



Base de Dictámenes

Compras públicas, disminución riesgos de corrupción, normativa aplicable, medidas, gestión de contratos, comportamiento contractual de proveedores, manual de procedimiento de adquisiciones, plan anual de compras, bases tipo, formulario de bases, obligatoriedad programas integridad y compliance

NÚMERO DICTAMEN

E370752N23

NUEVO:

SI

RECONSIDERADO:

NO

ACLARADO:

NO

APLICADO:

NO

COMPLEMENTADO:

NO

ORIGEN:

DIVISIÓN JURÍDICA

CRITERIO:

GENERA JURISPRUDENCIA

FECHA DOCUMENTO

20-07-2023

REACTIVADO:

NO

RECONSIDERADO**PARCIAL:**

NO

ALTERADO:

NO

CONFIRMADO:

NO

CARÁCTER:

NNN

DICTAMENES RELACIONADOS

Acción	Dictamen	Año
--------	----------	-----

FUENTES LEGALES

Ley 18575 art/2 DTO 376/2006 relac ley 19886 art/1 ley 19886 art/18 ley 19886 art/19 ley 19886 art/20 ley 19886 art/21 DTO 250/2004 hacie art/57 DTO 250/2004

hacie art/58 inc/1 DTO 250/2004 hacia art/58 inc/2 DTO 250/2004 hacia art/96 bis DTO 250/2004 hacia art/4 inc/1 DTO 250/2004 hacia art/4 inc/2 DTO 250/2004 hacia art/5 bis DTO 250/2004 hacia art/12 bis DTO 250/2004 hacia art/98 DTO 250/2004 hacia art/99 DTO 250/2004 hacia art/100 DTO 250/2004 hacia art/102 ley 19886 art/10 inc/3 ley 19886 art/30 It/a DTO 250/2004 hacia art/22 DTO 250/2004 hacia art/21 ley 18575 art/3 DTO 250/2004 hacia art/13 ter ley 19886 art/4 inc/1 ley 19886 art/4 inc/6 ley 20393 art/8 num/2 ley 20393 art/10 DL 211/73 art/26 It/d

MATERIA

Medidas para disminuir los posibles riesgos de corrupción en materia de compras públicas.

DOCUMENTO COMPLETO

Nº E370752 Fecha: 20-VII-2023

Esta Contraloría General, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, ha estimado necesario emitir un pronunciamiento respecto de diversas medidas tendientes a disminuir los riesgos de corrupción en los procesos de compras públicas de bienes y servicios regulados por la ley Nº 19.886, que llevan a cabo los organismos de la Administración del Estado.

I. Normativa aplicable a los procesos de contratación pública de bienes y servicios.

Como cuestión previa, cabe señalar que a los procesos de contratación pública de bienes y servicios le resultan aplicables, en general, los principios de legalidad y responsabilidad establecidos en el artículo 2º de la ley Nº 18.575, en virtud de los cuales los órganos de la Administración someterán su acción a la Constitución y a las leyes, debiendo actuar dentro de su competencia y sin más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico, añadiendo que todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes.

A su turno, el artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción -promulgada por el decreto Nº 375, de 2006, del Ministerio de Relaciones Exteriores y publicada en el Diario Oficial el 30 de enero de 2007-, prescribe, que cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción.

Precisado lo anterior, corresponde mencionar las normas que, de manera especial, resultan aplicables a la situación en estudio, esto es, la ley Nº 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, y el decreto Nº 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, reglamento de ese cuerpo

legal.

Al respecto, el artículo 1° de la ley N° 19.886 dispone que los contratos que celebre la Administración del Estado, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones, se ajustarán a las normas y principios del presente cuerpo legal y de su reglamentación. Supletoriamente, se les aplicarán las normas de Derecho Público y, en defecto de aquellas, las normas del Derecho Privado.

II. Medidas.

a. Gestión de contratos.

El artículo 18 de la ley N° 19.886 señala, en lo pertinente, que los organismos públicos regidos por esta ley deberán cotizar, licitar, contratar, adjudicar, solicitar el despacho y, en general, desarrollar todos sus procesos de adquisición y contratación de bienes, servicios y obras a que alude la presente ley, utilizando solamente los sistemas electrónicos o digitales que establezca al efecto la Dirección de Compras y Contratación Pública.

Por su parte, las glosas de las sucesivas leyes de presupuestos han indicado que la Dirección de Compras y Contratación Pública (DCCP) dispondrá de un sistema de seguimiento de ejecución de contratos para los efectos del cumplimiento por parte de las entidades públicas de lo establecido en el artículo 18 de la ley N° 19.886, en cuanto a la obligación de realizar todos sus procesos de contratación de bienes y servicios a través de los sistemas electrónicos o digitales que establezca ese organismo.

Asimismo, el artículo 20 de la ley N° 19.886 indica que los órganos de la Administración deberán publicar en el o los sistemas de información que establezca la Dirección de Compras y Contratación Pública, la información básica relativa a sus contrataciones y aquella que establezca el reglamento.

A su vez, el artículo 21 prescribe que los órganos del sector público no regidos por la ley N° 19.886, con excepción de las empresas públicas creadas por ley, deberán someterse a las normas de los artículos 18, 19 y 20 de la misma, para suministrar la información básica sobre contratación de bienes, servicios y obras y aquella que determine el reglamento.

En este contexto, el artículo 57 del citado decreto N° 250 establece la información que debe publicarse en el Sistema de Información, la que para efectos de realizar el seguimiento de la ejecución del contrato debe corresponder a los datos básicos del contrato, incluyendo la ubicación precisa en el caso de contratos de obras, el texto del contrato de suministro y servicio definitivo, la orden de compra, la forma y modalidad de pago, el documento que dé cuenta de la recepción conforme de los bienes o servicios adquiridos y cualquier otro documento que la entidad licitante determine, teniendo en consideración la Ley de Compras y el presente Reglamento.

El artículo 58 del mismo decreto N° 250, prevé que será responsabilidad de cada Entidad Licitante mantener actualizada la información que publican en el Sistema de Información, así como también, respetar las políticas o condiciones de uso del

de información, así como también, respetar las políticas o condiciones de uso del Sistema que establezca la Dirección.

El inciso segundo añade que adicionalmente, las Entidades publicarán en un espacio destacado de sus respectivos portales electrónicos la referida información de sus Procesos de Compras, los cuales contarán con un vínculo al Sistema de Información, en la forma en que se defina en las políticas y Condiciones de Uso del Sistema de Información y Contratación Electrónica.

En este contexto, cabe señalar que la plataforma de la DCCP cuenta con un módulo de gestión de contratos, disponible a través del portal www.mercadopublico.cl, y al que pueden acceder los compradores y los proveedores. Las demás personas también pueden efectuar consultas, para lo cual se encuentra disponible el vínculo <https://www.mercadopublico.cl/Contratos/Cuidadania>.

Al efecto, es preciso consignar que ese módulo recoge la información que cada órgano de la Administración del Estado tiene el deber de publicar, a fin de dar cumplimiento a lo establecido en la ley N° 19.886 y su reglamento.

En atención a lo anterior, corresponde que se adopten las medidas tendientes a verificar que los Órganos de la Administración del Estado, den estricto cumplimiento a la exigencia de publicar las materias relativas a sus contrataciones que les imponen los artículos 18, 19, 20 y 21 de la ley N° 19.886, y 57 y 58 del decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda.

Sin perjuicio de lo antes señalado, se sugiere que en lo sucesivo toda la gestión de los contratos sea realizada a través de la plataforma de que dispone la DCCP, con la finalidad de evitar la duplicidad que significa incorporar la pertinente información en los respectivos portales institucionales y en el de la DCCP. Además, ello permitiría simplificar la labor de verificación que debe efectuar esta última y detectar los casos de omisión de información relacionada con los pagos, medidas aplicadas en caso de incumplimientos, vigencia de las garantías, término normal o anticipado del contrato, entre otros.

a.1. Comportamiento contractual de los proveedores.

El artículo 96 bis del aludido decreto N° 250, señala, en lo pertinente, que las Entidades deberán informar, a través del Sistema, los antecedentes relativos al comportamiento contractual de sus proveedores, los que deberán referirse a elementos objetivos, tales como el cumplimiento íntegro y oportuno de las obligaciones, cumplimiento de plazos comprometidos, aplicación de multas u otras medidas que hayan afectado al proveedor.

Por lo tanto, las Entidades de la Administración del Estado, con la finalidad de cumplir con publicar la información señalada en el párrafo anterior, deberán ingresarla a través de la plataforma de gestión de contratos de que dispone la DCCP, indicada precedentemente, a fin de respetar la legalidad y transparencia que debe primar en los contratos que celebra la Administración.

b. Manual de procedimiento de adquisiciones y plan anual de compras.

b.1. Manual de procedimiento de adquisiciones.

El inciso primero del artículo 4° del mencionado decreto N° 250 previene que las Entidades, para efectos de utilizar el Sistema de Información, deberán elaborar un Manual de Procedimientos de Adquisiciones, el que deberá ajustarse a lo dispuesto en la Ley de Compras y su Reglamento. El inciso tercero añade que dicho Manual deberá publicarse en el Sistema de Información y formará parte de los antecedentes que regulan los Procesos de Compra del organismo que lo elabora.

A su vez, el inciso segundo del artículo 4° del antedicho decreto N° 250 preceptúa que el manual de procedimientos de adquisiciones, deberá referirse a lo menos a las siguientes materias: planificación de compras, selección de procedimientos de compra, formulación de bases, criterios y mecanismos de evaluación, gestión de contratos y de proveedores, recepción de bienes y servicios, procedimientos para el pago oportuno, política de inventarios, uso del Sistema de Información, autorizaciones que se requieran para las distintas etapas del proceso de compra, organigrama de la entidad y de las áreas que intervienen en los mismos, con sus respectivos niveles y flujos, y los mecanismos de control interno tendientes a evitar posibles faltas a la probidad.

Al efecto, debe tenerse en cuenta lo preceptuado en el artículo 5° bis del decreto N° 250, en cuanto a que los usuarios que utilicen el Sistema de Información deben contar con competencias técnicas para el uso del portal, las que comprenderán la aplicación de la normativa y conceptos de ética y probidad en los procesos de compra, entre otros, los que para efectos del control interno deberán ser designados por las autoridades y jefaturas de las entidades.

Por su parte, el artículo 12 bis del reglamento expresa que las entidades procurarán promover medidas tendientes a delimitar las funciones y ámbitos de competencia de los distintos funcionarios que participan en las múltiples etapas de los procesos de compra, en cuanto a que la estimación del gasto, la elaboración de los requerimientos técnicos y administrativos de la compra, la evaluación y la adjudicación, la administración del contrato y la gestión de los pagos, sean conducidos por funcionarios o equipos de trabajo distintos.

Resulta necesario entonces que las medidas que se establezcan en el manual de procedimiento de adquisiciones consideren que quienes desempeñan tales funciones y las unidades a que pertenecen no respondan a un mismo superior jerárquico, como, por ejemplo, jefe de División o Departamento, pues ello debilita el control interno a que hace referencia el artículo 4° del antedicho decreto N° 250.

b.2. Plan anual de compras.

El artículo 98 del decreto N° 250 prevé que cada Entidad deberá elaborar y evaluar un Plan Anual de Compras, el cual contendrá una lista de los bienes y/o servicios que se contratarán durante cada mes del año, con indicación de su especificación, número y valor estimado, la naturaleza del proceso por el cual se adquirirán o contratarán dichos bienes y servicios y la fecha aproximada en la que se publicará el llamado a participar.

Por su parte, el artículo 99 preceptúa que los Procesos de Compras y Contratación

deberán formularse de conformidad y en la oportunidad determinada en el Plan Anual de Compras elaborado por cada Entidad Licitante, previa consulta de la respectiva disponibilidad presupuestaria, a menos que circunstancias no previstas al momento de la elaboración del Plan Anual de Compras hagan necesario dejar de cumplirlo o se haya efectuado una modificación al mismo. Bajo ninguna circunstancia el Plan Anual de Compras obliga a las Entidades o a la Dirección a efectuar los Procesos de Compras en conformidad a él.

A su vez, el artículo 100 de ese reglamento establece que cada Entidad publicará su Plan Anual de Compras en el Sistema de Información, en la forma y plazos que establezca la DCCP.

Como puede advertirse, la citada normativa contempla la posibilidad de que el plan anual de compras -que debe ser publicado- no pueda cumplirse por los organismos respectivos, atendido a circunstancias no previstas al momento de su elaboración, lo que hace necesario que estas se expliciten cuando ello ocurra.

En esta materia, procede que los organismos de la Administración del Estado monitoreen el cumplimiento del plan anual de compras y emitan informes periódicos sobre el particular, en los que incluyan, especialmente, las razones por las cuales, eventualmente, este no ha podido ser ejecutado en los términos previstos.

Dichos informes deberán ser publicado en la página web del respectivo organismo y en el Sistema de Información de Compras y Contrataciones de la Administración, regulado en el artículo 19 de la ley N° 19.886.

A su vez, el artículo 102 del citado decreto N° 250 previene que la Dirección de Compras y Contratación Pública podrá formular con carácter referencial y no obligatorio un Plan Anual General de Compras para el Sector Público con la información de los Planes Anuales de Compras presentados por las Entidades.

En este aspecto, se advierte que la DCCP no tiene publicado en su portal dicho plan, lo que impide que los interesados puedan tener un conocimiento general de las adquisiciones de bienes y servicios que pretende realizar la Administración del Estado en el correspondiente periodo anual.

c. Bases tipo y formularios de bases.

Al convocar a una licitación -pública o privada- para el suministro de bienes o la prestación de servicios los organismos de la Administración del Estado deben elaborar las bases que contengan las exigencias administrativas y técnicas que deberán cumplir quienes pretendan participar en esta.

Sobre el particular, el inciso tercero del artículo 10 de la ley N° 19.886 dispone que los procedimientos de licitación se realizarán con estricta sujeción, de los participantes y de la entidad licitante, a las bases administrativas y técnicas que la regulen. Las bases serán aprobadas previamente por la autoridad competente.

Cabe precisar, que el Jefe Superior de la Entidad licitante o el funcionario en quien este haya delegado dicha facultad es la autoridad competente para aprobar mediante acto administrativo las bases de licitación, las que pueden referirse a un

mediante acto administrativo las bases de licitación, las que pueden referirse a un proceso específico o tener la calidad de bases tipo.

Por su parte, los actos que aprueben bases tipo -siempre que se refieran a contratos o adjudicaciones afectos- deberán ser sometidos al trámite de toma de razón por la Contraloría General de la República, de acuerdo con la resolución N° 7, de 2019, de este origen.

Enseguida, conforme al artículo 30, letra a), de la ley N° 19.886, la DCCP está facultada para elaborar y remitir a toma de razón bases tipo que puedan ser posteriormente utilizadas por los órganos de la Administración del Estado, de acuerdo, en lo que importa, con su función asesora de los organismos públicos en la planificación y gestión de sus procesos de compras y contrataciones.

Al efecto, cabe destacar que las bases tipo ofrecen certeza sobre las exigencias para participar en las respectivas licitaciones tanto a la Administración como a los eventuales oferentes y hacen posible que estos últimos se concentren solo en los aspectos específicos que deben cumplir para los efectos de formular sus propuestas.

En todo caso, dichas bases deberán dar cumplimiento a todas las exigencias propias de unas bases de licitación, como es, por ejemplo, regular el contenido mínimo a que se refiere el artículo 22 del decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda.

Además, estas bases tipo deben poder adecuarse a los cambios que, a modo ejemplar, se produzcan en la normativa legal y reglamentaria aplicable en la especie, en las características de los productos o servicios, en los aspectos a evaluar u otros. Esas modificaciones pueden llevarse a cabo de oficio por la DCCP o a requerimiento de las entidades compradoras.

Por otra parte, debe destacarse que el artículo 21 del decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, entrega a la DCCP la facultad de elaborar uno o más formularios de bases, los que las entidades de la Administración del Estado podrán modificar y ajustar a las necesidades particulares del proceso de compra, siempre que se cumpla con la ley de compras y el reglamento.

En esta materia debe tenerse en cuenta que por mandato del artículo 3° de la citada ley N° 18.575, la Administración del Estado deberá observar -en lo que interesa- los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas, y que por disponerlo el inciso primero del artículo 5° del mismo cuerpo legal, las autoridades y funcionarios “deberán velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública”, por lo que en caso de existir bases tipo y formularios bases, se hace obligatorio su uso.

Además, debe recordarse que antes de llamar a las licitaciones en las que se utilicen dichas bases tipo, la entidad licitante deberá -cuando corresponda, en atención a la gran complejidad en la evaluación de las ofertas o el monto de la contratación- efectuar el análisis técnico y económico previsto en el artículo 13 ter del decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda.

d. Obligatoriedad de programas de integridad y compliance por parte de los proveedores.

El inciso primero del artículo 4° de la ley N° 19.886 prescribe que podrán contratar con la Administración las personas naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras, que acrediten su situación financiera e idoneidad técnica conforme lo disponga el reglamento, cumpliendo con los demás requisitos que este señale y con los que exige el derecho común. Quedarán excluidos quienes dentro de los dos años anteriores, al momento de la presentación de la oferta, de la formulación de la propuesta o de la suscripción de la convención, según se trate de licitaciones públicas, privadas o contratación directa, hayan sido condenados por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador, o por delitos concursales establecidos en el Código Penal.

El inciso sexto agrega que ningún órgano de la Administración del Estado y de las empresas y corporaciones del Estado o en que este tenga participación, podrá suscribir contratos administrativos de provisión de bienes o prestación de servicios con los funcionarios directivos del mismo órgano o empresa, ni con personas unidas a ellos por los vínculos de parentesco descritos en la letra b) del artículo 54 de la ley N° 18.575, ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, ni con sociedades de personas de las que aquellos o estas formen parte, ni con sociedades comanditas por acciones o anónimas cerradas en que aquellos o estas sean accionistas, ni con sociedades anónimas abiertas en que aquellos o estas sean dueños de acciones que representen el 10% o más del capital, ni con los gerentes, administradores, representantes o directores de cualquiera de las sociedades antedichas.

Por su parte, N° 2) del artículo 8° de la ley N° 20.393, que regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de los delitos que indica, establece que a estas les será aplicable la pena de prohibición temporal o perpetua de celebrar actos y contratos con el Estado, la que consiste, según lo señalado en el artículo 10, en la prohibición de contratar a cualquier título con órganos o empresas del Estado o con empresas o asociaciones en que este tenga una participación mayoritaria; así como la prohibición de adjudicarse cualquier concesión otorgada por el Estado.

A su turno, la letra d) del artículo 26 del decreto ley N° 211, de 1973, preceptúa que en el caso de las conductas previstas en la letra a) de su artículo 3°, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia podrá imponer la prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la administración centralizada o descentralizada del Estado, con organismos autónomos o con instituciones, organismos, empresas o servicios en los que el Estado efectúe aportes, con el Congreso Nacional y el Poder Judicial, así como la prohibición de adjudicarse cualquier concesión otorgada por el Estado, hasta por el plazo de cinco años contado desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada.

Como puede apreciarse, las normas referidas buscan que quienes contraten con la Administración del Estado demuestren que han tenido un comportamiento íntegro, lo que se traduce en que las personas que trabajen para esos proveedores y participen en las actuaciones que deben llevarse a cabo durante la etapa

concurzal y luego en la ejecución del contrato, procedan con la debida integridad.

En ese contexto, se advierte que algunos organismos incorporan en las bases y, en su caso, en los contratos, cláusulas denominadas “pacto de integridad”. Sin embargo, no es posible tener certeza de que esas estipulaciones sean conocidas y cumplidas por los trabajadores de los respectivos proveedores.

En consideración a lo anterior, procede que se incluya en las bases de licitación un criterio de evaluación referido a si los oferentes cuentan con programas de integridad que sean conocidos por su personal. En el caso de los tratos directos, esa materia deberá ser mencionada en algunas de las cláusulas contractuales.

Saluda atentamente a Ud.,

JORGE BERMÚDEZ SOTO

Contralor General de la República

POR EL CUIDADO Y BUEN USO
DE LOS RECURSOS PÚBLICOS