Public Works Concessions in Chile", 15 *The International Construction Law Review* 14.

⁶ Históricamente, la CENABAS ha cumplido una importante función al satisfacer las necesidades de hospitales pequeños y centros de atención primaria de salud, pues en ella realizan entre un 40% y un 50% de sus contrataciones, en comparación con sólo el 10% a 20% de las compras de instituciones de salud más grandes. En los últimos años, la CENABAS ha abandonado su énfasis anterior en la compra, el almacenamiento y la distribución, y se ha posicionado como intermediario entre proveedores privados y usuarios finales del sector público. Su línea de productos incluye aproximadamente mil artículos, de un universo de 4.000 productos utilizados en el sector de la salud. Entre otras iniciativas, la CENABAS ha introducido subastas electrónicas en las que los proveedores de una cantidad limitada de productos de uso muy común (por ejemplo, productos primarios agrícolas) compiten entre sí mediante un sistema de propuestas secuenciales. En 1998, la CENABAS fue reconocida por la Contraloría General como una de las pocas entidades del sector público chileno que aplica un plan anual de compras.

En su mayor parte, las entidades de contrataciones chilenas cuentan con sus propias políticas, normas, procedimientos y prácticas, y actúan con un amplio grado de autonomía al adoptar decisiones sobre contrataciones y al realizar sus propias compras.

Las Cuatro Instituciones Centrales

En Chile cuatro instituciones de carácter central participan en las compras públicas: El Ministerio de Hacienda, la Contraloría General de la República, el Consejo de Auditoría Interna de Gobierno y el Comité Interministerial de Modernización. El Ministerio de Hacienda ejerce un control indirecto sobre las entidades contratantes chilenas mediante el presupuesto nacional. Los organismos estatales deben presentar una fundamentación de gastos a la Dirección de Presupuestos, dependiente del Ministerio de Hacienda, para explicar la necesidad y el uso de fondos asignados por la Ley de Presupuestos. El Ministerio de Hacienda también ejerce control en virtud de leyes y decretos especiales aplicables a ciertas esferas de actividad. Por ejemplo, la compra o el arriendo de automóviles, el arriendo de bienes muebles con opción de compra, los acuerdos de compra que abarcan un período superior a un solo año presupuestario, al igual que la compra o el arriendo de equipos de procesamiento de datos u otros contratos para servicios computacionales, pueden requerir una autorización previa del Ministerio de Hacienda. Asimismo, los decretos supremos emitidos por el Ministerio de Hacienda proporcionan el fundamento jurídico para el empleo de servicios de consultoría externos en el sector público.

Según propone el proyecto de ley sobre compras públicas propuesto a la Cámara de Diputados en noviembre de 1999 (Boletín 2429-05), el Ministerio de Hacienda asumiría un papel más relevante en las políticas de contrataciones públicas mediante la creación de la Dirección de Compras y Contratación Pública.

El objetivo expreso de la Contraloría General de la República es ejercer un control externo sobre el Poder Ejecutivo, asegurando el cumplimiento de las leyes y normas vigentes⁷. En el ámbito de las contrataciones públicas, la Contraloría General es el principal agente de control externo

⁷ La Contraloría General fiscaliza los ingresos del Estado y los egresos de fondos del sector público analizando la legalidad de los actos de servicios e instituciones del gobierno central, municipalidades y otros organismos bajo su autoridad. Cumple además funciones de contabilidad general. Al ejercer su papel de inspección externa, la Contraloría General tiene la responsabilidad de oficializar decretos y resoluciones, y su deber es denunciar cualquier ilegalidad observada. La Contraloría también realiza auditorías y revisiones especiales, y al facilitar a la Cámara de Diputados informes y otra información solicitada asiste a ese organismo en su labor de fiscalización del Poder Ejecutivo.

de la legalidad de los actos y de las transacciones efectuadas. Su independencia respecto de los poderes Ejecutivo y Legislativo aumenta la autoridad, la credibilidad, el respeto y la eficacia de la Contraloría.

Por añadidura, esta entidad ejerce diversos grados de control previo sobre muchos de los organismos contratantes del gobierno central, pero no sobre todos. Estos controles se traducen en la emisión de juicios sobre la aceptabilidad de bases administrativas elaboradas por entidades contratantes para licitantes potenciales, o bien en la revisión de otra documentación y otros procesos de entidades contratantes que conducen a la adjudicación y la legalización de contratos públicos.

La Contraloría General también llena vacíos en el régimen chileno de contrataciones públicas. Puesto que en Chile no existe una oficina de políticas centrales, la Contraloría General fue hasta una época reciente el único organismo público con la autoridad y la capacidad para efectuar auditorías o revisiones horizontales de las entidades contratantes chilenas desde una perspectiva del gobierno como un todo.

La Contraloría General también sirve como punto de contacto para cualquier funcionario público, contratista privado u otro “denunciante” que desee formular acusaciones sobre actos de fraude o corrupción u otras conductas ilícitas relacionadas con el gasto de fondos públicos. Si descubre irregularidades al ejercer sus facultades de investigación, la Contraloría puede notificar a la entidad pública o al funcionario para que adopte medidas correctivas, o si las circunstancias lo justifican, disponer que se entablen procesos administrativos, civiles o criminales.

Además, la Contraloría ha desarrollado un mecanismo de resolución de conflictos administrativos para los proveedores que se sienten perjudicados por la manera en que se realizan las licitaciones públicas o privadas o en que se adjudican los contratos. La Contraloría considera las reclamaciones, sopesa las pruebas documentales presentadas por las partes en conflicto y emite fallos por escrito en los que se refiere a cada uno de los puntos que son materia de disputa. Sin embargo, su autoridad para ofrecer remedios y soluciones es demasiado restringida.

El Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno es una institución relativamente nueva del gobierno central, creada en 1994, cuya misión complementa la función de la Contraloría General. El énfasis del CAIGG está en los controles internos, en la autoevaluación y en la prevención de perjuicios y no en la evaluación *a posteriori* del cumplimiento de las normas legales, ni en la emisión de dictámenes sobre estados financieros históricos.

El CAIGG actúa como institución coordinadora para auditorías internas dentro del gobierno central. Depende del Presidente de la Repúbli-

ca, quien designa a sus siete miembros, y es asistido por una Secretaría Ejecutiva y un Comité Asesor Técnico que incluye a todos los auditores ministeriales. Entre 1994 y 1999 se introdujeron 19 unidades de auditoría ministerial, 14 comités de auditoría ministerial, 13 unidades de auditoría de gobiernos regionales y 178 unidades de control interno⁸.

Desde sus inicios en 1994, el Programa de Auditoría Interna General del Gobierno ha emitido dos informes, adoptando una perspectiva del Estado como un todo, en relación con el ámbito de las contrataciones públicas. En el informe de 1996 se evaluaron los contratos directos para bienes y servicios y la adjudicación de propuestas en el sector público. Se concluyó que existía una auténtica necesidad de perfeccionar la actual legislación que rige los contratos públicos, debido a la existencia de un cúmulo inorgánico de normas legales⁹. En el informe de 1997 se analizó el empleo de consultores externos por parte de servicios e instituciones del sector público, y se llegó a la conclusión de que se requiere contar con un sistema moderno para controlar el proceso de contratación de servicios de consultoría externos¹⁰.

Nombrado en un principio por el Presidente de la República en diciembre de 1994, el Comité Interministerial de Modernización de la Gestión Pública¹¹ fue el organismo responsable de encabezar y coordinar las iniciativas de modernización. Los miembros del Comité eran los ministros de Interior, Hacienda, Secretaría de la Presidencia, Secretaría General de Gobierno, Trabajo y Seguridad Social, y Economía. Otras secretarías o subsecretarías participan cuando es necesario. El ministro Secretario General de la Presidencia encabeza este organismo de alto perfil. En enero de 1998 el Comité de Modernización propuso la elaboración de un nuevo marco normativo para las contrataciones y los contratos en el sector público, al igual que de un sistema electrónico para la contratación pública durante el período 1998-2000.

⁸ Fuente: Rodrigo Moraga G. y Luis Téllez M. (1999) *Auditoría Interna de Gobierno: La Experiencia Chilena*, editado por Presidencia de la República de Chile, impreso por Antártica Quebecor S.A., Santiago Chile. Disponible también en inglés como *Internal Government Auditing: The Chilean Experience*.

⁹ Véase Programa de Auditoría Gubernamental, 1996, en Moraga y Téllez (1999), pp. 282-295.

¹⁰ Véase Programa de Auditoría Gubernamental, 1997, en Moraga y Téllez (1999), pp. 295-308.

¹¹ Nota del Editor: En el primer año del gobierno del Presidente Ricardo Lagos, este organismo cambió de nombre y fue reorganizado, adoptando el nombre de "Proyecto de Reforma y Modernización del Estado".

Sistema de Información e Intermediación Electrónica de Compras y Contrataciones

El 27 de octubre de 1999, el Presidente Frei presentó ante la Cámara de Diputados un proyecto de ley destinado a reformar el marco legal general que rige los contratos administrativos para la contratación de suministros y servicios por parte del Estado. Esta iniciativa legislativa se originó en el Comité de Modernización. El elemento central del proyecto de ley es un nuevo Sistema de Información e Intermediación Electrónica de Compras y Contrataciones del Sector Público, cuyo objetivo es lograr que los sectores público y privado se sumerjan en el mundo de la contratación y el comercio electrónico.

En 1999 se dieron dos pasos para establecer un sistema de contrataciones completamente electrónico. Primero, un pequeño grupo de entidades contratantes del gobierno central tomó parte en un proyecto piloto en el que se usó el sistema de llamado electrónico a propuestas para productos comerciales de uso corriente. En general, esta propuesta recibió opiniones favorables de los participantes. Apoyándose en este respaldo y en las recomendaciones para que se desarrollara y utilizara en mayor escala el sistema propuesto, el Presidente emitió un decreto¹² en que dispuso la creación de un sistema de información para compras y contrataciones públicas, encomendando al ministro de Hacienda y al ministro Secretario General de la Presidencia las labores de coordinación y licitación relacionadas con el establecimiento del sistema. El decreto se abstiene de exigir la contratación total o exclusiva por medios electrónicos.

Después, a partir de junio de 2000 entró en funcionamiento un sitio en Internet (*www.compraschile.cl*) de información de compras. De conformidad con una licitación internacional en la que compitieron cinco empresas, en junio de 2000 se adjudicó un contrato para el desarrollo y la operación del sistema. La DAE está actuando como representante técnico para negociar con el contratista. A mediados de 2000 unas 20 entidades de contrataciones del gobierno central estaban utilizando este sistema en ciernes para objetivos limitados.

III. EVALUACIÓN: FORTALEZAS Y DEBILIDADES DE LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS EN CHILE

A pesar de que las generalizaciones resultan precarias, si no presuntuosas, debido a la falta de datos sobre el gobierno como un todo, exis-

¹² Decreto N° 1312, de 22 de septiembre de 1999.

ten evidencias que respaldan la evaluación que sigue sobre los altibajos de las contrataciones públicas en Chile. El panorama dista de ser sombrío. Se han identificado los problemas básicos, la reforma ha recibido apoyo dentro y fuera del gobierno, y existen instituciones capaces de encabezar un proceso de reforma.

Normas legales y políticas sobre contrataciones públicas

El ámbito legal normativo para las contrataciones públicas chilenas es una maraña de normas confusas que se han traducido en una excesiva cantidad y diversidad de leyes, decretos, reglamentos y circulares. Aun cuando los autores experimentaron esta situación directamente en 1999, desde 1994 se formularon observaciones similares y no hace mucho las han reiterado respetadas instituciones chilenas. En 1994, la Comisión Nacional de Ética Pública estudió la actual legislación que rige las licitaciones y los contratos públicos, con el fin de identificar las reformas necesarias para aumentar la transparencia de los procedimientos de contratación. En 1996, el CAI-GG observó que la interpretación de las normas legales y reguladoras vigentes es tan compleja que las entidades contratantes consideran necesario recurrir a la Contraloría General para solicitar asesoría interpretativa para así no entrar en conflicto con los límites fijados por las leyes pertinentes.

La Comisión Nacional de Ética Pública propuso ya en 1994 que se adoptaran dos medidas correctivas: en primer lugar, promulgar una ley modelo para licitaciones y contratos públicos que le garantice la transparencia, la objetividad, la imparcialidad, la seguridad del cumplimiento del contrato y la detallada publicidad de todos los procesos para la adjudicación de compras de bienes y servicios por parte del Estado. En segundo lugar, crear un sistema electrónico para administrar las licitaciones, para aumentar el grado de transparencia y objetividad en la adjudicación de contratos estatales. Veremos más adelante si estas medidas son suficientes.

Transparencia de las “reglas del juego”

Las leyes, los reglamentos, las políticas, los procedimientos, las prácticas, las disposiciones administrativas y los fallos judiciales en materia de contrataciones deberían ser transparentes. El principio fundamental es la necesidad de poner a disposición de todas las partes interesadas información suficiente, pertinente, comprensible y oportuna a través de un medio fácilmente accesible y a un costo relativamente módico o bien sin cargo. Esto no significa que toda la información deba ser pública, como se ex-

plica más adelante. Lo esencial es que los proveedores potenciales de bienes, obras de construcción y servicios puedan conocer las “reglas del juego” que se aplicarán.

En Chile es posible encontrar transparencia en el ámbito legal, pero es necesario buscar afanosamente para encontrar un conjunto completo de “reglas del juego” en el ámbito operativo. Lo anterior ocurre no sólo porque se carece de un sistema de contrataciones único para el sector público, sino además porque ninguna institución tiene la responsabilidad de recopilar y difundir información suficiente, pertinente, comprensible y oportuna sobre las “reglas del juego”. Los chilenos, sin embargo, deberían encontrar cierto grado de alivio en el hecho de que las “reglas del juego” existen, y de que la mayoría de los proveedores chilenos acceden, a través de la experiencia y los contactos informales, a lo que necesitan conocer de los procedimientos de compra empleados por cualquier entidad contratante en particular.

Encontramos que las contrataciones públicas en Chile “se basan en reglas” en el sentido de que los estándares legales y otras reglas formales e informales existen e influyen en la manera en que los servicios e instituciones del sector público realizan las compras. Las resoluciones y las circulares se publican y, por lo general, las conocen los jefes y otros administradores públicos responsables a cargo de las contrataciones. La presencia y el papel de la Contraloría General en la tarea de asegurar el cumplimiento de la ley correspondiente explica en no poca medida por qué estas normas son conocidas por el personal de contrataciones y por qué éste tiende a respetarlas. Asimismo, encontramos que en la administración pública chilena existe una cultura organizacional que considera a las “normas” como modelos que deben seguirse y no como meros pedazos de papel carentes de toda aplicabilidad en cuanto a la manera en que las contrataciones se efectúan en la realidad.

Cada organismo contratante del sector público visitado contaba con una serie de reglas del juego internas para las compras. En algunas de estas entidades existían reglas escritas, en otras no; en algunas las reglas eran detalladas, y en otras no. Algunas se encontraban redactando un conjunto de procedimientos internos para las contrataciones. Una de ellas acababa de completar un detallado manual de procedimientos de contratación que estaba disponible para “cualquiera que solicitara un ejemplar”. En todos los casos, salvo en uno, existían reglas internas, conocidas por los administradores públicos que requieren estar al tanto de ellas, y utilizadas al realizar las contrataciones. Además, en muchos casos se incluye información uniforme en las bases administrativas que se entregan en el curso de las licitaciones privadas.

El hecho de que las normas de contratación existan e influyan en el comportamiento organizativo no equivale a afirmar que las compras en Chile se encuentran absolutamente libres de corrupción o de influencias partidistas, o que las normas y procedimientos de contratación vigentes no ofrezcan oportunidades para manipulación u otras prácticas cuestionables. Lo que se sostiene aquí es que Chile es un país donde las normas, los procedimientos y las formas de contratación son comunes e influyen en la forma en que se manejan los asuntos del Estado.

La cultura de efectuar contrataciones dentro de un ambiente de normas formales e informales fue confirmada directa e indirectamente por diversos entrevistados. Por ejemplo, en un caso los autores escucharon una detallada explicación de dos administradores de contrataciones públicas sobre cómo habían creado y aplicado una serie de procedimientos internos para licitaciones públicas y privadas. A juzgar por lo afirmado, estas “reglas del juego” se aplicaron al parecer de una manera estructurada (casi mecánica). Curiosamente, esos procedimientos no habían sido registrados por escrito. La conveniencia de publicar y difundir los procedimientos en beneficio de la transparencia, la probidad y la responsabilidad por los propios actos es evidente.

Si bien la promulgación de una nueva ley marco general constituye un paso necesario hacia el aumento de la transparencia de las normas legales, la creación de una oficina de políticas centrales, responsable de recopilar, resumir, explicar y difundir información suficiente, pertinente, comprensible y oportuna sobre las “reglas del juego” es una medida no menos urgente.

Transparencia de las oportunidades de contratación

La participación generalizada de las empresas del sector privado en las contrataciones públicas puede traducirse en una gama más amplia de alternativas para los compradores públicos y en fomentar la competencia. Para lograrlo, las oportunidades de contratación deberían ser transparentes. En Chile, algunas oportunidades de contratación son transparentes y otras no; además, unas son más transparentes que otras.

Cuando el método de contratación es la “licitación pública”, la ley chilena sobre la materia exige que se publicite la oportunidad de contratación. Por lo común, las notificaciones de licitaciones públicas se difunden en las páginas de diarios como *El Mercurio*, *La Nación* y *La Tercera*, lo mismo que en el *Diario Oficial*¹³.

¹³ También pueden publicar en la *Revista Licitasur*, un semanario que circula en Argentina, Brasil y Paraguay, al igual que en Chile.

Sin embargo, cuando se emplean otros métodos de contratación, disminuye la transparencia de las oportunidades. Una diversidad de contrataciones se efectúan sin revelarlas a proveedores potencialmente interesados o al público antes de que se concreten. En esta categoría se incluye una considerable cantidad de licitaciones privadas y compras a una sola fuente que no son compras menores que se realizan de vez en cuando.

Lo anterior no quiere decir que todas las oportunidades de contratación que no sean licitaciones públicas tengan lugar en un entorno poco transparente. Por ejemplo, en Chile existen dos prácticas generalizadas que ayudan a recuperar la equidad y una participación más amplia en las contrataciones que no son licitaciones públicas: primero, por lo general se solicita a las entidades contratantes que obtengan cotizaciones de tres proveedores potenciales antes de adjudicar el contrato si el valor de la contratación excede determinados umbrales. Segundo, muchos, si no la mayoría, de los organismos contratantes mantienen algún tipo de registro o lista formal o informal de proveedores. Algunas de estas entidades acostumbran enviar a los proveedores registrados notificaciones de oportunidades de contratación, mientras que otras no lo hacen. Supuestamente, si un proveedor incluido en la lista nunca recibe una invitación para presentar una cotización, puede presentar una queja ante la entidad contratante o bien ante la Contraloría General.

Con el sistema de información electrónica previsto en el proyecto de ley se pretende fomentar la transparencia tanto al inicio del proceso de contratación como al final del mismo¹⁴. Sin embargo, debido a la voluntad de promover el uso del sistema electrónico, el proyecto permite que las licitaciones públicas se convoquen por ese medio sin necesidad de publicar ninguna notificación en los diarios. Además, el artículo 16 dispone que sólo estarán facultados para participar quienes estén inscritos en el registro electrónico de contratistas.

Además, el proyecto de ley es menos explícito en cuanto a los contratos que se adjudican por métodos diferentes de la licitación pública. Por ejemplo, no existe ninguna disposición expresa que exija la notificación pública por adelantado de la intención de una entidad de contrataciones de adjudicar contratos importantes a través de una licitación privada o una compra directa, tal como la contratación de una considerable serie de ser-

¹⁴ Por ejemplo, en el artículo 35 se propone que las cotizaciones, las licitaciones y las contrataciones se efectúen por vía electrónica. El artículo 16 confirma que las licitaciones públicas deben estar por lo general abiertas a cualquier persona que desee participar. Las notificaciones de licitaciones públicas pueden realizarse por vía electrónica o bien publicándolas en un diario de circulación general.

vicios de consultoría proporcionados por una entidad o un individuo en el sector privado o público.

La noción de que la transparencia exige solamente la notificación anticipada de los contratos que serán adjudicados por el método de la licitación pública es restrictiva. El principio de la transparencia requiere la entrega de información suficiente, pertinente y oportuna sobre las oportunidades de contratación denegadas a una clase, al igual que información sobre oportunidades de contratación disponibles. En la era de internet, los gastos generales que involucra el hecho de divulgar información por anticipado sobre oportunidades de contratación restringidas a una clase específica o a una sola fuente son muy reducidos. En consecuencia, por regla general deberían notificarse prácticamente todos los contratos materiales para bienes, obras de construcción y servicios que vayan a ser adjudicados.

El fomento de la transparencia y otros objetivos de las políticas como la competencia abierta y la creación de valor requieren una divulgación adicional de las contrataciones proyectadas. Es preciso que se realicen notificaciones específicas a nivel del Estado como un todo y de organismos específicos, en las cuales los datos se agrupan en categorías razonablemente detalladas de bienes, obras de construcción y servicios. Es preciso que las entidades contratantes chilenas cuenten con planes de compras anuales desglosados en forma mensual o trimestral. En Chile dichos planes no existen, o no han sido divulgados entre los proveedores potenciales.

Del mismo modo, los informes históricos con información sobre el Estado como un todo o sobre organismos específicos por categorías y subcategorías de bienes, obras de construcción y servicios adquiridos no existen y no son difundidos entre las partes interesadas. Los planes de cuentas compatibles para el Estado como un todo y para organismos específicos por categorías y subcategorías de bienes, obras de construcción y servicios, no son una realidad práctica, y no existe una oficina de políticas centrales que coordine esta importante labor de recopilación y difusión de datos.

Apertura del proceso de convocatoria

El grado en que las contrataciones públicas en Chile deberían promover la competencia plena y abierta no ha sido abordado con suficiente profundidad en el actual marco normativo, en el proyecto de ley de compras o en la experiencia práctica. En lugar de afrontar directamente el problema, Chile ha caído en dos trampas habituales: creer que ciertos métodos de contratación reglamentarios (licitaciones públicas, licitaciones privadas y exigencia de tres cotizaciones) son necesarios y suficientes para que el ac-

ceso a las contrataciones sea abierto, y permitir que las decisiones sobre el grado de apertura determinen el método de contratación.

Una vez que se decide utilizar un método de convocatoria que no es una invitación abierta y pública, disminuye el grado de transparencia y aumentan las posibilidades de que los proveedores sean excluidos en forma discriminatoria. En Chile este riesgo surge en el contexto de las licitaciones privadas y en el procedimiento de las tres cotizaciones.

Cuando se solicitan tres cotizaciones en compras menos complejas, los proveedores invitados se escogen comúnmente de una lista de aquellos que están “registrados” en la entidad contratante. En general, el proceso de inscripción es bastante simple y sólo recopila información básica. La exclusión discriminatoria de proveedores potenciales en el proceso de inscripción no parece ser un problema frecuente, aunque es posible debido a la falta de salvaguardias formales en cuanto al procedimiento. La ausencia de normas transparentes para escoger cuáles proveedores del registro serán favorecidos con las invitaciones a participar involucra más riesgos. Si bien algunas entidades contratantes solicitan cotizaciones de todos los proveedores registrados, la mayoría de ellas parece ser más selectiva, y algunas se concentran sólo en cumplir el requisito formal de contar con tres cotizaciones archivadas para satisfacer a la Contraloría General en la eventualidad de que practique una auditoría.

En el caso de las licitaciones privadas, la transparencia no es el sello distintivo del proceso de “preselección”. La manera en que las entidades contratantes deciden a quién invitar a competencias limitadas no admite generalizaciones. Da la impresión de que el proceso de selección es completamente subjetivo y arbitrario, ya que según parece se basa sólo en los conocimientos o en las preferencias personales de aquellos que efectúan las contrataciones. Los proveedores potenciales no gozan del beneficio de contar con información fácilmente accesible respecto de lo que deben hacer o evitar si desean ser favorecidos con una invitación. Lo anterior no quiere decir que exista una discriminación consciente, pues la buena fe subjetiva parece ser la regla y no la excepción. Una vez más, sin embargo, existe la posibilidad de que intervengan factores personales o políticos que influyan en la decisión de quién será invitado. El proyecto de ley de compras no contiene ni una solución ni una recomendación para manejar estos problemas. Si bien sus términos son claros en cuanto a declarar que la admisión a las licitaciones privadas “sólo es por invitación”, no incluye ninguna referencia a la forma en que se deben elaborar las listas de invitación.

La exclusión discriminatoria puede ocurrir de distintas maneras en la práctica, algunas de las cuales pueden ser difíciles de detectar. Por ejem-

plo, la agrupación de compras puede afectar la participación y los resultados. Estos autores supieron del exitoso plan de una entidad pública que buscó limitar la cantidad de negocios estatales que consiguen unos cuantos proveedores de gran tamaño. Logró esto estructurando algunas de las contrataciones de la organización de manera de favorecer a los proveedores pequeños con presencia en las comunidades locales donde los bienes y servicios relacionados serían distribuidos y prestados. Si las compras se hubieran incluido en un mismo grupo, el negocio habría sido adjudicado a unos pocos grandes proveedores debido a la incapacidad de los proveedores locales en menor escala para competir eficazmente a nivel regional. Sin embargo, lograr esa meta requirió de discriminación, pues el costo unitario para el Estado fue mayor.

Este tipo de práctica no es una exclusividad chilena. Por ejemplo, en los Estados Unidos, en virtud de mandatos legislativos del Congreso destinados a promover a los pequeños negocios, se reservan ciertos montos de contratos gubernamentales para pequeñas empresas y otras clases de negocios escogidos como beneficiarios. La gran diferencia es que en los Estados Unidos esta práctica está prescrita por la ley.

Al no existir en Chile una ley que autorice la inclusión o la exclusión de clases de proveedores, la práctica de adaptar las contrataciones para favorecer a un determinado grupo de proveedores es de dudosa corrección, si no contraria a la ley, y está reñida con el objetivo de crear valor en las compras. También puede tener el efecto no intencional de crear una clase de proveedores que se hace dependiente de contratos gubernamentales debido a su incapacidad para competir eficazmente.

En los Estados Unidos, el empleo de catálogos electrónicos no está limitado a las compras de menor cuantía de unos pocos cientos o miles de dólares, y por eso conviene evaluar el impacto de las técnicas de contratación electrónica. Por ejemplo, un sistema de catálogo electrónico basado en internet generalmente permite que los proveedores autorizados exhiban sus catálogos de productos comerciales “en existencia” junto con listas de precios aprobados previamente y válidos por períodos determinados.

Sin embargo, no todas las técnicas de contratación electrónica garantizan un clima de competencia abierta. Como los proveedores del sector privado suelen diferenciar sus artículos de marca de diversas maneras, las comparaciones de precios son un ejercicio complejo. Lo anterior es válido para muchos artículos comerciales aparentemente “corrientes” como escritorios, sillas de oficina, computadores y automóviles. Si las entidades compradoras tienen libertad para seleccionar los productos de cualquier catálogo electrónico basándose en su propio juicio de cuáles marcas o ca-

racterísticas determinadas satisfacen mejor sus necesidades, los proveedores que venden productos comerciales comparables, pero no idénticos, pueden percibir, tal vez justificadamente, que sus propios productos fueron arbitrariamente excluidos.

Al no proporcionarse directrices generales en cuanto al objetivo de apertura y acceso a las contrataciones, y al relegarse las decisiones fundamentales sobre políticas de esta naturaleza a los reglamentos que aún no han sido promulgados, el proyecto de ley de compras deja para mañana lo que requiere atención hoy.

Adhesión a criterios de calificación y adjudicación

Los principios de transparencia, trato equitativo y prácticas leales exigen entregar a los proveedores potenciales la información necesaria para participar en una contratación y preparar una oferta en respuesta. Para lograr un campo de juego parejo, los requisitos de calificación y los criterios de adjudicación para evaluar las propuestas deben ser transparentes.

Chile merece ser evaluado favorablemente en esta área. Por lo general, las entidades contratantes establecen requisitos de calificación y criterios de adjudicación en la documentación de las licitaciones, y en los procesos de examen y evaluación se apegan a las exigencias y criterios anunciados. Entre los criterios de adjudicación se incluyen tanto factores relacionados como no relacionados con el precio y se asignan ponderaciones relativas a los diversos factores. Las propuestas recibidas suelen ser evaluadas de manera sistemática por comités de evaluación compuestos por tres o más personas. Por lo general se mantienen registros de contrataciones, incluido un registro de las conclusiones del comité de evaluación, para así cumplir con los requisitos legales pertinentes y demostrar que se respetan las normas en caso de que la Contraloría efectúe una revisión¹⁵.

El proyecto de ley de compras también coincide con este espíritu, y por ello contempla el uso de especificaciones administrativas, técnicas y financieras, y exige que se apliquen los procedimientos de licitación en conformidad con dichas especificaciones. En el artículo 21 se subraya que todo procedimiento de licitación tiene que apegarse estrictamente a las especificaciones básicas pertinentes y debe ser respetado y observado para garantizar un trato igualitario a todas las partes contratantes y resguardar la transparencia de los procedimientos empleados.

¹⁵ Otras “mejores prácticas” en las contrataciones son la separación de responsabilidades y autorizaciones, y la rotación del personal en estas funciones. No tenemos información respecto a ellas.

Información sobre Adjudicación de contratos

La transparencia a los proveedores y la rendición de cuentas al público también exigen que las decisiones finales sobre adjudicación de contratos se divulguen a través de un medio accesible, sin importar si el contrato se refiere a bienes, obras de construcción o servicios, e independientemente del método de contratación usado. El valor de la propuesta ganadora, lo mismo que el nombre del proveedor elegido, tendrán que darse a conocer. También se debe dar a los proveedores que no fueron escogidos información sobre el resultado de sus propuestas y sobre cómo obtener datos relativos a la adjudicación del contrato. A solicitud de los interesados, la entidad contratante debería rendir cuentas a los proveedores no favorecidos.

En términos generales, “transparente” no es la palabra que describe el ámbito legal y operativo de Chile aplicable al tema de la divulgación de información al final del proceso de contratación. Para empezar, los servicios y las instituciones del sector público no están obligados a difundir información sobre la adjudicación de contratos. Aparte del marco legal, las entidades contratantes tampoco logran cumplir en la práctica el objetivo de proporcionar a todas las partes interesadas información suficiente, pertinente y oportuna acerca de la adjudicación de contratos públicos.

Lo anterior no quiere decir que se carece de acceso a información sobre la adjudicación de contratos. Algunas entidades contratantes revelan antecedentes sobre el particular a solicitud de cualquier interesado. La DAE publica en el Diario Oficial información sobre órdenes de compra adjudicadas cuando el monto excede un umbral especificado (aproximadamente US\$ 120.000). La CENABAS también difunde información sobre sus actividades de compra. Los organismos contratantes suelen notificar a los proveedores no favorecidos del resultado de las licitaciones y les rinden cuentas si ellos así lo solicitan. Sin embargo, no existen datos completos ni suficientes a nivel del Estado como un todo y de entidades específicas.

El proyecto de ley de compras y el sistema de información electrónica enfrenta este problema y exige aumentar el grado de transparencia de la información sobre adjudicación de contratos. El artículo 35 procura abarcar todas las licitaciones y contrataciones de entidades de compra sujetas a sus disposiciones, exceptuadas aquellas excluidas por motivos de seguridad u otros intereses nacionales. La siguiente es la información que tendría que facilitarse: la identidad del organismo contratante, la identidad del proveedor adjudicatario del contrato (incluidos los nombres de los accionistas mayoritarios de una empresa proveedora), el propósito u objetivo final del contrato, el precio del mismo, los plazos para ejecutarlo, el procedimiento de contratación empleado adjudicarlo, y otros datos que se estipu-

lan en los reglamentos. En el artículo 23 se exige que todos los participantes en las contrataciones, no sólo el proveedor favorecido, sean notificados de la adjudicación del contrato. La resolución de la entidad contratante en la que confirma la adjudicación tendría que quedar registrada en la Contraloría. Sin embargo, el proyecto de ley no exige el remedio más general, que es rendir cuentas a los participantes no favorecidos. El Decreto 1312 también exige divulgar información sobre la adjudicación de contratos. El inciso final del artículo 2 abarca expresamente “todas las contrataciones”, hayan sido adjudicadas en virtud de una licitación pública o privada o por contrato directo¹⁶.

No discriminación y trato igualitario de proveedores y bienes extranjeros

Los chilenos se enorgullecen justificadamente de que el ámbito legal se caracteriza por la no discriminación y el trato igualitario a los extranjeros. No existe ninguna legislación que favorezca a los proveedores chilenos del Estado por sobre los extranjeros¹⁷, y tampoco existe ninguna normativa que favorezca los productos “fabricados en Chile” frente a los elaborados en otras regiones del mundo¹⁸. La Constitución chilena y otras normativas consagran expresamente la igualdad y condenan la discriminación¹⁹. En la práctica, al igual que en la ley, la discriminación contra los proveedores y bienes extranjeros no constituye en Chile el problema polémico que recibe tanta atención en otras economías desarrolladas y emergentes. Los estándares chilenos, por ejemplo, coinciden con los estándares internacionales o bien Chile está alineando sus estándares con los interna-

¹⁶ En cualquiera de esos casos, deberá darse a conocer el precio del contrato y la identidad del proveedor, junto con otros datos como el plazo para la ejecución del contrato y la materia del mismo. Las compras menores no están expresamente exentas de estos requisitos de divulgación. En las licitaciones públicas y privadas, deberá revelarse la identidad de los participantes no favorecidos además de la de los adjudicatarios. En el caso de licitaciones privadas, la entidad contratante deberá dar a conocer además el nombre de todas las personas invitadas a participar en aquellas.

¹⁷ Si bien la ley orgánica de 1960 aplicable a la DAE se autoriza al directorio a preferir un producto elaborado en el país en lugar de un artículo competidor del extranjero si el producto chileno es equivalente en precio y calidad al foráneo, esta preferencia no puede calificarse de discriminatoria.

¹⁸ Nota del Editor: los autores se refieren a legislación de compras públicas, por lo que no consideran los aranceles a los productos y servicios importados.

¹⁹ El Artículo 19 (2) de la Constitución Política de Chile garantiza a todas las personas igualdad ante la ley y prohíbe expresamente que cualquier ley o autoridad establezca diferencias arbitrarias. En lo referente a los asuntos económicos, materia del artículo 19 (22), ninguna persona puede ser discriminada por el Estado o sus cuerpos institucionales.

cionales. En términos generales, el acceso a los mercados chilenos no está restringido por las prácticas de contratación pública.

Sin embargo, existe una práctica que puede tender a afectar adversamente a los proveedores extranjeros más que a los nacionales. Ella es la fijación de plazos relativamente cortos para la presentación de las propuestas. Si bien 60 días puede ser el plazo utilizado allí donde la competencia extranjera está prevista o bien es deseada, en el caso de licitaciones públicas y privadas las entidades contratantes chilenas pueden y suelen conceder apenas siete a diez días calendario desde la fecha de publicación del llamado. Las cotizaciones directas pueden exigirse en apenas tres días. Indudablemente, esos plazos tan cortos impiden o bien desalientan la participación de muchos proveedores chilenos, lo mismo que de algunos extranjeros.

Corrupción en las contrataciones públicas

La opinión generalizada dentro y fuera de Chile es que el país goza de un nivel relativamente bajo de corrupción. En la edición más reciente del *Country Commercial Guide on Chile*, el gobierno estadounidense sostiene que “las firmas norteamericanas no han identificado la corrupción como un obstáculo a la inversión extranjera directa en Chile, y no existen indicios de que la corrupción sea un fenómeno que se haya extendido en áreas o en sectores determinados”²⁰. Sobre la base de encuestas realizadas a empresarios, analistas de riesgo y a público en general, *Transparency International* emite informes sobre percepciones del grado de corrupción en cerca de 100 países. Con un Índice de Percepción de Corrupción (IPC) de 6,9, Chile ocupa un cómodo decimonoveno lugar, justo por debajo de los Estados Unidos (IPC de 7,5), y sobre Israel (IPC de 6,8). Ningún otro país sudamericano logra alcanzar un puntaje superior a 4,5²¹.

En el contexto de las contrataciones públicas, la información proporcionada por la Contraloría General sugiere que la corrupción en la adjudicación y administración de contratos públicos no constituye en Chile el mal endémico que afecta a países importantes de la ex Unión Soviética, lo mismo que de África y partes de Asia.

En octubre de 1999, un miembro de la oficina de la Contraloría General opinó que anualmente se detectan no más de dos o tres casos de

Además, el Artículo 57 del Código Civil chileno estipula que al adquirirse derechos civiles y al gozar de los mismos no existen diferencias entre chilenos y extranjeros.

²⁰ Country Commercial Guides FY 1999: Chile, Chapter VII, p. 7, disponible en el sitio en internet del Departamento de Estado Norteamericano, www.state.gov

²¹ Transparency International, 1999, Corruption Perceptions Index, disponible en www.transparency.de/documents/cpi/index.html

actividades de contratación dolosas. Esta observación coincide con las conclusiones que la Contraloría General expuso en un informe de 1998, que resume los resultados de una auditoría horizontal de las entidades contratantes chilenas²². Al auditar 109 servicios e instituciones del gobierno central, sólo en el caso de una institución la Contraloría efectivamente detectó irregularidades de magnitud suficiente como para dar lugar a que se entablaran acciones judiciales. De las 70 municipalidades auditadas, la Contraloría General determinó que en términos generales se cumplía con el marco legal aplicable.

Aun cuando estos resultados son por cierto admirables, el “fraude detectado” es una medición imprecisa de la frecuencia del fraude real. La *General Accounting Office* (Tribunal de Cuentas) estadounidense descubrió que la mayoría de los fraudes no son detectados debido a controles internos poco estrictos y al hecho de que los auditores gubernamentales no prestan suficiente atención a los posibles actos dolosos.

El que las comparaciones internacionales de corrupción relativa tiendan a situar a Chile en un pie de igualdad con los Estados Unidos puede no ser alentador. El fraude en las contrataciones públicas en EE.UU. representa un problema en gran escala. Esto a pesar de la acción de numerosos agentes del sector público dedicados a prevenir y detectar los fraudes, entre los cuales se incluyen los Inspectores Generales y los auditores de la Oficina de Contabilidad del Gobierno, quienes presentan regularmente informes ante comités de supervisión del Congreso estadounidense. El FBI y el Departamento de Justicia prestan su apoyo al investigar y procesar a infractores de los sectores público y privado. Amparándose en la Ley de Libertad de Información para complementar y confirmar los antecedentes proporcionados por denunciantes, una prensa vigilante y una serie de organizaciones “fiscalizadoras” no gubernamentales perseveran en sus esfuerzos por investigar y denunciar actos de fraude y despilfarro en el gasto público. Con el respaldo de abogados del sector privado especializados en legislación sobre contratos gubernamentales, los proveedores recurren al sistema de impugnación de propuestas para arrojar luz sobre prácticas de compra incorrectas y para influir en el comportamiento de las entidades contratantes y sus funcionarios de contrataciones en las compras futuras.

Los denunciantes, públicos y privados, son los actores fundamentales en la tarea de descubrir los fraudes en las contrataciones públicas en los Estados Unidos. Por medio de acciones judiciales *qui tam* (en nombre del

²² Oficina Técnica del Comité de Control Externo de la Contraloría General de la República, Auditoría del Proceso para la Adquisición de Bienes Muebles, 2 de marzo de 1998.

Estado y en nombre propio) entabladas en calidad de acusadores o de “fiscales generales privados” en virtud de la Ley de Reclamaciones Fraudulentas, los denunciantes colaboran en la tarea de recuperar en beneficio del gobierno federal millones de dólares cada año de contratistas declarados culpables de haber estafado a organismos del gobierno estadounidense²³. Como la ley permite la triplicación del resarcimiento y sanciones administrativas que llegan hasta US\$ 11.000 por reclamación, las sumas recuperadas son bastante considerables. En poco más de 13 años, se han recuperado sobre US\$ 3.000 millones. Según el Departamento de Justicia, sólo en 1998 se entablaron 472 procesos y la suma recuperada totalizó US\$ 436 millones, por debajo del récord de US\$ 622 millones alcanzado en 1997.

La opinión predominante en los Estados Unidos es que los juicios *qui tam* cumplen una importante función pública al fiscalizar el comportamiento de los contratistas privados que hacen negocios con el gobierno federal. Para fomentar la labor supervisora del sector privado, el denunciante puede recibir entre un 15% y un 30% de la suma recuperada, dependiendo de si el gobierno interviene en la acción judicial. Sugerimos a futuros investigadores evaluar el grado en que el fraude en las contrataciones públicas en Chile pasa inadvertido o no se denuncia debido a la falta de disposiciones institucionales que protejan a los denunciantes o creen incentivos para delatar irregularidades.

Cualquiera sea el actual estado de cosas, en junio de 1999 las autoridades de tres instituciones chilenas se expresaron con cautela respecto de las condiciones que se estiman necesarias en Chile para prevenir y detectar la corrupción. Poniendo en tela de juicio la noción de que la sociedad chilena es transparente, el director de uno de los principales diarios del país sostuvo que existen muchos obstáculos para obtener información que supuestamente es pública, mientras que el director del Comité de Modernización se expresó en términos coincidentes al advertir que la complacencia con la calificación de Chile por Transparency International puede ser peligrosa, en cuanto frustra los esfuerzos adicionales para promover la apertura. El jefe de la filial chilena de Transparency International llegó al extremo

²³ Ley de Reclamaciones Fraudulentas (*False Claims Act*), 31, Código estadounidense, §3729-3733. La Ley de Reclamaciones Fraudulentas fue promulgada en 1863 debido al clima generalizado de corrupción y fraude en la venta de bienes al gobierno federal durante la Guerra Civil. *Qui tam* proviene de la frase latina *qui tam pro domino rege quam pro se ipso in hac parte sequitur*, que significa “quien emprende esta acción en nombre del Rey, Nuestro Señor, al igual que en el suyo propio”. Las acciones legales *qui tam* se originaron en Inglaterra hacia fines del siglo 13. Véase Vermont Agency of Natural Resources contra el Gobierno de los Estados Unidos, 529 U.S. (22 de mayo de 2000) para una breve historia de las acciones *qui tam* y de la Ley de Reclamaciones Fraudulentas.

de afirmar abiertamente que “la rendición de cuentas es algo de lo que fundamentalmente carecemos”²⁴.

Chile ha suscrito dos importantes compromisos internacionales destinados a desalentar el soborno y otras formas de corrupción. Chile se ha asociado a otras naciones en la firma de la Convención de 1997 de la OCDE (Organización de Cooperación y Desarrollo Económico) sobre combate al soborno de funcionarios extranjeros en transacciones comerciales internacionales. El proyecto de ley chileno para la ratificación y aplicación de la Convención de la OCDE estaba completamente aprobado, pero no promulgado en marzo de 2001 (Boletín 2290-10). En virtud de esta Convención cada país signatario debe establecer en su sistema legislativo nacional que “constituye un delito penal ofrecer, prometer o entregar cualquier incentivo pecuniario o de otra naturaleza a un funcionario público *extranjero* con el fin de obtener o retener negocios u otro tipo de ventaja indebida en el manejo de las relaciones comerciales internacionales”²⁵. Presumiblemente, las conductas ilícitas similares en las transacciones comerciales internas recibirán un trato no menos severo que el impuesto por esta nueva legislación en un contexto internacional.

Chile también es uno de los signatarios de la Convención Interamericana contra la Corrupción de la Organización de Estados Americanos²⁶. En el artículo III de esa Convención se enumeran medidas preventivas que las partes firmantes acuerdan considerar para incorporarlas dentro de sus propios sistemas institucionales. Entre ellas se incluyen la creación, el fortalecimiento y el estudio de sistemas, mecanismos y medidas referentes a normas de conducta para funcionarios públicos, y la aplicación de dichas normas; la obligación de los funcionarios gubernamentales de denunciar actos de corrupción a las autoridades pertinentes; instrucciones a los funcionarios gubernamentales en cuanto a sus responsabilidades y a las normas éticas que rigen sus actividades; divulgación por parte de funcionarios públicos designados de sus ingresos, su patrimonio y sus deudas; garantía de apertura,

²⁴ Véase Andrea Henríquez Gárate, “The Right Way to Fight Corruption,” 166 *The Journal of the Chilean-American Chamber of Commerce* (agosto 1999), p. 29.

²⁵ Detalles acerca del Convenio sobre el Combate al Soborno de la OCDE y comentarios relacionados, lo mismo que otra información y vínculos sobre medidas anticorrupción, pueden encontrarse en internet en el sitio de la Unidad Anticorrupción de la OCDE en www.oecd.org/daf/nocorruption.

²⁶ El Convenio Interamericano contra la Corrupción fue firmado en Chile el 29 de marzo de 1996, ratificado el 22 de septiembre de 1998, y su instrumento de ratificación depositado el 27 de octubre de 1998. El Convenio de la OEA está disponible en internet en el sitio de la Organización de Estados Americanos, Secretaría de Asuntos Legales, Departamento de Cooperación e Información Jurídica en www.oas.org/en/prog/juridico/english/treaties/b-58.html

equidad y eficiencia en las contrataciones gubernamentales y las contrataciones públicas; disuasión de la corrupción en la recaudación tributaria; promulgación de leyes que denieguen un trato impositivo favorable a gastos que transgredan las normas contra la corrupción; la protección de los denunciantes, sean funcionarios públicos o ciudadanos particulares que, de buena fe, denuncien actos de corrupción; creación de organismos fiscalizadores, cuya misión sea prevenir, detectar, castigar y erradicar los actos corruptos; la participación de la sociedad civil y de organizaciones no gubernamentales en iniciativas destinadas a prevenir la corrupción; medidas disuasivas para evitar los actos de corrupción, como exigir que las empresas del sector privado posean y mantengan libros y registros adecuados, y además efectúen revisiones contables internas; y medidas preventivas en las que se tenga en cuenta la relación entre remuneración equitativa y probidad en el servicio público. Aun cuando Chile puede haber cumplido su obligación de considerar este mosaico de disposiciones institucionales preventivas, su historial de aplicación efectiva está incompleto²⁷.

En diciembre de 1999, Chile modificó su Código Penal. En la Ley 19.645 se estipulan sanciones para diversos actos de corrupción cometidos por funcionarios públicos, incluidos el tráfico de influencias, la percepción de honorarios que no corresponden, la exigencia de una retribución monetaria para realizar un acto por el que no debió haberse cobrado, la divulgación prematura de información reservada para su publicación en fecha posterior, y la obtención de beneficios económicos por parte de un funcionario al aprovecharse de información secreta o reservada a la que tiene acceso gracias a su cargo.

Probidad en las contrataciones públicas

En las contrataciones públicas chilenas se destacan características positivas y negativas. En el lado positivo, los organismos que han observado el panorama desde hace largo tiempo, como la Contraloría General, señalan que una gran cantidad de contrataciones han sido efectuadas con probidad. En el lado negativo, el régimen de contrataciones públicas no cuenta con una “infraestructura ética” adecuadamente desarrollada e integrada de organismos auxiliares y de ejecución.

²⁷ Véase “A Compendium of National Efforts to Combat Corruption in the Americas,” disponible en internet en www.respondanet.com/english. En el compendio de septiembre de 1999, preparado por el *Americas’ Accountability Anti-Corruption Project*, se entrega un inventario país por país de las medidas básicas adoptadas por Chile y otros signatarios del Convenio Interamericano de la OEA contra la Corrupción para combatir la corrupción en sus respectivos países.

Para ser justos con aquellos dedicados funcionarios públicos que realizan las contrataciones con honradez como si se tratara de algo natural, es preciso señalar lo siguiente: Chile es en verdad un país afortunado por el hecho de atraer al sector público a personas dedicadas a encarnar valores de servicio público. Los niveles relativamente bajos de corrupción y de quejas por conductas reñidas con la ética presentadas ante la Contraloría General constituyen una prueba fehaciente al respecto.

En diciembre de 1999 Chile adoptó la Ley 19.653 de Probidad de los Órganos de la Administración. Pese a que sus detractores estiman que los términos de la misma fueron suavizados durante el proceso de promulgación, en opinión de sus partidarios, la ley representa un progreso substancial. La libertad de acceso a la información y a los documentos públicos es uno de los aspectos más importantes de la ley, pero resulta de interés conocer si las excepciones al acceso serán aplicadas en forma amplia o restringida. Entre otras disposiciones representativas se incluyen prohibiciones que impiden a un funcionario público aceptar un cargo ofrecido por ciertos empleadores del sector privado durante un período de seis meses después de haber dejado su puesto. Asimismo, algunos funcionarios deben presentar una declaración de bienes al asumir su cargo. Entre las sanciones disciplinarias intermedias para actos ilícitos se incluyen la pérdida parcial de la remuneración y suspensiones que van de 30 días a 3 meses²⁸.

Si la situación general es en gran medida favorable y está mejorando, ¿por qué afirmamos que faltan organismos y disposiciones institucionales que fomenten la probidad en el entorno ético de las contrataciones públicas? Porque el fomento de la probidad no ha sido consagrado como un objetivo fundamental, un concepto de organización o un principio funcional de las políticas sobre contrataciones públicas. Tampoco existe un código de conducta uniforme para el personal de contrataciones.

En Chile se tolera la existencia de disposiciones complementarias inusuales, e incluso sospechosas, para remunerar a empleados públicos mediante honorarios y contratos de consultoría. La divulgación sistemática del patrimonio personal, de deudas, de fuentes de ingreso y de conflictos de interés efectivos o potenciales no constituye una práctica habitual entre todos aquellos que participan en la adjudicación de lucrativos contratos públicos. No existen códigos de conducta para proveedores de bienes, obras de construcción y servicios a compradores del sector público. Los planes de probidad y las oficinas y los funcionarios promotores de la ética no

²⁸ En todo caso, está fuera del ámbito de nuestro estudio realizar un análisis de las ventajas y desventajas de este nuevo compromiso legislativo, que aún no ha sido puesto a prueba, y que afecta a unos 505 artículos de la legislación.

están en el panorama. Se carece de los beneficios derivados de una profesión de expertos en contrataciones, dedicada a la promoción de prácticas y valores éticos. Ninguna oficina de políticas centrales fomenta la probidad en las compras como una política básica. Los ordenamientos institucionales no protegen ni alientan la denuncia de irregularidades.

Debido a una preocupación legalista por el cumplimiento de normas formales, las instituciones de auditoría interna y externa han hecho muy poco hasta la fecha por evaluar, medir o recompensar los logros o “mejores prácticas” en materia de ética, o por evaluar, medir, denunciar o corregir deficiencias que no alcanzan a constituir violaciones manifiestas de la ley. El proyecto de ley de compras deja sin llenar la mayor parte de estos vacíos institucionales en la infraestructura ética.

Controles internos

Los controles internos eficaces promueven la responsabilidad por los propios actos y también promueven otros objetivos como la transparencia, la apertura, el trato igualitario, la probidad y la creación de valor en las compras. Como ya se indicó, desde 1994 Chile ha avanzado a grandes pasos hacia la creación y el fortalecimiento de sus instituciones de control interno. La autoevaluación interna, las mediciones, la presentación de informes, y el mejoramiento constante son los pilares fundamentales de la rendición de cuentas.

En atención a la capital importancia de los controles internos, sería recomendable que el proyecto de ley de compras considerara este tema. En la versión que analizamos, no presta mayor atención a la mantención de registros durante el proceso de compra, una materia que es objeto de considerable atención en la Ley Modelo de la CNUDMI (Comisión de Naciones Unidas de Derecho Mercantil Internacional) sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras de Construcción y Servicios²⁹, y también en los Principios No Obligatorios sobre Contrataciones Públicas promulgados por el Grupo de Expertos de la APEC (Foro de Cooperación Económica de Asia-Pacífico) en Contrataciones Públicas³⁰.

²⁹ Comisión de las Naciones Unidas de Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI, Ley Modelo sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (1994), Artículo 11.

³⁰ Grupo de Expertos en Contrataciones Gubernamentales de la APEC, Principios No Obligatorios sobre Contrataciones Gubernamentales (1999), 62-63, disponible en el sitio de la Asia-Pacific Economic Cooperation, www.apecsec.org.

Supervisión externa por parte de la Contraloría General

Los controles internos no son un sustituto de la fiscalización externa. Con el fin de respaldar y garantizar la rendición de cuentas, la supervisión *independiente* resulta fundamental para garantizar el funcionamiento adecuado de un régimen de contrataciones públicas.

En el ámbito de las contrataciones públicas, la labor de garantizar el cumplimiento de las leyes y los reglamentos pertinentes ha sido la tradicional razón de ser de la Contraloría. Indudablemente, la presencia en el terreno de representantes de dicha entidad, o bien su llegada anticipada, influye en el comportamiento de los empleados públicos responsables de efectuar las contrataciones. La forma en que se realizan las tareas y los registros que se mantienen responden a directrices, instrucciones y expectativas formales e informales de la Contraloría General.

Los conceptos modernos de responsabilidad por los propios actos han superado, pero no abandonado, el énfasis en el cumplimiento de las normas legales formales. En un mundo de gobiernos más aliviados de lastres burocráticos donde la opinión pública espera “resultados”, además de transparencia, igualdad y probidad, los auditores internos y externos están llamados a realizar auditorías destinadas a conseguir “valor por el dinero”. Por ello la atención debe dirigirse hacia la medición de los resultados logrados por los funcionarios de contratación, y hacia controles de gestión y procedimientos de auditoría interna adecuados.

En 1998, la Oficina Técnica del Comité de Control Externo de la Contraloría emitió un informe respecto a las actividades de compra de 179 entidades contratantes, incluyendo 70 municipalidades y una diversidad de servicios públicos centralizados y no centralizados, gobiernos regionales, universidades estatales, y empresas públicas de propiedad del Estado o controladas por éste, durante el período que se extiende desde octubre de 1995 hasta diciembre de 1996. A continuación citamos algunos de los resultados y conclusiones fundamentales³¹:

De 109 entidades del gobierno central auditadas, sólo 6 estaban aplicando planes de contratación anuales. La mayoría de las 70 munici-

³¹ Aun cuando se concentra en los errores que demasiadas entidades contratantes estaban cometiendo entre 1995 y 1996, el informe de la Contraloría General incluye una sección de “estudio de casos dignos de imitación” en el cual se reconocen las mejores prácticas. Por ejemplo, se mencionan dos municipalidades con una mejor calidad de gestión administrativa y de controles internos.

palidades auditadas no planificaba sus contrataciones de acuerdo con un programa regular.

Las unidades de auditoría interna prácticamente no realizaban actividades regulares de control al interior del sector público del gobierno central. La separación de funciones no permitía garantizar adecuadamente la transparencia de las operaciones. Una considerable cantidad de entidades contratantes no aplicaba políticas ni procedimientos para orientar apropiadamente sus operaciones de compra. En algunos casos no se respetaban las directrices vigentes, mientras que otras veces las normas de orientación eran o bien obsoletas o bien inadecuadas. En las municipalidades, ninguna unidad de control interno evaluaba el proceso de abastecimiento desde el punto de vista de la eficiencia, el ahorro y la eficacia.

Para los efectos de realizar las licitaciones existían normas diversas aplicables a las entidades contratantes, y las que eran pertinentes no siempre se respetaban debido al grado y a la forma en que se ejercía la discreción. Se descubrió que dos organismos del gobierno central no acataban las bases administrativas aplicables a las licitaciones que efectuaban.

Un considerable número de entidades no exigía regularmente cotizaciones en el curso de sus respectivos procesos de compra. En el caso de unidades de contratación que usan compras directas basadas en cotizaciones, se descubrió que no siempre se solicitaban cotizaciones que ofrecieran una garantía de confiabilidad y transparencia. Por norma general, todas las entidades auditadas contaban con registros de proveedores. Sin embargo, una gran mayoría de ellas no mantenía al día dichos registros.

Se advirtieron retrasos en el pago a los proveedores, y además se descubrió que se efectuaban pagos sin suficiente documentación de respaldo. En diversas entidades se detectaron errores en los precios facturados, y en otras no se cumplía con los términos de los contratos.

Por lo general, en las municipalidades no se separaban adecuadamente las funciones entre la contratación, recepción y almacenamiento de los bienes adquiridos. En una de cada cinco no se aplicaba un código que rigiera las contrataciones internas, y en el 13% de los casos evaluados las normativas no reflejaban la realidad de los procesos utilizados. En una de cada cuatro no se cumplían cabalmente las normas vigentes, pero en términos globales las municipalidades realizaban sus operaciones de contratación ajustándose al marco legal.

En general, los informes sobre “valor por el dinero” y los informes tradicionales como éste sobre auditoría deberían traducirse en planes de acción a nivel de entidades en particular y a escala gubernamental, en los que se consideren las deficiencias y se fomenten las mejores prácticas. Sin embargo, se desconoce el grado en que el informe de 1998 de la Contraloría se está empleando como una herramienta eficaz de cambio. La misma interrogante es aplicable al informe del Programa de Auditoría del Gobierno publicado en 1996. Esta es una de las funciones que debería desarrollar una oficina de políticas centrales de compras.

El informe del Programa de Auditoría del Gobierno, emitido en 1996, propuso una medida concreta: reformular el proceso de revisión a priori de “toma de razón” de la Contraloría General. Sus detractores sostienen que la revisión *a priori* por parte de la Contraloría retrasa “innecesariamente” las contrataciones; que la revisión casi nunca —si alguna vez ello ocurre— se traduce en la prevención o la detección de errores asociados a la legalidad de los documentos o de los procedimientos empleados por la entidad de contrataciones; y que la Contraloría General carece de los conocimientos técnicos para formular comentarios sobre aspectos de fondo en las contrataciones. Los partidarios, en cambio, argumentan que la Contraloría actúa con prontitud (generalmente más o menos dentro de 30 días); que los errores se detectan y se previenen, en especial cuando el organismo de contrataciones no cuenta con personal de compras y profesionales jurídicos con el grado suficiente de capacitación y experiencia; y que las revisiones a priori permiten aumentar la transparencia y la probidad del régimen de contrataciones públicas de Chile.

Es evidente que el solo hecho de que exista el proceso de revisión de “toma de razón” influye en el grado de celo aplicado por algunas entidades de contrataciones al realizar las compras. Ahora bien, de lo que se trata es de maximizar los beneficios obtenidos de recursos limitados. Algunos de los recursos destinados por la Contraloría al proceso de toma de razón podrían ser más productivos si se asignaran a otras actividades de auditoría o revisión. Por eso, creemos que la mejor solución estriba en la modificación y no en el abandono de la práctica de la “toma de razón”. En concreto, otorgar a la Contraloría el derecho, pero no la obligación de efectuar revisiones a priori sería un gran paso en la dirección correcta. Otras medidas recomendables son un mayor grado de confianza en las autoevaluaciones internas, complementadas por certificaciones de cumplimiento emitidas por auditores internos, y la programación de auditorías externas periódicas sobre la base de la evaluación de riesgos. No debería olvidarse tampoco la acreditación de entidades con suficientes controles internos, y el prudente uso de las exenciones y dispensas de la revi-

sión a priori. Dejamos a futuras investigaciones la tarea de reflexionar sobre si estos cambios deberían implantarse por medio del proyecto de ley de compras o bien por otro conducto.

Mecanismos independientes de impugnación y revisión

En un régimen moderno de contrataciones públicas se requiere algo más que un marco legal que confiera derechos e imponga deberes a las entidades contratantes y a los proveedores. También es fundamental la existencia de un foro administrativo independiente que resuelva conflictos sobre contrataciones y *haga respetar* derechos y obligaciones mediante la aplicación oportuna de remedios eficaces que realmente surtan efecto cuando se trata de desalentar los actos ilícitos, evitar perjuicios adicionales durante una contratación cuestionada y proporcionar remedios alternativos cuando resulta inviable o inadecuado enmendar una irregularidad debido al predominio del interés público.

La situación chilena presenta varios aspectos favorables. La Contraloría, por medio de su División Jurídica, provee un foro administrativo independiente que considera y resuelve las denuncias contra las entidades contratantes. Cuando un proveedor se queja de que un organismo contratante ha cometido irregularidades en el manejo de una operación de compra pública pendiente, la práctica más frecuente consiste en que la División Jurídica pronuncie un fallo escrito en el que se refiera a cada error alegado por el proveedor reclamante. La Contraloría expresa por escrito los argumentos que respalden sus conclusiones, lo cual habla a su favor. Resulta ilustrativo un impresionante fallo pronunciado en 1999, en el cual se destinan 20 páginas para tratar pormenorizadamente cada uno de los asuntos planteados por el proveedor reclamante. Al demostrar un considerable grado de refinamiento en su enfoque y en su procedimiento, este dictamen es el reflejo de un proceso en el cual se ponderan cuidadosamente la seriedad de cada error alegado, lo mismo que el interés público y los intereses del reclamante y de la entidad contratante. Aun cuando no se ha publicitado, este fallo se facilita a petición de cualquier interesado.

Pese a que ninguna norma de procedimiento escrita rige el proceso de impugnación y revisión de la División Jurídica, las causas se ventilan de manera imparcial, justa y razonablemente uniforme. Tanto el proveedor reclamante como la entidad contratante presentan cada uno documentación escrita para apoyar sus respectivos argumentos. Se pone a disposición de la División Jurídica el expediente completo de la contratación. Si se descubre que se ha cometido una grave infracción, la Contraloría General pue-

de dictaminar que se vuelva a realizar la licitación, haya sido pública o privada.

Desgraciadamente, la Contraloría carece de otras armas en su arsenal, como la autoridad para conceder o recomendar el pago de una indemnización monetaria por daños y perjuicios a un proveedor cuando se considera que su queja tiene méritos, o bien el reembolso de los honorarios legales y costas judiciales en que ha incurrido al denunciar las irregularidades. Y un observador del ámbito jurídico comentó que es bastante fácil abortar las acciones por vía administrativa entabladas por un proveedor agraviado. Para lograr tal propósito, este especialista aconseja que el licitante adjudicatario del contrato entable un juicio ordinario, ya que la Contraloría se abstiene de presentar otras acciones legales una vez que el litigio queda en manos del poder judicial.

La aspiración del proyecto de ley de compras original (de 1999) era encomiable: crear un mecanismo de impugnación y revisión que permita a los participantes en un proceso de contratación quejarse por actos u omisiones arbitrarios o ilegales cometidos por entidades contratantes y obtener una rápida reparación. Su artículo 44 concedía a un participante agraviado el derecho a quejarse por supuestos actos y omisiones arbitrarios o ilegales cometidos por una entidad contratante durante un proceso de compra.

Sin embargo, ese artículo 44 no mencionaba si su propósito era reemplazar el mecanismo de impugnación y revisión independiente que ofrece por la División Jurídica de la Contraloría. Si esa fue su intención o fuera su efecto, el artículo 44 constituiría un significativo retroceso y no un avance. Desafortunadamente, en las últimas cuatro frases de ese artículo 44 se sugiere que el papel de la Contraloría consiste en analizar la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos sobre la base de información suministrada por la Dirección, en lugar de continuar funcionando como una institución verdaderamente independiente y experimentada de impugnación y revisión³².

Consideramos que los regímenes chilenos de contrataciones públicas, actuales y propuestos, carecen del contenido jurídico necesario para otorgar a los participantes derechos y mecanismos de reparación eficaces. Creemos que la mejor solución consiste en revitalizar los procesos de impugnación y revisión de la División Jurídica. Para ello se puede utilizar la combinación de soluciones procesales y sustantivas sugeridas por la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras

³² Nota del Editor: En el año 2000, el proyecto de ley de compras fue modificado por indicación del Poder Ejecutivo. Esa indicación eliminó todas las referencias a los mecanismos de impugnación contenidos en el antiguo art. 44 del proyecto original.

de Construcción y Servicios³³, el Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC³⁴, los Principios No Obligatorios sobre Contrataciones Públicas del Foro de Cooperación Económica de Asia-Pacífico³⁵, las Directivas sobre Reparaciones de la Unión Europea³⁶, y los procedimientos de “objeción de propuestas” de la Contraloría General del Tribunal de Cuentas de los Estados Unidos³⁷. Un posible debilitamiento de la labor de fiscalización y de resolución de controversias de la División Jurídica de la Contraloría no representa un progreso.

Consideremos un modelo alternativo para lograr de otra forma la independencia de la institución de impugnación y revisión encargada de supervisar las contrataciones realizadas por instituciones y servicios públicos. Por ejemplo, se podría crear una isla de independencia al interior de una nueva Dirección Central de Compras adscrita a un ministerio. Sin embargo, ello impone enormes obstáculos jurídicos y prácticos, pues se trataría de un tribunal sin experiencia y no completamente independiente. Ello puede evitarse confiriendo a una institución experimentada e independiente, como la División Jurídica de la Contraloría General, la facultad de fallar e imponer reparaciones en procesos de impugnación de la corrección de procedimientos de contratación realizados por entidades contratantes del Poder Ejecutivo. Ello no significa que no exista un rol interesante en esta materia para una Dirección Central de Compras adscrita a un ministerio. Según una reciente innovación australiana, esa Dirección Central podría ser dotada de facultades legales para actuar como mediador informal u *ombudsman*³⁸.

³³ Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (1994), Capítulo VI. Revisión, Artículos 52-57.

³⁴ Acuerdo de la OMC sobre Contrataciones Públicas, Artículo XX, Procedimientos de Recusación.

³⁵ Grupo de Expertos en Contrataciones Públicas de la APEC, Principios No Obligatorios sobre Contrataciones Públicas (1999), 66, Mecanismos de Revisión.

³⁶ Directiva del Consejo 89/65 y Directiva del Consejo 92/13. Véase Adrian Brown, “Effectiveness of Remedies at National Level in the Field of Procurement,” 7 *Public Procurement Law Review* 89 (1998). La Junta de Reclamaciones Danesa confiere la facultad legal para impugnar contrataciones no sólo a los proveedores perjudicados sino además a 48 distintas asociaciones gremiales y organismos públicos para así conservar el anonimato de personas o entidades afectadas materialmente por una supuesta infracción. Véase Comisión Europea, *Public Procurement in the European Union, Practical Guide on Remedies*, Dinamarca (1997), p. 57, disponible en <http://simap.eu.int/EN/pub/src/main2.htm>

³⁷ Creado en 1921 y dirigida por la Contraloría General, el Tribunal de Cuentas proporciona un foro independiente e imparcial para la resolución de “impugnaciones de propuestas” relativas a la adjudicación de contratos federales. Véase *United States General Accounting Office, Office of General Counsel, Bid Protests at GAO: A Descriptive Guide* (Sexta Edición, 1996), GAO/OGC-96-24, disponible en el sitio en internet de la GAO (www.gao.gov).

³⁸ El Servicio de Asesoría y Reclamaciones sobre Compras de la Mancomunidad de Australia ayuda a zanjar diferencias entre proveedores y compradores públicos, pero

Creación de valor en las compras

Las contrataciones públicas desempeñan un papel secundario en el sector público chileno. Su función primordial consiste en apoyar la ejecución de programas gubernamentales mediante procesos que permitan conseguir el precio más bajo por los insumos y al mismo tiempo satisfacer otros objetivos de las políticas tales como la transparencia y la probidad.

Sin embargo, el precio por sí solo rara vez constituye un indicador adecuado de los costos relevantes totales para un comprador. Gran Bretaña define el valor por el dinero como “la combinación óptima entre costos del ciclo de vida y calidad que satisface las necesidades del usuario”. Esta definición compara los beneficios de una compra con todos los costos asociados a esa adquisición, incluyendo la operación, el mantenimiento y la enajenación de los artículos que se adquieren. En Nueva Zelanda, el valor por el dinero consiste en conseguir el mejor rendimiento posible para el dinero gastado en función de las necesidades del organismo comprador. En su vecina Australia, el estado de Queensland insta a las entidades contratantes a considerar la contribución de la contratación al cumplimiento de los objetivos del Estado. Por su parte, los canadienses nos recuerdan que para determinar el valor del dinero se precisan evaluaciones de eficiencia, economía y eficacia.

En 1998, la Contraloría General denunció que un hospital clínico chileno canceló recargos de hasta un 244% por los productos que compró entre 1995 y 1996 debido a su falta de liquidez financiera y a su necesidad de conseguir plazos de pago más amplios. Una serie de entrevistas realizadas en octubre de 1999 revelaron la existencia de condiciones substancialmente similares en el caso de otro hospital. Seguramente, si existiera información a nivel del gobierno como un todo, estos proveedores de servicios de salud estarían en una categoría externa. Entonces cabe preguntarse si el régimen chileno de contrataciones públicas permite lograr con frecuencia un valor óptimo por el dinero. Cuando se le instó a expresar una opinión general, un representante de la Contraloría especuló que “en su mayor parte” las entidades contratantes chilenas no pagan en exceso por lo que compran, y que la calidad de lo que adquieren es por lo general satisfactoria.

carece de autoridad para revertir fallos en materia de contrataciones emitidos por departamentos y organismos de acuerdo con información proporcionada por el Grupo para Licitaciones y Contrataciones Competitivas (www.ctc.gov.au). Para una descripción del papel del ombudsman de la Mancomunidad Australiana en la investigación de reclamaciones por actos discriminatorios, injustos o ilegales cometidos por departamentos y organismos de la Mancomunidad, véase *Commonwealth Consolidated Acts, Ombudsman Act 1976*, §5, y visítase el sitio en internet del ombudsman de la Mancomunidad Australiana, www.comb.gov.au.

Consciente de que el valor por el dinero implica algo más que los conceptos de precio y calidad, el representante de la Contraloría continuó expresando serias dudas en cuanto a si algunas entidades contratantes compran lo que mejor se adapta a sus necesidades, en el momento preciso y en las cantidades adecuadas. Dicho en términos más generales, la creación de valor en las compras depende de la adquisición de los bienes, las obras de construcción o los servicios de *diseños apropiados*, de la *calidad adecuada*, en la *cantidad adecuada*, al *costo adecuado*, del *proveedor adecuado*, en el *lugar adecuado*, y en el *momento adecuado*.

¿Se ha posicionado el régimen chileno de contrataciones públicas para crear valor en las compras? Para lograrlo, el marco legal y las instituciones auxiliares de un régimen de contrataciones públicas tendrían que considerar *todas* las etapas del ciclo de contrataciones:

- 1) planificación de las contrataciones;
- 2) preparación de las especificaciones y descripciones apropiadas relativas a la función, el rendimiento y otros aspectos de los bienes, obras de construcción o servicios necesarios, y las exigencias relacionadas de la entidad contratante;
- 3) solicitud de propuestas, cotizaciones u otras ofertas a los proveedores por medio de métodos de contratación adecuados;
- 4) clasificación de proveedores, evaluación de ofertas, selección de la oferta más conveniente que satisfaga las necesidades de la entidad, y adjudicación de contratos;
- 5) gestión y administración de contratos en curso de ejecución;
- 6) mediciones de la creación de valor en la compra.

A continuación revisamos la realidad chilena respecto al ciclo de compras.

Planificación de las contrataciones y gestión de contratos

Tanto la planificación de las contrataciones como la gestión de los contratos son objeto de un escasísimo grado de atención en el Estado chileno. La creación de valor en las compras comienza con una planificación eficaz de las contrataciones, pero esta primera etapa decisiva se pasa por alto con demasiada frecuencia en el sector público chileno. Al concluir que en la mayoría de los casos las contrataciones se efectúan en respuesta a las necesidades del momento, el informe del Programa de Auditoría Gubernamental de 1996 se lamenta porque en general se carece de un proceso de planificación de adquisiciones. Y según el informe de auditoría hori-

zontal de la Contraloría de 1998, la planificación eficaz de las contrataciones fue la rara excepción en 1996, pues sólo 6 de 109 entidades contratantes del gobierno central estaban aplicando un plan anual de adquisiciones. Ignoramos el grado de progreso alcanzado desde 1996 debido a que las entidades contratantes y sus unidades de control interno no han presentado informes anuales sobre estos aspectos. Esto sugiere que la planificación de las contrataciones sigue ocupando un lugar secundario en la lista de prioridades en Chile.

Estudios realizados en Estados Unidos y Canadá confirman que después de la etapa de planificación, la etapa de la gestión de los contratos es la segunda más determinante en cuanto a perder o conseguir valor por el dinero³⁹. La gestión de contratos abarca todas las actividades desde el momento en que se adjudica el contrato hasta la ejecución o la rescisión, el pago por los bienes, las obras de construcción o los servicios recibidos, y la resolución de cualquier conflicto. Su función consiste en garantizar que el comprador efectivamente obtenga aquello por lo que adjudicó contratos y desembolsó fondos. En los informes de la Contraloría ya citados se detallan deficiencias en la gestión y administración de contratos que van desde no formalizar el puesto de administrador de contratos hasta la falta de controles suficientes para verificar el cumplimiento de las especificaciones técnicas y las relativas a la calidad.

Los regímenes internacionales de contrataciones públicas se concentran en las normas y los procedimientos para seleccionar a los proveedores y adjudicar los contratos. Como consecuencia de esta miope preocupación por los métodos de contratación, poca o ninguna atención se presta a la creación o al fortalecimiento de las instituciones necesarias para crear valor mediante la planificación de las contrataciones, la gestión de los contratos, la medición del rendimiento y la formación profesional. Como punto a su favor, el proyecto de ley de compras por lo menos menciona una función de asesoría que cumpliría la Dirección de Compras y Contratación Pública en su relación con las entidades contratantes cuando se trata de planificar y gestionar su proceso de compra y contratación. Lamentablemente, ese proyecto no crea otros mecanismos destinados a garantizar que los sistemas de planificación de contrataciones y de gestión de contratos lleguen a arraigarse en el ambiente operativo.

³⁹ Public Works and Government Services Canada, "Benefits Driven Procurement," (10 de junio de 1998), disponible en su sitio en internet, www.pwgsc.gc.ca/sos/text/bdp/en.

Métodos de contratación

Peor que las definiciones arcanas es el empleo de términos que se dejan sin definir. La CNUDMI debería declararse en ocasiones culpable de esta falta, lo mismo que los redactores del proyecto de ley de compras, quienes en el artículo 15 exigen que todos los contratos se adjudiquen empleando uno de tres métodos: “licitación pública”, “licitación privada” o “contratación directa”. Sin embargo, en ninguna parte se definen estos vocablos. Para aquellos que sostienen que el contenido se determina con la práctica y en general es conocido por los ministros, los jefes, los auditores internos y la Contraloría, compartir estos conceptos comunes debería ser entonces una tarea sencilla.

Normalmente, las leyes de contratación etiquetan los métodos de contratación, definen los procedimientos accesorios que dan sentido a esas etiquetas, y designan las condiciones exclusivas, alternativas o coincidentes en que deben o pueden utilizarse. Es ésta el área donde la prescripción y la rigidez batallan contra la discreción y la flexibilidad. Sin embargo, se ignora si con la tríada chilena de métodos de contratación se pretende identificar conductos separados capaces de adaptar procedimientos de compra flexibles para utilizarlos según convenga, o si los ingredientes de cada frasco son más limitados y sólo se pueden emplear según lo prescrito.

Existe una interrogante aún más fundamental a la tríada chilena de métodos de contratación. El proyecto de ley de compras establece un orden de preferencia definido que privilegia la “licitación pública” por sobre otros métodos; la contratación directa es considerado el más sospechoso y circunscrito de los tres. ¿Por qué? Si “licitación” significa lo mismo en licitación pública que en licitación privada, entonces cabe presumir que se prefiere aquélla por sobre esta última sólo porque la primera es más abierta y accesible a los proveedores potenciales. ¿Por qué entonces se prefiere la licitación privada a la contratación directa? Muchos expertos en compras piensan que la contratación directa puede llegar a ser una alternativa tan abierta y competitiva como la licitación privada en la mayoría de las circunstancias, y quizás tan abierta como la licitación pública, especialmente en casos en que a todos los proveedores registrados se les ofrece la oportunidad de responder a un anuncio electrónico o mensaje por correo electrónico en que se soliciten cotizaciones. Presumiblemente, si a todos los proveedores registrados se les exigen cotizaciones, ese hecho no convierte el procedimiento de contratación directa en licitación pública. Sin entrar en detalles, parece que en el proyecto de ley de Compras se asocia la contratación directa con la contratación de una sola fuente, en lugar de reconocerse que algunas formas de contratación directa pueden ser tan com-

patibles con la competencia plena y abierta como cualquiera de los otros dos métodos chilenos de licitación.

La suposición generalizada de que la “licitación” (pública o privada) es necesariamente preferible a todas las demás formas de contratación directa, también resulta discutible. En Chile, factores como la transparencia, la probidad y responsabilidad por los propios actos, al igual que la necesidad de fomentar el mayor grado de acceso a las oportunidades de contratación, pueden requerir una mayor cuota de prescripción y no de discreción al momento de seleccionar el método de contratación, pero cuando la creación de valor por el dinero adquiere capital importancia, consideremos lo que dicen los australianos bajo el epígrafe *Ejercicio de la discreción al escoger el método de contratación*: “El Gobierno no prescribe el método de contratación que habrá de usarse, ni tampoco fija límites mínimos en cuanto a la cantidad de ofertas que se procurará recibir. A medida que varíen los requisitos y las condiciones del mercado, el organismo responsable tendrá que considerar cada caso en forma aislada”⁴⁰.

El Grupo de Expertos en Contrataciones Públicas de la APEC aconseja algo similar al recomendar a los compradores públicos que escojan un método de contratación de entre la gama de métodos disponibles que probablemente permitirán conseguir el valor óptimo por el dinero⁴¹. Por otro lado, sin embargo, estos expertos observan que “las licitaciones abiertas y competitivas deberían ser por lo general el método escogido”⁴².

En una crítica a la complejidad del actual marco legal de la Unión Europea para contrataciones públicas y la rigidez de sus procedimientos vigentes, se han escuchado no hace mucho opiniones y en círculos académicos en favor de la adopción de procedimientos de contratación flexibles que faciliten el diálogo, las conversaciones y las negociaciones competitivas con los proveedores⁴³.

⁴⁰ Competitive Tendering & Contracting Group, Commonwealth Procurement Guidelines: Core Policies and Principles (marzo 1998), p. 6, disponible en la internet en el sitio de *Competitive Tendering & Contracting Group* (www.ctc.gov.au).

⁴¹ Grupo de Expertos en Contrataciones Públicas de la APEC, Principios No Obligatorios sobre Contrataciones Públicas (1999), 10-11.

⁴² Grupo de Expertos en Contrataciones Públicas de la APEC, Principios No Obligatorios sobre Contrataciones Públicas (1999), 12.

⁴³ Commission of the European Communities, Public Procurement in the European Union (marzo de 1998), COM (98) 143; Sue Arrowsmith, “The Problem of Discussions with Tenderers under the E.C. Procurement Directives: the Current Law and the Case for Reform,” 3 *Public Procurement Law Review* 65 (1998). En un Informe de Posición sobre Diálogo Competitivo del Comité de la UE, fechado el 21 de septiembre de 1999, (disponible en www.eucommittee.be/pop/pop1999/Hia/hia2.htm), se recomienda que se permita el “diálogo” con los proveedores que tenga lugar en todas las etapas antes, durante y después del procedimiento de adjudicación de contratos, cumpliéndose estrictamente con

En el mundo empresarial, donde la creación de valor económico es el objetivo predominante, el consejo de los académicos es directo. En la sexta edición de su clásico texto de estudio *Purchasing and Supply Management*, Dobler y Burt dicen a sus alumnos de las escuelas de negocios que las propuestas competitivas constituyen el método más apropiado de selección de fuentes sólo un caso muy particular, donde coinciden nueve pre-requisitos. Si no se cumplen todos estos requisitos previos, los autores sugieren que “se emplee el *proceso de negociación* para seleccionar la fuente y concertar un precio”⁴⁴. Este consejo está respaldado por la experiencia de que al encomendar la función de contratación a profesionales con un alto grado de capacitación y experiencia en la materia, que trabajan dentro de un ambiente de vigilancia ética, se logra que los intereses de la entidad contratante rijan realmente el ejercicio de la discreción en esas negociaciones.

Burt y Dobler observan que con demasiada frecuencia los compradores públicos y privados se equivocan empleando las propuestas competitivas en casos donde las negociaciones deberían ser el método de selección de fuentes. En general, las propuestas competitivas son más aplicables a la contratación de productos y servicios comerciales de uso corriente, posiblemente estandarizados y con bajo costo unitario. Por otra parte, el proceso de negociación es más apropiado para la contratación de productos más complejos y servicios únicos. Estas circunstancias suelen prevalecer cuando no resulta práctico o deseable elaborar o establecer por adelantado especificaciones detalladas para los bienes o servicios que se van a adquirir, o cuando se busca crear valor incentivando a los proveedores a ofrecer enfoques innovadores o alternativos.

Aunque parezca contradictorio a muchos chilenos, el gobierno estadounidense ha creado un método de “negociaciones competitivas” que

los principios de trato igualitario y transparencia. Según un comunicado de prensa de la Comisión Europea fechado el 10 de mayo de 2000 (disponible en www.europa.eu.int/rapid/start), un paquete de enmiendas propuestas de las Directivas sobre Contrataciones Públicas incluye disposiciones para la adopción de nuevos procedimientos de compra para contrataciones complejas, en los que se permita un “diálogo” entre las autoridades adjudicadoras y los licitantes tendiente a fijar las condiciones del contrato.

⁴⁴ Donald W. Dobler y David N. Burt, *Purchasing and Supply Management* (Sexta edición, The McGraw Hill Companies, Inc., Nueva York, 1996), p. 251. El Dr. Dobler es decano emérito del College of Business de la Colorado State University, y es miembro de consejo editorial de *The Journal of Supply Chain Management* (www.napm.org/newsandresources/journalarticleindex.cfm), anteriormente *International Journal of Purchasing and Materials Management*. El Dr. Burt es miembro de la National Association of Purchasing Management, dicta la cátedra de Gestión de Abastecimiento en la Universidad de San Diego (Estados Unidos), y es miembro del Consejo Editorial Internacional del *European Journal of Purchasing & Supply Management* (www.elsevier.nl/locate/ejpursumgt). Véase el capítulo 12 del libro de estos autores en las páginas 249 a 254.

es compatible con el principio de “competencia plena y abierta”⁴⁵. Desde la promulgación de la Ley sobre Competencia en las Contrataciones en 1984, los Estados Unidos situaron la “contratación por negociaciones” en un pie de igualdad con la propuesta en sobre sellado⁴⁶. Este último método se emplea sólo cuando el precio y otros directamente relacionados con el precio son el único fundamento para la adjudicación⁴⁷. Si el funcionario de contrataciones de la entidad contratante opina que es necesario conversar con los proveedores acerca de sus ofertas de modo de conseguir el valor óptimo para la entidad contratante, no se utilizan los procedimientos de propuesta en sobre sellado. Por ejemplo, cuando se adquieren equipos militares, *software* y *hardware* informáticos especialmente desarrollados, y servicios profesionales únicos, se considera preferible sostener negociaciones competitivas y estructuradas con un selecto grupo de proveedores potenciales que logren superar la fase preliminar de una competencia abierta. Incluso las conversaciones y negociaciones sostenidas con los contratistas

⁴⁵ El Sistema de Reglamentos para Adquisiciones Federales está compuesto del Reglamento para Adquisiciones Federales (*Federal Acquisition Regulation* –FAR) y de reglamentos para adquisiciones de los organismos gubernamentales. El FAR es elaborado, promulgado y mantenido por el Secretario de Defensa, la Administración de Servicios Generales (*Administrator of General Services* –GSA), y el Administrador de la Administración Nacional de Aeronáutica y del Espacio (*National Aeronautics and Space Administration* –NASA). La Secretaría del FAR, al interior de la GSA, publica y distribuye el FAR en nombre del Secretario de Defensa, la GSA y la NASA.

Las revisiones del FAR se elaboran y se promulgan mediante la acción coordinada de dos consejos, el Consejo de Reglamentos sobre Adquisiciones de Defensa (*Defense Acquisition Regulations Council* –DAR), y el Consejo de Adquisiciones de Organismos Civiles (*Civilian Agency Acquisition Council* –CAA). El FAR está disponible en el sitio en Internet de la Acquisition Reform Network, www.arnet.gov/far.

⁴⁶ La decimoquinta parte del Reglamento sobre Adquisiciones Federales, “Contratación por Negociación”, prescribe políticas y procedimientos que rigen las “adquisiciones negociadas competitivas”. En ellas los llamados a propuesta se utilizan para comunicar las necesidades del gobierno a los proveedores potenciales y para solicitar propuestas. Estas últimas se evalúan para establecer un “margen competitivo” que abarque todas las propuestas con la más alta calificación. La cantidad de propuestas dentro del margen competitivo puede limitarse al mayor número que permita una competencia eficiente entre las propuestas mejor calificadas. Con el objeto de maximizar la capacidad del gobierno para obtener el valor óptimo, se pueden sostener conversaciones estructuradas denominadas “negociaciones” con cada oferente cuya propuesta se encuentre dentro del margen competitivo. Véase Ralph C. Nash, Jr., John Cibinic, Jr. y Karen R. O’Brien, *Competitive Negotiation: The Source Selection Process* (Segunda Edición, The George Washington University Government Contracts Program, Washington, D.C. 1999); y Stanley N. Sherman, *Government Procurement Management* (Special Edition, Wordcrafters Publications, Germantown, MD 1999), capítulo 13, Competitive Negotiation.

⁴⁷ La decimocuarta parte del Reglamento sobre Adquisiciones Federales está dedicada exclusivamente al método de propuesta en sobre sellado. En el sistema estadounidense, un contrato adjudicado empleando procedimientos distintos de la propuesta en sobre sellado se considera un “contrato negociado”.

en competencia *después* de la licitación pueden permitir crear valor a la entidad contratante, mediante una evaluación más objetiva de las propuestas finales que los competidores hayan presentado.

En los EE.UU. el Sistema de Regulaciones sobre Adquisiciones Federales depende en gran medida de “funcionarios de contratación” que cuentan con capacitación y experiencia profesional para participar en “negociaciones competitivas”. Los actos discrecionales de los funcionarios de contratación están limitados por detallados procedimientos estipulados en el Reglamento sobre Adquisiciones Federales, lo mismo que por representantes técnicos del funcionario de contrataciones, gerentes de programas y otros miembros del equipo de contrataciones. Por añadidura, los actos de los funcionarios de contratación y de las entidades contratantes son supervisados por contratistas privados que trabajan para el gobierno a través de mecanismos de rendición de cuentas y de objeción de propuestas, y por instituciones fiscalizadoras como la Oficina de Contabilidad Gubernamental, la Inspección General, el Tribunal de Reclamaciones Federales, y comités del Congreso. Organizaciones no gubernamentales y especialistas en contratación ajenas al gobierno también formulan observaciones y comentarios sobre la eficacia y las deficiencias de los procesos aplicados en las negociaciones competitivas, lo mismo que sobre los resultados de determinadas contrataciones.

Si aspira a crear valor en las compras, el régimen chileno de contrataciones públicas debería incorporar un método regulado de “negociaciones competitivas” en su cartera de métodos de contratación. Desde luego, la tarea de poner en práctica ese método plantea considerables desafíos. Este proceso tendría que evaluar continuamente la formación y las aptitudes profesionales de los funcionarios chilenos encargados de contrataciones públicas, al igual que crear nuevas instituciones que promuevan y garanticen un mayor grado de transparencia, probidad y rendición de cuentas a través de mecanismos de fiscalización eficaces, tanto internos como externos. Creemos que ese régimen sólo puede ser creado por una oficina central de políticas de compra.

En un principio, la opción de “negociaciones competitivas” debería limitarse a entidades públicas que estén certificadas. A medida que mejoran las condiciones internas y externas en el ámbito legal y operativo, deberían relajarse las restricciones al uso de “negociaciones competitivas” para casos donde los métodos de contratación menos avanzados pueden resultar inapropiados o menos eficaces.

Confusión entre criterios de calificación y de adjudicación

Es habitual la confusión que existe en Chile y en otros países en torno a la distinción entre evaluación de proveedores y evaluación de ofertas. Como ha advertido la Corte de Justicia de la Comunidad Europea, la evaluación de los proveedores y la evaluación de las ofertas entregadas por éstos deberían representar dos operaciones distintas⁴⁸. Los requisitos de calificación adecuados facilitan la evaluación de la responsabilidad general de cada proveedor. La aplicación de requisitos de calificación debería conducir a una decisión final *positiva* o *negativa* que separe a los proveedores en dos grupos: los que están calificados y los que no lo están. Los proveedores que cumplen con los requisitos no son calificados durante esta operación.

Los criterios de adjudicación, por su parte, miden el valor relativo de las ofertas recibidas de proveedores calificados. El precio puede ser el único criterio, uno de varios criterios ponderados, o incluso un factor no considerado en ciertas contrataciones. En las contrataciones en que se crea más valor la adjudicación se basa en la combinación óptima o compensación recíproca entre precio y otros criterios aplicables. Estos otros factores pueden ser menos cuantificables, como un mérito técnico, servicios de respaldo técnico, o incluso características estéticas en casos apropiados.

Cuando se combinan los requisitos de calificación y los criterios de adjudicación en una sola operación, la búsqueda del valor óptimo para el dinero puede ser relegada a un segundo plano. Lo anterior ocurre cuando la entidad contratante efectivamente paga por diferencias en las calificaciones de los proveedores. Confundir ambos conceptos equivale a cambiar las reglas del juego en la mitad del proceso, lo que constituye un grave quebrantamiento del principio de transparencia.

Medición del desempeño

Lo que se mide se hace es el adagio implícito en el concepto de medición del rendimiento. Una de las recomendaciones del Programa de Auditoría Gubernamental de 1996 alude a la necesidad de medir el rendimiento: auditorías internas que midan el nivel de eficiencia, de ahorro y eficacia de los procesos asociados a la contratación pública, además de eva-

⁴⁸ Véase Dr. Dimitri Triantafyllou y Dimitri Mardas, "Criteria for Qualitative Selection in Public Procurement: A Legal and Economic Analysis," 4 *Public Procurement Law Review* 145 (1995), donde los autores analizan el caso Gebroeders Bentjes contra el Gobierno holandés, Caso 31/87, E.C.R. 4635 (1998), ventilado en la Corte Europea de Justicia.

luar el apego a las normas legales. Tres años más tarde el CAIGG observó que la medición de resultados es una de las tareas más complejas que afrontan las instituciones estatales debido a la naturaleza cualitativa de sus funciones.

En el contexto de las contrataciones públicas en Chile, existen problemas más prioritarios que crear indicadores de rendimiento de los programas. Aparte de no ser una etapa reconocible del ciclo de contrataciones en Chile, la medición del rendimiento no ha sido objeto de atención perceptible en los debates sobre la reforma del sistema de contrataciones públicas. Puesto que con la medición del rendimiento se procura cuantificar el grado en que se han cumplido o se están cristalizando los objetivos declarados, se requiere contar con un marco general para determinar lo que se debería medir. No puede esperarse un progreso considerable mientras no se sistematicen e institucionalicen los objetivos comunes en materia de políticas de contrataciones públicas.

Profesionalismo del personal de contrataciones

El Comité de Modernización estima que unos 6.000 funcionarios públicos chilenos se ocupan en realizar sobre 1,4 millones de transacciones anuales para comprar bienes, obras de construcción y servicios. Si se pretende proporcionar crear valor al gastar el equivalente a US\$ 7.000 millones, el régimen chileno de contrataciones públicas requiere la intervención de personal profesional durante todo el ciclo de contrataciones. No es factible e incluso no es conveniente eliminar los juicios subjetivos. Independientemente del grado de complejidad que tenga o pueda alcanzar un sistema de contratación electrónica, la búsqueda exitosa de valor óptimo depende de los juicios profesionales sobre una diversidad de criterios empleados antes y después de la publicación electrónica de los llamados a propuesta. Expresado en términos sencillos, no existe un sustituto para el aprendizaje continuo y el desarrollo profesional cimentados sobre una base de educación, capacitación y experiencia.

Por cierto que un grupo de funcionarios públicos dedicados, muchos de ellos con título universitario en administración de empresas o administración pública, realizan las contrataciones con un considerable grado de habilidad técnica adquirida a través de la experiencia interna y su contacto con operaciones de este tipo efectuadas según las directrices de instituciones internacionales, como el Banco Mundial. Pero las asociaciones profesionales dedicadas a las contrataciones públicas brillan por su ausencia en Chile.

A comienzos de un siglo en que en los ámbitos especializados se requiere la existencia de instituciones específicas dedicadas al aprendizaje y al perfeccionamiento continuos, no se observa en el panorama ninguna asociación formal o informal de profesionales de contrataciones. La contratación como un cuerpo especializado de conocimientos no se enseña en las universidades como materia básica, los seminarios profesionales y cursos de capacitación dedicados a la contratación son escasos y tampoco se cuenta con un organismo para la acreditación del personal contratante. Por razones que no están claras y sin que se enfrenten obstáculos insuperables, el personal de contrataciones en Chile, las entidades contratantes y el público en general no están cosechando los beneficios vinculados a la profesión de contratante que se está expandiendo por el mundo bajo los auspicios de organizaciones internacionales tales como la *International Federation of Purchasing and Materials Management* y sus más de 40 asociaciones nacionales afiliadas⁴⁹.

⁴⁹ La Federación Internacional de Adquisiciones y Gestión de Materiales (*International Federation of Purchasing and Materials Management* –IFPMM), con sede en Viena, Austria, representa la unión de asociaciones de adquisiciones nacionales, de la cual forman parte unos 200.000 profesionales de adquisiciones. En el sitio en internet de la IFPMM (www.members.eunet.at/ifpmm) se proporcionan vínculos con estas asociaciones nacionales y con centros de investigación tales como el Center for Advanced Purchasing Studies (www.capsresearch.org) en los Estados Unidos. El Chartered Institute of Purchasing & Supply (www.cips.org) es el más grande proveedor en el Reino Unido de capacitación especializada en adquisiciones y en gestión de la cadena de abastecimiento. El European Council of Purchasing and Supply patrocina el Eurodiploma (www.eurodiploma.org), el título más alto conferido en esta área, el cual se ofrece a través de las asociaciones de compra de Europa. Entre las organizaciones profesionales estadounidenses con delegaciones o filiales internacionales se incluyen la National Contract Management Association (www.ncmahq.org), el National Institute of Government Purchasing, Inc. (www.nigp.org), y la National Association of Purchasing Management (www.napm.org). Entre sus programas de certificación se cuentan el de Administrador Profesional Certificado de Contratos, Asistente Certificado del Administrador de Contratos en el caso de la NCMA, Funcionario Certificado de Contrataciones Públicas y Comprador Público Certificado en el caso de la NIGP, y Gerente de Contrataciones Certificado y Especialista en Compras Certificado en el caso de la NAPM. La Purchasing Management Association of Canada (www.pmac.org) ofrece capacitación y seminarios profesionales conducentes al título de Comprador Profesional Certificado, el único título de este tipo acreditado y legalmente reconocido en Canadá. La George Washington University en Washington, D.C., la única casa de estudios estadounidense que confiere el grado de Master en Leyes con mención en contratos gubernamentales (www.law.gwu.edu), también ofrece por medio de su Escuela de Leyes y su Escuela de Negocios y Administración Pública, en cooperación con otras facultades, programas y capacitación integrales para personal de contrataciones en los sectores público y privado (véase www.acq.center.com y www.esi-intl.com).

IV. PROPUESTAS PARA UNA POLÍTICA DE COMPRAS

La propuesta de reformar el sistema de contrataciones públicas en Chile mediante la aplicación de la contratación electrónica y del proyecto de ley de compras plantea problemas en cuanto a su enfoque. Los considerables beneficios derivados de la contratación electrónica no deben subestimarse; los responsables de promocionar este método merecen un reconocimiento más amplio que el que se les ofrece aquí. Pero la contratación electrónica y el proyecto de ley no proporcionan un marco conceptual para la reforma de las contrataciones públicas en Chile.

La práctica internacional exhibe dos enfoques contrastantes para una reforma de las contrataciones públicas. El primero es lo que podría llamarse el de la “ley modelo”, la cual se concentra en exponer métodos de contratación y en dictar lo que es, principalmente, una ley de selección de fuentes. A los métodos de contratación se les asignan rótulos y luego contenido por medio de procedimientos a menudo detallados, acompañados de instrucciones para las entidades contratantes, en las que se especifica cuándo se puede usar o no cada uno de ellos. En algunos casos las condiciones para el uso se estipulan en términos más estrictos que en otros, dependiendo de las suposiciones implícitas sobre la necesidad de reglas o de discreción.

La deficiencia de ese enfoque consiste en que es insuficiente, no errónea. Una ley limitada a la selección de fuentes y a los métodos de contratación ofrece un marco incompleto para crear o reformar un régimen de contrataciones públicas. Al analizar sólo una parte del ciclo de contrataciones, la selección de fuentes, ignora los demás. Por añadidura, asigna un grado excesivo de responsabilidad a los métodos de contratación y a los procedimientos de contratación en la tarea de alcanzar los objetivos no económicos como la competencia abierta, la transparencia y la probidad. Y con demasiada frecuencia resulta una confusión en torno a la relación entre los métodos de contratación y la competencia. Por lo general, la tradicional licitación competitiva es consagrada como el método más eficaz para obtener beneficios de competencia o valor por el dinero, un supuesto que va en dirección diametralmente opuesta a la experiencia en el sector privado, donde las conversaciones, la colaboración y las negociaciones sobre el precio y las soluciones técnicas conducen a los resultados esperados⁵⁰. El aspecto que tal vez resulta el más débil de la perspectiva de la ley

⁵⁰ Por ejemplo, en el párrafo 14 de su guía para la ejecución de la Ley Modelo, la CNUDMI señala que “Para la contratación en circunstancias normales de bienes o de obras, la Ley Modelo prescribe que se recurra al método de la licitación, que todo el mundo

modelo es que presta demasiado poca atención a la importancia de las instituciones en el logro de los objetivos relacionados con políticas de contrataciones públicas.

El enfoque alternativo, que recomendamos, sostiene que al vincular los objetivos de las políticas sobre contrataciones públicas con instituciones auxiliares y de ejecución es posible crear un marco más amplio y propicio para la reforma. Este enfoque considera que la creación de valor, la competencia abierta y eficaz, la transparencia, la probidad, la no discriminación y las prácticas leales son objetivos de políticas del sector público que requieren medidas de planificación, organización de recursos, ejecución y medición. Un conjunto coherente de objetivos de políticas proporciona una base para unificar un régimen de contrataciones públicas caracterizado por operaciones descentralizadas.

La experiencia también nos enseña que la creación y el fortalecimiento de las instituciones es el componente más importante y omitido de una reforma eficaz. Para alcanzar los objetivos de las políticas de contrataciones públicas es preciso respaldar y poner en marcha instituciones cuya función vaya más allá que decirles a las entidades contratantes qué métodos de contratación pueden utilizar, cuándo pueden emplearlos y cómo aplicarlos. Las instituciones influyen el comportamiento en la dirección deseada, a menudo a través de incentivos y desincentivos formales e informales.

Posibles objetivos para las políticas de compras

Las contrataciones públicas se diferencian de las del sector privado. Las entidades contratantes públicas persiguen objetivos propios en un ambiente legal y operativo muy diferente al del sector privado. En las organizaciones privadas, el ámbito, en lo que se refiere a las operaciones de compra, es menos transparente y abierto, acepta la confidencialidad y el secreto, y las mediciones del valor de los accionistas se realizan según criterios monetarios. En el sector privado la probidad y las prácticas leales cobran su significado a partir de estándares aceptados de conducta.

reconoce como el que más favorece la competitividad, economía y eficiencia de la contratación, así como los demás objetivos enunciados en el Preámbulo”. En el caso de “circunstancias excepcionales”, la Ley Modelo ofrece métodos alternativos para la adquisición de bienes e inmuebles: licitación en dos etapas, solicitud de propuestas, y negociación competitiva. Puesto que la versión de negociación competitiva de la CNUDMI es relativamente desorganizada, este organismo asocia su alto grado de flexibilidad a un menor grado de transparencia y objetividad y a un mayor riesgo de corrupción que las otras dos alternativas. En el caso de los servicios, el “Principal Método para la Contratación Pública de Servicios” dispuesto por la Ley Modelo es el preferido por la CNUDMI, a menos que la licitación sea factible, o sea conveniente recurrir a uno de los otros tres métodos.

Una conocida declaración de misión para contrataciones públicas, y no privadas, señala que las compras deberán estar reguladas de manera de promover los objetivos de⁵¹: “a) alcanzar una máxima economía y eficiencia en la contratación pública; b) fomentar y alentar la participación de proveedores y contratistas en el proceso de contratación pública, en particular, cuando proceda, la de proveedores y contratistas sin distinción de nacionalidad, para promover de este modo el comercio internacional; c) promover la competencia entre proveedores o contratistas para el suministro de los bienes, la realización de las obras o la prestación de los servicios que hayan de adjudicarse; d) asegurar el trato justo e igualitario de todos los proveedores y contratistas; e) promover la rectitud, la equidad y la confianza del público en el proceso de contratación; y f) dar transparencia a los procedimientos previstos para la contratación pública”. Si bien muchos términos utilizados en esta declaración poseen significados secundarios en el sector privado, los valores del sector público proporcionan la fuente de su contenido en las contrataciones públicas.

En 1999, el Grupo de Expertos en Contrataciones Públicas de la APEC completó la redacción de un conjunto de Principios No Obligatorios para Contrataciones Públicas cimentados en los pilares de la transparencia, el valor por el dinero, la competencia abierta y eficaz, las prácticas leales, la rendición de cuentas y el debido proceso, y la no discriminación⁵². La contribución de la APEC estriba en aportar contenido y significado a esos términos de la jerga profesional.

Los chilenos deberían adoptar algún conjunto de objetivos de políticas sobre contrataciones públicas. Para ello pueden usar los valiosos recursos, que ya existen, comenzando por la Constitución Política y sus garantías de equidad ante la ley y la prohibición de discriminar en materia de asuntos económicos. El Comité de Modernización ha identificado la transparencia, la probidad, la equidad y la no discriminación, la eficiencia y la eficacia como los pilares básicos de su plan estratégico para modernizar la gestión pública. En su mensaje al Congreso Nacional anexo a la presentación del proyecto de ley, el Presidente Frei identifica diversos principios que pueden servir de cimientos para esta reforma. Desgraciadamente, el proyecto de ley de compras en sí no incorpora todos estos principios e ideas en un conjunto coherente y unificador de objetivos de políticas que pueda servir como marco conceptual, institucional y operativo para las contrataciones públicas en Chile.

⁵¹ Véase preámbulo de Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios.

⁵² Chile y otros miembros de la APEC han acordado en principio revisar la compatibilidad de sus propios sistemas de contrataciones públicas con los principios de la APEC.

Los chilenos deben forjar y priorizar su propio conjunto de objetivos de formulación de políticas. Muchos de estos objetivos interrelacionados en materia de políticas tienden a complementarse mutuamente pero además tienen un valor propio. La transparencia fomenta la probidad y la rendición de cuentas mediante la difusión de información oportuna, pertinente, suficiente y necesaria para que se puedan examinar públicamente las decisiones y los actos de las entidades y el personal de contratación. La transparencia a su vez promueve la competencia abierta y eficaz al transformar el marco legal y operativo en un área más predecible y accesible a los competidores dispuestos a luchar por conseguir oportunidades de contratación. En los mercados de compra caracterizados por una competencia abierta y eficaz, resulta más probable obtener valor por el dinero cuando los contratos públicos se adjudican de un modo equitativo, no discriminatorio y racional. Por el contrario, los recursos públicos se asignan inevitablemente de una manera que impide obtener valor por el dinero cuando formas abiertas o sutiles de corrupción o colusión distorsionan los mecanismos del mercado, o cuando prevalecen las prácticas de contratación reñidas con la ética profesional, o cuando la rendición de cuentas se ve obstaculizada por la no divulgación de información pertinente o por una labor inadecuada de supervisión o de presentación de informes por parte de las entidades contratantes y de las instituciones fiscalizadoras.

Los valores del sector público requieren que se haga hincapié adicional en los objetivos de políticas orientados hacia el proceso. Aun cuando el valor por el dinero es ciertamente un objetivo último tanto en las contrataciones públicas como en las compras del sector privado, las percepciones de la equidad, la racionalidad y la rectitud del régimen de contrataciones públicas influyen en la fe y la confianza pública en el Estado. Por lo general se considera que los costos asociados a la búsqueda de la transparencia, la probidad, la no discriminación, las prácticas leales y la rendición de cuentas son necesarios y justifican plenamente los beneficios objetivos, entre los cuales se incluyen los males evitados. Asimismo, la competencia abierta y eficaz es comúnmente vista como un objetivo que merece ser promovido por derecho propio aunque también contribuye a conseguir valor por el dinero. Por tanto, los objetivos de políticas orientados hacia el proceso poseen un significado, una trascendencia y un impacto que superan cualquier atributo similar que pueda encontrarse en el sector privado.

Una multiplicidad de objetivos de políticas orientados hacia el proceso y hacia los resultados implica que se generarán conflictos, especialmente cuando al procurarse alcanzar cualquier objetivo específico se llegue a los extremos, sin considerar los efectos en otros objetivos. Como se ana-

liza con mayor detalle en la próxima sección, factores tales como la probidad, las prácticas leales y la competencia abierta y eficaz requieren la imposición de algunos límites externos a la transparencia en circunstancias en que el interés público exige la divulgación restringida o la no revelación de información sumamente delicada sobre las contrataciones. Las prioridades evolucionarán a medida que se produzcan cambios en el ámbito político, legal, social y económico.

Por ejemplo, una percepción pública de que existe una declinación o de que se ha progresado escasamente en materia de probidad, puede redundar en la exigencia de un mayor grado de transparencia y rendición de cuentas, el cual puede traducirse en más frenos y equilibrios externos e internos y en un menor margen para ejercer la discreción. El mayor grado de supervisión puede derivar en demoras y costos administrativos adicionales; del mismo modo, las prescripciones uniformes dirigidas al funcionario con bajo nivel de capacitación o no muy escrupuloso bien pueden tener el efecto secundario de entorpecer los esfuerzos de abnegados profesionales de las contrataciones por conseguir valor por el dinero. En el área de las contrataciones públicas nunca se alcanzará un equilibrio perfecto.

En las siguientes secciones se citan ejemplos extraídos de Estados Unidos, la Mancomunidad de Australia y el estado australiano de Victoria, en los que se demuestra cómo las instituciones auxiliares y de ejecución contribuyen al cumplimiento de objetivos clave de las políticas sobre contrataciones públicas al interior de regímenes que varían en cuanto a tamaño, complejidad y madurez. Ningún sistema específico es exportable a la realidad chilena, especialmente el complejo y singular Sistema de Regulaciones para las Contrataciones Federales estadounidense.

Instituciones para el fomento de la probidad

El establecimiento de una oficina o un departamento de Probidad como parte de una oficina de políticas centrales y la creación del puesto de funcionario supervisor de la probidad al interior de las entidades contratantes puede ayudar a llenar vacíos en el ámbito ético de las contrataciones públicas chilenas. En los EE.UU., la Oficina de Ética Gubernamental (*Office of Government Ethics* –OGE) es un pequeño organismo separado que funciona al interior del Poder Ejecutivo.

Creada en virtud de la “Ley sobre Ética en el Gobierno” promulgada en 1978, la misión de la OGE consiste en fomentar el respeto de elevadas normas éticas entre los empleados del Poder Ejecutivo y fortalecer la confianza pública en que los asuntos del gobierno están siendo ma-

nejados con imparcialidad y rectitud⁵³. La OGE promueve el respeto de normas éticas en organismos gubernamentales, ofrece consultoría a entidades respecto de sus propios programas de probidad, establece e interpreta normas y reglamentos de ética, emitiendo opiniones de asesoría formales. Fiscaliza el cumplimiento de los funcionarios con la divulgación obligatoria de información financiera, y evalúa la eficacia de los programas. La OGE publica y actualiza las *Normas sobre Conducta Ética para Empleados del Poder Ejecutivo*, cuya violación puede motivar la adopción de medidas correctivas o disciplinarias, lo mismo que cualquier demanda o sanción prescrita por la ley⁵⁴.

En el contexto de las contrataciones públicas, las normas de la OGE son complementadas por la Tercera Parte del Reglamento para Adquisiciones Federales (*Federal Acquisition Regulations* –FAR), que contiene disposiciones dedicadas exclusivamente a prácticas comerciales indebidas y conflictos de interés personales⁵⁵.

Cada jefe de organismo público es responsable de ejercer su liderazgo personal en la creación y en la ejecución del programa de “probidad en el gobierno” de la entidad y debe nombrar a un funcionario designado de ética del organismo. La labor de este último es coordinar o gestionar los programas de probidad de la entidad, lo cual incluye el enlace con la OGE, la presentación de informes para divulgación de datos financieros, asesoría, educación y capacitación, y medidas para hacer frente a violaciones o potenciales transgresiones de las normas de conducta.

En el contexto de las contrataciones, los funcionarios de contratación forman uno de los grupos designados que deben recibir un informe anual detallado sobre probidad. Cada organismo debe presentar en la OGE un informe anual en el que se especifiquen actividades y resultados de su programa de probidad. El efecto de estas disposiciones institucionales es crear una “comunidad de probidad” al interior del Poder Ejecutivo.

⁵³ El sitio en internet de la Oficina de Ética Gubernamental estadounidense es www.usoge.gov.

⁵⁴ Las Normas de Conducta Ética para Empleados del Poder Ejecutivo (OGE 30/9/99) es una completa normativa compilada en el Código de Reglamentos Federales de los Estados Unidos en 5. C.FR. Parte 2635. En la versión de septiembre de 1999 se añaden 75 páginas de normas y ejemplos.

⁵⁵ Los siguientes temas están regulados en 9 subpartes de la Parte 3 del FAR, bajo el encabezamiento principal de Prácticas Comerciales Indebidas y Conflictos Personales de Interés: Salvaguardias (incluidas normas de conducta); Gratificaciones de los Contratistas a Personal Gubernamental; Denuncias de Sospechas de Violaciones de la Ley Antimonopolio; Honorarios condicionales; Otras Prácticas Comerciales Indebidas; Contratos con Empleados del Gobierno o con Organizaciones de Propiedad de éstos o bajo su Control; Anulación y Rescisión de Contratos; Limitación del Pago de Fondos para Influir en Transacciones Federales; y Protección a Empleados de Contratistas que Presentan Denuncias.

Aunque parece paradójico, los objetivos de probidad, prácticas leales, competencia abierta y eficaz, y valor por el dinero requieren la imposición de límites a la transparencia de la información sobre contrataciones. En los Estados Unidos diversos estatutos restringen la divulgación de datos sobre contrataciones públicas. Por ejemplo, la Ley Sobre Integridad de las Contrataciones (41 U.S.C. §423) y el Reglamento para Adquisiciones Federales prohíben difundir antes de la adjudicación información sobre propuestas u ofertas de los contratistas e información sobre la selección de fuentes como precios de ofertas, evaluaciones de costos, evaluaciones técnicas y clasificación de las propuestas, las ofertas y los competidores en el curso de un proceso de contratación⁵⁶.

Las notificaciones, las rendiciones de cuentas, al igual que las normas y prácticas del Tribunal de Cuentas permiten ilustrar cómo se promueve la transparencia en las contrataciones públicas al tiempo que se limita la divulgación de información delicada sobre las contrataciones. En la decimoquinta parte de la FAR se exige notificar de la adjudicación del contrato a todos los participantes cuyas propuestas estuvieron dentro del margen competitivo, pero no fueron seleccionadas. La información proporcionada por el funcionario de contrataciones debe incluir la cantidad de oferentes solicitada; el número de propuestas recibidas; el nombre y la dirección de cada oferente adjudicatario; los artículos, las cantidades y cualquier precio unitario declarado en cada adjudicación; y en términos generales, los motivos por los cuales la propuesta de un oferente no fue aceptada. Con todo, la FAR prohíbe expresamente que un funcionario de contrataciones incluya en la notificación cualquier referencia al desglose de costos, utilidades, porcentaje de costos de administración, secretos comerciales, procesos y técnicas de fabricación u otra información comercial confidencial sobre algún oferente⁵⁷.

La FAR también impone requisitos estatutarios para la divulgación de información posterior a la adjudicación. Un oferente no favorecido tiene derecho a exigir que la entidad contratante le rinda cuentas y le entregue información sobre los criterios básicos empleados para escoger las fuentes y adjudicar el contrato. Normalmente, el funcionario de contrataciones preside la sesión de rendición de cuentas, y el equipo que efectuó las evaluaciones actúa en calidad de asesor. Como mínimo, la información suministrada en las rendiciones de cuentas debe incluir la evaluación que realizó la entidad contratante de las ventajas, desventajas y deficiencias más im-

⁵⁶ Véase FAR §3.104 (Integridad de las Contrataciones).

⁵⁷ Véase FAR §15.503 para un análisis de este aspecto y de información conexas acerca del contenido de las notificaciones a los competidores después de la adjudicación.

portantes de la propuesta del oferente; el costo o precio global evaluado y la calificación técnica del oferente favorecido y del oferente al que se rinden cuentas; la clasificación general de todos los oferentes; un resumen de los fundamentos considerados para la adjudicación; en el caso de artículos comerciales, la marca y el modelo de los artículos que proveerá el oferente seleccionado; y respuestas razonables a preguntas pertinentes sobre si se respetaron los procedimientos de selección de fuentes contenidos en el llamado la licitación, las normas aplicables y otras exigencias legales que vieran al caso. Sin embargo, en la rendición de cuentas no deben incluirse comparaciones punto por punto entre la propuesta del oferente al que se informa y las propuestas de otros competidores.

Es más, ninguno de los siguientes datos puede revelarse: secretos comerciales; procesos y técnicas de fabricación confidenciales o no divulgables; información comercial y financiera confidencial o no divulgable, incluidos los desgloses de costos, las utilidades, porcentajes de costos indirectos e información similar; al igual que los nombres de las personas que proporcionaron información de referencia sobre el historial previo del oferente⁵⁸.

El Sistema de Regulación de Contrataciones Federales respalda la Ley de Secretos Comerciales de EE.UU., lo mismo que las exenciones limitadas de divulgación de archivos de los organismos en virtud de la Ley de Libertad de Información de los Estados Unidos⁵⁹. La no difusión de secretos comerciales y de información confidencial comercial y financiera prevalece sobre la revelación de datos estipulada por las disposiciones en pro de la transparencia contenidas en la Ley de Libertad de Información⁶⁰.

⁵⁸ Véase FAR §15.506 para un análisis de este aspecto y de información conexa acerca de la rendición de cuentas a los competidores después de la adjudicación.

⁵⁹ En virtud de la Ley de Libertad de Información de los Estados Unidos (5 U.S.C. §552) se eximen de divulgación los secretos comerciales al igual que la información privilegiada o confidencial de naturaleza comercial o financiera. La Ley sobre Secretos Comerciales (18 U.S.C. §1905) prohíbe a los funcionarios y empleados federales revelar secretos comerciales y otra información especificada de carácter confidencial. La violación de la ley puede derivar en el despido del cargo o empleo y en una multa o pena de presidio de hasta un año. Véase la subparte 5.5 (Divulgación de Información) y la subparte 24.2 (Libertad de Información) del FAR.

⁶⁰ Véase *McDonnell Douglas Corporation, demandante, contra la Administración Nacional de Aeronáutica y del Espacio, demandada*, Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Distrito de Columbia (fallo emitido el 25 de junio de 1999), juicio en que la Corte de Apelaciones revirtió una sentencia de la corte del distrito federal a favor de la decisión de la NASA de revelar, amparándose en Ley de Libertad de Información, un desglose de precios de un contrato presentado por McDonnell Douglas en conexión con la adjudicación de un contrato para el lanzamiento de un satélite. La Corte de Apelaciones sostuvo que la decisión de la NASA no se ajustaba a la ley porque la difusión de la información contravendría la Ley de Secretos Comerciales, la cual le confiere a McDonnell

Desde una perspectiva de políticas públicas, estas medidas en pro del secreto son necesarias si se pretende garantizar que los contratistas no se abstengan de participar en procesos de contratación competitivos por temor a los perjuicios que podrían sufrir si se difundiera o se utilizara en forma indebida información comercialmente delicada. Del mismo modo, debe tenerse el cuidado de no divulgar información que pudiera entorpecer la competencia eficaz en los mercados de contrataciones públicas. Se requiere apelar a la confidencialidad en caso de que exista el riesgo de que la revelación afecte la capacidad del gobierno para conseguir el suficiente grado de participación y la información necesaria de los participantes potenciales en contrataciones futuras, o si la divulgación pudiera perjudicar gravemente la posición competitiva del participante sobre el cual se obtuvo información. Como cada caso debe resolverse sobre la base de datos y circunstancias particulares, los Estados Unidos han elaborado un esquema regulatorio en el que a las partes interesadas se les ofrece la oportunidad de ser escuchadas y de solicitar que tribunales administrativos y judiciales independientes emitan fallos en los que se tengan en cuenta los intereses públicos y privados en juego.

Sin lugar a dudas, el principio básico aplicado por el Sistema de Regulaciones sobre Contrataciones Federales y la Ley de Libertad de Información estadounidense es el de la divulgación, para así descorrer el velo sobre los actos de los organismos del Poder Ejecutivo y permitir que sean examinados por la opinión pública. Lo anterior significa que las exenciones de revelación son limitadas, y tanto las entidades contratantes como los tribunales las aplican en un sentido restringido. Los competidores no favorecidos y el público en general tienen el derecho a que se les garantice que en efecto ésta fue una competencia celebrada en forma equitativa y racional. Asimismo, los competidores no seleccionados necesitan tener acceso a información pertinente para aprender a actuar con mayor eficacia en las competencias futuras. De igual manera, la rendición de cuentas no es posible mientras las entidades contratantes no proporcionen información oportuna, suficiente y pertinente en que se indique con precisión cómo y por qué decidieron asignar valiosos contratos gubernamentales con los métodos escogidos por ellas.

El Tribunal de Cuentas (*General Accounting Office* –GAO) promueve la transparencia y la rendición de cuentas al decidir impugnar los actos de entidades contratantes de acuerdo con principios racionales y claramente enunciados, basados en la ley y en la lógica. En los fallos publicados del

Douglas el derecho a insistir en que los precios de su línea de productos se mantengan en reserva por tratarse de información comercial o financiera confidencial.

Tribunal de Cuentas sobre impugnación de propuestas no sólo se expone el resultado de la recusación, sino además los errores que supuestamente se cometieron en las contrataciones, los argumentos contradictorios de cada una de las partes y los razonamientos que fundamentan la decisión adoptada. En ocasiones el Tribunal de Cuentas debe equilibrar la necesidad de transparencia y acceso a información sobre las contrataciones con la correspondiente necesidad de prevenir la divulgación de información sobre contrataciones que podría perjudicar a los competidores y afectar la competencia.

Las disposiciones constitucionales que protegen a los empleados que “dan la voz de alarma” para denunciar a los infractores también constituyen un elemento de una infraestructura ética. La Ley de la Administración Pública de Australia de 1999 está destinada a proteger a los empleados que denuncian las conductas indebidas. La sección del artículo 16 referente a la protección de los denunciantes advierte a los funcionarios públicos que no deben hostilizar o discriminar a cualquier empleado de la administración pública australiana que denuncie contravenciones o supuestas infracciones del Código de Conducta al jefe de organismo gubernamental, al Comisario de la Administración Pública, al Comisionado de Protección del Mérito, o a otras personas designadas por ellos. El Comisario de Protección del Mérito tiene el deber expreso de investigar denuncias de quebrantamientos reales o supuestos del Código de Conducta de la administración pública australiana.

La discriminación contra los denunciantes internos a los organismos públicos es una de las diversas “prácticas prohibidas respecto del personal” considerada en la Sección 5 del Código de los Estados Unidos⁶¹. Entre las instituciones clave que resguardan los derechos estatutarios de los denunciantes se cuenta la Oficina de Asesoría Jurídica Especial (*Office for Special Counsel*—OSC) de los Estados Unidos, un organismo independiente cuya misión principal consiste en proteger a los empleados federales de prácticas prohibidas en materia de trato al personal, en especial represalias por denuncia⁶². Mediante su Unidad de Divulgación, la OSC actúa como un canal seguro para los empleados que desean poner al descubierto viola-

⁶¹ Las protecciones estatutarias para los denunciantes del gobierno federal estadounidense que formulen acusaciones de conducta fraudulenta fueron dispuestas por la Ley de Reforma de la Administración Pública de 1978 (Ley Pública 95-454) y por la Ley de Protección a los Denunciantes de 1989 (Ley Pública 101-12) y ampliadas por enmiendas estatutarias en 1994 (Ley Pública 103-424). Véase la Sección 2302 del Título 5 del Código de los Estados Unidos para un listado completo de “prácticas prohibidas respecto del personal”.

⁶² Más información sobre este tema puede encontrarse en el sitio en Internet de la Oficina de Asesoría Legal Especial (*U.S. Office of Special Counsel*) (www.osc.gov).

ciones de leyes, casos graves de manejo indebido o derroche de fondos, abuso de autoridad, o un riesgo específico para la salud y la seguridad públicas.

En nombre de los denunciantes que sufren represalias, la OSC procura conseguir la aplicación de medidas correctivas como el pago de sueldo con efecto retroactivo y la reincorporación al puesto. También presenta reclamos ante la Junta de Protección del Sistema de Mérito (*Merit System Protection Board* –MSPB) para lograr la aplicación de medidas disciplinarias a individuos que incurren en prácticas prohibidas respecto del personal. Si la OSC decide no actuar en nombre de un empleado que afirma que se cometió o se ha amenazado con perpetrar un acto ilícito, éste puede solicitar directamente a la MSPB que aplique una medida correctiva. Aun cuando la MSPB está adscrita al Poder Ejecutivo, funciona como institución independiente cuasijudicial al ver apelaciones en procesos relativos a personal de organismos del Poder Ejecutivo tales como despidos, suspensiones y reducciones de grado o de sueldo, y resolver sobre los mismos⁶³.

En lo referente al sistema norteamericano de contrataciones, el Código estadounidense y la subparte 3,9 del FAR, Protección de Denuncias Formuladas por Empleados de Contratistas, promueven la detección del fraude en las contrataciones al garantizar a los empleados de los contratistas privados el derecho a presentar una queja ante la Inspección General de la entidad contratante si sufren alguna represalia por denunciar una violación de la ley. La Inspección General está facultada para efectuar investigaciones y rendir un informe al jefe de la entidad gubernamental, quien, cuando el caso lo amerite, puede ordenar al contratista privado la adopción de diversas medidas de reparación tales como la suspensión de la represalia, la reincorporación del empleado, la cancelación del sueldo y de

⁶³ La Junta de Protección del Sistema de Méritos (*Merit Systems Protection Board* –MSPB) fue creada en virtud de la Ley de Reforma de la Administración Pública de 1978 como continuadora de la Comisión de la Administración Pública estadounidense. Su labor consiste en garantizar que las decisiones de contratación de personal adoptadas por organismos del Poder Ejecutivo se ajusten a principios basados en el sistema de méritos, y que los empleados del gobierno federal estén protegidos contra prácticas prohibidas respecto del personal. La MSPB funciona como un tribunal en el que la Oficina de Asesoría Legal Especial actúa independientemente como querellante. Los tres miembros de la MSPB son designados por el Presidente con la asesoría y consentimiento del Senado. No más de dos miembros pueden ser adherentes del mismo partido político, y ningún miembro puede ocupar otro cargo o puesto en el Gobierno. Los miembros desempeñan sus obligaciones por siete años y pueden ser despedidos por el Presidente sólo en caso de ineficiencia, abandono del deber o por conducta indebida durante el ejercicio de su cargo. El estatuto y las leyes de autorización de la MSPB están codificados en el subcapítulo I del Capítulo 12 del Título 5 del Código de los Estados Unidos y en el Código de Reglamentos Federales en 5 CFR Parte 1200. La dirección en internet de la MSPB es www.mspb.gov.

las prestaciones con efecto retroactivo, y la cancelación de los honorarios de abogados y otros gastos en que haya incurrido al presentar la denuncia. Si el contratista privado no acata esa orden, el Departamento de Justicia puede entablar una demanda en la corte de distrito de los Estados Unidos para hacer cumplir la sentencia.

El Contralor General también cumple una labor en cuanto a proteger a los denunciantes en los Estados Unidos. Aparte de presentar un informe sobre la materia al Congreso⁶⁴, el Tribunal de Cuentas, a través de su Oficina de Investigaciones Especiales, creó Fraudnet⁶⁵ con el objeto de facilitar la presentación de denuncias de fraude, despilfarro, uso indebido o mal manejo de fondos federales. Las personas pueden presentar sus acusaciones por correo electrónico, fax o correo ordinario, y pueden conservar su anonimato o solicitar que su identidad se mantenga en reserva. Durante el año fiscal 1999 fueron procesados cerca de 15.000 infractores y más de 7.000 empresas o individuos inescrupulosos fueron despojados del derecho a adjudicarse contratos del Estado o bien a participar en programas gubernamentales⁶⁶.

Al realizar las contrataciones los australianos, por su parte, utilizan tres disposiciones institucionales relacionadas, que merecen especial mención y atención en Chile: equipos de evaluación de licitaciones, planes de probidad y auditores de probidad. Los equipos de evaluación de licitaciones constituyen un mecanismo institucional que fomenta la probidad al hacer que la toma de decisiones sea compartida. Las políticas de compra del gobierno de Victoria exigen que el funcionario responsable de los programas designe a un Equipo de Evaluación de Licitaciones cuando el monto de las compras supera US\$ 50.000. El equipo debe preparar un informe y recomendaciones para que la entidad contratante apruebe la concesión de un contrato de conformidad con las especificaciones y criterios fijados en la documentación de la licitación.

Los miembros del equipo de evaluación son responsables de elaborar un Plan de Probidad que fomente un espíritu general de honradez y rectitud en el proceso de licitación. El plan de probidad busca garantizar

⁶⁴ United States General Accounting Office, Report to the Chairman, Subcommittee on Oversight and Investigations Committee on Veterans' Affairs House of Representatives, Whistleblower Protection: VA Did Little Until Recently to Inform Employees About Their Rights (Abril 2000 GAO/GGD-00-70), disponible en Internet en www.gao.gov.

⁶⁵ www.gao.gov/fraudnet.

⁶⁶ Véase President's Council on Integrity and Efficiency and Executive Council on Integrity and Efficiency, *A Progress Report to the President Fiscal Year 1998*, disponible en internet en el sitio de las oficinas estadounidenses de la Inspección General en www.ignet.gov.

que la totalidad de los procesos y procesamientos empleados resistirá el examen público, y que todas las decisiones y actividades derivadas de la evaluación y selección son verificables y defendibles. Comúnmente en un plan de probidad se abordan conflictos de interés, seguridad de información confidencial, protocolos para comunicaciones con los licitantes, evaluación de las licitaciones de acuerdo con criterios apropiados fijados en la documentación de la licitación y rendición de cuentas a los licitantes no favorecidos.

Al realizar una compra puede aumentarse el grado de probidad mediante un proceso de autoauditoría llevado a cabo por un Equipo de Evaluación de Licitaciones, o por un profesional independiente contratado dentro o fuera del gobierno, que actúa como auditor de probidad. Normalmente, se designa un auditor de probidad externo cuando la transacción involucra una suma considerable, es altamente compleja o poco común. La misión de un auditor de probidad consiste en demostrar que el proceso es abierto y equitativo, que el Equipo de Evaluación de Licitaciones adopta decisiones libres de influencias ajenas inadecuadas, y que por otra parte actúa dentro de los límites de las normas, políticas y directrices pertinentes. El informe de un auditor de probidad puede confirmar la imparcialidad del proceso, y concluir que nada falta por hacer, o bien puede contener recomendaciones para complementar el proceso, corregir errores u omisiones o, en último término, sugerir que se repita el proceso.

Si bien la búsqueda de valor por el dinero puede requerir un nivel apropiado de flexibilidad y no la prescripción mecánica en la selección del método de contratación más adecuado, en el contexto de las licitaciones privadas y las solicitudes de cotizaciones en Chile, la probidad, la competencia abierta y eficaz, la transparencia, la no discriminación y las prácticas leales recomiendan que la elección del método de contratación sea el resultado de un proceso de toma de decisiones compartida. En la práctica esto puede implicar el nombramiento de equipos, comisiones, comités o grupos de trabajo de profesionales en contrataciones, administradores de programas, expertos técnicos y observadores de probidad, ya sea con carácter permanente o especialmente designados o en algunos casos la aprobación de un supervisor, jefe de departamento o incluso un ministro u otro funcionario de alto nivel dentro del gobierno.

En otros casos, los frenos y equilibrios de esta naturaleza podrían ser complementados por una solicitud de notificar por adelantado a instituciones ajenas a la entidad contratante, tales como la Dirección de Compras y Contratación Pública de la Contraloría General, sobre decisiones específicas relativas contrataciones en gran escala o extraordinarias.

La transparencia, la probidad, las prácticas leales y la rendición de cuentas exigen, además, que el registro que la entidad contratante mantenga del resultado de su proceso de toma de decisiones refleje no sólo el fundamento aplicado para escoger el método de contratación, sino además las bases racionales empleadas para incluir a proveedores invitados y excluir a los no invitados del proceso de competencia limitado o de cualquier transacción no competitiva con una sola fuente. El registro administrativo debería ser auditable y defendible; es decir, capaz de resistir el examen de una auditoría interna, de una auditoría externa realizada por la Contraloría, una investigación efectuada por una oficina de políticas centrales que actúe como fiscalizadora, mediadora u ombudsman, la revisión administrativa por parte de la División Jurídica de la Contraloría en el caso de impugnación o recusación formal de una propuesta, y una revisión judicial en el caso de litigios en que se alegue la comisión de actos arbitrarios o bien discriminatorios o ilegales. En el registro debería poder demostrarse a un observador imparcial que los actos de la entidad contratante y sus responsables de adoptar decisiones son el resultado de un proceso racional en el que se han considerado los factores pertinentes. La aplicación de un criterio menos exigente para la mantención de registros da lugar para la adopción de decisiones caprichosas, debilita el grado de transparencia y rendición de cuentas y plantea interrogantes en cuanto a la probidad y las prácticas leales.

Una disposición institucional especial en el Sistema de Regulación de las Contrataciones Federales de los EE.UU. complementa la toma de decisiones compartida y la mantención de registros auditables y defendibles. Las autoridades de organismos públicos tienen el deber de designar *defensores de la competencia*, cuya misión es promover la competencia plena y abierta. Los defensores de la competencia revisan las operaciones de contratación e informan a ejecutivos de alto nivel en esta área sobre oportunidades y medidas que se han adoptado para conseguir un clima de competencia abierta, lo mismo que sobre cualquier situación que tenga el efecto de restringir innecesariamente la competencia. En los informes anuales obligatorios se exponen nuevas iniciativas que promueven la competencia abierta, y se denuncian las barreras contra la competencia abierta.

Si bien con el empleo de defensores de la competencia se procura principalmente crear un sistema de rendición de cuentas a nivel organizacional para favorecer la competencia, la adaptación de esta disposición institucional puede aumentar el grado de probidad y de transparencia en las contrataciones chilenas de gran tamaño. Al participar en decisiones sobre la selección del método de contratación más apropiado, y en aquellas relativas a la inclusión y exclusión de proveedores registrados, los defensores

de la competencia pueden propiciar la obtención de resultados auditables y defendibles que sean el reflejo de una toma de decisiones no discriminatoria además de racional al iniciarse el proceso de selección de fuentes.

Por qué una oficina de políticas centrales

Una oficina de políticas centrales cuya misión se centre en los objetivos de las políticas de contrataciones públicas; instituciones de auditoría interna coordinadas que se concentren en la autoevaluación de los objetivos; y una Contraloría General provista de una División Jurídica reforzada que funcione como un tribunal administrativo con plenos poderes para la resolución de conflictos administrativos. La tríada de instituciones gubernamentales complementarias que recomendamos para fomentar, coordinar, fiscalizar, evaluar, supervisar y adjudicar las actividades de contratación emprendidas por entidades descentralizadas es la siguiente:

En Australia y en los Estados Unidos existen dos modelos distintos, pero eficaces y complementarios, de oficinas de políticas centrales. Particularmente notable resulta la Junta de Compras del Gobierno de Victoria (*Victorian Government Purchasing Board –VGPB*), creada en virtud de la Ley de Gestión Financiera de 1994. Dependiente del Ministerio de Hacienda, la VGPB es una sociedad anónima con una junta administrativa formada por siete personas pertenecientes al gobierno o ajenas a él, designadas por el gobernador de acuerdo con su Consejo en Victoria⁶⁷.

Su equivalente en los EE.UU. es la Oficina de Política sobre Contrataciones Federales (*Office of Federal Procurement Policy –OFPP*), encabezada por un jefe de servicio⁶⁸. Creada en 1974, la OFPP forma parte de la Oficina de Administración y Presupuesto de la Oficina Ejecutiva de la Presidencia⁶⁹.

Si bien difieren en cuanto a organización, enfoque y énfasis, la VGPB y la OFPP desempeñan ocho funciones relacionadas: *Política de Contratación* (formular políticas y promulgar directrices que fomenten los objetivos de

⁶⁷ Consúltase el sitio en internet de la Victorian Government Purchasing Board en www.vgpb.vic.gov.au.

⁶⁸ Visítase el sitio de la Acquisition Reform Network en www.arnet.gov, para encontrar información acerca de y proporcionada por la U.S. Office of Federal Procurement Policy.

⁶⁹ También dirige las actividades del Sistema de Datos sobre Contrataciones Federales, lo mismo que el Federal Acquisitions Institute. La dirección de la página en internet del Federal Procurement Data Center and Federal Procurement Data System es www.fpds.gsa.gov. El sitio del Federal Acquisition Institute se encuentra en www.gsa.gov/fai. También dirige las actividades del Sistema de Datos sobre Contrataciones Federales, lo mismo que el Instituto de Contrataciones Federales (*Federal Acquisition Institute –FAI*).

las políticas); *Normas Legales* (elaborar leyes y reglamentos en coordinación con otras instituciones del sector público); *Prácticas de Contratación* (identificar y promover las “mejores prácticas”, así como la excelencia y la innovación en las contrataciones); *Apoyo Técnico* (ofrecer servicios de asesoría, al igual que asistencia y recursos técnicos a entidades contratantes a través de la investigación, publicaciones, formularios y otros medios); *Desarrollo Profesional* (crear una fuerza de trabajo profesional mediante programas y normas de capacitación, y sistemas que certifiquen y acrediten la formación y el adiestramiento); *Fiscalización y Supervisión* (fiscalizar el funcionamiento general del sistema de contrataciones públicas y de las actividades de las entidades contratantes); *Recopilación y Difusión de Datos* (recolectar datos sobre las compras, lo mismo que otro tipo de información cuantitativa y cualitativa sobre las entidades contratantes a través de la presentación obligatoria de informes; y recopilar y divulgar estadísticas e informes periódicos); y *Programas de Extensión* (promover la comprensión del sistema de contrataciones por parte de la opinión pública y la confianza de ésta en aquél; suministrar información útil a los proveedores; crear enlaces con universidades, asociaciones profesionales, gremios, y otras organizaciones no gubernamentales; crear comisiones, comités y grupos de trabajo intergubernamentales y participar en ellos).

Sólo unos pocos casos ilustrativos bastan para demostrar cómo la VGPB y la OFPP fomentan los objetivos de las políticas sobre contrataciones públicas. La *transparencia* se promueve a través de sitios de internet que proporcionan información oportuna, pertinente y comprensible sobre el Estado como un todo. Particularmente impresionante resulta el Informe Anual de Contrataciones de la VGPB, en el que se incluyen medidas de evaluación de rendimiento y resúmenes de gastos reunidos mediante el Sistema de Información sobre Compras (*Purchasing Information System* –PURIST) de la VGPB, que desde junio de 1998 capta datos para cada compra efectuada por las entidades gubernamentales de Victoria.

En los Estados Unidos, el Centro de Datos sobre Contrataciones Federales publica un Informe sobre Contrataciones Federales de 200 páginas en el que se presentan estadísticas inmediatas relativas a las actividades de compra de 60 organismos, basándose en información obtenida a través del Sistema de Datos sobre Contrataciones Federales, un depósito central de información sobre contratos por montos superiores a US\$ 25.000.

La VGPB organiza sus políticas de abastecimiento en su sitio de internet en línea con arreglo al ciclo de contrataciones. Las políticas de la primera etapa abarcan la planificación de las contrataciones, mientras que en la quinta etapa se aborda la administración de contratos. Los métodos de compra son objeto de atención, incluidas las “mejores prácticas” y las

directrices éticas para utilizar las negociaciones posteriores a la licitación como un medio eficaz de obtener *valor por el dinero*. Las *directrices sobre probidad para licitaciones y contratos* incluyen sugerencias sobre planes de probidad, y sobre cuándo y cómo utilizar un auditor de probidad. Los talleres de medio día para proveedores sobre negocios gubernamentales exitosos promueven la *competencia abierta y eficaz*. La *rendición de cuentas* tampoco se pasa por alto, pues los funcionarios responsables al interior de los organismos estatales deben verificar el cumplimiento con las políticas de abastecimiento y las instrucciones ministeriales de la VGPB, lo mismo que entregar informes anuales sobre abastecimiento. La VGPB no está exenta de esta obligación. También debe entregar informes sobre su propio rendimiento comparado con su plan de negocios anual.

Aun cuando sus regímenes de contrataciones públicas difícilmente podrían ser más distintos en cuanto a tamaño y complejidad, los Estados Unidos y el estado de Victoria comparten un verdadero compromiso con la visión del Presidente Frei en cuanto a que la creación de una *fuerza de trabajo profesional* representa una inversión de importancia decisiva. La OFPP, y sobre todo el *Federal Acquisitions Institute*, (FAI) y las autoridades de organismos gubernamentales deben fomentar el desarrollo de una fuerza de trabajo profesional en el área de las contrataciones⁷⁰. Lo anterior se logra por medio de programas y seminarios de capacitación, lo mismo que con el adiestramiento en el empleo.

En Victoria, el Centro de Adquisiciones y Contratos para la Educación y la Investigación (*Procurement and Contracting Centre for Education and Research* –PACCER)⁷¹ proporciona capacitación especializada en planificación de contrataciones, gestión de contratos y otros temas, conducente a los títulos profesionales de gerente de compras diplomado y funcionario de compras acreditado. Asimismo, la VGPB utiliza la acreditación de las entidades estables contratantes como una herramienta de estímulo. Se reconocen cinco niveles de Unidades de Contratación. Un organismo que se encuentra en el quinto nivel, por ejemplo, posee mucho mayor autoridad en materia de contrataciones dentro de su presupuesto que uno del primer nivel. Para conseguir acreditación y avanzar hacia un nivel superior, se exige que los organismos públicos apliquen prácticas comerciales perfeccionadas en una serie de áreas, incluida la planificación estratégica de contratos y la capacitación basada en competencias.

⁷⁰ Véase 41 U.S.C. §405 (Autoridad y Funciones del Administrador) y §433 (Fuerza Laboral en el área de Contrataciones). El sitio en internet de la Universidad en Línea del Federal Acquisition Institute se encuentra en www.faionline.com.

⁷¹ La dirección en internet del Procurement and Contracting Centre for Education and Research (PACCER) es www.paccer.com.

En definitiva, la creación de una oficina de políticas centrales influirá en el cumplimiento de los objetivos de las políticas chilenas sobre contrataciones públicas con mucho mayor eficacia que una ley o reglamentos que se limiten a establecer métodos y procedimientos de compra y condiciones para su uso. Si este trabajo contribuye a la identificación de ventajas y desventajas de las contrataciones públicas en Chile, a la concepción y elaboración de objetivos unificadores para políticas sobre contrataciones públicas y al proceso de construcción de instituciones que respalden y apliquen esos objetivos, habrá cumplido su propósito.