

EL LLAMADO “CASO CONVENIOS” EN CHILE: CONSECUENCIAS, LECCIONES Y DESAFÍOS PARA EL TRASPASO DE FONDOS PÚBLICOS A PRIVADOS

José Luis Lara Arroyo y María José Luna Bravo

Abogado, socio de Derecho Público PPU, doctor en Derecho y profesor de Derecho Administrativo en Pontificia Universidad Católica de Chile, y asociada de Derecho Público PPU (oficina de Chile) y ayudante de Derecho Constitucional en Pontificia Universidad Católica de Chile, respectivamente

El llamado “Caso Convenios” en Chile: consecuencias, lecciones y desafíos para el traspaso de fondos públicos a privados

Se abordan los impactos que han originado las irregularidades denunciadas respecto de cuantiosas transferencias de fondos públicos a entidades privadas por la vía de convenios celebrados recientemente en Chile. Dicho caso releva las debilidades de la regulación sobre transferencias de capital al sector privado, instando una agenda reguladora que refuerce mecanismos de control oportunos, pero sin afectar la debida y virtuosa colaboración público-privada para la satisfacción de necesidades públicas.

PALABRAS CLAVE:

Contratación pública, OSFL, Transferencias de fondos, Probidad.

The “agreements case” in Chile: consequences, lessons and challenges for the transfer of public to private funds

This article covers the impact of the reported irregularities in relation to large transfers of public funds to private entities through recently executed agreements in Chile. This recent case exposes the flaws of the regulation

on capital transfers to the private sector and highlights the need for a regulatory policy that reinforces timely control mechanisms but not at the expense of proper and honest public-private collaboration to satisfy public needs.

KEY WORDS:

Public procurement, NPOs, transfers of funds, probity.

FECHA DE RECEPCIÓN: 18-9-2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 21-9-2023

Lara Arroyo, José Luis; Luna Bravo, María José (2023). El llamado “Caso Convenios” en Chile: Consecuencias, lecciones y desafíos para el traspaso de fondos públicos a privados. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 63, pp. 76-89 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

Chile tradicionalmente ha sido visto como un ejemplo de probidad¹ y respeto al Estado de Derecho a nivel global y regional, exhibiendo adecuados indicadores respecto de la fortaleza de sus instituciones y mecanismos de control. Sin embargo, durante el transcurso de este año, el país ha sido testigo de uno de los mayores escándalos en lo que respecta a faltas a la probidad en materia de transferencia de recursos del sector público al privado, todas circunstancias de la mayor gravedad y actualmente en desarrollo, pero que ya avanzados algunos meses y con varios procesos en curso nos permiten identificar brechas y acuñar aprendizajes importantes de compartir con la comunidad jurídica, especialmente iberoamericana.

Como preámbulo, conviene señalar que, bajo el sistema constitucional y legal vigente en Chile, los órganos de la Administración del Estado —desde el presidente al municipio más modesto dentro de nuestra organización— se encuentran sujetos a un principio primordial o nuclear que es la juridicidad/legalidad como condición de existencia y de actuación. De ahí, todo órgano estatal y administrativo debe satisfacer necesidades públicas en lo inmediato, con miras a la consecución del bien común (artículo 1.º de la Constitución Política de Chile). Pues bien, dichas necesidades públicas están establecidas y mandatadas por el legislador, quien confiere para ello potestades a la Administración que le permiten acometer dicha finalidad por sí (actos administrativos) o con el concurso o participación de los privados (contratos administrativos). Para ello, el órgano público efectúa transferencias de recursos, ya sea ordinarias o de capital a través de la leyes permanentes o transitorias (Ley de Presupuesto de la Nación) y a través del mecanismo de los contratos de suministro o prestación de servicios bajo la Ley N.º 19886 de 2003 (“compras públicas”).

Pues bien, en el denominado “Caso Convenios” lo que sucedió fue que se realizaron transferencias de fondos o recursos públicos a entidades sin fines de lucro (corporaciones o fundaciones), de reciente creación, vinculadas con determinadas autoridades públicas, prescindiendo de una debida licitación o concurso público, lo que desnudó la desviación de fin al destinarse dichos recursos a propósitos distintos o desconocidos, poniendo en entredicho el virtuoso mecanismo de la cola-

¹ <https://www.integridadytransparencia.gob.cl/chile-sobresale-en-ranking-internacional-anticorrupcion-t-index-como-el-pais-mejor-evaluado-de-la-region-y-top-10-mundial/>.

boración público-privada para la consecución de los fines o intereses generales del Estado. Ello, como señalaremos, evidencia importantes brechas en el sistema de control de la Administración y del quehacer de los privados receptores de estos fondos, cuyos pormenores tanto fácticos como normativos revisaremos en las páginas que siguen.

2. Participación de las OSFL en la vida pública. Cooperación público-privada para conseguir los fines del Estado y proliferación de las transferencias

Primeramente, corresponde entregar un concepto de organizaciones sin fines de lucro (en adelante, “OSFL”) y dar luces sobre la participación que estas tienen en la vida pública, pues —como veremos— la mayoría de las medidas que se han tomado por el denominado “Caso Convenios” tienen que ver con este tipo de entidades. Así, para los efectos de este trabajo, se entenderá por OSFL a todas las asociaciones, organizaciones y fundaciones sin fines de lucro y que cuentan con personalidad jurídica, reguladas por el título XXXIII del Código Civil Chileno (en adelante, “Código Civil”) y por la Ley N.º 20500 sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública (en adelante, Ley N.º 20500). Además, se considerarán también como parte de las OSFL las organizaciones territoriales, comunitarias y otras que se encuentren reguladas por la Ley N.º 19418, que establece normas sobre Juntas de Vecinos y demás Organizaciones Comunitarias.

Bajo ese concepto, se ha determinado que a julio del año 2023 existen en Chile más de 339.000 OSFL inscritas en el Registro de Personas Jurídicas sin fines de lucro que lleva el Servicio Nacional de Registro Civil e Identificación².

Este tipo de organizaciones cuentan con diversas fuentes de financiamiento, tanto públicas como privadas, que les permiten propender en torno a sus fines propios. Cuando esos fines se condicen con objetivos públicos, y tienden al bien común, es habitual ver que el Estado forme parte de ese financiamiento, generando así una cooperación público-privada importante y conducente a la realización de objetivos sociales.

En ese sentido, las OSFL, aunque son parte de la sociedad civil y su naturaleza es de derecho privado, se relacionan de distintas maneras con el Estado y son un componente importante de la vida pública. Por ello, el año 2011 se dictó la Ley N.º 20500 sobre asociatividad y participación ciudadana en la función pública, que tuvo por objeto mejorar la regulación existente³ en cuanto a OSFL, pero además consagra el deber que tiene el Estado de promover y apoyar las iniciativas de

2 Cifra entregada por el Jefe del Departamento de Personas Jurídicas del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Carlos Aguilar Muñoz, a la Comisión Asesora Ministerial para la regulación de la relación entre las instituciones privadas sin fines de lucro y el Estado, en sesión de fecha 17 de julio de 2023. Disponible en: <https://www.integridadytransparencia.gob.cl/wp-content/uploads/2023/07/17.07-Carlos-Aguilar-Personas-Juridicas-Ministerio-de-Justicia.pdf>.

3 Así, la Ley N.º 20500 incluyó una serie de reformas a varios cuerpos legales, entre ellas una significativa el título XXXIII del Código Civil, radicando en las secretarías municipales la competencia para autorizar la formación de nuevas asociaciones y fundaciones. Se le entrega también la facultad al Ministerio de Justicia de fiscalizar a las asociaciones y fundaciones, y se imponen requisitos que se deben incluir dentro de los estatutos, entre otras medidas.

la sociedad civil⁴. Con el modelo existente, las OSFL se relacionan con el Estado no solo porque este las registra y fiscaliza, sino también porque este promueve su existencia y las fortalece y porque, de manera importante, las financia (Irrarrazaval, Sagredo, & Streeter, 2020).

Así, las OSFL se fueron volviendo una parte imprescindible de la actuación del Estado, pues se han vuelto una herramienta fundamental de este último para concretar programas y alcanzar a sectores de la población que otras veces se encuentran relegados (Jaraquemada, Mendoza, von Woldersdorff, Irrarrazaval, & Agüero, 2023)⁵. Sin embargo, aún existía (y existe al día de hoy) un espacio desregulado en cuanto a las formas en que el aparato público le traspasa recursos y fondos a las OSFL para que cumplan esos objetivos. El “Caso Convenios” ha dejado esto al descubierto y ha alertado sobre las carencias regulatorias, abriendo un espacio para diferentes propuestas, tanto desde la sociedad civil como desde el ámbito público.

3. Cómo concurren las OSFL a recibir recursos por parte del Estado. Ley de presupuesto y transferencias

Ahora bien, antes de entrar a analizar las propuestas de regulación, es necesario revisar el panorama existente en cuanto al financiamiento de estas entidades. De todas maneras debemos señalar que los mecanismos de financiamiento que se detallan a continuación no están destinados solo a OSFL, y pueden incluirse otro tipo de entidades privadas. Sin embargo, bajo el “Caso Convenios”, son las OSFL las que se encuentran escrutadas en cuanto a su manera de recibir fondos.

En la actualidad, el traspaso de fondos públicos a las OSFL se regula, en su grueso⁶, a través de la Ley de Presupuestos del año correspondiente, en la que usualmente se incluyen glosas que permiten traspasar fondos a OSFL ya sea a través de transferencias, compras públicas u otros mecanismos⁷. El problema, sin embargo, es que la regulación a través de una glosa en la Ley de Presupuestos no entrega tanta certeza, pues, como ha explicado el Tribunal Constitucional, *“la Ley de Presupuestos es una ley marco y, por tanto, corresponde al organismo administrativo detallar su ejecución”* (Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Requerimiento de Inconstitucionalidad del Decreto Supremo N.º 1679, 1997). Además, como se establece en la misma sentencia, la Ley de Presupuestos está expuesta a los vaivenes político contingentes dada la anualidad de su vigencia, con la que se busca principalmente satisfacer las necesidades de la población, por lo que el estricto apego a la legalidad queda relegado a un segundo plano. En ese sentido, la Ley de Presu-

4 El Artículo 2.º de la Ley N.º 20500 establece que es deber del Estado promover y apoyar las iniciativas asociativas de la sociedad civil. Los órganos de la Administración del Estado garantizarán la plena autonomía de las asociaciones y no podrán adoptar medidas que interfieran en su vida interna.

El Estado, en sus programas, planes y acciones, deberá contemplar el fomento de las asociaciones, garantizando criterios técnicos objetivos y de plena transparencia en los procedimientos de asignación de recursos.

5 El Ministerio de Desarrollo Social informó recientemente que alrededor de un 20 % de los programas analizados en su Banco Integrado de Programas Sociales y No Sociales son ejecutados por OSFL. Así se informa en el Informe de Comisión Asesora Ministerial para la regulación de la relación entre las instituciones privadas sin fines de lucro y el Estado.

6 Existen ciertas OSFL cuyo financiamiento está regulado, directa o indirectamente, por otros cuerpos legales, como por ejemplo la Junta Nacional de Cuerpos de Bomberos de Chile, que está regulada por la Ley N.º 20564.

7 Por ejemplo, fondos concursables, subsidios, subvenciones y beneficios tributarios, entre otros. Al respecto, ver el Informe de Comisión Asesora Ministerial para la regulación de la relación entre las instituciones privadas sin fines de lucro y el Estado, páginas 25-35.

puestos, más que entregar un marco normativo que regule y restrinja el traspaso de fondos desde el Estado a las OSFL, termina siendo una herramienta legal habilitante para que dicho traspaso se efectúe sin entregar las definiciones necesarias para que ese traspaso no sea discrecional.

Por eso, no es sorpresa que la Comisión Asesora Ministerial para la regulación de la relación entre las instituciones privadas sin fines de lucro y el Estado (en adelante, la "Comisión Asesora") que se formó con posterioridad al destape del Caso Convenios haya optado por referirse en profundidad a lo que se entiende por glosa presupuestaria. Ya anteriormente en el año 2021 se había detectado que este concepto no estaba suficientemente definido. Sin embargo, existió consenso suficiente para determinar que estas *"pueden definirse como aquellas cláusulas (notas) que regulan o establecen precisiones o limitaciones al alcance de los gastos contemplados en cada partida presupuestaria"* (Jaraquemada, Mendoza, von Woldersdorff, Irarrazaval, & Agüero, 2023: 47). Se ha explicado también que estas son disposiciones que *"establecen ciertos compromisos de entrega de información que deben cumplir los organismos públicos para asegurar un buen seguimiento a la ejecución del gasto público, y cumplir con ello una adecuada rendición de cuentas al Congreso y a la ciudadanía en general"* (Henríquez Espejo, 2020).

Así, son las glosas donde se termina regulando, por lo menos en parte, la manera de traspasar y ejecutar fondos en distintos programas y organismos, donde se encuentran muchas veces las OSFL. La particularidad más notable, sin embargo, de las glosas presupuestarias recae en que, dentro del proceso legislativo de la Ley de Presupuesto, estas terminan siendo el único aspecto donde el poder legislativo puede verdaderamente incidir en la determinación presupuestaria. Así, estas disposiciones terminan siendo la única aproximación que tienen, al día de hoy, los parlamentarios para determinar y reglar el traspaso de fondos desde el Estado a organizaciones privadas.⁸

Como adelantábamos, la mayoría de los fondos que se traspasan a OSFL a través de las glosas, se dan a través de transferencias, sean estas corrientes o de capital, o bien a través de presupuesto entregado para ejecutar compras públicas.

Respecto a las transferencias, al día de hoy no existe una definición con rango legal de lo que entendemos por "transferencia". Sin embargo podemos iniciar su conceptualización por señalar que estas se diferencian de las compras públicas porque no están asociadas a una contraprestación directa. Se trata de *"traspasos de recursos que se efectúan por un organismo público a otro organismo público, o a una persona natural o jurídica de derecho privado, para que éstos lleven a cabo una actividad de utilidad pública o interés social, que no supone una contraprestación de bienes o servicios en beneficio directo de la institución que encarga el servicio"* (Jaraquemada, Mendoza, von Woldersdorff, Irarrazaval, & Agüero, 2023: 29). Estas se pueden clasificar, a su vez, entre transferencias corrientes y transferencias de capital, y así se separan generalmente en la Ley de Presupuestos.

⁸ En su informe, la Comisión Asesora explica que esto ha llevado a que existan "i) glosas que establecen excepciones a definiciones realizadas por leyes u otros cuerpos normativos más permanentes, de forma ad hoc, según año de cada ley de presupuestos; ii) glosas que precisan asuntos no regulados previamente, u iii) glosas acerca de las transferencias que restringen la competencia⁵⁵, sea porque definen vía una glosa una asignación directa a ciertas IPSFL, o sea porque definen que ciertas transferencias deben ejecutarse solo vía un cierto tipo de persona jurídica". Para ver más sobre la proliferación de glosas presupuestarias como instrumento normativo, ver Informe, páginas 28-30.

Las transferencias corrientes son aquellas en las que se le otorgan recursos a otra entidad, ya sea pública o privada, para que esta ejecute los gastos corrientes que le corresponden al gobierno, alcanzando sus objetivos. Por otro lado, las transferencias de capital corresponden a la entrega de fondos a privados con la intención de que estos se utilicen en inversión y formación de nuevo capital, así como para financiar gasto capital necesario para conseguir los fines del Estado. Cada una de ellas cuenta con su propia glosa dentro de la Ley de Presupuesto⁹.

En ambos casos, el proceso de transferencia del recurso queda a cargo del Ministerio u organismo que otorga los recursos. Este deberá encargarse de la asignación (que en teoría puede ser a través de concursos o directa), evaluación supervisión y rendición financiera de los convenios por los que se materialice la transferencia. Así, no existe ninguna entidad que esté a cargo de revisar las transferencias de recursos que hace el Estado de manera general, dificultando el control que se ejerce sobre estos gastos.

Por otro lado, a través de la Ley de Presupuesto se destina siempre un monto que los servicios deben ejecutar a través de compras públicas. A diferencia de las transferencias, cuando hablamos de compra pública nos encontramos frente a la adquisición que hace el Estado de bienes o servicios determinados y que resultan necesarios para cumplir sus funciones y objetivos. Así, existe una contraprestación directa que corresponde al bien o servicio adquirido o contratado.

En el caso de las compras públicas, estas sí se encuentran profundamente reguladas a través de la Ley N.º 19886 y su reglamento. Entre otras cosas esto significa que su adjudicación, ejecución y rendición debe hacerse con estricto apego a las bases y respetando todos los principios consagrados en esos cuerpos normativos, como la libre concurrencia de los oferentes, la igualdad de oportunidades, la transparencia y la probidad.

Además, respecto de compras públicas no solo existe la supervisión del superior jerárquico y de la Contraloría General de la República, sino que además existe el Tribunal de Contratación Pública, por el que se ejerce un control judicial sobre cualquier problema que pueda existir con un contrato (licitación) que se encuentre previo a su etapa de ejecución. Así, existe una importante diferencia en cuanto a control entre las compras públicas y las transferencias.

Esto fue, finalmente, lo que se terminó de descubrir en el “Caso Democracia Viva”, primer caso y arista clave del “Caso Convenios”. En un riguroso informe de auditoría, la Contraloría General de la República determinó que se le adjudicaron directamente convenios por más de \$370 millones a una fundación con menos de dos años de experiencia, sin que exista razón para ello (Contraloría General de la República, 2023).

Esto ha puesto en tela de juicio todo el sistema de transparencia de fondos existente en Chile, pero también ha significado una oportunidad de modernización de su regulación, pues, como se señalará, la gran consecuencia del Caso Convenios ha sido la proliferación de medidas y sugerencias tendientes a mejorar el estándar del gasto público y el traspaso de fondos a privados.

9 En el caso de la Ley Correspondiente al año 2023, estas se encuentran en los clasificadores presupuestarios 24, sobre transferencias corrientes, y 33 sobre transferencias de capital.

4. Consecuencias del caso convenios: levantamiento de problemas y proliferación normativa. Reacciones al caso convenios

Siendo ese el escenario existente, en cuanto a regulación no es sorpresa que, frente al descubrimiento de las irregularidades del “Caso Convenios”, la tendencia tanto en el mundo privado como el mundo público haya sido a apuntar a la falta de una normativa uniforme para las transferencias del Estado.

Así, desde junio de 2023 se ha visto una verdadera proliferación de sugerencias, medidas y, en algunos casos, verdaderas normas que apuntan a cierta manera restringir, pero también mejorar, la manera en que el Estado les entrega recursos a los privados.

4.1. Medidas dictadas por la Contraloría General de la República

Una de las primeras instituciones en reaccionar a las irregularidades encontradas fue la Contraloría General de la República (CGR). Esta emitió un pronunciamiento sobre las diversas medidas, a su juicio, existentes para disminuir los riesgos de corrupción en los procesos de compras públicas a través de su Dictamen N.º E370752/2023. Este último sin duda merece ser revisado, pues varias de las medidas contempladas en él van más allá de lo existente y son extrapolables a todo tipo de transferencias desde el sector público al privado.

Como se adelantó, el dictamen se enfoca principalmente en las compras públicas, realizando una revisión del marco normativo actualmente aplicable a estas, compuesto principalmente por la Ley N.º 19886 y sus reglamentos. Además, realiza una serie de sugerencias para profundizar estas medidas, según se explica a continuación:

- i. Gestión de contratos. La normativa existente exige que se publique en los sistemas de información que establezca la Dirección de Compras y Contratación Pública toda la información básica relativa a las contrataciones de la Administración. Frente a esto la CGR sugiere que en adelante toda la gestión de contratos se realice a través de la plataforma del Sistema de Información de la Dirección de Compras Públicas, facilitando la fiscalización y evitando duplicidad de información con los sistemas institucionales. Se establece que esta plataforma será también la vía para informar el comportamiento contractual de los proveedores.
- ii. Manual de procedimiento de adquisiciones. Para poder utilizar el Sistema de Información de la Dirección de Compras Públicas, actualmente las entidades tienen que elaborar un Manual de Procedimientos de Adquisiciones, que deberá ajustarse a lo dispuesto en la Ley de Compras y su Reglamento. La ley establece que en este manual se deberán 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, debiendo pertenecer a equipos distintos. La CGR agrega que, además, es necesario 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.

- iii. Plan anual de compras. Actualmente, las entidades deben elaborar y evaluar un Plan anual de compras, que 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. La CGR advierte que se deben monitorear estos planes, para darles mejor cumplimiento, y que estos deben ser publicados en el Sistema de Información de Compras y Contrataciones de la Administración, regulado en el artículo 19 de la ley N.º 19886.
- iv. Bases tipo y formularios de bases. Sobre las bases tipo, se recuerda que los actos que las aprueben deben ser sujetos al trámite de toma de razón. Se establece también que, con el fin de velar por la idónea administración de los medios públicos, si es que existen bases tipo y formularios base, será 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.º 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda.
- v. Obligatoriedad de programas de integridad y *compliance* por parte de los proveedores. Actualmente, es común que se incorporen en las bases cláusulas denominadas “pactos de integridad” para resguardar que quienes contraten con el Estado tengan un comportamiento íntegro. Sin embargo, hoy en día no es posible tener certeza de que esas estipulaciones sean conocidas y cumplidas por los trabajadores de los proveedores. Por eso la CGR ha establecido que 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.

Las recomendaciones de la CGR van en línea con la idea de aumentar los estándares de transparencia y probidad en el área de compras públicas y demás traspasos de fondos del Estado, sin importar si los proveedores son o no fundaciones sin fines de lucro.

4.2. Informe de la Comisión Asesora Ministerial para la regulación de la relación entre las instituciones privadas sin fines de lucro y el Estado

Como se adelantaba más arriba, una de las reacciones fundamentales frente al Caso Convenios fue la creación de una Comisión Asesora Ministerial que revisara la manera en que se estaban relacionando las OSFL y el Estado.

Esta comisión, integrada por María Jaraquemada Hederra, Ramiro Mendoza Zúñiga, Jeannette von Wolfersdorff, Ignacio Irrarrázaval Llona y Francisco Agüero Vargas, tuvo como misión revisar toda la regulación existente en lo que respecta a las OSFL.

Finalmente, sintetizó su trabajo en un informe que analiza, levanta problemáticas y formula sugerencias sobre los siguientes puntos: tipología y distribución de las OSFL en Chile, formas de relacionamiento de las OSFL con el Estado, transparencia en organismos del Estado y registros relevantes sobre OSFL, transparencia activa de las OSFL, gobierno corporativo en las OSFL y sistemas de control, infracciones y sanciones.

Si bien este informe está más enfocado en las OSFL y su regulación, sin duda da luces importantes sobre los cambios necesarios que vienen para el sistema de transferencias de fondos en Chile. En esa materia, dentro de las medidas más relevantes levantadas por la comisión, podemos destacar las siguientes:

- i. Se propone unificar y armonizar el marco regulatorio de las OSFL, pues hoy este está disperso a través de distintos cuerpos legales.
- ii. Una de las medidas más urgentes es la creación de una Ley General de Transferencias. Se reprocha que actualmente no existe una normativa legal permanente y general para transferencias al sector privado. Hoy en día las condiciones y exigencias de las transferencias de recursos son muy diferentes entre servicios y según si se aplica o no la Ley de Compras, generando desincentivos para utilizar esta última. En la práctica, esto genera un trato diferenciado desde el Estado, que no tiene un fundamento claro ni transparente, y que puede resultar excesivamente laxo o abusivo en cuanto a las exigencias de garantías, requisitos de postulación y rendición de cuentas, etc., según los lineamientos establecidos por cada servicio para transferencias (sean corrientes o de capital). Resulta indispensable que se formulen reglas mínimas por parte del legislador. Además, es urgente que en toda transferencia se clarifique el objeto del gasto y que se fortalezca la evaluación y monitoreo del gasto capital.
- iii. Se levanta como problema la falta de un mínimo de principios y estándares comunes —u homologables— sobre evaluación y ejecución de las transferencias corrientes y de capital. Las normas generales para las transferencias corrientes al sector privado (artículo 23 de la Ley de Presupuestos) no son aplicables a las transferencias de capital. Asimismo, las Normas, Instrucciones y Procedimientos de la Inversión Pública se aplican principalmente para inversiones, sin incluir en todos los casos, las transferencias de capital. Es un problema la diferencia de estándar que existe para evaluar y monitorear un gasto según el subtítulo presupuestario en que se encuentre. Por esto, se propone una actualización del clasificador presupuestario y mejorar la regulación de las glosas. Dada la complejidad de la gestión pública y la necesidad de abordar nuevos requerimientos institucionales y presupuestarios, se concluye que existe un rezago institucional, pues las glosas de información están siendo mal utilizadas.
- iv. Para mejorar, además, el gasto público en transferencias a privados se propone que la Fiscalía Nacional Económica realice un estudio de mercado sobre las barreras de entrada

que existen para los privados que desean colaborar con el Estado, generando así una guía para aumentar la competencia en el sector.

- v. Se concluye que se hace urgente contar con una estimación más certera de los montos que se traspasan desde el Estado a las OSFL. Estas últimas, además, deben mejorar la calidad de sus balances para prevenir la elusión, evasión y faltas a la probidad.
- vi. En materia de transparencia, además de crear nuevas obligaciones de transparencia activa para las OSFL, se hace necesario establecer una identificación única de las IPSFL (idealmente, RUT) para asegurar la interoperabilidad entre los portales y registros web de IPSFL, fortaleciendo además el sistema registral con la creación de un portal único de personas jurídicas sin fines de lucro. Además, se coincide con la CGR en cuanto a la idea de ampliar la cobertura del Sistema de Rendición Electrónica de Cuentas (SISREC) y la de crear un Registro Nacional de Beneficiarios Finales de Personas Jurídicas en Chile.
- vii. Se recalca que es necesario homologar el proceso de compras públicas con el proceso de adjudicación vía transferencias corrientes y de capital, terminando con la gran diferencia que existe entre ambos procesos y empezando a transparentar cuáles son los criterios para adjudicar transferencias.
- viii. Se detectaron riesgos en lo débil que suele ser la estructura de gobierno corporativo de las OSFL, por lo que se propone fortalecer su gobernanza, en especial en aquellas OSFL en las que participa el Estado. Además, se propone crear políticas de capacitación y asesoría en modelos de prevención de irregularidades, conflictos de interés, etc.
- ix. Por último, en temas de control, infracciones y sanciones, se propone que se modifique la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República para que esta controle a IPSFL receptoras de fondos públicos respecto de tales fondos públicos, ampliando auditorías financieras y auditorías sobre el cumplimiento de disposiciones contables desde la Contraloría General de la República. Se hace necesario crear nuevas sanciones aplicables, fuera de la disolución de las OSFL. Se deben crear sanciones penales proporcionales y adecuadas a irregularidades en el uso de recursos públicos y transferencias.

4.3. Instructivo emitido por el Ministerio de Hacienda

Por su lado, el día 11 de agosto del año en curso, el Ejecutivo anunció su propia “Agenda de Probidad y Modernización del Estado”. Entre las medidas contempladas en esta agenda se incluyó, además de las ya mencionadas propuestas acordadas por la Comisión Asesora Ministerial, la creación de una Ley de Beneficiarios Finales, el ingreso de un Proyecto de Ley de Mejoras en Eficiencia y Transparencia de las Rentas Municipales y Proyecto de Ley de Integridad Municipal. A su vez, se informó la reforma al Consejo General de Auditoría Interna del Gobierno (CAIGG), a fin de institucionalizarlo como un servicio público con personalidad jurídica y patrimonio propio.

Se expresó que se le otorgará urgencia en su tramitación a la llamada “Ley de Transparencia 2.0”, que busca ampliar la Ley 20285, sobre acceso a la información pública, haciéndola aplicable a

los diversos órganos del Estado, incorporando al Congreso Nacional, Ministerio Público, Tribunal Constitucional, Servicio Electoral, Tribunal Calificador de Elecciones, Tribunales Electorales Regionales, Contraloría General de la República y Banco Central. También se hacen aplicables normas de la ley a empresas públicas creadas por ley y a empresas del Estado y sociedades en que este tenga participación accionaria superior al 50 % o mayoría en el directorio, a las corporaciones, fundaciones, asociaciones y empresas municipales, así como a las personas jurídicas sin fines de lucro que reciban transferencias de fondos públicos.

Pero, sin duda, una de las medidas más inmediatas que se contemplaron dentro de esta agenda fue la dictación de un “Instructivo de transferencias del Estado”, que quedó a cargo del Ministerio de Hacienda, y que fue emitido ese mismo día a través del Oficio Circ. N.º 20. Este entrega instrucciones sobre el contenido de los convenios obligatorios que se deben suscribir entre los organismos públicos y las instituciones privadas a las cuales se les han asignado recursos públicos en virtud de las transferencias contempladas en la Ley de Presupuesto. Son instrucciones que son aplicables a todos los convenios que establezcan transferencias a instituciones privadas, sin importar si estas son las beneficiarias finales, o bien si es que actúan como entidades ejecutoras o administradoras de recursos cuyo beneficiario final termina siendo un tercero.

Las medidas contempladas en este oficio van muy de la mano con lo establecido en el Dictamen E N.º E370752/2023 de la CGR ya revisado. Dentro de ellas encontramos:

- i. Se reitera la obligación de aplicar reglas generales de la contratación y celebrar convenios para cada transferencia. Los receptores de fondos deben ser seleccionados mediante un procedimiento concursal. Además, toda transferencia debe ampararse en un convenio debidamente tramitado en un acto administrativo.
- ii. Se confirma la obligación de utilizar el Sistema de Rendición Electrónica de Cuentas de la Contraloría General de la República. Además, se establece que siempre es obligatorio exigir garantía.
- iii. Respeto a los receptores, estos tendrán la obligación de acreditar antigüedad y experiencia, además de su objeto social, que deberá ser incluido de manera expresa en el convenio. Obligatoriedad de inscripción en los Registros de Ley N.º 19862, sobre receptores de fondos del Estado.
- iv. Se limita fuertemente la subcontratación, restringiéndola a actividades que se alejen del objeto del convenio. Se prohíbe fraccionar en varios convenios la asignación de recursos a una misma institución.
- v. Se determina la obligación de acreditar rendición de cuenta anterior, exigiendo que cada convenio incluya un certificado de que el receptor se encuentra al día con su obligación de rendir cuenta respecto de otros proyectos.
- vi. Para las transferencias a municipalidades, se deberá incluir la dotación a contratar para el cumplimiento del convenio.

- vii. Todos los nuevos convenios que se celebren con instituciones privadas deberán contener la obligación de restituir los recursos transferidos en caso de que estos sean destinados a un objeto distinto para el que fueron asignados. Esta es, probablemente, la consecuencia más directa del “Caso Convenios”.
- viii. Se recuerda que los organismos no pueden establecer compromisos que excedan el ejercicio presupuestario, y tienen la obligación de siempre considerar transferencias en relación con el avance efectivo de la ejecución.
- ix. En cuanto a publicidad y transparencia, se reitera que todo convenio superior a 2.000 UTM debe ser debidamente publicado en la página web del receptor, junto con sus estados financieros, balance y memoria anual.

4.4. Modernización a la Ley de Compras Públicas

Por último, pero no menos importante, dentro de su “Agenda de Probidad y Modernización del Estado”, el Ejecutivo aceleró la tramitación del Proyecto de Ley que moderniza la Ley N.º 19886 a 20 años de su creación, inaugurando la llamada “Nueva Ley de Compras Públicas”.

El proyecto, que ya fue despachado a ley, busca renovar la institucionalidad de compras públicas incluyendo mayores estándares de probidad, transparencia, eficiencia y eficacia. Para esto, se incorporan cambios importantes a los procedimientos de compras, se amplía la competencia y se moderniza el Tribunal de Contratación Pública, se crean nuevas facultades para la Dirección de Compras y Contratación Pública, se impulsa una mejor planificación de las compras públicas y se decide promover dentro de esta planificación a las empresas de menor tamaño y de proveedores locales (Senado de Chile, 2023). Como medidas relevantes, se pueden destacar las siguientes:

- i. Se amplían los sujetos que se encuentran obligados por esta ley, pues el nuevo artículo 1.º establece un ámbito de sujeción bastante extensivo. Además de explicitar su aplicación a corporaciones y asociaciones municipales, la nueva ley también se aplicará las fundaciones en las que participe la Presidencia de la República y a las corporaciones, fundaciones y asociaciones no señaladas anteriormente en las que participe de su administración o dirección un organismo de la Administración del Estado, y que reciban transferencias de fondos públicos que, en su conjunto, asciendan a una cantidad igual o superior a 1.500 UTM anuales. En casos de convenios por montos inferiores, su aplicación será voluntaria. Además, se aplicará también a organismos autónomos tales como el Congreso Nacional, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República y el Poder Judicial.
- ii. Se establece la prevalencia de la licitación pública como regla general, restringidas aún más las causales de aplicación de un trato directo. Estas últimas deberán ajustarse a normas sobre comunicación previa, transparentando así las adjudicaciones y abriendo la competencia en esta área.
- iii. Se incluyen medidas de probidad y transparencia que tendrán una vigencia inmediata apenas se publique la ley. Se refuerza el deber de abstención, pues el personal que evalúa

la adjudicación deberá declarar estar exento de conflictos de interés. Además, se mejora el Registro de Proveedores por la vía de ampliar la información solicitada a estos, incluyendo el concepto de beneficiarios finales, se introduce un nuevo catálogo de inhabilidades para participar de dicho registro, que implican la imposibilidad de ofertar y contratar con el Estado, y se regula la inadmisibilidad de ofertas que pretendan la simulación de escenarios competitivos.

- iv. Se amplía la competencia del Tribunal de Compras Públicas, que ya no queda circunscrita al momento de la adjudicación, pasando a regir todo el proceso de ejecución contractual.

Así, con la modernización de esta ley se completa este catálogo de medidas muy variadas, pero que en general tienen el mismo objeto: apuntar a regularizar y uniformar el traspaso de fondos públicos a privados, inspirándose en los principios de probidad, transparencia y eficacia.

5. Conclusión

Como adelantábamos en la introducción y desarrollamos a lo largo de este trabajo, el aludido “Caso Convenios” de reciente data en Chile ya nos entrega lecciones que debemos ponderar y acusar por la vía de mejorar la gestión de estos instrumentos e implementar cambios normativos.

Así, evidentes resultan las debilidades de un sistema difuso de regulación de transferencias del sector público al privado, así como del control preventivo de las entidades receptoras privadas, llamadas a ser coadyuvantes de cumplimiento de la función pública por parte de órganos de la Administración del Estado.

Seguramente, a raíz de estos casos, vendrá una nutrida agenda de reformas legislativas que demandará una mayor atención por parte de las entidades de control y de los organismos de la sociedad civil receptores de estos fondos que deberán implementar mejoras en la forma de relacionarse con las entidades públicas. Ello resulta coincidente además con una profunda modificación a la ley de compras públicas ya despachada por el Congreso, la dictación de instructivos ministeriales, la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas y, por cierto, la novísima Ley N.º 21595 sobre delitos económicos, ya vigente en Chile.

Bibliografía

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2023). *Informe de Investigación Especial*. Antofagasta: Departamento de Auditorías Especiales.

HENRÍQUEZ ESPEJO, M. (2020). *Monitoreo al cumplimiento de las Glosas de Ley de Presupuestos*. Santiago: Observatorio del Gasto Fiscal.

IRARRAZAVAL, I., SAGREDO, M. P., & STREETER, P. (2020). *Relación Estado-organizaciones de la sociedad civil. Experiencia*. Santiago: Centro de Políticas Públicas UC, Fundación Chile +Hoy. Obtenido de <https://politicaspUBLICAS.uc.cl/content/uploads/2021/10/relacion-estado-organizaciones-sociedad-civil-uc-cpp.pdf>.

JARAQUEMADA, M., MENDOZA, R., VON WOLDERSDORFF, J., IRARRAZAVAL, I., & AGÜERO, F. (2023). *Informe de Comisión Asesora Ministerial para la regulación de la relación entre las Instituciones privadas sin fines de lucro y el Estado*. Santiago: Comisión de Integridad Pública y Transparencia.

SENADO DE CHILE (2023). *Avanza proyecto que moderniza sistema de compras públicas*. Obtenido de <https://www.senado.cl/avanza-proyecto-que-moderniza-sistema-de-compras-publicas>.

Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Requerimiento de Inconstitucionalidad del Decreto Supremo N.º 1679, 254-97-CDS (Tribunal Constitucional de Chile 26 de abril de 1997).