

Claudio Moraga Klenner\*

# La Contraloría General de la República y la Contratación Administrativa\*\*

*The General Comptroller of the Republic and the public procurement*

## Resumen

El trabajo analiza el papel que ha cumplido la Contraloría General de la República en materia de control de la contratación pública chilena, así como en la formulación de principios o regulaciones. Se describen los instrumentos directos de fiscalización con que cuenta la Contraloría: toma de razón, controles de reemplazo y auditorías.

Además, se explica que la función de la Contraloría debe ser vista como un eslabón más dentro de un sistema complejo en el que también participan la Unidad de Análisis Financiero, la Fiscalía Nacional Económica y la Dirección de Compras y Contratación Pública.

## Palabras clave

Contratación administrativa, control de los contratos públicos, instrumentos de control

## Abstract

The paper analyzes the role that it has done the Contraloría General de la República in the control of the Chilean government procurement, as well as in the formulation of principles and regulations. It also describes the direct instruments of control available to the Comptroller: toma de razón, replacement checks and audits.

It also explains that the role of the Comptroller should be seen as one link in a complex system which also involves the Unidad de Análisis Financiero, la Fiscalía Nacional Económica y la Dirección de Compras y Contratación Pública

\* Profesor Asociado Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Licenciado por la Universidad de Chile. Mag. rer publ., Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften-Speyer, Alemania. Correo electrónico: cmoraga@eml.cl

\*\*Artículo recibido el 26 de abril de 2013 y aceptado para su publicación el 20 de junio de 2013

## Keywords

Government contracting, procurement control, control instruments

### I. Prolegómeno.

Somos de aquellos que sostienen que una parte relevante del Derecho Administrativo chileno actual tiene un origen pretoriano. De esta afirmación se nos hace obligado entonces reconocer que a la CGR le ha cabido un papel destacadísimo, abarcando todas las áreas del Derecho Administrativo: actos y procedimientos, función pública, interpretación de la ley administrativa y, por cierto, en la contratación administrativa. A tal punto ello, que en ejercicio de sus competencias legales, la CGR no tan sólo ha ejercido control administrativo sobre la contratación administrativa, sino que también ha fungido de órgano normativo y cuasi-jurisdiccional. Como señalaba Eduardo Soto Kloss en 1977: “Sin ser jurisdicción, a ella le toca interpretar el Derecho y decir cómo debe ser aplicado en lo que concierne a la Administración; sin ser administrador, a ella toca, sin embargo, decir lo conveniente a la solución a adoptar; sin ser legislador, en fin, ella crea día a día Derecho.”

### II. ¿Por qué es importante controlar la contratación administrativa?

No tan solo porque es valioso que los órganos del Estado –y por de pronto de la Administración del Estado– actúen con apego a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, ejerciendo precisamente las atribuciones y cumpliendo las tareas asignadas por ley, sino porque la contratación administrativa es uno de los campos o áreas de actividad administrativa en los que aumenta el riesgo objetivo de conductas corruptas, debido a la enorme cantidad de recursos que mueve, al desconocimiento y complejidad de los procedimientos que la regulan y a una cierta debilidad de controles internos tanto en la Administración como en las organizaciones privadas que contratan con aquélla.

Por ello, cualquier esfuerzo serio por controlar la contratación administrativa pasa por una cuestión previa, a saber, fortalecer la probidad y la transparencia administrativas. En efecto, “corrupción”, por un lado, y “probidad y transparencia”, por el otro, son las caras opuestas de una misma moneda. La probidad (arts 8.1 CPR y 52.2 LOCBGAE) impone un imperativo ético a los funcionarios; mientras que la transparencia y publicidad (arts. 8.2 CPR y Ley N° 20.285) facilitan al ciudadano saber qué hace la Administración y cómo lo hace.

El Índice de Percepción de Corrupción (IPC) de Transparencia Internacional refleja que Chile es uno de los países latinoamericanos donde los empresarios, analistas de riesgo y ciudadanos comunes perciben en menor medida actos de corrupción dentro del sector público (sobre 180 países investigados, Chile se posicionó en el año 2009 en el lugar 25, en el 2010, en la posición 21 y, en el 2011, en la 22). Sin embargo, hay una cierta tendencia del país a ir aumentando con el tiempo la percepción de corrupción (entre 1995 y 2011): el puntaje de Chile cayó de 7,9 a 7,2 (escala de 0 a 10), quedando algo sobre el promedio de los países de la OCDE, que es de 7,0).<sup>1</sup>

El bien jurídico de la probidad funcionaria es tan esencial dentro de la Administración, que es exigible, como principio básico, no solamente a los empleados sujetos al Estatuto Administrativo, sino que a todos los funcionarios que sirven en los cuadros activos de la administración pública (D.CGR 46.238/1980). En otras palabras, el ámbito de aplicación del principio de probidad son todas las autoridades y funcionarios de la Administración y cualquier autoridad, sin importar la denominación con que las designen la Constitución y las leyes. Incluso, nuestra CGR ha extendido la aplicación de este principio a todos los casos en que se presten funciones públicas, aun cuando se trate de servicios contratados a honorarios, puesto que ella entiende que la probidad se establece como deber funcionario para todo el personal de la Administración; que es de aplicación general y lo afectan todas las conductas funcionarias que dañen al Estado o que de una manera u otra permitan que el interés individual o particular prime por sobre el de la sociedad o comunidad (D.CGR 4771/1999).

La publicidad de los actos del Estado es una garantía del Estado de Derecho, y el derecho subjetivo de acceso a la información pública (Ley N° 20.285) se ha ido consolidando como de rango constitucional, al estimarse que es una derivación del art. 19 N° 12 de la Carta Fundamental. La transparencia, a su turno, es una obligación directa e inexcusable, que impone una actitud específica a los órganos públicos y a sus titulares o integrantes, a saber, la de tener que aceptar “exhibirse” frente a las personas en sus decisiones, actuaciones, fundamentaciones, sueldos, agendas, intereses y patrimonio. En conjunto, la transparencia y la publicidad provocan un cambio cultural trascendental al interior de los órganos públicos y con respecto a sus funcionarios y autoridades; una lucha frontal entre el enquistado “secretismo” vs. la fresca y jovial invitación a actuar de modo “translúcido, diáfano, límpido”. En el caso de Chile este objetivo ha sido, pareciera, menos difícil de lograr, de lo que muchos pudimos haber previsto en un inicio. A decir verdad, hoy en día no es una utopía interactuar con funcionarios públicos que están convencidos de que deben entregar toda la información que se les requiera por parte de los privados, puesto que es la única opción válida que tienen frente a la ley y al debido cumplimiento de sus obligaciones funcionarias.

Para poder hablar de un logro de la envergadura que venimos comentando, resulta obligado reconocer que la CGR, dentro del ámbito de su competencia, ha desplegado ingentes recursos y esfuerzos.

<sup>1</sup> [www.consejotransparencia.cl/consejo/site/artic/20111201/asocfile/20111201165819/idpc\\_2011.pdf](http://www.consejotransparencia.cl/consejo/site/artic/20111201/asocfile/20111201165819/idpc_2011.pdf).

### III. La función de la cgr en la contratación administrativa es uno de los elementos estructurales de un sistema complejo de control.

Institucionalmente considerado, el sistema nacional de control de la contratación administrativa comprende, además de la función propia de la CGR, a la Unidad de Análisis Financiero, la Fiscalía Nacional Económica y la Dirección de Compras y Contratación Pública.<sup>2</sup>

La Unidad de Análisis Financiero actúa desde el ámbito financiero. Este organismo fue creado por la Ley 19.913, como un servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios, que se relaciona con el Presidente de la República por medio del Ministerio de Hacienda. Su objeto es prevenir e impedir la utilización del sistema financiero y de otros sectores de la actividad económica, a quien de cualquier forma oculte o disimule el origen ilícito de determinados bienes, a sabiendas de que provienen, directa o indirectamente, de la perpetración de hechos constitutivos de alguno de los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; conductas terroristas; control de armas; atentados al mercado de valores; etc., y a quien adquiera, posea, tenga o use los referidos bienes, con ánimo de lucro, cuando al momento de recibirlos ha conocido su origen ilícito. De entre las atribuciones de la UAF (art. 2), se destaca (i) solicitar, verificar, examinar y archivar toda información sobre actos, transacciones u operaciones sospechosas que adviertan en el ejercicio de sus actividades, respecto de las personas que se individualizan en el art. 3.1<sup>3</sup> de la ley; y (ii) recomendar medidas a los sectores público y privado para prevenir la comisión de los delitos del artículo 19 de la ley, e impartir instrucciones de aplicación general a las personas enumeradas en los arts. 3.1 y 4.1<sup>4</sup>, pudiendo en cualquier momento verificar su ejecución.

La Fiscalía Nacional Económica (FNE) ejerce su acción desde el ámbito de la defensa de la libre competencia. Como se sabe, su función básica es instruir las investigaciones que estime procedentes para comprobar las infracciones a la Ley para la Defensa

<sup>2</sup> En términos extendidos, también cabe mencionar aquí al Consejo de Auditoría Interna General del Gobierno. [Http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/ShowProperty/BEA%20Repository/portalCGR/Documentos/Foro\\_internacional/Auditor\\_General\\_Gobierno\\_pdf](http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/ShowProperty/BEA%20Repository/portalCGR/Documentos/Foro_internacional/Auditor_General_Gobierno_pdf)

<sup>3</sup> Bancos e instituciones financieras; empresas de factoraje; empresas de arrendamiento financiero; las empresas de securitización; las administradoras generales de fondos y las administradoras de fondos de inversión; el Comité de Inversiones Extranjeras; las casas de cambio y otras entidades que estén facultadas para recibir moneda extranjera; las emisoras y operadoras de tarjetas de crédito; las empresas de transferencia y transporte de valores y dinero; las bolsas de comercio; los corredores de bolsa; los agentes de valores; las compañías de seguros; los administradores de fondos mutuos; los operadores de mercados de futuro y de opciones; las sociedades administradoras y los usuarios de zonas francas; los casinos, salas de juego e hipódromos; los titulares de permisos de operación de juegos de azar en naves mercantes mayores, con capacidad de pernoctación a bordo, y que tengan entre sus funciones el transporte de pasajeros con fines turísticos; los agentes de aduana; las casas de remate y martillo; los corredores de propiedades y las empresas dedicadas a la gestión inmobiliaria; los notarios; los conservadores las administradoras de fondos de pensiones, y las sociedades anónimas deportivas profesionales, regidas por la ley N° 20.019.

<sup>4</sup> Toda persona que porte o transporte moneda en efectivo o instrumentos negociables al portador, desde y hacia el país, por un monto que exceda los diez mil dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en otras monedas.

de la Libre Competencia (DL 211, de 1973) y actuar como parte en representación del interés general en el orden económico, ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y demás Tribunales Ordinarios de Justicia. Con la dictación de la Ley 20.361, de 2009, se incorporó en la normativa de defensa de la libre competencia, como una conducta que atenta en su contra, los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que afecten el resultado de procesos de licitación. Desde ese momento, la FNE quedó atribuida de la facultad para investigar y revisar, de oficio o a petición de parte, procesos de licitación en materia de contratos públicos. En este marco, la FNE y el MOP convinieron en coordinar las medidas para prevenir y detectar posibles actos de colusión y generar más competencia al mercado de la infraestructura pública. El plan de trabajo de los primeros dos años se centró en intensificar el entrenamiento y capacitación de profesionales y funcionarios del MOP a nivel nacional; con la introducción de criterios pro competencia en el diseño y aplicación de bases de licitación tipo, la colaboración y acompañamiento por profesionales de la FNE en procesos licitatorios relevantes y la revisión aleatoria desde el punto de vista de la competencia de procesos licitatorios ya efectuados. Adicional a lo dicho, la FNE ha desarrollado procesos de colaboración y asociación con otros organismos públicos, tendientes a verificar en el ámbito en que éstos ejercen sus propias competencias, casos de conductas de terceros que afectan la libre competencia. Es así como la FNE y el Servicio Nacional del Consumidor (2006) celebraron un convenio para el desarrollo transparente de los mercados y la debida protección de los consumidores, buscando “dar un especial énfasis a la visión que la FNE debe tener respecto de la situación de las diversas regiones del país en materia de conductas atentatorias a la libre competencia”. También, la FNE se vinculó con el Ministerio Público (2008) a través de un convenio de colaboración recíproca para capacitar a profesionales en técnicas de investigación, transferir modelos y sistemas tecnológicos orientados al control y fortalecimiento interno de investigaciones en curso, resguardo de información confidencial y aseguramiento de la integridad de la cadena de custodia de registros y documentos, entre otros objetivos. Otro convenio celebrado es con la CGR (2009), cuyo objeto es colaborar recíprocamente en el fomento de la prevención y detección de colusiones en las licitaciones de abastecimiento público. Por otra parte, la FNE ha impulsado la formación de un Comité Interinstitucional Anti Colusión en Licitaciones de Abastecimiento Público, con la finalidad de fomentar acciones orientadas a mejorar la prevención e incrementar la detección de prácticas colusorias entre oferentes en procesos de licitación de abastecimiento público. En la instancia participan representantes de la CGR, del Ministerio de Obras Públicas, de Chilecompra, del Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno, de la Red de Abastecimiento –asociación que agrupa a 5.000 funcionarios públicos de las áreas de abastecimiento de organismos públicos–, y de la FNE.<sup>5</sup>

La Dirección de Compras y Contratación Pública ejerce su acción desde las compras y el abastecimiento públicos. En el ejercicio de sus funciones, y como fruto del tra-

<sup>5</sup> [www.fne.cl](http://www.fne.cl).

bajo conjunto con la FNE, la Dirección emitió la Resolución (E) N° 92-B, de 29 de enero de 2009, “Instrucciones para la prevención de la colusión entre los oferentes”.<sup>6</sup> El objetivo de este instrumento es apoyar a los organismos públicos en la detección oportuna y reporte de prácticas colusorias en la etapa de presentación de ofertas, para lo cual se presenta en forma detallada y ejemplificada instrucciones, recomendaciones y mejores prácticas que orientan un adecuado y correcto desempeño funcionario al interior de los organismos públicos (p. 3).

A los anteriores debe sumarse la acción que se exige de las propias empresas privadas, en cuanto a implementar medidas funcionales, controladoras y organizacionales que impidan la incubación de prácticas reñidas con la ley y, dentro de ellos, con los procedimientos legales de contratación administrativa. Tal esfuerzo está expresado en la Ley N° 20.393 que acepta que las personas jurídicas puedan comprometer su responsabilidad penal –responsabilidad que es independiente de la que cabe a las personas naturales que han actuado por aquella organización– por los delitos de lavado de activos, financiamiento al terrorismo y cohecho de funcionarios públicos nacionales o extranjeros, cuando ellos fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión (art. 3). En esta ley, la implementación de un modelo de prevención de delitos no está establecida como una obligación; no obstante, la inexistencia de él expone a la organización a contingencias muy relevantes, de momento que ella no podrá probar si cumplió con su deberes de dirección y supervisión, en el caso que en su interior se cometan los delitos tipificados por la Ley N° 20.393. En lo medular, el modelo parte del supuesto que también dentro de las organizaciones privadas puede haber problemas de “governabilidad interna”. Por ello, la ley exige que la organización lleve a cabo y mantenga permanentemente una revisión de sus procesos, negociaciones y operaciones de manera de controlar el riesgo de la comisión de ilícitos en su interior, precisamente por falta de medidas, procedimientos y manuales que los combatan.

#### IV. El control de la contratación administrativa por la cgr.<sup>7</sup>

A la CGR toca el deber de fiscalizar que las actuaciones de los órganos de la Administración del Estado que contratan, estén ajustados a derecho en todos los estadios de la contratación: (i) en su fase previa de formación de la voluntad administrativa contractual; (ii) en su fase de adjudicación y perfeccionamiento del contrato respectivo; (iii) en su fase cumplimiento o ejecución del contrato; y (iv) en su fase de terminación y liquidación del contrato.

<sup>6</sup> [www.chilecompra.cl/index.php?option=com\\_phocadownload&view=category&id=12&Itemid=282](http://www.chilecompra.cl/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=12&Itemid=282)

<sup>7</sup> En detalle, MORAGA KLENNER (2010), p. 350 y s.

A ese efecto, la CGR cuenta básicamente con cinco instrumentos. Los directos son la toma de razón, los controles de reemplazo y las auditorías. Los indirectos son la persecución de la responsabilidad administrativa (v.gr.: arts. 60-67 bis de LOCCGR) y la persecución de la responsabilidad civil, vía reparo en la revisión de cuentas (arts. 85-139 LOCCGR). En lo que sigue nos concentraremos en los instrumentos directos de control.

### *1. La toma de razón.*

Una parte de la contratación administrativa está sujeta a control preventivo de juridicidad por la CGR. Lo anterior se efectúa a través del procedimiento administrativo conocido como toma de razón. En lo medular, los documentos que son analizados de esta manera son las bases de licitación y sus circulares aclaratorias; los contratos cuando ellos se reflejan en un texto distinto al de las bases de licitación, los actos de adjudicación y los convenios modificatorios de los contratos ya celebrados y los actos que aprueben precisamente esas modificaciones contractuales.

En este escenario, el control de la CGR es inmediato y profundo: se analiza directamente los textos contractuales y actos administrativos relacionados con aquéllos, y se hace abarcándolos en su integridad.

Como hemos anticipado, no toda la contratación administrativa se controla por vía de la toma de razón. Primero, se trata de contratos en que la ley expresamente contempla este trámite o, en su defecto, el control se ejerce porque así se contempla en la Resolución N° 1.600, de 2008, de CGR. Esta resolución fija diversos montos de exención del trámite de toma de razón, según si el contrato se formaliza previo trato directo, propuesta privada o pública y, en igual sentido, establece exenciones en función del empleo de formatos tipo de bases administrativas y contratos, aprobados previamente por la CGR, sometiendo en algunos de estos casos a toma de razón sólo el acto de adjudicación. Esta estandarización contractual hace más eficiente el control.

La Resolución N° 1.600 contiene tres disposiciones sustantivas en lo relativo a la contratación administrativa. Primero: para determinar si un convenio con cuantía indeterminada debe pasar por toma de razón, se estará al gasto estimado por el Servicio conforme a parámetros objetivos, cuyos antecedentes deben estar a disposición de la CGR (art. 5). Segundo: los decretos y resoluciones afectos a toma de razón deben remitirse conjuntamente con los antecedentes que les sirven de fundamento, salvo aquellos a los que se pueda acceder electrónicamente a través de sistemas institucionales (art. 6.1). Tercero: los actos administrativos que aprueban convenios, incluso contratos a honorarios con personas naturales, deberán transcribirlos en el cuerpo del decreto o resolución; y los actos que aprueben bases administrativas, también deberán contenerlas íntegramente en el cuerpo del decreto o resolución (art. 6.2 y 3).

De la lectura de la Resolución N° 1.600 es posible considerar que la toma de razón se aplica a los siguientes actos relacionados con la contratación por organismos administrativos.

- (1) En materias financieras y económicas: (a) los contratos de empréstitos o de cauciones, y (b) los convenios cuyo objeto sea aportes o transferencias de recursos por un monto superior a 5.000 UTM.<sup>8</sup>
- (2) En materia de contratación de bienes: (a) los contratos para la adquisición de bienes inmuebles y para la adquisición o suministro de bienes muebles, de créditos, instrumentos financieros y valores mobiliarios, por trato directo o licitación privada por un monto superior a 2.500 UTM<sup>9</sup>; (b) los contratos para la adquisición de bienes inmuebles y para la adquisición o suministro de bienes muebles, de créditos, instrumentos financieros y valores mobiliarios, por licitación pública por un monto superior a 5.000 UTM<sup>10-11</sup>; (c) los contratos para adquisición de acciones u otros títulos de participación en sociedades; (d) la aceptación de donaciones modales que excedan de 5.000 UTM; (e) los contratos para la enajenación de inmuebles por trato directo o licitación privada cuyo monto exceda de 2.500 UTM<sup>12</sup>; (f) los contratos para la enajenación de inmuebles por licitación pública cuyo monto exceda de 5.000 UTM<sup>13</sup>; (g) los contratos para la transferencia gratuita de inmuebles cuyo avalúo fiscal exceda de 2.000 UTM; (h) los contratos para la enajenación por trato directo o licitación privada de créditos, instrumentos financieros, valores mobiliarios, acciones u otros títulos de participación en sociedades, por un monto superior a 2.500 UTM, e (i) los contratos para la enajenación por licitación pública de créditos, instrumentos financieros, valores mobiliarios, acciones u otros títulos de participación en sociedades, por un monto superior a 5.000 UTM.
- (3) En materia de contratación de servicios: (a) los convenios de prestación de servicios entre entidades públicas, cuyo monto total exceda de 5.000 UTM<sup>14</sup>; (b) los convenios para la ejecución de acciones relacionadas con los fines del Servicio, de acciones de apoyo, y otros de prestación de servicios celebrados por trato

<sup>8</sup> “Sólo estarán afectos a toma de razón los actos de adjudicación –que no los decretos o resoluciones aprobatorios– de estos convenios, cuando éstos provengan de una licitación pública y se ajusten a un formato tipo aprobado previamente por la CGR”.

<sup>9</sup> “Sólo estarán afectos a toma de razón los actos de adjudicación –que no los decretos o resolución aprobatorios– de estos contratos, cuando éstos provengan de una licitación pública y se ajusten a un formato tipo aprobado previamente por la CGR”.

<sup>10</sup> Pero quedan exentos: 1) las adquisiciones o suministros efectuados en ejecución de un convenio marco suscrito por la Dirección de Compras y Contratación Públicas, y 2) las adquisiciones o suministros que se efectúen por las Fuerzas Armadas para fines de seguridad nacional.

<sup>11</sup> Sólo estarán afectos a toma de razón los actos de adjudicación –que no los decretos o resolución aprobatorios– de estos contratos, cuando éstos provengan de una licitación pública y se ajusten a un formato tipo aprobado previamente por la CGR.

<sup>12</sup> *Ibíd.*

<sup>13</sup> *Ibíd.*

<sup>14</sup> Están exentos de toma de razón los decretos y resoluciones aprobatorios de contratos de este tipo, cuando se ajusten a un formato tipo aprobado previamente por la CGR.

directo o licitación privada, cuando su monto total exceda de 2.500 UTM<sup>15</sup>; (c) los convenios para la ejecución de acciones relacionadas con los fines del Servicio, de acciones de apoyo, y otros de prestación de servicios celebrados por licitación pública, cuando su monto total exceda de 5.000 UTM<sup>16-17</sup>. El art. 18 de la Resolución N° 1.600 prescribe que en los casos de convenios suscritos entre entidades públicas, el acto administrativo afecto a toma de razón deberá emitirse por la entidad que efectúe el encargo principal o a la que le corresponda el mayor gasto; por su parte, el o los demás organismos aprobarán el convenio a través de un acto administrativo exento, y cuando no fuere posible la aplicación de las reglas precedentes, en el convenio se debe indicar el órgano que emitirá el acto afecto;

- (4) En materia de otras contrataciones: (a) los convenios de traspaso de servicios, o para la administración de establecimientos o de bienes<sup>18</sup>; (b) los convenios de encomendamiento de funciones entre servicios públicos<sup>19-20</sup>; (c) los contratos especiales de operación petrolera; y (d) las transacciones extrajudiciales cuyo monto exceda de 1.000 UTM<sup>21</sup>.
- (5) En materia de obras públicas: (a) las adquisiciones para la ejecución de obras públicas por trato directo o licitación privada por un monto superior a 5.000 UTM<sup>22</sup>; (b) las adquisiciones para la ejecución de obras públicas por licitación pública por un monto superior a 10.000 UTM<sup>23</sup>; (c) la ejecución de obras públicas o su contratación, incluida la reparación de inmuebles, por adjudicación directa o por propuesta privada, de un monto superior a 5.000 UTM<sup>24</sup>; (d) la ejecución de obras públicas o su contratación, incluida la reparación de inmuebles y el sistema de concesiones, por propuesta pública, de un monto superior a 10.000 UTM<sup>25</sup>; (e) las siguientes medidas que se refieran a estas ejecuciones o

<sup>15</sup> Sólo estarán afectos a toma de razón los actos de adjudicación –que no los decretos o resolución aprobatorios– de estos convenios, cuando éstos provengan de una licitación pública y se ajusten a un formato tipo aprobado previamente por la CGR.

<sup>16</sup> Pero quedan exentos los convenios celebrados en ejecución de un convenio marco suscrito por la Dirección de Compras y Contratación Pública.

<sup>17</sup> Sólo estarán afectos a toma de razón los actos de adjudicación –que no los decretos o resolución aprobatorios– de estos convenios, cuando éstos provengan de una licitación pública y se ajusten a un formato tipo aprobado previamente por la CGR.

<sup>18</sup> *Ibíd.*

<sup>19</sup> Pero quedan exentos los convenios mandato, cuando la ejecución del mismo importe la emisión de actos administrativos afectos a toma de razón.

<sup>20</sup> Están exentos de toma de razón los decretos y resoluciones aprobatorios de contratos de este tipo, cuando se ajusten a un formato tipo aprobado previamente por la CGR.

<sup>21</sup> Pero quedan exentas, las transacciones acordadas conforme al procedimiento de mediación previsto en el Párrafo II del Título III de la Ley 19.966, que no excedan de 2.000 UTM (Ley que establece un régimen de garantías de salud).

<sup>22</sup> Sólo estarán afectos a toma de razón los actos de adjudicación –que no los decretos o resolución aprobatorios– de estos contratos, cuando éstos provengan de una licitación pública y se ajusten a un formato tipo aprobado previamente por la CGR.

<sup>23</sup> *Ibíd.*

<sup>24</sup> *Ibíd.*

<sup>25</sup> *Ibíd.*

contrataciones de obras: pago de indemnizaciones y gastos generales; devolución de retenciones; término anticipado del contrato y su liquidación final; compensaciones de saldos de distintos contratos de un mismo contratista y traspaso de contratos; (f) proyectos y estudios que estén directamente relacionados con la ejecución de una obra específica, contratados por trato directo o por propuesta privada por un monto de más de 2.500 UTM<sup>26</sup>; (g) proyectos y estudios que estén directamente relacionados con la ejecución de una obra específica, contratados por licitación pública por un monto superior a 5.000 UTM<sup>27</sup>; (h) sanciones a contratistas y consultores.

- (6) En materia de aprobación de bases de licitación: la aprobación de bases administrativas, y cualquier acto que las modifique (v.gr.: circulares aclaratorias), siempre que se refieran a contratos afectos a toma de razón.<sup>28</sup>
- (7) Otros casos y regulaciones especiales: (a) las resoluciones aprobatorias de los convenios marco suscritos por la Dirección de Compras y Contratación Pública<sup>29</sup>; (b) pero, cuando el texto del contrato se contenga en bases administrativas tomadas razón o ajustadas a un formato tipo previamente aprobado por la CGR, el acto de adjudicación estará afecto a toma de razón y la aprobación del contrato estará exenta.
- (8) En materia de concesiones: en las concesiones de vías para la locomoción colectiva y de plantas de revisión técnica, sólo estarán afectos los actos relativos a las bases de licitación, su otorgamiento, terminación, y aquellas modificaciones que alteren las condiciones esenciales de equilibrio financiero de la concesión.
- (9) Otras materias: tratados internacionales y medidas que incidan en su vigencia, y acuerdos con entidades extranjeras u organismos internacionales, incluidas las transacciones que ante ellos se celebren.

## *2. Controles de reemplazo.*

Los contratos y convenios que quedan exentos de toma de razón no están por ese hecho liberados de la acción controladora de la CGR, ya que ellos se sujetan a controles posteriores de reemplazo que define la misma Contraloría, por ejemplo, en el Título V de la Resolución N° 1.600, pero, también, en la circular CGR N° 7.251, de 14 de febrero de 2008<sup>30</sup>.

El control de reemplazo, en lo que concierne a la contratación administrativa, consiste básicamente en la obligación del servicio público, de tener a disposición de la CGR

<sup>26</sup> *Ibíd.*

<sup>27</sup> *Ibíd.*

<sup>28</sup> Pero quedan exentas las bases administrativas que se ajusten a un formato tipo aprobado previamente por la CGR.

<sup>29</sup> Pero quedan exentos cuando los contratos a que dieren lugar también estuvieren exentos.

<sup>30</sup> Publicada en el Diario Oficial de 18.02.2008.

los originales de los actos o resoluciones exentos para su ulterior examen. Ejemplarmente, por circular CGR N° 7.251, dirigida a las municipalidades, el órgano contralor dispone la forma como deben mantenerse en cada municipalidad los antecedentes de cada contrato que celebren. Y, lo hace de un modo general, abarcando prácticamente todos los aspectos de relevancia que se involucran en la preparación de la voluntad administrativa contractual, la selección de una oferta, la ejecución del contrato y su término. Específicamente, la obligación consiste en mantener una carpeta en cuyo interior debe haber:

- copia del decreto alcaldicio de adjudicación,
- los antecedentes previos al llamado a licitación (bases administrativas y técnicas, legajo de planos y especificaciones técnicas y presupuesto oficial),
- los antecedentes de la apertura de las ofertas (publicación del llamado, acta de apertura y ofertas presentadas),
- los antecedentes de la adjudicación (evaluación de las propuestas, contrato, presupuesto compensado, si procediere, y garantías constituidas),
- los antecedentes del desarrollo de la obra (designación del profesional del servicio que se hace cargo de la inspección, acta de entrega del terreno, copia del libro de obra, programación y avance físico, certificaciones y ensayes, modificaciones de obra y plazo, con su justificación técnica, sanciones a contratistas y consultores, traspaso de contrato), y
- los antecedentes financieros (estados de pago, documentos sobre retenciones, reajustes y anticipos, pago de indemnizaciones y gastos generales) y los de la terminación de la obra (acta de recepción de las obras, constancia de devolución de garantía y retenciones, liquidación y finiquito).

Complementariamente, a través del oficio circular N° 15.700, de 16 de marzo de 2012, la CGR impartió instrucciones sobre los actos administrativos municipales que deben registrarse en la Contraloría y la forma de cumplir con dicha obligación. En el orden contractual, quedaron comprendidos en dichas instrucciones, los contratos a honorarios celebrados con personas naturales, siempre que se paguen con cargo al subtítulo 21 del Clasificador Presupuestario (“gastos en personal”). Por último, por Resolución N° 908, de 2011, la CGR fijó normas sobre Registro Electrónico de decretos y resoluciones exentas, a través de la plataforma del SIAPER (Sistema de Información y Control del Personal de la Administración del Estado<sup>31</sup>), aplicable, en lo que nos interesa, a contratos de personas naturales a honorarios, que se paguen por mensualidades por un monto mensual igual o inferior a 75 UTM y los que se pacta a suma alzada o con cualquier otra modalidad de pago, cuyo monto sea igual o inferior a 150 UTM.

<sup>31</sup> En detalle se puede consultar a MONTANO VALENZUELA, Carla, El Sistema de Información Del Personal del Estado (Siaper) a cargo de la Contraloría General de la República, tesis para optar al grado de magíster, Escuela de Graduados, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

### *3. Auditorías.*

El tercer instrumento de control consiste en el proceso de auditoría que puede desarrollar la CGR dentro de los distintos servicios públicos y organismos de la Administración sujetos a su fiscalización, fundado en el art. 21 A LOCGR. Con la finalidad de que la CGR no se inmiscuyere en competencias que son propias de la Administración activa, el legislador le ha impuesto un límite absoluto a la función auditora, a saber, la prohibición de evaluar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas (art. 21 B LOCGR).

Los objetivos de esas auditoría –precisa el inciso primero de la mencionada disposición– son velar por (i) el cumplimiento de las normas jurídicas, (ii) el resguardo del patrimonio público y (iii) la probidad administrativa.

El proceso de auditoría se sustancia evaluando los sistemas de control interno de los servicios y entidades; fiscalizando la aplicación de las disposiciones relativas a la administración financiera del Estado, particularmente, las que se refieren a la ejecución presupuestaria de los recursos públicos; examinando las operaciones efectuadas y la exactitud de los estados financieros; comprobando la veracidad de la documentación sustentatoria; verificando el cumplimiento de las normas estatutarias aplicables a los funcionarios públicos y formulando las proposiciones que sean adecuadas para subsanar los vacíos que detecte.

En ejercicio de este especial instrumento de control, la CGR audita contratos de la Administración, usualmente en curso de ejecución, con la finalidad de verificar desde los puntos de vista legales, administrativos, financieros y/o técnicos, el cumplimiento de las obligaciones contractuales, por parte del contratante privado, así como el oportuno y estricto ejercicio de las funciones y atribuciones que, a su respecto, detenta la Administración contratante.

La auditoría es un procedimiento complejo, en cuanto requiere desplegar un trabajo teórico o de gabinete, destinado a acopiar básicamente la información documental que sostiene y describe el objeto de las obligaciones contractuales, y exige, además, una acción de inspección, destinada a constatar si en la práctica existen o han existido desviaciones conductuales de los contratantes, de manera de poder reconocer las causas probables de ello. Como resultado de esta acción controladora, la CGR emite un informe final que, en términos resumidos, contiene una descripción del contrato o serie de contratos que se auditaron, las falencias o eventos irregulares detectados y la prueba que lo constata, lo que indicó o explicó el servicio público sobre ellos, y las instrucciones, recomendaciones u observaciones que la CGR hace al servicio público contratante, que se superan durante la misma auditoría, de ser ello posible o, en su defecto, se dispone que ellas sean resueltas en un plazo determinado o, por último, hasta antes de una próxima fiscalización.

## V. La tarea desempeñada por CGR en la contratación administrativa.

La contratación administrativa ha sido, en una perspectiva histórica, un área especialmente sensible a la acción fiscalizadora de la CGR, a tal punto que hoy afirmamos que en medida importante la sustantividad de esa contratación es creación jurisprudencial de la Contraloría. Por de pronto, son principios sostenidos por la CGR a través de sus dictámenes, los de la libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo y de la igualdad ante las bases que rigen al contrato, y que desde 1999 se encuentran sostenidos en el art. 9 de la LOCBGAE (Ley N° 19.653).

José Luis Lara Arroyo y Carolina Helfmann Martini han destacado principios reconocidos y/o desarrollados por la jurisprudencia de la CGR, que cumplen un papel especial en la contratación administrativa chilena; v.gr.: la confianza legítima, la certeza jurídica, interdicción de la arbitrariedad, los actos separables que concatenan el procedimiento de contratación y la motivación de los actos administrativos esenciales de la contratación.<sup>32</sup>

Otras ideas matrices de creación jurisprudencial por la CGR, aplicables al procedimiento de contratación administrativa, serían:

- el reconocimiento de que las circulares aclaratorias tienen unas solemnidades y una oportunidad de emisión que deben ser respetadas por la Administración (D.CGR N° 3.640/1998 y N° 1.079/2001);
- que el estudio y análisis de las diferentes propuestas recibidas debe ser hecho en un mismo instante, con iguales criterios para todos los oferentes (D.CGR N° 20.191/1995);
- la idea de que se vicia el procedimiento de contratación cuando carece de criterios objetivos de evaluación de las ofertas, o por el hecho de mantener en el anonimato a quien o quienes desarrollarán dicha labor (D.CGR N° 3.640/1998);
- el principio de la congruencia de la adjudicación con oferta del licitante y con la evaluación de la misma; porque no se admiten adjudicaciones sobre precios, bienes o servicios y otros aspectos de la contratación que difieran de aquéllos (D.CGR N° 46.783/2004).

Pero, es importante connotar que con la dictación en el año 2003 de la LBCA, al establecer el Tribunal de Contratación Pública con competencia especial para conocer de las acciones de impugnación contra actos u omisiones ilegales o arbitrarios ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos (art. 24, inciso 1°), se ha sustituido una importante jurisprudencia administrativa que había desarrollado y sostenido la CGR. Con todo, ello ha permitido, en nuestro entender, que se concentre la acción de la Contraloría en las fases de revisión de las bases de

<sup>32</sup> LARA ARROYO y HELFMANN MARTINI (2012), pp. 439 y s.

licitación y circulares aclaratorias, así como en el perfeccionamiento de los contratos, en su ejecución, término y liquidación.

Es que a través de la función dictaminadora, la CGR ha podido ejercer no tan sólo una función de interpretación auténtica de la ley administrativa sino que, además, en lo que concierne a la contratación administrativa, siguió con esplendor y brillo la función que había comenzado el Consejo de Estado en el siglo XIX y comienzos del XX, a saber, la de sustantivar la identidad y contenido de los contratos que celebra la Administración (a) y regular acerca de la distribución de los riesgos de esta contratación (b):

A modo de ejemplo, sobre (a):

- contrato administrativo es cualquier contrato en que una de las partes es la Administración, sin importar mayormente si en él ésta actúa en el ámbito de sus potestades exorbitantes o en un plano de igualdad con los particulares (D.CGR N° 46.532/2000).
- cada parte debe cumplir obligaciones en la forma contraída: deberá estarse a lo pactado, sin que sea posible eximirse de dicho cumplimiento, sino en circunstancias especialmente previstas en el mismo contrato o en la ley; y deberá mantener un modelo de conducta que evite causar daño a la otra (D.CGR N° 52.567/2008).
- a falta de reglas de interpretación que se contengan en el contrato, sus estipulaciones pueden ser interpretadas acudiendo a la ley común (D.CGR N° 26.889/1982).
- la interpretación finalista del contrato: "...cuando las bases se tornan ambiguas con alternativas de interpretación tanto en uno como en otro sentido, la determinación de su alcance ha de efectuarse con criterios flexibles y en términos de que las cláusulas pertinentes, tengan un sentido concordante con el resto de la normativa. (...) "En tal sentido la interpretación finalista constituye un factor de interpretación que debe aplicarse con preeminencia, porque tiene su origen en preceptos constitucionales que consagran los principios básicos de la institucionalidad y a través de ella se trata de evitar una relativización de las normas fijando un criterio claro que emana o tiene como directriz la finalidad que persigue su establecimiento." (D.CGR N° 14.133/2002).
- las prerrogativas exorbitantes se ejercen por los organismos de la Administración del Estado en cuanto se trata de órganos dotados de imperio (D.CGR N° 23.701/1999).
- la modificación unilateral del contrato hace nacer derechos indemnizatorios o compensatorios en favor del contratante privado para restablecer cualquier equilibrio económico perdido con motivo del cambio de condiciones básicas de la contratación (D.CGR N° 12.334/2002).
- el *ius variandi* supone poder modificar en alguna medida el objeto de la obligación del deudor, pero no así el régimen económico del contrato. (D.CGR N° 22.512/2010).

- concesión de obra pública es una modalidad del contrato de obra pública tradicional (D.CGR N° 32.796/1996).

A modo de ejemplo sobre (b):

- la idea central de la distribución de riesgos es dar certeza del probable resultado que debe arrojar el contrato: cómo alcanzar un adecuado equilibrio económico entre los contratantes, a partir de una precisa determinación de las prestaciones a que se obliga el particular frente a la Administración, puesto que solamente ello posibilita dar certeza respecto del probable resultado que debe arrojar el contrato (D.CGR N° 8.617/2008).
- “Desde luego, la relación entre Estado y concesionario queda regulada, entre otros aspectos, por una distribución equilibrada en cuanto a los riesgos que puedan sobrevenir y a los resultados económicos que derivan de la explotación de la obra, aspectos que inciden directamente en el derecho del concesionario a cobrar tarifas a los usuarios y en la distribución de riesgos entre éste y el Estado.” (D.CGR N° 12.930/2000).
- “...la doctrina del Derecho Administrativo, en general, sustenta el principio de que en los contratos administrativos rige el elemento de riesgo o ventura, esto es, que el co-contratante de la Administración ha de soportar el riesgo del cumplimiento de las obligaciones que impone la convención. Sin embargo, tal principio puede verse alterado por diversas circunstancias que dan derecho al contratista para que ciertos riesgos deban ser soportados por la Administración. Ello ocurre cuando se configuran las teorías de la imprevisión, del caso fortuito y otras semejantes.” (D.CGR N° 35.989/2001).
- el solo hecho de tratar de imponer al contratista que asuma las consecuencias de todas las hipótesis que signifiquen un riesgo o hecho sobreveniente, lo único que haría sería encarecer la contratación (D.CGR N° 41.409/1994 y N° 35.989/2001).

## VI. Conclusiones.

Si debiéramos derivar algunas conclusiones acerca del control de la contratación administrativa, así como en lo que concierne a la labor de la CGR, entonces, destacaríamos lo que sigue.

- El fenómeno de la contratación de la Administración roza frecuentemente la Ética Pública, al entrar en contacto directo e inmediato intereses públicos y privados, que pueden propiciar la comisión de conductas o comportamientos que, no siendo delitos penales, constituyen de por sí transgresiones a la probidad administrativa. Más todavía, es importante tener en cuenta que muchas veces la contratación administrativa genera –inconscientemente en la mayoría de las

veces—, relaciones más o menos permanentes entre los sectores público y privado, lo que no siempre es deseable.

- La acción controladora de la CGR adquiere su máximo sentido, dentro de un engranaje sistémico de mayor envergadura, en el que también participan la UAF, la FNE y la Dirección de Compras Públicas. Lo anterior, porque en la acción coordinada, coetánea y eficiente de todos los mencionados se hace posible aumentar la observación del comportamiento del propio sector privado en la materia. Es que la creación de una Ética Pública contractual depende no sólo de las obligaciones y prohibiciones que se le impongan al empleado público, sino que también a las medidas que se recomienda que sean adoptadas por la empresa privada para prevenir que en su seno se incuben prácticas ilegales.
- Independientemente de la creación de nuevos tribunales especiales, encargados de conocer sobre controversias contractuales administrativas (comisiones arbitrales, paneles de expertos, etc.), y que se suman a la competencia que siempre han tenido los tribunales del Poder Judicial, la CGR aún detenta una importantísima función contralora, normativa y dictaminadora que puede servir para elevar la eficiencia contractual, conteniendo indirectamente la litigiosidad contractual administrativa. En este aspecto, destaca, por una parte, la función de revisión de textos de bases de licitación y de los contratos que se extienden por su virtud y, por otra parte, la acción de revisión de cuestiones o dudas de aplicación, ejecución o interpretación contractual que se someten a su conocimiento por la Administración o los mismos particulares contratantes. Es innegable que la CGR debe cumplir estas funciones con estricto apego a Derecho. No obstante, la importancia de este papel dictaminador se sustenta también en la percepción de objetividad e imparcialidad que recrean finalmente en el público los pronunciamientos contralores.
- En el nivel de exigencia que se imponga a la Administración, de elaborar textos de bases de licitación y de contratos de calidad; en el grado de discrecionalidad que se manifieste al dar preferencia a unos de esos documentos sobre otros para emitir un juicio interpretativo oficial; en la aceptación o rechazo que se otorgue a estipulaciones leoninas de distribución de riesgos; en la importancia que tiene la literalidad de la estipulación de este especial tipo de contratación por adhesión, pero donde se acepta de igual modo que quede abierta la puerta para que la teleología de los intereses generales se superponga a los derechos del contratante privado, se juega la CGR la futura relevancia de su función dictaminadora contractual.

## VII. Referencias Bibliográficas

LARA ARROYO, José Luis, y HELFMANN MARTINI, Carolina (2012): *La contribución de la jurisprudencia contralora al desarrollo y delimitación de los principios*

*de la contratación administrativa*, en “La Contraloría General de la República, 85 años de vida institucional (1927-2012)”, Santiago.

MONTANO VALENZUELA, Carla (2013): *El Sistema de Información Del Personal del Estado (Siaper) a cargo de la Contraloría General de la República*, tesis para optar al grado de magíster, Escuela de Graduados, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

MORAGA KLENNER, Claudio (2010): *Tratado de Derecho Administrativo. La Actividad Formal de la Administración del Estado*, tomo VII, Santiago.

SOTO KLOSS, Eduardo (2012): “La Toma de Razón y el Poder Normativo de la Contraloría General de la República”, en “La Contraloría General de la República, 50 años de vida institucional (1927-1977)”, Santiago.

### Otras fuentes

[www.consejotransparencia.cl/consejo/site/artic/20111201/asocfile/20111201165819/idpc\\_2011.pdf](http://www.consejotransparencia.cl/consejo/site/artic/20111201/asocfile/20111201165819/idpc_2011.pdf).

[www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/ShowProperty/BEA%20Repository/portal-CGR/Documentos/Foro\\_internacional/Auditor\\_General\\_Gobierno\\_pdf](http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/ShowProperty/BEA%20Repository/portal-CGR/Documentos/Foro_internacional/Auditor_General_Gobierno_pdf)

[www.fne.cl](http://www.fne.cl).

[www.chilecompra.cl/index.php?option=com\\_phocadownload&view=category&id=12&Itemid=282](http://www.chilecompra.cl/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=12&Itemid=282)

### Normas citadas

- Artículos 8 y 19 N° 12 Constitución Política de la República
- Artículo 52 LOCBGAE
- Ley N° 20.285
- Artículos 2, 3, 4 y 19 Ley N° 19.913
- Ley N° 20.361
- Resolución (E) N° 92-B, de 29 de enero de 2009, “Instrucciones para la prevención de la colusión entre los oferentes”, de la Dirección de Compras y Contratación Pública
- Ley N° 20.393
- Ley N° 10.336, Orgánica de CGR
- Resolución N° 1.600, de 2008, de CGR
- Oficio Circular CGR N° 7.251, de 2008, de CGR
- Oficio Circular N° 15.700, de de 2012, de CGR
- Resolución N° 908, de 2011, de CGR
- Ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios

## **Jurisprudencia citada**

### De la Contraloría General de la República

D.CGR 46.238/1980	D.CGR 4771/1999
D.CGR N° 3.640/1998	D.CGR N° 1.079/2001
D.CGR N° 20.191/1995	D.CGR N° 3.640/1998
D.CGR N° 46.783/2004	D.CGR N° 46.532/2000
D.CGR N° 32.796/1996	D.CGR N° 52.567/2008
D.CGR N° 26.889/1982	D.CGR N° 14.133/2002
D.CGR N° 23.701/1999	D.CGR N° 12.334/2002
D.CGR N° 22.512/2010	D.CGR N° 8.617/2008
D.CGR N° 12.930/2000	D.CGR N° 35.989/2001
D.CGR N° 41.409/1994	D.CGR N° 35.989/2001

### **Abreviaturas:**

CGR: Contraloría General de la República.

CPR: Constitución Política de la República.

D.CGR: Dictamen de Contraloría General de la República.

FNE: Fiscalía Nacional Económica.

LBCA: Ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

LOCBGAE: Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

LOCGR: Ley N° 10.336, Orgánica de la Contraloría General de la República.

UAF: Unidad de Análisis Financiero.