

Gobierno electrónico: mejorando la eficiencia y fortaleciendo la lucha contra la corrupción

Héctor Contreras Alday

Abogado

Introducción

Cada vez con mayor intensidad los gobiernos han comenzado a usar las nuevas tecnologías de información y comunicación para apoyar o realizar su gestión y apoyar la toma de decisiones, en el marco de un proceso de modernización. Si bien, en un comienzo se usó estas tecnologías para satisfacer la necesidad de los organismos del Estado de informar a la ciudadanía sobre su actuación, crecientemente se están utilizando para que el ciudadano realice transacciones en línea con los diferentes organismos del Estado efectuando trámites, accediendo a sus servicios, como una manera de aumentar la eficiencia y eficacia de las organizaciones, y dar una atención continua, imparcial, de un nivel estable de calidad y respetuosa de los derechos de los ciudadanos. Es así como se han popularizado en las clases dirigentes, empresariales y centros educacionales de los países, conceptos como el e-Government, que alude al uso de tecnologías de información en la gestión del gobierno, e-Government Procurement que se refiere a las adquisiciones gubernamentales mediante el uso de medios electrónicos y se han ido asociando a políticas concretas de modernización.

Desde hace varios años tanto organismos internacionales, como instituciones privadas, han venido poniendo el acento en investigar la forma como los Estados gastan los fondos públicos, y las innegables consecuencias que dicha manera tiene para las comunidades de cada país. Es evidente que el mal uso de los fondos públicos, trae aparejado no sólo ineficiencias, sino un daño irreparable para los países, en especial para los más pobres, amén de que produce un impacto en la legitimidad del sistema democrático. Existe una muy profusa bibliografía que da cuenta de estos fenómenos, y más bien esta ponencia quiere dar cuenta de los esfuerzos que se vienen haciendo en la materia, para revertir dicha realidad.

Chile no ha escapado a esta tendencia, y aunque a pasos desiguales y con velocidades distintas, las iniciativas se han empezado a multiplicar, en el Gobierno Electrónico, y específicamente en el campo de las Adquisiciones Gubernamentales, mediante el uso intensivo de tecnologías de la información.

Es bueno señalar que dados los ingentes recursos que utiliza el sector público, convirtiéndolo en el mayor comprador de bienes y servicios de un país, las expectativas se plantean en dos planos absolutamente iguales en importancia: se pretende asegurar el buen uso de los fondos públicos, y por ende hay un mandato de eficiencia y eficacia; pero también hay un mandato de ética pública, que exige que dichos fondos se gasten asegurando absolutamente el interés general, desterrando prácticas corruptas o el riesgo de que éstas se produzcan.

La perspectiva de esta ponencia es analizar la experiencia chilena, precisamente en el plano de la transparencia, como instrumento para que la ciudadanía y los organismos de control, mediante sus múltiples mecanismos de actuación, puedan ejercer el control político, administrativo y social sobre los actos del Gobierno en materia de recursos públicos.

Sistema de Compras Públicas.

Chile implantó por ley un Sistema de Compras Públicas, denominado ChileCompra. Existen así una nueva institucionalidad (el organismo que administra el sistema: la Dirección de Compras y Contratación Pública), un Tribunal de Contratación Pública, y un sistema electrónico de Compras y Contrataciones www.chilecompra.cl .

Este sistema ha cambiado radicalmente la manera en que el Estado chileno realiza sus compras, al uniformar los procedimientos administrativos de contratación de suministro de bienes muebles y servicios necesarios para el funcionamiento de la Administración Pública. Se ha creado un mercado electrónico que ha puesto en línea, a un creciente número de proveedores con un número importante (la mayoría) de instituciones del aparato del Estado. Este mercado, permite el ingreso de proveedores de manera transparente, quienes conocen las decisiones que se toman por la Administración de manera también transparente.

Por otra parte, la Dirección a cargo del Sistema de Compras y Contratación Pública tiene facultades asesoras de los organismos públicos en la planificación y gestión de sus procesos de compras y contrataciones; administra el Sistema y demás sistemas necesarios para el desarrollo de un mercado electrónico eficiente, para óptimos niveles de gestión de abastecimiento y de competencia; administra el Registro Nacional de Proveedores, que opera digitalmente, en línea; promueve la máxima competencia; garantiza que los organismos públicos accedan a información sobre eventuales proveedores en menor tiempo y con información de calidad y estandarizada; establece las políticas y condiciones de uso de los sistemas.

La Dirección de Compras y Contrataciones Públicas, organismo creado en Chile para conducir este proceso, ha entregado cifras altamente significativas, que demuestran los beneficios innegables que el nuevo sistema está entregando al país. Es así como según datos del Primer Semestre del 2005, los montos transados fueron USD 1.018.366.000 millones según cifras del Sistema; en el mismo período el 92 % de las Municipalidades estaba incorporada (que era considerado un proceso que demoraría mayor tiempo) y los proveedores inscritos superaban los 123.040. En tanto las oportunidades de negocios fueron más de 85.000 en el primer trimestre del año. Estos resultados han sido calificados como un claro avance en la eficiencia en los negocios con el Estado, por organismos empresariales (v.gr.: Cámara del Comercio de Santiago).

A la luz de estos logros, y reconociendo que éstos han cambiado una cultura de hacer los negocios por parte del Estado, es necesario preguntarse por las viejas y nuevas tareas que en materia de transparencia y probidad deben ser aseguradas. Analizar si el sistema podría aumentar o asegurar la transparencia en materia de compras, y principalmente si debe acompañarse a este sistema electrónico de Compras y Contratación Pública, un sistema administrativo dentro de los organismos del aparato del Estado, que asegure, no solo un Gobierno electrónico altamente eficiente y eficaz, sino que también obligue a decisiones de mejor calidad, más transparentes y que cumplan con los estándares de probidad o ética pública exigibles.

Metodología.

La ponencia seguirá la metodología “Mapa de riesgos nacional sobre licitaciones públicas”, propuesto por Transparencia Internacional y se examinarán algunos de los factores presentados en el estudio sobre “Mapa de Riesgos sobre Licitaciones Públicas en Chile, año 2002”, efectuado por el TILAC.

Principios de las Licitaciones Públicas.

El documento señala algunos Principios Fundamentales en las Licitaciones Públicas, que deben ser tenidos en cuenta. Estos principios se distribuyen en dos áreas principales, las que tienen Fundamento Económico y las que tienen Fundamento Público. Además de un área adicional, relativa a las doctrinas de administración.

1.- Principio básico: Toda compra hecha por el Estado debe usar la licitación pública como medio, con excepciones muy restringidas, basadas en montos insignificantes o emergencias basadas en catástrofes.

El fundamento económico es que se trata en estos casos de mercados regulados, y por ende:

2.- No debe existir margen que permita alzar barreras de entrada; y

3.- Se deba apuntar al máximo de eficiencia económica.

4.- Además, todas las informaciones, cualesquiera sea su naturaleza, han de ser accesibles a todos los participantes.

El fundamento público, es, que como estas transacciones benefician al ciudadano, que debe y necesita enterarse de los negocios públicos, el principio 4, se extiende a,

5.- Todas las informaciones, cualesquiera que sea su naturaleza, han de ser accesibles a todos los participantes y al público.

Las licitaciones que se refieren a proyectos a gran escala e involucran enormes sumas de dinero, con impacto en las comunidades, agregan un principio

6.- Toda licitación arriba de determinado valor, debe tener sus motivaciones sometidas a discusión o escrutinio público.

7.- Estas licitaciones deben construir sus términos sometidos a discusión pública.

8.- Las normas sobre licitaciones deben dejar mínimo margen para la discrecionalidad por parte del administrador de los fondos públicos, la que, en todo caso, debe fundamentarse rigurosamente.

Con estos principios se analizan en el estudio mencionado 10 áreas del sistema de contratación pública, subdivididas en 26 posibles factores de vulnerabilidad. Pero, por la extensión de este trabajo, sólo se analizarán algunos de estos factores.

Momentos de un proceso de Compras o Contrataciones.

Realizaremos un breve análisis de del proceso de Contrataciones Públicas, dividiéndolo en tres momentos: a) Etapa previa a la aprobación y publicación de las bases o cotizaciones; b) Etapa desde la publicación de las bases hasta la Adjudicación por parte del organismo; y c) Etapa de cumplimiento del Contrato.

Etapas previas a la aprobación y publicación de las bases o cotizaciones.

En esta etapa, se toma la decisión de la contratación por el organismo del Estado, se confeccionan las bases, términos de referencia, se decide si la licitación será privada o mediante trato directo. La experiencia demuestra que en el organismo debe existir una “segregación de funciones”, para evitar cualquier conflicto de interés en el proceso, y para evitar comunicaciones “fuera del sistema de compras estipulado”, con eventuales proveedores. No puede ocurrir que la unidad que requiere un bien o servicio, sea la misma que elabore las bases, ni la que sostenga el proceso de adquisición, ni integre el comité de evaluación. Este Comité debe estar identificado antes de efectuar su tarea y levantar acta de la evaluación que debe incorporarse a la resolución de adjudicación, entre otros requisitos de esta etapa, que permiten darle transparencia al sistema.

El Sistema de Contratación creado en esta etapa tiene una extensa normativa en la Ley 19.886, y en el Reglamento que fue publicado por Decreto Supremo Nº 250 de 24 de septiembre de 2004, para varias de las situaciones consideradas factores de riesgo ético en el mapa de riesgos señalado. Efectivamente, restringe la posibilidad de licitaciones privadas, obliga a dictar una Resolución fundada, y por sobre todo obliga a las entidades licitantes a elaborar un Plan Anual de Compras y Contrataciones, que debe contener información suficiente.

Algunas faltas de regulación de fácil corrección son:

En esta etapa el sistema no contempla, que las personas que intervengan en el respectivo proceso de contratación sean identificados debidamente, para que se cumpla la disposición que indica que le rigen las normas sobre conflicto de interés que contemplan las leyes. Sin esta individualización, en especial de quienes confeccionan las bases, quienes participan en el proceso de evaluación de las ofertas y quienes toman las decisiones, es imposible para oferentes y público en general, efectuar un control de las actuaciones de la institución pública, que tienda a evitar los conflictos de intereses u otras conductas que ensucien el proceso. En este campo la contribución del Sistema a la probidad sería enorme, y sería suficiente completar los formularios que se exigen en las construcciones de bases y términos de referencia, para incorporar estos datos y hacerlos exigibles .

Además, no se establece un criterio claro, de cómo y a quiénes se invita de entre los proveedores, en una licitación privada: el criterio señalado en la norma de elegir “respecto de los cuales tenga (la entidad licitante) una cierta expectativa de recibir respuestas a las invitaciones efectuadas”, es vago, impreciso y claramente permite la arbitrariedad. Existen mecanismos, como elegir por sorteo, invitar a todos los proveedores si son 6 o menos, en fin cualquiera otro con algún grado de objetividad, que impida que se maneje el resultado de estas licitaciones desde la partida. Además, se señala que podrá preferir la entidad licitante a los proveedores que están inscritos en el Registro de Proveedores, en vez de exigir su preferencia y hacer fundar la omisión. Se supone que el Registro es abierto, y se construye para ser usado como vía para transparentar las Contrataciones. Otro gran vacío es que no se establece ni exige que deba quedar registrado quién eligió a los “invitados” a la licitación. Y esta es una situación de riesgo ético evidente.

La existencia de la Obligación de elaborar un Plan Anual de Compras y Contrataciones, es una de las grandes novedades del sistema: mejora el mercado, genera expectativas ciertas de futuros negocios a los proveedores y permite el control sobre la gestión que efectúan las instituciones del Estado de los recursos públicos. Estos planes deben ser públicos en el Sistema de Información que se ha creado. Pero, no existe sanción alguna para el organismo que no realiza sus Planes Anuales, para el que no cumple una parte significativa del Plan sin fundamento que lo amerite. Ni siquiera existe la facultad de la Dirección de Compras y Contrataciones de denunciar este incumplimiento al Tribunal de Contratación Pública. No se ha publicado hasta ahora reporte alguno que de cuenta acerca de qué organismos realizaron este Plan y cuáles no lo hicieron, y el grado de cumplimiento que éstos tuvieron.

En esta etapa, la gran falencia del Sistema es que no contempló la creación, por ley, y no sólo mediante asesorías y capacitación, de Unidades de Abastecimiento, con atribuciones claras, responsabilidades asignadas en la planificación y ejecución de las compras y contrataciones, y cuya dotación tenga un perfil profesional acorde a la importancia de la gestión de los recursos. Existen estadísticas que señalan que, en su gran mayoría, el responsable de las compras y contrataciones es personal administrativo no profesional, o con mínima capacitación formal. Estas Unidades debían ser el referente formal ante la Dirección de Compras y Contrataciones para llevar a cabo estos procesos, dentro de la Administración o dentro de las instituciones, desprovistos de sesgos de arbitrariedad y garantes del estándar ético de las decisiones preparatorias de los procesos de inversión de recursos públicos.

La existencia de reglas de exclusión del sistema de las contrataciones con mayor impacto económico y social. El Sistema de Compras Públicas, ha significado estandarizar los procedimientos de toda la Administración Central y Municipal, extendiéndose a otros Poderes del Estado, lo que no fue contemplado en la ley, como el Poder Legislativo y Poder judicial, y por ende resulta extraordinariamente meritorio. Sin embargo, excluye, en el ámbito normativo expresamente, entre otros: “los contratos relacionados con la ejecución y concesión de obras públicas” (literal d) Art. 3º Ley 19.886) y “los contratos de obra que celebren los servicios de Vivienda y Urbanización para el cumplimiento de sus fines, como asimismo los contratos destinados a la ejecución, operación y mantención de obras urbanas, con participación de terceros, que suscriban de conformidad a la ley 19.865, que aprueba el Sistema de Financiamiento Urbano Compartido. (ídem cita .anterior)

Los recursos financieros que estos contratos mencionados, excluidos del sistema, significan para el Estado, son muy superiores al de los incluidos, lo que debilita y restringe el impacto de la exitosa experiencia del Sistema. Es en estas contrataciones excluidas, donde están los contratos de mayor significación económica, los proyectos de mayor impacto para las comunidades. Es en estas contrataciones donde se ha producido, en los últimos años, las mayores denuncias de corrupción y de falta de transparencia en el uso de los recursos públicos. Por ende, sin desconocer las mayores dificultades que puede significar incorporar esos contratos al gobierno electrónico, se perdió la oportunidad de regular su incorporación expresamente al sistema, pudiendo haber establecido una aplicación gradual que tomara en cuenta sus especificidades, pero que obligara al Estado a cumplir metas precisas para su implementación en un tiempo determinado. Si tan solo se hubiese obligado, en una primera etapa, a los organismos responsables a informar por este portal sus Contrataciones, los datos básicos pero significativos para ejercer un control ciudadano, se hubiese ganado en la posibilidad de transparentar una parte importante del uso de los recursos públicos. Hoy es

una tarea pendiente sin plazo fijo y que además no está en la agenda del gobierno actual ni en la discusión pública.

Etapas desde la Publicación de las Bases hasta la adjudicación por parte del organismo licitante.

En esta etapa el Sistema creado demuestra todas sus virtudes. Ha tenido intervención en la preparación de los procesos de compra de las entidades licitantes por medio de normas que conducen sus decisiones y formularios que estandarizan la información que debe acompañarse, y el proceso coloca en línea, y de manera transparente a las Entidades licitantes con los Oferentes. Ambas partes pueden conocer sus datos esenciales, sus condiciones, sus requerimientos, y sus decisiones.

En esta etapa, las virtudes, dejan ver también ciertas deficiencias claras en el diseño del sistema en relación con las atribuciones de la Dirección de Compras y Contratación Pública, administradora del sistema, para garantizar que los requisitos exigidos, sean cumplidos de buena fe. Esta aparente contradicción se explica porque al navegar por el sitio Web del Sistema de Información, y mirando la información que antes jamás se pudo ver por un ciudadano respecto de las contrataciones públicas, (aunque ya nos referiremos al punto del acceso a la información), queda en evidencia, que la Dirección tiene escasas o nulas facultades para promover sanciones contra quienes incumplen obligaciones establecidas en la ley y el reglamento, tanto si se trata de entidades licitantes como de oferentes.

En efecto, no se establece que la Dirección pueda interponer demanda de impugnación, como persona jurídica, que “tenga interés actualmente comprometido en el respectivo procedimiento administrativo de contratación”. Las normas están orientadas a que esta acción de impugnación sea interpuesta por un particular Oferente que se siente perjudicado por una actuación de la competencia o de la entidad licitante.

Por lo tanto, quedan sin sanción los organismos que no presentan sus Planes de Contratación, las bases de licitación que no cumplen los requisitos mínimos que establece el reglamento o que no se ciñen a los formularios que facilitan el buen cumplimiento de esas normas; los casos en que se burla la norma que prohíbe fraccionar las compras; las decisiones sin fundamento o con fundamento espurio; la ausencia en las resoluciones adjudicatarias de fundamentos claros y precisos para tomar la decisión que se comunica, etc. Muchas de estas resoluciones no tienen el nombre de quien las dicta, sino sólo el cargo, lo que impide verificar los eventuales conflictos de interés.

Por lo tanto la fiscalización del cumplimiento de las obligaciones no ha quedado radicada en la Dirección, que es el único organismo que posee la información y puede clasificarla y analizarla para verificar si ocurren o no los fenómenos de corrupción que se quiere desterrar. Por consecuencia tampoco el Tribunal puede ejercer este control por vía jurisdiccional, pues no conocerá la información por dicho organismo.

En este punto es útil recordar que la normas, por si solas, no aseguran su cumplimiento, y si queremos que la transparencia sea un vehículo para mejorar el estándar ético de las decisiones en esta materia, y erradicar la corrupción en estos procesos, la Dirección debe tomar un rol activo en rechazar aquella documentación que no cumple, en forma y fondo, con

los valores que guían el sistema, las normas del reglamento y con sus propias indicaciones o recomendaciones.

El único caso, en que se establece una sanción, es en materia de calificación indebida de la causal del artículo 8 de la Ley literal c) por “emergencia, urgencia o imprevisto”. El jefe superior del servicio que hubiese efectuado dicha calificación indebida, tendrá una sanción de multa, al margen de las sanciones por infracciones a sus deberes administrativas. Pero, cómo sabe la autoridad que debe sancionar que ha ocurrido esta circunstancia, quién se la comunica, sin no se ha establecido la obligación para la Dirección de denunciar estas situaciones. Se podría señalar en este campo, que siendo funcionarios públicos los integrantes de la Dirección, tienen la obligación por ley (estatuto de los funcionarios públicos) de hacerlo. Entonces la pregunta es si lo hacen realmente y si el público será informado por el portal.

Una manera de hacer visible éste y otros problemas de cumplimiento de las obligaciones que establece el Sistema de Compras, sería crear una base de datos pública, en la cual se incluyeran todas las contrataciones en las que se invocó dicha causal, para conocimiento de todos, con la documentación que respalda dicha decisión, y así los órganos de control o los superiores de estos jefes, puedan ejercer las atribuciones que corresponden. También la opinión pública podría vigilar que ese control se efectúe. El hecho es que la información existe y sólo basta la voluntad política de hacerla visible para los organismos de control y, mediando cambio en la ley, para que el Tribunal de Contratación, de oficio pueda sancionarlas.

Hasta la fecha en el portal del sistema electrónico de Compras, no se ha incluido jurisprudencia del Tribunal, lo que manifiesta que su actuación como garante último del sistema ha sido poco relevante, o se le asigna nula importancia a sus pronunciamientos.

Etapas de cumplimiento del Contrato

En este aspecto solo cabe mencionar que si bien se ha contemplado que las entidades licitantes realicen una evaluación ex post de las compras contrataciones, con una metodología para evaluar resultados y mecanismos de medición del desempeño en el uso de los recursos y se señala que dicha información debe ser reflejada en el Sistema de información del Sistema, esto no ocurre, lo que impide, una vez más, que el mismo sistema presione por un desempeño cada vez mejor por parte de los organismos del Estado, pues al saber que sus evaluaciones serán publicadas, en una fecha determinada, y serán objeto de escrutinio público, introducirá una de las virtudes de la transparencia, cual es presionar para hacer bien las cosas.

El gran ausente: el ciudadano

Una de las grandes falencias del Sistema de Compras y Contrataciones que se ha creado, es que no toma en cuenta ni en la normativa ni en su Sistema de información al ciudadano, en cuanto sujeto principal del control de los actos del aparato del Estado.

El sistema parece estar construido sobre la implícita concepción o convencimiento de que una mayor transparencia en la relación de entre entidades que compran y contratan por parte del aparato del estado y los Oferentes, con expectativas de negocios, usando como

instrumento las tecnologías de la información, no necesita de una mirada por parte del ciudadano, como sujeto con interés legítimo en esta relación. El interés legítimo del ciudadano, no es hacer negocios y no perderlos. Es saber que los recursos públicos se emplean bien y que los actores con interés económico, saben que la finalidad última del empleo de esos recursos es para beneficio de la comunidad.

Se ha recomendado en variados estudios, que en las grandes contrataciones exista un período donde un borrador de bases de licitación sea puesto a disposición de la comunidad, para recibir observaciones; o antes para opinar sobre el proyecto; nada de eso se ha recogido.

En el texto legal o reglamentario, el ciudadano está absolutamente excluido como sujeto de algún derecho. Mucho menos puede recurrir al Tribunal de Contratación Pública, bajo ningún respecto. Tampoco tiene el derecho de ser informado expresamente.

Si se observa el sitio Web, no existe una navegación explícita para el ciudadano, y menos un manual para quienes no siendo oferentes ni miembros de las entidades licitantes, quisieran conocer, de manera fácil y sistematizada, cómo se gastan los recursos públicos.

Hace falta construir reportes para la ciudadanía, y por qué no decirlo, para los organismos formales de control que permitan saber, cuánto compra cada organismo del Estado; en qué porcentaje se realizan licitaciones públicas, privadas o tratos directos y cuáles son esos negocios; cuáles son los fundamentos de dichas adjudicaciones; cuántas veces se rechazó documentación de cada organismo del Estado; cuántos reclamos de impugnación existen, qué materias se discuten; cómo se han fallado; cuáles son los planes de compras y contrataciones de los organismos y cuál su cumplimiento.

Conclusiones

Chile ha logrado construir un excelente Sistema de Compras y Contrataciones Públicas, que ha hecho despegar el Gobierno Electrónico en materia de recursos del Estado, incluso más allá de lo que quisieron lograr los legisladores: en efecto, el sistema ha incorporado al Poder Judicial y al Poder Legislativo, y tibiamente, también ingresan algunos contratos de obras públicas, abriendo de hecho puertas que el legislador no quiso traspasar.

Pero el sólo Gobierno Electrónico no produce mejor estándar ético, no destierra por si solo las malas prácticas o la corrupción en el uso de los recursos públicos. Y esa es también una finalidad que debe existir cuando el Estado usa tecnologías de la información para su gestión en cualesquiera de los ámbitos en que las utilice.

Debe avanzarse en el perfeccionamiento de toda la cadena de la toma de decisiones en este campo, creando las unidades de Abastecimiento por ley dentro de los organismos, y con dependencia funcional del Sistema de Compras y Contrataciones. Esto permitiría asegurar el cumplimiento estricto de sus instrucciones y mejorar la capacidad de gestión. Estas no deben seguir siendo tareas de asesoramiento o acompañamiento sino tareas ejecutivas, con funciones directivas y con responsabilidad asociadas a cumplimiento de metas.

El ciudadano, representado por sus organismos naturales, por la prensa, por los centros de estudio que monitorean las actuaciones del aparato del Estado, debe tener un acceso a

cómo se gastan los recursos públicos, como un derecho expresamente reconocido y contemplado. Deben por lo tanto existir reportes, que se construyan sobre la perspectiva de una rendición de cuentas de las decisiones que están detrás de los grandes números de los montos transados. Esto fortalecería el sistema.

Transparencia Internacional, ha elaborado una cantidad de herramientas para mejorar la transparencia en esta materia: pactos de integridad, islas de integridad, Software de Rendición de Cuentas, Audiencias Públicas, etc., que pueden unirse a este significativo esfuerzo de Gobierno Electrónico, para elevar el estándar ético en el manejo de los recursos públicos y la credibilidad de las instituciones del Estado.