

ESTÁNDARES PARA EL DISEÑO DE
PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO PARA
SOCIEDADES ANÓNIMAS DEL ESTADO
A LA LUZ DE LA FISCALIZACIÓN DE LA
CONTRALORÍA. Una mirada a las facultades
fiscalizadoras del artículo 16, inciso
segundo, de la ley N° 10.336, en clave de
*compliance*¹

STANDARDS TO THE DESIGN OF
COMPLIANCE PROGRAMS FOR
SOCIEDADES ANÓNIMAS OF THE STATE
FOR THE COMPTROLLER'S AUDIT. A
glance at the main supervision powers of
article 16, paragraph 2 of law No. 10,336,
regarding compliance

Constanza Isabel Henríquez Miranda²

Resumen

Para satisfacer necesidades públicas, el Estado puede constituir o participar en sociedades anónimas, entidades de derecho privado que se rigen por la legislación común y que no integran la Administración. Con todo, debido a la participación del Estado y al interés público que persiguen, se rigen, además, por normas de derecho público y se encuentran sometidas a la fiscalización de la Contraloría General de la República. Lo anterior puede generar complicaciones en su gestión, responsabilidad de directores y gerentes, y daños reputacionales tras las acciones derivadas del ente contralor.

El presente trabajo tiene por objeto proponer a las sociedades anónimas del Estado el *compliance* como una herramienta eficiente y eficaz para enfrentar

1 Este trabajo fue presentado en Seminario de Grado para optar al grado de magíster en Derecho con mención en Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. La versión actual ha sido corregida y aumentada conforme al formato y objetivos de la revista.

2 Licenciada en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Católica de Valparaíso, magíster en Derecho mención Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, jefa del Departamento de Control Jurídico de la Contraloría de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

con éxito los procesos de fiscalización de la Contraloría y ofrecer estándares para la implementación de programas de cumplimiento diseñados a la luz de las facultades fiscalizadoras del inciso segundo del artículo 16 de la ley N° 10.336. De esta manera, la sociedad podrá someterse a la normativa para alcanzar su fin público y, en consecuencia, evitar observaciones y acciones derivadas del órgano contralor. Asimismo, permitirá a directores y gerentes prevenir la atribución de responsabilidad y consolidar una cultura de observancia de las reglas al interior de la empresa, conforme a los estándares de derecho administrativo que se imponen a estas instituciones de derecho privado.

Palabras clave: sociedades del Estado – sociedades anónimas – *compliance* – Contraloría – informes de auditoría

Abstract

In order to fulfill public needs, the state may constitute or participate in *sociedades anónimas* –entities governed by private law and that are not part of the public administration–. However, due to the state participation and the public interest they pursue, they are also regulated by public law rules and are under the control of the Office of the Comptroller General of the Republic. This can create several difficulties in its management, directors and managers' liabilities, and reputational damages arising from the measures taken by said controlling entity.

The purpose of this investigation is to propose to the *sociedades anónimas* of the state how to be comply with the law in a way that it is an efficient and effective tool to successfully face the supervision procedure made by the Comptroller's Office and to give standards for the implementation of compliance programs designed, considering said supervision powers of article 16, paragraph 2, of Law No. 10,336. Thus, the company can comply with the regulation in order to fulfill its public purpose and, consequently, avoid observations and measures taken by the controlling body. Likewise, it will allow directors and managers to prevent the attribution of liability and to consolidate an effective compliance culture within the company, in accordance with the standards imposed by administrative law on these private law institutions.

Keywords: state corporations – listed companies – compliance – Comptroller – audit reports

Introducción

El Estado –autorizado por una ley de *quorum* calificado– puede constituir o participar en sociedades anónimas para satisfacer necesidades públicas,

circunstancia que se enmarca en el fenómeno de la huida del derecho administrativo. Se trata de entidades de derecho privado que se sujetan a la legislación común y no integran la Administración. Con todo, debido a la participación del Estado y al interés público que persiguen, se rigen, además, por diversas normas de derecho público y se encuentran sometidas a la fiscalización de la Contraloría General de la República. Pese a que este control se restringe a detectar errores u omisiones en el acatamiento normativo, las acciones derivadas del ente contralor pueden generar dificultades en su gestión, responsabilidad de directores y gerentes, y daños reputacionales.

Ante la situación planteada, se propondrá a las sociedades anónimas del Estado el *compliance* como una herramienta eficiente y eficaz para enfrentar con éxito los procesos de fiscalización de la Contraloría y se ofrecerán estándares para la implementación de programas de cumplimiento diseñados a la luz de las facultades fiscalizadoras del artículo 16, inciso segundo, de la ley N° 10.336. De esta manera, la sociedad se sujetará a la regulación para alcanzar su fin público, evitará observaciones, reparos, instrucciones, medidas correctivas, proposiciones y acciones derivadas por parte del ente contralor. Asimismo, permitirá a directores y gerentes prevenir la atribución de responsabilidad y consolidar una verdadera cultura de observancia de las reglas al interior de la empresa, conforme a los estándares de derecho administrativo que se imponen a estas instituciones de derecho privado.

El trabajo se desarrolla en tres apartados:

- 1) El primero trata sobre aspectos generales de las sociedades del Estado, para precisar a continuación qué se entiende por *compliance* y su relevancia, con especial atención a los elementos mínimos para la implementación de un modelo de cumplimiento.
- 2) El siguiente contiene un análisis de la fiscalización que realiza la Contraloría a las sociedades del Estado, conforme al inciso segundo del artículo 16 de la ley N° 10.336. Conjuntamente, se brinda un cuadro que sistematiza las principales observaciones emitidas en informes de auditoría, para identificar el criterio del ente contralor al ejercer su labor.
- 3) El último propone la elaboración de programas de cumplimiento para enfrentar los procesos de fiscalización de la institución contralora con éxito. Sobre la base de las observaciones sistematizadas de los informes de auditoría, se ofrecen estándares para la implementación de tales instrumentos diseñados a la luz de las atribuciones de la Contraloría, conforme al artículo 16, inciso segundo, de la ley N° 10.336.

Para la consecución del objetivo de la investigación, en lo relativo a las sociedades del Estado, al *compliance* y a las facultades fiscalizadoras de la Contraloría; se

utilizó la metodología dogmática, se recurrió a la normativa pertinente, doctrina nacional y jurisprudencia administrativa relevante. Asimismo, se siguió la metodología cualitativa e inductiva para analizar y sistematizar las observaciones contenidas en los últimos cinco informes finales de auditoría emitidos dentro de los últimos diez años –al 30 de junio de 2021– a las sociedades anónimas en que el Estado o sus instituciones tengan aporte de capital igual o superior al 50 % del capital social y que se encuentran insertas en el Sistema de Empresas Públicas, SEP. Estos informes permitieron identificar el criterio del ente contralor y ofrecer los estándares para el diseño de programas de cumplimiento conforme a sus facultades fiscalizadoras.

1. Aspectos generales

1.1 Sociedades del Estado

Una de las formas en que el Estado satisface las necesidades públicas es a través de su intervención en la actividad económica (Bermúdez Soto, 2014: 421)³. El Estado puede organizar su actividad empresarial mediante la creación de empresas denominadas «empresas del Estado» o «empresas públicas creadas por ley», las cuales cuentan con personalidad jurídica de derecho público y patrimonio propio. También puede recurrir a empresas que no crea directamente mediante una ley, sino que se constituyen en virtud de la autorización que otorga al efecto el legislador a uno o más órganos centralizados o descentralizados del Estado, incluyendo, entre ellos, a otra empresa del Estado, para que den nacimiento a un nuevo ente empresarial, denominadas «sociedades del Estado». Las primeras integran la Administración del Estado⁴ las segundas no⁵, sino que forman parte de la Administración invisible del Estado (Latorre Vivar, 2008: 223).

El presente trabajo centrará su estudio en las sociedades del Estado⁶; específicamente, en las sociedades anónimas en que el Estado o sus instituciones

3 Conforme al artículo 19, N° 21, inciso segundo de la Constitución Política de la República.

4 De acuerdo con lo previsto en el artículo 1°, inciso segundo, de la ley N° 18.575.

5 Conforme al artículo 6° de la ley N° 18.575.

6 Para los efectos de este trabajo, la expresión «sociedades del Estado» se emplea como sinónimo de «S.A. donde el Estado, sus instituciones o empresas tengan aporte de capital igual o superior al 50 % del capital social y que se encuentran insertas en el sistema SEP».

tengan aporte de capital igual o superior al 50 % del capital social y que se encuentran insertas en el Sistema de Empresas Públicas, SEP⁷.

Toda sociedad del Estado puede ser definida como:

persona jurídica de derecho privado; creada por un órgano de la Administración del Estado que tiene facultades para ello; que cuenta con fondos provenientes del Estado, o que en sus organismos tengan aportes de capital, representación y participación; y que es creada a través de procedimientos de contratación de derecho privado (Bermúdez Soto, 2014: 427-428).

«No obstante su naturaleza jurídica, las sociedades estatales persiguen un fin público o de interés general, sin perjuicio de aquel que pueda motivar a los particulares que, en su caso, concurran a su formación» (Latorre Vivar, 2008: 239). Por su parte, «la sociedad anónima es una persona jurídica formada por la reunión de un fondo común, suministrado por accionistas responsables solo por sus respectivos aportes y administrada por un directorio integrado por miembros esencialmente revocables» (ley N° 18.046, artículo 1°, inciso primero). Su estructura se basa en el directorio, el gerente y la junta de accionistas. En relación con los socios, su persona o características personales no son relevantes, porque este tipo societario es despersonalizado. Sin embargo, el capital mayoritario de las sociedades objeto de estudio, pertenece al fisco y a la Corporación de Fomento de la Producción, CORFO –en porcentajes variables– de modo que altera lo afirmado. En efecto:

Las instituciones que se han creado o que funcionan de acuerdo al derecho privado se encuentran sometidas al derecho público, en cuanto dependen en definitiva de otra institución inequívocamente pública, en todo aquello que se refiere al ámbito interno de las relaciones que unen a dichos entes con la

7 Las sociedades anónimas donde el Estado o sus instituciones tengan aporte de capital igual o superior al 50 % del capital social y se encuentran insertas en el Sistema de Empresas Públicas son:

- 1) Casa de Moneda de Chile S.A. –Casa de Moneda S.A. Estructura de propiedad: CORFO 99 % y fisco 1 %–;
- 2) Comercializadora de Trigo S.A. –Cotrisa S.A. Estructura de propiedad: CORFO 97,24 % y otros 2,76 %–;
- 3) Empresa Concesionaria de Servicios Sanitarios Econssa Chile S.A. –Econssa S.A. Estructura de propiedad: CORFO 99 % y fisco 1 %–;
- 4) Polla Chilena de Beneficencia S.A. –Polla S.A. Estructura de propiedad: CORFO 99 % y fisco 1 %–;
- 5) Zona Franca de Iquique S.A. –Zofri S.A. Estructura de propiedad: CORFO 71,28 %, otros 27,32 % y fisco 1,40 %–;
- 6) Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A. –Metro S.A. Estructura de propiedad: fisco 35,53 % y CORFO 64,47 %–; y
- 7) Fondo de Infraestructura S.A. –Foinsa S.A. Estructura de propiedad: fisco 99 % y CORFO 1 %–. Información disponible en las páginas web de SEP y DIPRES.

Administración. Resulta entonces evidente que existe un ámbito propio del derecho público en el manejo de estas sociedades» (Pierry Arrau, 1985: 282-283).

Conforme a lo expuesto, las sociedades anónimas del Estado son instituciones de derecho privado que se rigen por la legislación común –como lo establece la Constitución–, principalmente la ley N° 18.046, su reglamento –decreto N° 702, 2012, del Ministerio de Hacienda– y su estatuto, bajo un control interno –auditoría interna–, externo –auditoría externa– e institucional de la Comisión para el Mercado Financiero.

Asimismo, están sometidas al derecho público en varios aspectos relacionados con:

- a) gobierno corporativo,
- b) planificación de actividades,
- c) presupuesto y control de la eficiencia del gasto,
- d) operaciones de crédito,
- e) contabilidad y auditoría,
- f) uso eficiente y resguardo de los recursos,
- g) información y transparencia.

A su respecto, lo más relevante es que se encuentran bajo la fiscalización de la Contraloría General. Otra particularidad de estas sociedades dice relación con su posible exposición a experimentar:

- a) influencias políticas,
- b) conflictos de interés,
- c) abuso de poder,
- d) corrupción,
- e) lavado de activos,

o que se utilicen para:

- a) desestabilizar el mercado,
- b) atentar contra la libre competencia,
- c) evadir la responsabilidad de quienes la dirigen.

Además, es posible que se empleen para beneficios del sector privado o de unos pocos, en circunstancias que, como es sabido, deben actuar en función del

interés público. Por tales motivos, la regulación de las prácticas corporativas ha sido fundamental tanto a nivel nacional como internacional.

Como es posible advertir, la responsabilidad del gobierno corporativo de una sociedad del Estado no se limita a la que comúnmente rige en la materia –sea civil, administrativa o penal–, sino que, además, existe responsabilidad ante la Administración del Estado. Ello implica que se encuentran obligadas a cumplir con estándares de derecho administrativo y principios propios de la Administración. Por ejemplo:

- a) probidad,
- b) eficiencia,
- c) eficacia,
- d) transparencia,
- e) estándares nacionales –impuestos por el Código SEP– y
- f) estándares internacionales –impuestos por las directrices de la OCDE–.

Se ha indicado que,

en efecto, en sus actuaciones concretas, la Administración tiene el deber de hacer cumplir el ordenamiento jurídico en su integridad, por lo que debe reprimir y sancionar los actos que violenten e infrinjan los principios sobre los cuales se construye el sistema normativo, especialmente cuando están en juego temas de buena fe, probidad y orden público (Cordero Quinzacara, 2020: 328).

Chile es miembro pleno⁸ de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos, OCDE, desde el 7 de mayo de 2010. Esta organización desarrolló en 2005⁹ las «Directrices de la OCDE sobre el gobierno corporativo de las empresas públicas¹⁰», las cuales constituyen recomendaciones para los Estados sobre

8 La ley N° 20.382 introduce perfeccionamientos a la normativa que regula los gobiernos corporativos de las empresas –modifica leyes N° 18.045, N° 18.046 y el Código de Comercio– y se enmarca en el contexto del ingreso de Chile a la OCDE.

9 Se actualizaron en 2015.

10 Las directrices que establece la OCDE son las siguientes:

- 1) Razones que justifican la propiedad pública.
- 2) El papel del Estado como propietario.
- 3) Las empresas públicas en el mercado.
- 4) Tratamiento equitativo de los accionistas y otros inversores.
- 5) Relaciones con actores interesados y responsabilidad empresarial.
- 6) Divulgación y transparencia.
- 7) Las obligaciones de los consejos de administración de las empresas públicas (OCDE, 2015).

cómo garantizar que estas empresas operen con eficiencia y transparencia, de modo que se les puedan exigir responsabilidades.

Por su parte, el Estado cuenta con el Sistema de Empresas Públicas para gestionar sus empresas. Este comité fue creado por CORFO, sin personalidad jurídica propia, con la finalidad de ser un organismo técnico asesor¹¹ con respecto a la evaluación de la gestión y del gobierno corporativo de las empresas del sector estatal¹².

Además, el Sistema de Empresas Públicas tiene la administración y representación de los derechos, acciones y cuotas que tenga o le correspondan a CORFO en estas sociedades, para lo cual puede, entre otras atribuciones, designar y remover a los representantes de CORFO en las juntas de accionistas y en las reuniones o asambleas de socios.

Con el fin de maximizar el beneficio para la sociedad, la gestión eficiente y la transparencia de las empresas del Estado, el Sistema de Empresas Públicas ha desarrollado instrumentos de planificación estratégica, de procesos presupuestarios, control de gestión y gobierno corporativo. Además, entrega orientaciones y lineamientos generales para el cumplimiento de los objetivos de cada una de ellas. En este ámbito, destaca el Reglamento de Gobierno Corporativo y el Código SEP¹³, este último es un conjunto de principios éticos y de buenas prácticas de gobierno corporativo, así como de normativas y políticas de gestión emanadas del Sistema de Empresas Públicas y de otras entidades (SEP, 2017: 5).

1.2 *Compliance* y modelos de cumplimiento

El *compliance* o cumplimiento normativo se ha difundido ampliamente en el mundo empresarial, con el objeto de establecer mecanismos que permitan a las empresas prevenir infracciones y consolidar una cultura de observancia de obligaciones legales¹⁴. Lo anterior, por medio de la creación de modelos de organización y de gestión cuyo objetivo es la evaluación e implementación de medidas necesarias para identificar los riesgos, administrarlos y minimizarlos, a fin de evitar que ocurran irregularidades en la empresa. Si se producen infracciones, se procura que estas sean investigadas y sancionadas.

El marco del *compliance* es amplio, abarca una serie de obligaciones que provienen de la reglamentación civil, penal, laboral, ética (Toso Milos, 2020: 25) y, por supuesto, administrativa. Tales programas se desarrollan principalmente para prevenir la comisión de delitos asociados a la corrupción, lavado de activos,

11 En los términos del artículo 6º, letra a), del decreto con fuerza de ley N° 211, de 1960.

12 El Sistema de Empresas Públicas participa en la Alianza Anticorrupción de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, UNCAC.

13 Aprobado por el Consejo Directivo del Sistema de Empresas Públicas en diciembre de 2017.

14 «El cumplimiento normativo puede concebirse únicamente sobre la base de normas de derecho positivo —*hard law*— o bien, puede considerar además los principios, recomendaciones y pautas de actuación que no constituyen normas obligatorias —*soft law*—» (Toso Milos, 2020: 25-26).

financiamiento del terrorismo, libre competencia, derechos del consumidor y derechos humanos.

Entre los instrumentos internacionales más relevantes se cuentan, por una parte, instrumentos de *hard law* como:

- 1) la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, de 2003;
- 2) el Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, de 1997;
- 3) la Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, de 1988;
- 4) el Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo, de 1997;
- 5) la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, de 2000;
- 6) la Convención marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático, de 1994;
- 7) el Protocolo de Kioto, de 1997;
- 8) el Acuerdo de París, de 2015 (Toso Milos, 2020: 26).

Y, por otra parte, algunos instrumentos de *soft law* como:

- 1) los principios de gobierno corporativo de la OCDE, de 1999;
- 2) la «Guía de buenas prácticas sobre control interno, ética y cumplimiento normativo», de la OCDE;
- 3) las pautas del Committee of Sponsoring Organizations, COSO;
- 4) las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional, GAFI;
- 5) las normas ISO –Organización Internacional de Normalización–, dentro de las que destacan, especialmente:
 - a) la 19600, de 2014, que formula guías para mantener un sistema de gestión de cumplimiento;
 - b) la 31000, de 2009, sobre gestión de riesgos; y
 - c) la 37001, de 2016, que establece pautas para diseñar y llevar adelante un sistema de gestión contra el soborno (Toso Milos, 2020: 26).

En la normativa nacional, destacan la ley N° 19.913 –que crea la Unidad de Análisis Financiero– y la ley N° 20.393 –responsabilidad penal de las personas

jurídicas—. En relación con la ley N° 20.393, su dictación no solo tuvo el objetivo de cumplir con uno de los requisitos exigidos a Chile para ingresar a la OCDE, sino que, además, contiene los elementos mínimos que debe tener un modelo de prevención de delitos.

Conforme a esta última ley, las empresas pueden responder penalmente de los actos de sus empleados respecto de varios delitos señalados en su artículo 1° —cohecho, receptación, lavado de activos, financiamiento del terrorismo, apropiación indebida, soborno entre particulares, negociación incompatible, administración desleal, contaminación de aguas, infracción a normas sanitarias sobre cuarentenas, entre otros—.

La persona jurídica responderá si tales delitos fueron cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho y siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de esta, de los deberes de dirección y supervisión (ley N° 20.393, artículo 3°).

Asimismo, establece que se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado un modelo de prevención de delitos.

Sobre el particular, exige incluir como mínimo los siguientes elementos:

- 1) designación de un encargado de prevención;
- 2) definición de medios y facultades del encargado de prevención;
- 3) establecimiento de un sistema de prevención de los delitos; y
- 4) supervisión y certificación del sistema de prevención de los delitos. Quienes realizan la mencionada certificación son empresas inscritas en el Registro de Entidades Certificadoras de Modelos de Prevención de Delitos de la Comisión para el Mercado Financiero.

En doctrina, Ángela Toso Milos (2020) sostiene que los elementos básicos que componen un modelo de cumplimiento normativo son los siguientes:

- 1) el compromiso explícito de la alta dirección de la empresa con el *compliance*;
- 2) crear la función de cumplimiento al interior de la empresa, lo que implica designar a un encargado de las tareas de *compliance*;
- 3) evaluar los riesgos a los que está expuesta la empresa, lo que permite detectar sus compromisos en esta materia y las dificultades que puede entrañar su ejecución efectiva;

- 4) establecer medidas y procedimientos que permitan gestionar los riesgos; y
- 5) contemplar mecanismos de supervisión que impliquen revisar continuamente el modelo, a fin de verificar su correcto funcionamiento –monitoreo de los riesgos– (páginas 36-40).

Precisado lo anterior, es posible sostener que un programa de cumplimiento específicamente diseñado en relación con las facultades de la Contraloría permitirá a las sociedades del Estado enfrentar con éxito los procesos de la fiscalización de este ente.

En el siguiente apartado, se analizará la fiscalización que realiza la Contraloría y se hará una revisión de las observaciones emitidas en informes de auditoría, con el objeto de identificar sus criterios y, de esa forma, extraer estándares para la implementación de los programas de cumplimiento normativo, los cuales serán propuestos en la parte final de este trabajo.

2. Fiscalización de la Contraloría a las sociedades del Estado

2.1 Facultades de fiscalización, según el artículo 16, inciso segundo, de la ley N° 10.336

Tras el análisis de las sociedades del Estado y el *compliance*, a continuación se revisa la labor fiscalizadora que realiza la Contraloría a las sociedades del Estado, conforme a su ley orgánica:

También quedarán sujetas a la fiscalización de la Contraloría General las empresas, sociedades o entidades públicas o privadas en que el Estado o sus empresas, sociedades o instituciones centralizadas o descentralizadas tengan aportes de capital mayoritario o en igual proporción, o, en las mismas condiciones, representación o participación, para los efectos de cautelar el cumplimiento de los fines de estas empresas, sociedades o entidades, la regularidad de sus operaciones, hacer efectivas las responsabilidades de sus directivos o empleados, y obtener la información o antecedentes necesarios para formular un balance nacional (ley N° 10.336, artículo 16, inciso segundo).

Es posible advertir que el control no recae sobre toda la actividad de la empresa, sino que se restringe a los ámbitos señalados bajo una enumeración taxativa.

Sin embargo, su redacción e interpretación por parte de la Contraloría¹⁵ permite concluir que esta facultad es mucho más amplia:

Como se aprecia de la disposición, la restricción del control está establecida en cuanto al fin de la acción fiscalizadora que ejerza la Contraloría, pero no respecto de las materias sobre las cuales puede recaer. Así, entonces, la fiscalización puede lícitamente llevarse a cabo sobre aspectos relacionados con el funcionamiento interno de la sociedad, como por ejemplo en materias de administración de personal y de bienes y recursos financieros, y también respecto del cumplimiento del giro y de toda la contratación que se haga con terceros, sean o no usuarios, ya que el control de toda esa actividad permitirá determinar si se están cumpliendo o no los fines societarios; si las operaciones son o no regulares y si existen responsabilidades que hacer efectivas» (Latorre Vivar, 2008: 237).

Lo anterior es sin perjuicio de la facultad dictaminante del órgano contralor.

En este orden de ideas y para velar por el cumplimiento de las normas jurídicas, el resguardo del patrimonio público y la probidad administrativa, la Contraloría realiza auditorías. De esta manera:

- a) evalúa los sistemas de control interno;
- b) fiscaliza la aplicación de las disposiciones sobre administración financiera del Estado, en especial las de ejecución de los estados financieros;
- c) comprueba la veracidad de la documentación sustentadora; y
- d) formula proposiciones para subsanar las irregularidades detectadas.

15 A esta entidad de control le compete cautelar el cumplimiento de sus fines, la regularidad de sus operaciones y hacer efectivas las responsabilidades de sus directivos o empleados y obtener la información o antecedentes necesarios para formular un balance nacional. En virtud de tal fiscalización, esta Contraloría puede realizar auditorías y exámenes de cuentas en la referida entidad con el objeto de determinar la efectiva observancia de sus objetivos, la existencia de irregularidades y de eventuales responsabilidades de sus directivos o empleados. La facultad de realizar «examen de cuentas» involucra verificar la regularidad jurídico-financiera de las entradas y gastos del organismo fiscalizado y, por ende, pronunciarse integralmente sobre la juridicidad de la actividad administrativa relacionada con dichos ingresos y desembolsos, agregándose que, si bien es cierto, el examen de cuentas de que se trata, es por su naturaleza un control posterior, que tiene por objeto velar por la regularidad de las operaciones que realizan los entes públicos, ello no es obstáculo para que, frente a una consulta formulada en relación con un gasto específico que se pretende realizar por un organismo sometido a este régimen de fiscalización, se pueda emitir, en forma previa, un pronunciamiento sobre el particular, a fin de evitar que se incurra con posterioridad en un gasto que pudiese carecer de fundamento legal (dictamen N° 7.210, 2007).

Velar por el cumplimiento de la regularidad de las operaciones, por parte de las entidades a que se refiere el inciso segundo del artículo 16, ...importa comprobar que todo acto o contrato se efectúe o celebre en conformidad con el ordenamiento jurídico vigente (informe final Metro S.A. N° 966/2016, 2016).

El Contralor está facultado para fijar la forma, el plazo y modalidades de las auditorías (ley N° 10.336, artículo 21A). Ello se implementó por medio de la resolución N° 20, de 2015, posteriormente derogada por la resolución N° 10, de 2021, que establece normas que regulan las auditorías efectuadas por la Contraloría.

La metodología de la auditoría contempla tres etapas: planificación, ejecución y seguimiento. Al término de la etapa de ejecución, se emite un informe final en el que consta la normativa aplicable a la materia auditada, los antecedentes generales, el alcance de la auditoría, la metodología utilizada y los resultados. Podrá contener, además, observaciones y una conclusión clara y precisa que determine su nivel de complejidad y las instrucciones, medidas correctivas y proposiciones, su plazo de ejecución, la fecha en que el auditado deberá dar cuenta de su cumplimiento y las acciones derivadas, si procedieren. Las observaciones se califican como:

- 1) «altamente complejas/complejas (AC/C)» en aquellos casos que su magnitud, reiteración, detrimento patrimonial y eventuales responsabilidades son considerados de especial relevancia, y
- 2) «medianamente complejas/levemente complejas (MC/LC)» en aquellos casos que tienen menor impacto en los criterios mencionados.

Las acciones que pueden derivar de la fiscalización de la Contraloría son:

- a) reparos,
- b) reintegros,
- c) solicitud de acreditación de gastos,
- d) denuncias,
- e) remisiones y
- f) procedimientos disciplinarios.

Conforme al resultado de la auditoría, la Contraloría:

- 1) pondrá en conocimiento del Ministerio Público aquellos de hechos que podrían revestir caracteres de delito,
- 2) remitirá el informe al Consejo de Defensa del Estado para los fines que estime pertinentes (informes finales Casa de Moneda N°s. 1.062/2018, 2020; 491/2017, 2018),
- 3) enviará ese documento al órgano del Estado competente (informe final Polla S.A. N° 591/2018, 2019) para conocer la materia de que se trata, según corresponda o

- 4) ordenará a la sociedad instruir investigaciones internas (informe final Casa de Moneda N° 1.062/2018, 2020) para hacer efectiva la responsabilidad.

De acuerdo con el orden de la exposición anunciada, se sigue a continuación con la revisión de informes de auditoría de la Contraloría.

2.2 Observaciones de la Contraloría a las sociedades del Estado en sus informes de auditoría

En párrafos precedentes, se ha señalado la forma en que se concreta la inspección que ejerce la Contraloría, conforme al artículo 16, inciso segundo, de la ley N° 10.336, institución que cuenta con amplias facultades para revisar prácticamente toda la actividad de la sociedad. Por tal motivo y con el objetivo de identificar el criterio del ente contralor en su labor, se revisaron los últimos cinco informes finales emitidos por la Contraloría y publicados en su portal web –que se llevaron a cabo dentro de los últimos diez años¹⁶ a las sociedades anónimas en que el Estado o sus instituciones tengan aporte de capital igual o superior al 50 % del capital social y que se encuentran insertas en el Sistema de Empresas Públicas¹⁷–. Se siguió la metodología cualitativa e inductiva para analizar y sistematizar las observaciones más relevantes y reiteradas –independiente de su calificación–, las cuales se presentan a través de un cuadro confeccionado para tal propósito, que las organiza bajo áreas comunes identificadas en el análisis efectuado.

Sobre la base de lo expuesto, en el siguiente apartado se indicarán los elementos mínimos que debe contener un programa de cumplimiento y se ofrecerán estándares para su diseño a la luz de las facultades fiscalizadoras de la Contraloría, de modo que permitan enfrentar con éxito el proceso de control vía auditoría.

16 Ellos son:

- 1) Casa de Moneda S.A. (informes finales N°s. 1.062/2018, 2020; 491/2017, 2018; 238/2016, 2016; 49/2012, 2012; 186/2011, 2012).
- 2) Cotrisa S.A. (informes finales N°s. 221/2012, 2014; 247/2011, 2012; 88/10, 2010).
- 3) Econssa S.A. (informes finales N°s. 740/2019, 2020; 410/2017, 2018; 153/2014, 2015).
- 4) Polla S.A. (informes finales N°s. 591/2018, 2019; 183/2017, 2018; 220/2011, 2012; 246/2010, 2010).
- 5) Metro S.A. (informes finales N°s. 1.095/2017, 2019; 966/2016, 2016; 483/2016, 2016; 1.153/2015, 2016; 96/2014, 2015).

Se hace presente que el último informe publicado de Zofri S.A. es el N° 57/2009, 2009, razón por la cual, no se analizaron sus observaciones. Por su parte, Foinsa S.A. es una empresa constituida en 2018, que no cuenta con informes de auditoría publicados en el buscador de la página web de la Contraloría.

- 17 En la página web de Contraloría se encuentra disponible el buscador de informes de auditoría: <https://www.contraloria.cl/web/cgr/informes-de-auditorias>.

PRINCIPALES OBSERVACIONES CONTENIDAS EN INFORMES DE AUDITORÍA

Contabilidad y auditoría

- Glosas insuficientes o erróneas en el sistema de información SAP¹⁸.
- Vulneración al principio contable devengado (informe final Casa de Moneda S.A. N° 186/2011, 2012).
- Falta de autorizaciones de instancias superiores en documentos contables y planes de auditoría (informe final Polla S.A. N° 183/2017, 2018; informe final Cotrisa S.A. N° 88/10, 2010).
- Discrepancias y descuadraturas de registro contables¹⁹.
- Omisión de análisis de cuentas contables y respaldo de operaciones²⁰.

Registro, respaldo y resguardo de información

- Carencia de sistema informático para registrar y controlar de forma automatizada la información²¹.
- Información no registrada en la plataforma web correspondiente²².
- Inexistencia de documentación de respaldo²³.

Funcionamiento interno

- Carece de una unidad de auditoría interna (informes finales Econssa S.A. N°s. 740/2019, 2020; 410/2017, 2018; informe final Cotrisa S.A. N° 247/2011, 2012).
- Falta de segregación de funciones²⁴.

18 Relativo a la información y número de serie de cheques (informes finales Casa de Moneda S.A. N°s. 186/2011, 2012; 1.062/2018, 2020) y movimientos transaccionales (informe final Polla S.A. N° 591/2018, 2019).

19 Incluyen:

- a) sobre altas y bajas de inversiones (informe final Econssa S.A. N° 740/2019, 2020);
- b) entre saldos informados en balance general; entre registros de cuentas y recaudación informada (informe final Polla S.A. N° 591/2018, 2019); y
- c) entre lo certificado por instituciones financieras y la información contable de la empresa (informe final Polla S.A. N° 220/2011, 2012).

20 Casos:

- a) informe final Casa de Moneda S.A. N° 1.062/2018, 2020;
- b) informes finales Polla S.A. N°s. 591/2018, 2019; 220/2011, 2012;
- c) cheques caducados sin reclasificación contable (informe final Cotrisa S.A. N° 221/2012, 2014); y
- d) letras de cambio no registradas (informe final Cotrisa S.A. N° 88/10, 2010).

21 Depósitos efectuados por agentes se ingresa de forma manual (informe final Polla S.A. N° 246/2010, 2010). Utilización de planillas Excel para:

- a) cálculo de inversión no remunerada INR (informe final Econssa S.A. N° 740/2019, 2020);
- b) remuneración de personal (informes finales Casa de Moneda S.A. N°s. 491/2017, 2018; 238/2016, 2016); y
- c) para validar el pago de contribuciones por terrenos entregados en comodato (informes finales Econssa S.A. N°s. 740/2019, 2020; 153/2014, 2015).

22 En plataforma web del Banco Integrado de Proyectos (informe final Metro S.A. N° 1.095/2017, 2019).

23 Incluyen:

- a) Que acredite compras y consumo de materias primas; despacho de productos; ventas o sus devoluciones por notas de crédito (informe final Casa de Moneda S.A. N° 1.062/2018, 2020; informe final Polla S.A. N° 591/2018, 2019; informe final Cotrisa S.A. N° 88/10, 2010);
- b) relativa a conciliaciones bancarias (informe final Cotrisa S.A. N° 221/2012, 2014); y
- c) las observaciones de visita, no son traspasadas al sistema (informe final Econssa S.A. N° 153/2014, 2015).

24 Incluyen:

- a) en el Departamento de Tesorería y Unidad de Auditoría (informes finales Casa de Moneda S.A. N°s. 1.062/2018, 2020; 491/2017, 2018);
- b) en el cargo de encargado de control de operaciones (informe final Cotrisa S.A. N° 247/2011, 2012);
- c) en el control de conciliaciones bancarias (informe final Cotrisa S.A. N° 88/10, 2010); y
- d) para realizar los aportes a cuerpos de bomberos de Chile (informe final Polla S.A. N° 220/2011, 2012).

- Riesgo de independencia de la Unidad de Auditoría Interna²⁵.
- Ausencia de procedimientos internos, instrucciones o protocolos²⁶.
- Falta de formalización de documentos²⁷.
- Recursos humanos insuficientes²⁸.

Control interno

- Ausencia de una estructura de control interno ordenada y eficaz respecto de proyectos (informes finales Casa de Moneda S.A. N°s. 491/2017, 2018; N° 49/2012; 2012).
- Falta de supervisión a las operaciones y obligaciones²⁹.
- Omisión de seguimiento para las observaciones calificadas de «riesgo alto» por la empresa (informe final Polla S.A. N° 591/2018, 2019).

Contratos y convenios

- Contratos suscritos con incumplimiento de procedimientos previos (informe final Polla S.A. N° 183/2017, 2018).
- Inexistencia de contratos³⁰.
- Omisión o insuficiencia de cláusulas contractuales relevantes³¹.

25 Depende del gerente de administración (informe final Casa de Moneda S.A. N° 186/2011, 2012).

26 Que aborde:

- a) los procesos de tesorería (informe final Cotrisa S.A. N° 221/2012, 2014);
- b) el período de reinversión de juego Loto (informe final Polla S.A. N° 591/2018, 2019);
- c) la acreditación de recepción de fondos (informe final Polla S.A. N° 183/2017, 2018);
- d) la duración de contratos, áreas de tesorería y contabilidad (informe final Polla S.A. N° 220/2011, 2012);
- e) directrices de preinversión (informe final Metro S.A. N° 1.095/2017, 2019);
- f) prácticas internacionales utilizadas en sus procesos, desarrollo y recepción de proyectos (informe final Metro S.A. N° 1.095/2017, 2019);
- g) políticas de obsolescencia (informe final Casa de Moneda S.A. N° 1.062/2018, 2020);
- h) procedimiento de control y protocolos de entrega de información (informe final Econssa S.A. N° 740/2019, 2020).

27 Manual «Perfiles de cargos» carece aprobación (informe final Cotrisa N° 221/2012, 2014).

28 No permiten dar cobertura a las inspecciones necesarias (informes finales Econssa S.A. N°s. 740/2019, 2020; 410/2017, 2018).

29 Comprenden:

- a) asociadas a los contratos suscritos, el cumplimiento de sus obligaciones y previo al pago de proveedores (informe final Casa de Moneda S.A. N° 491/2017, 2018);
- b) sobre las conciliaciones bancarias (informe final Casa de Moneda S.A. N° 1.062/2018, 2020);
- c) relativo a la información que deben proporcionar los operadores (informe final Econssa S.A. N° 153/2014, 2015);
- d) las anulaciones de ventas (informe final Polla S.A. N° 591/2018, 2019); y
- e) la recepción conforme de beneficiarios (informe final Polla S.A. N° 220/2011, 2012).

30 Incluyen:

- a) de la relación comercial con proveedores por la adquisición de bienes o servicios (informes finales Casa de Moneda S.A. N°s. 491/2017, 2018; N° 238/2016, 2016; 49/2012, 2012; 186/2011, 2012; informes finales Cotrisa S.A. N°s. 247/2011, 2012; N° 88/10, 2010);
- b) pago y erogaciones de servicios profesionales y asesorías sin contrato (informe final Polla S.A. N° 183/2017, 2018; informe final Casa de Moneda S.A. N° 186/2011, 2012).

31 Comprenden:

- a) para aplicación de sanciones o multas por el incumplimiento (informe final Casa de Moneda S.A. N° 238/2016, 2016; informe final Metro S.A. N° 1.153/2015, 2016; informe final Cotrisa N° 247/2011, 2012);
- b) de resguardo (informe final Cotrisa S.A. N° 221/2012, 2014);
- c) de renovación o término de contrato (informe final Casa de Moneda S.A. N° 186/2011, 2012).

- Incumplimiento contractual³².

Adquisiciones y gastos

- Omisión de licitación para adquirir bienes y servicios³³.
- No cuenta con procedimiento formal para el proceso de venta ni registro de proveedores (informes finales Cotrisa S.A. N°s. 247/2011, 2012; 88/10, 2010).

Resguardo del patrimonio

- Adquisición de productos y servicios que no fueron utilizados³⁴.
- Falencias en el resguardo del patrimonio de la empresa³⁵.
- Pérdidas en la ejecución de los contratos por pago de multas derivadas de incumplimientos en los plazos (informe final Casa de Moneda S.A. N° 238/2016, 2016)³⁶.
- Gastos imputados a proyectos que no tienen relación con él³⁷.
- Deficiencias en sistemas de cobro³⁸.
- Ejecución de obras que sobrepasa el presupuesto aprobado por la sociedad (informe final Polla S.A. N° 246/2010, 2010).
- Carece de seguros para funcionarios a cargo de especies de valor y documentos mercantiles (informe final Cotrisa S.A. N° 88/10, 2010).

Normativa interna de la sociedad invocada por Contraloría

Casa de Moneda S.A.: «Política y procedimiento de compras y contrataciones de bienes y servicios» (informe final N° 491/2017, 2018) y estatutos de la sociedad (informe final N° 186/2011, 2012).

Cotrisa S.A.: «Reglamento de adquisiciones, contrataciones y niveles de decisión» (informe final N° 88/10, 2010).

Econssa S.A.: «Manual de organización» (informes finales N°s. 740/2019, 2020; 410/2017, 2018); «Registro de bajas de propiedades, plantas y equipos» (informe final N° 740/2019, 2020); y «Diseño del servicio del control de contratos» (informe final N° 153/2014, 2015).

32 Incluyen:

- relativo a seguros (informe final Econssa S.A. N° 740/2019, 2020);
- incumplimientos que persisten en el tiempo (informe final Econssa S.A. N° 410/2017, 2018);
- frecuencia de servicios (informe final Metro S.A. N° 483/2016, 2016);
- plazos y suscripción de actas (informe final Metro S.A. N° 1.153/2015, 2016);
- visto bueno para ejecutar procesos (informe final Casa de Moneda S.A. N° 238/2016, 2016);
- omisión de garantías (informe final Econssa S.A. N° 153/2014, 2015);
- comunicación de término de obras (informe final Cotrisa S.A. N° 247/2011, 2012).

33 Equipos y desarrollo de *software* (informe final Casa de Moneda S.A. N° 491/2017, 2018); servicios de almacenaje (informe final Cotrisa S.A. N° 88/10, 2010).

34 Material, equipos y el desarrollo de un *software* (informe final Casa de Moneda S.A. N° 491/2017, 2018); por servicios de almacenaje (informe final Cotrisa S.A. N° 88/10, 2010).

35 Comprenden:

- falta de evaluación, mantenimiento y reparación de infraestructura (informe final Econssa S.A. N° 740/2019, 2020);
- inventarios sin movimiento (informe final Casa de Moneda S.A. N° 1.062/2018, 2020);
- falta de revisión y verificación de la recepción de maquinaria adquirida, doble cargo de sueldos (informe final Casa de Moneda S.A. N° 491/2017, 2018);
- inversiones no remuneradas (informe final Econssa S.A. N° 410/2017, 2018);
- sobrantes no registrados (informe final Cotrisa S.A. N° 247/2011, 2012).

36 Pérdidas en reprocesos por entrega de productos defectuosos (informe final Casa de Moneda S.A. N° 49/2012, 2012).

37 Gastos y aditivos a contratos suscritos (informe final Metro S.A. N° 1.095/2017, 2019).

38 Abarcan:

- montos por diferencia de conciliación (informe final Polla S.A. N° 591/2018, 2019);
- servicios y retención de garantías (informe final Casa de Moneda S.A. N° 49/2012, 2012);
- carencia de sistema tarifario (informes finales Cotrisa S.A. N°s. 221/2012, 2014; 88/10, 2010);
- no cobro a deudores (informe final Cotrisa S.A. N° 88/10, 2010).

Polla S.A.: «Manual de proceso de compra de PCHB S.A.»; y «Estatuto del Comité de Auditoría» (informe final N° 183/2017, 2018).

Metro S.A.: «Manual corporativo de procedimientos para formulación de marco y control de ejecución de inversiones»; y «Manual corporativo proceso generación cartera inversiones INV» (informe final N° 1.095/2017, 2019).

Normas de auditoría y control invocadas por la Contraloría

Modelo internacional de control interno COSO (informes finales Econssa S.A. N°s. 740/2019, 2020; 410/2017, 2018; informe final Polla S.A. N° 591/2018, 2019; informe final Metro S.A. N° 1.095/2017, 2019; informe final Casa de Moneda S.A. N° 1.062/2018, 2020; informe final Cotrisa S.A. N° 221/2012, 2014).

Normas de auditoría generalmente aceptadas, sección AU 315 (informe final Casa de Moneda S.A. N°s. 1.062/2018, 2020; informe final Polla S.A. 591/2018, 2019).

Código SEP invocado por la Contraloría

Econssa S.A. (informes finales N°s. 740/2019, 2020; 410/2017, 2018), Casa de Moneda S.A. (informes finales N°s. 1.062/2018, 2020; 238/2016, 2016), Metro S.A. (informes finales N°s. 1.095/2017, 2019; 966/2016, 2016) y Polla S.A. (informe final N° 591/2018, 2019).

Principios de derecho administrativo invocados por la Contraloría

- No siguió jurisprudencia administrativa, vinculante para los organismos sujetos a su fiscalización (informe final Casa de Moneda S.A. N° 491/2017, 2018).
- Principios de responsabilidad, eficiencia y eficacia de la ley N° 18.575, artículos 3° y 5° (informes finales Casa de Moneda S.A. N°s. 238/2016, 2016; 49/2012, 2012; 186/2011, 2012; informes finales Metro S.A. N°s. 966/2016, 2016; 483/2016, 2016; 1.153/2015, 2016; 96/2014, 2015; informe final Polla S.A. N° 220/2011, 2012).
- Principio de igualdad consignado en el artículo 9° de ley N° 18.575 (informe final Metro S.A. N° 966/2016, 2016; informe final Cotrisa S.A. N° 247/2011, 2012).
- Principio de estricta sujeción a las bases consignado en el artículo 10 de la ley N° 19.886 (informe final Metro S.A. N° 966/2016, 2016).
- Principio de legalidad del gasto (informe final Metro S.A. N° 966/2016, 2016).

3. Estándares para el diseño de programas de cumplimiento para sociedades del Estado a la luz de las facultades fiscalizadoras de la Contraloría

Tras la revisión de los informes finales de auditoría, ha sido posible identificar el criterio del ente contralor al fiscalizar a las sociedades del Estado, mediante la sistematización de sus principales observaciones, bajo los siguientes ámbitos:

- a) contabilidad y auditoría;
- b) registro, respaldo y resguardo de la información;
- c) funcionamiento interno;
- d) control interno;

- e) contratos y convenios;
- f) adquisiciones y gastos; y
- g) resguardo del patrimonio.

Además, cuando invoca:

- a) la normativa interna de la sociedad;
- b) normas de auditoría y control;
- c) el Código SEP; y
- d) principios de derecho administrativo.

Las observaciones emitidas, reflejan el interés público que persiguen las sociedades del Estado y, particularmente, la sujeción y regulación conforme a los principios del derecho administrativo.

Como se ha señalado previamente, el presente trabajo propone a las sociedades anónimas del Estado el *compliance* como una herramienta eficiente y eficaz para enfrentar con éxito los procesos de fiscalización de la Contraloría. Asimismo, ofrece estándares para el diseño de programas de cumplimiento, a la luz de atribuciones del artículo 16, inciso segundo, de la ley N° 10.336. De esta manera la sociedad podrá consolidar una verdadera cultura de ética y de cumplimiento al interior de la empresa, conforme a los estándares de derecho administrativo que se le imponen para alcanzar su fin público. En consecuencia, evitará observaciones, reparos, instrucciones, medidas correctivas, proposiciones y acciones derivadas por parte del ente contralor. Además, permitirá a directores y gerentes prevenir la atribución de responsabilidad.

En buenas cuentas, el cumplimiento normativo no solo exige el respeto de la ley objetiva, sino también del contenido o sentido material que la sustenta, lo que se traduce en un actuar honesto y leal frente a la Administración y a los intereses generales que aquella debe garantizar, en el marco de la función constitucional que le ha sido asignada (Cordero Quinzacara, 2020: 331).

Para el diseño de ese instrumento, se ofrecen a continuación dichos estándares o criterios:

3.1 Realidad específica de cada empresa

En primer lugar, los «programas deben ajustarse a la realidad específica de cada empresa» (Toso Milos, 2020: 36). Ello implica asumir que se trata de sociedades anónimas que persiguen fines públicos y administran patrimonio

estatal, cuya posición de igualdad en el ámbito privado tiene por objeto proteger a los particulares de injerencias indebidas del Estado en el mercado. No obstante, al ser aquel su propietario, están sometidas al Estado de derecho, que las regula fuertemente, de manera que sus preceptos influyen y determinan el funcionamiento de ese tipo de persona jurídica. En ese orden de ideas, «los elementos que constituyen un modelo de cumplimiento en particular vienen determinados fundamentalmente por la normativa que rige a la organización» (Toso Milos, 2020: 36).

Como es posible advertir, las observaciones de la Contraloría sujetan a principios de derecho administrativo e invocan la regulación que los consagra, contenidos en cuerpos normativos cuyo ámbito de aplicación corresponde a la Administración del Estado³⁹ y no a las aludidas sociedades.

En efecto, las sociedades del Estado pertenecen a un género de organismos a través de los cuales aquel realiza indirectamente ciertas actividades vinculadas con la ejecución de sus funciones. Por lo tanto, en dichas instituciones está presente de un modo predominante el interés público, toda vez que, mediante la gestión de ellas, el Estado persigue satisfacer necesidades públicas y colectivas, motivo por el cual les rige ciertos principios básicos de gestión propios de derecho público, aun cuando, por regla general, se rijan por la preceptiva propia del sector privado (dictamen N° 7.535, de 2020).

Puesto que no forman parte de la Administración del Estado, esas sociedades no quedan sujetas a la ley N° 18.575. Sin embargo, los principios de eficiencia y eficacia —consagrados en sus artículos 3° y 5°—, no son exclusivos de la Administración pública y también inspiran la actividad empresarial del Estado (dictamen N° 21.147, 2019). Por esa razón, tales principios son los más reiterados en las observaciones de la entidad fiscalizadora⁴⁰.

En el ámbito administrativo, la eficiencia alude a la utilización de los medios idóneos, de forma racional y óptima para alcanzar el fin; en consecuencia, exige la obtención de los recursos en sus costos alternativos más bajos. La eficacia, por su parte, se vincula con el objetivo que se pretende alcanzar y corresponde al «logro de las metas —de carácter cuantitativo— definidas por la Administración» (Gardais Ordanza, 2002: 323).

Tales observaciones dicen relación con los siguientes aspectos:

- 1) Desempeño de sus directivos: quienes deben vigilar continuamente sus operaciones y adoptar inmediatamente las medidas oportunas ante

39 Cabe señalar que «solo constituyen Administración los entes que, teniendo personalidad jurídica de derecho público, se rigen por el derecho administrativo» (Bermúdez Soto, 2014: 25).

40 «Lo que, en términos simples, implica que las decisiones que adopte sean racionales y tiendan a la efectividad de la propia empresa» (dictamen N° 36.602, de 2017).

cualquier evidencia de irregularidad o de actuación contraria a los principios señalados (informe final Casa de Moneda S.A. N° 238/2016, 2016), incluso se refiere a ellos como «autoridades» y «funcionarios» que deben velar por el debido cumplimiento de la función pública» (informes finales Metro S.A. N°s. 966/2016, 2016; 483/2016, 2016; 96/2014, 2015).

- 2) Resguardo de los recursos y del interés público (informe final Casa de Moneda S.A. N° 186/2011, 2012): la entidad tiene el deber de observar dichos principios con el objeto de velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos (informe final Metro S.A. N° 1.153/2015, 2016) y de adoptar las medidas que resguarden el patrimonio de la entidad.
- 3) Fines de la entidad: transgrede los principios de responsabilidad, eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y los objetivos establecidos, contraviene asimismo, la misión de la empresa (informe final Casa de Moneda S.A. N° 49/2012, 2012).

La Contraloría, además, requiere atenerse a los principios generales de la contratación pública, en particular, la estricta sujeción a las bases de licitación y la igualdad de los proponentes (informes finales Metro S.A. N°s. 1.095/2017, 2019; 966/2016, 2016; informe final Cotrisa S.A. N° 247/2011, 2012), contenidos en el artículo 9° de la ley N° 18.575 y en el artículo 10 de la ley N° 19.886 (dictámenes N°s. 42.621, 2007; 49.508, 2016).

Por último, verifica la sujeción al principio de legalidad del gasto (decreto ley N° 1.263, 1975, artículo 44), en virtud del cual, los desembolsos que se autoricen solo pueden destinarse a los objetivos y situaciones expresamente previstos por la regulación presupuestaria (dictámenes N°s. 38.579, 2013⁴¹; 67.450, 2012; 14.880, 2010; 15.010, 2009; 50.611, 2009).

Asimismo, resulta relevante el reconocimiento, validación y preponderancia que la Contraloría otorga al Código SEP, a la normativa interna de la empresa y a las normas internacionales que la sociedad ha declarado aplicar o que inspiran al Sistema de Empresas Públicas. Por otra parte, el órgano contralor solicita a las sociedades que entreguen información clara y conforme a lo requerido para realizar su labor fiscalizadora sin dificultades (informe final Metro S.A. N° 1.095/2017, 2019). Recalca, además, que las sociedades del Estado deben seguir la jurisprudencia administrativa al momento de tomar decisiones, por cuanto resulta obligatoria y vinculante para los organismos sujetos a su fiscalización según lo disponen los artículos 9° y 19 de la ley N° 10.336 (dictámenes N°s. 7.777, 2017; 11.812, 2003)⁴².

41 Informe final Metro S.A. N° 966/2016, 2016.

42 Informe final Casa de Moneda S.A. N° 491/2017, 2018.

De lo expuesto, se evidencia que es esencial velar por el estricto cumplimiento de:

- a) el marco normativo de la sociedad;
- b) sus estatutos;
- c) la normativa interna;
- d) las normas establecidas por el Código SEP;
- e) el modelo internacional COSO;
- f) las normas de auditoría generalmente aceptadas.

Destaca, ante todo, la necesidad de interiorizar que todo su funcionamiento debe ajustarse a los principios de derecho administrativo —en especial a los de eficiencia, eficacia y legalidad del gasto— y a los principios generales de la contratación pública, los cuales inspiran la actividad empresarial del Estado.

3.2 Implementación del cumplimiento normativo

Para implementar el cumplimiento normativo se debe tener en cuenta:

- 1) El tamaño de la sociedad, sus matrices y filiales o coligadas, su estructura societaria y la composición de su órgano de administración en el cual se vienen a representar los derechos accionarios del fisco y de CORFO;
- 2) Las características organizacionales y de gobierno corporativo que se rigen principalmente por el Código SEP;
- 3) El tipo de negocio o actividad que desarrolla con el objeto de satisfacer necesidades públicas conforme a la ley que autoriza su creación, para cautelar el cumplimiento de sus fines;
- 4) El marco normativo que le resulta aplicable:
 - a) la legislación común,
 - b) sus leyes especiales,
 - c) normas específicas en diversos cuerpos normativos de derecho público,
 - d) estándares de derecho administrativo contenidos en la jurisprudencia administrativa e informes de auditoría,
 - e) directrices nacionales emanadas principalmente del Sistema de Empresas Públicas e internacionales de la OCDE.

- 5) Los productos y servicios que ofrece, los canales de comercialización y distribución, para resguardar la calidad y regularidad de sus operaciones (véase Toso Milos, 2020: 35).

3.3 Elementos para implementar el programa de cumplimiento propiamente tal

A la hora de implementar el programa de cumplimiento propiamente tal, debe contener los siguientes elementos:

- 1) La dirección de la sociedad, con un alto liderazgo, debe comprometerse con el cumplimiento normativo, reflejado en la formulación de políticas claras, como:
 - a) el resguardo de los recursos públicos;
 - b) el cumplimiento del fin público para el que sirve la sociedad; y
 - c) actuar conforme a las buenas prácticas de gobiernos corporativos.

En efecto, la norma ISO 19600⁴³ (2014) señala que un programa eficaz en este ámbito «permite que la organización demuestre su compromiso de cumplir con la normativa, incluyendo los requisitos legales, los códigos de la industria y los estándares de la organización, así como con los estándares de buen gobierno corporativo, las mejores prácticas, la ética y las expectativas de la comunidad en general» (Toso Milos, 2020: 28).

Además, debe otorgar facultades a funcionarios y destinar recursos para llevarlas a cabo.

- 2) Crear un departamento o designar un funcionario a cargo de las tareas de *compliance* —una u otra opción depende de los recursos destinados y del tamaño de la sociedad—. Tal unidad debe tener conocimientos en derecho administrativo, y actuar separadamente de la función jurídica⁴⁴ y de la de auditoría. Requiere contar con competencia para investigar posibles incumplimientos, para lo cual se debe velar por su independencia y autonomía, no obstante formar parte de la empresa. Sobre el particular, se sugiere contar con un departamento interno y no contratar una consultoría externa, con la finalidad de implementar el programa con pleno conocimiento del funcionamiento de la sociedad desde su interior.

43 El 13 de abril de 2021 se publicó la norma ISO 37301, la cual es una revisión de la ISO 19600 para implementar, auditar, mantener y mejorar un sistema de gestión de *compliance* eficaz y efectivo para cualquier tipo de organización.

44 Mientras el *compliance* tiene como misión la formulación de políticas y procedimientos para prevenir los incumplimientos normativos, la asesoría jurídica se refiere al conocimiento, estudio y delimitación del alcance de la ley aplicable a la organización y, eventualmente también, a su defensa en caso de que esta deba afrontar algún proceso judicial o administrativo (Toso Milos, 2020: 30).

- 3) Evaluar los riesgos de incumplimiento al interior de la sociedad y planificar las acciones para tratarlos, a través del diseño de una matriz de riesgo. Para ello, se recomienda revisar el marco normativo aplicable a las sociedades objeto de estudio, con especial atención a las normas de derecho público. Junto a lo anterior, se debe prestar atención a las observaciones que ha emitido la Contraloría en informes de auditoría a la sociedad, como también a otras empresas bajo el mismo régimen societario y control –como se ha sistematizado en el presente trabajo–. Esto último, con la finalidad de identificar el criterio de fiscalización del ente contralor y mantenerse actualizado en la jurisprudencia administrativa pertinente, además de considerar los hallazgos de auditorías e investigaciones internas.
- 4) Establecer medidas y procedimientos para gestionar integralmente los riesgos con miras a los estándares exigidos a las sociedades del Estado. Se sugiere:
 - a) la implementación y definición formal de una política, estructura, roles y responsabilidades;
 - b) redactar códigos de conducta en línea con los estándares de derecho público aludidos y con las normas del Código SEP;
 - c) realizar inducciones a los nuevos trabajadores;
 - d) jornadas de capacitación interna para todo el personal –sea directivo o no– e idealmente orientado a sus funciones específicas;
 - e) brindar un canal o buzón de denuncias internas y externas para investigar irregularidades;
 - f) establecer sistemas de incentivos y sanciones.
- 5) Supervisar periódicamente el modelo, su aplicación, actualización, distribución, seguimiento y cumplimiento. No debe ser una mera declaración de intenciones, se debe evaluar el desempeño del modelo y mejorarlo periódicamente, para lo cual, resulta fundamental:
 - a) estar al día con las modificaciones normativas y criterios jurisprudenciales,
 - b) tener en cuenta los compromisos externos de la sociedad,
 - c) controlar la renovación de personal y del directorio para verificar que se les haya capacitado adecuadamente y difundido protocolos y manuales correspondientes (véase Toso Milos, 2020: 36-40).

Mediante la sistematización de las principales observaciones emitidas por la Contraloría, se constató que los siguientes ámbitos son primordiales al momento de fiscalizar y sobre los cuales se ofrecen, además, los siguientes estándares:

3.3.1 Contabilidad y auditoría

Hay que mantener registros contables con sus respectivos análisis, de acuerdo con la normativa y verificar prolijamente la información, de modo que sea fiable, exacta e íntegra. Asimismo, es preciso utilizar correctamente el SAP, completar la información con claridad y en los momentos que corresponda, conforme al principio contable devengado⁴⁵.

3.3.2 Registro, respaldo y resguardo de información

Es necesario implementar sistemas informáticos que permitan controlar de forma automatizada la información y, así, evitar errores por carga manual de datos. Se debe registrar la información de forma segura —mediante el uso de claves—, utilizar las plataformas que existen para tal efecto y mantener la documentación de respaldo.

3.3.3 Funcionamiento interno

Resulta pertinente contar con recursos humanos suficientes en cantidad, capacidad y experiencia para el desarrollo de cada actividad. Para ello, hay que segregar funciones de los trabajadores para evitar el riesgo a cometer los errores que trae la concentración. En todos los procesos, es menester cumplir con las autorizaciones, controles o visación del funcionario a cargo e instancias superiores que corresponda y dejar constancia en las respectivas actas o documentos.

Hay que formalizar por medio de manuales sus políticas respecto de roles, funciones, actividades y responsabilidades. Se deben definir códigos de conducta que reflejen los valores de la empresa orientados a su fin y el resguardo de los recursos públicos.

3.3.4 Control interno

Es fundamental contar con unidades internas e independientes de auditoría dedicadas al control contable y unidades de control para supervisar las operaciones y el cabal cumplimiento de obligaciones.

Se requiere optimizar sus mecanismos de modo que sean serios, creíbles y efectivos, y realizar el seguimiento de las observaciones, tanto de las realizadas al interior de la empresa como de las emitidas por la Contraloría.

45 El principio contable devengado dice relación con que los hechos económicos y financieros se deben reconocer en el momento en que se generan, independiente de que estos hayan sido o no percibidos o pagados, con el objeto de conocer periódicamente y de forma fidedigna, los compromisos que ha ido adquiriendo y a los cuales deberá dar cumplimiento la entidad (informe final Casa de Moneda S.A. N° 186/2011, 2012).

3.3.5 Contratos y convenios

Es necesario cumplir con procedimientos previos a la contratación como estudios, informes de evaluación y autorizaciones de la autoridad pertinente, exigidos por la normativa. Resulta fundamental celebrar convenios y contratos –oportunamente– para resguardar los intereses de la empresa, el desarrollo y cumplimiento de las prestaciones asumidas por la sociedad y sus proveedores.

Además, hay que incluir cláusulas de resguardo, por ejemplo:

- a) de aplicación de sanciones o multas por incumplimiento;
- b) de renovación o término; y
- c) abstenerse de suscribir la obligación de pago a «todo evento».

En definitiva, se debe verificar el cumplimiento de las obligaciones contractuales, recepción conforme y cierre.

3.3.6 Resguardo del patrimonio de la sociedad

Bajo el criterio rector de que se trata de recursos públicos, hay que velar por su uso eficiente, idónea administración y rentabilidad. Para adquirir bienes y servicios, se deben priorizar los procesos de licitación pública «por los beneficios que esta modalidad presenta, la cual[,] al incorporar mayor cantidad de oferentes, permitirá optar por proveedores con mayor experiencia y precios competitivos» (Contraloría, 2017: 158).

Hay que procurar el registro, mantenimiento, monitoreo permanente del estado los bienes de la sociedad, además de aplicar inventarios periódicos. Es preciso realizar las acciones de cobranza y establecer sus procedimientos –para evitar que la falta de cobranza o los plazos de prescripción disminuyan su patrimonio–, junto con hacer valer retenciones y garantías.

Al invertir en nuevos proyectos, hay que constatar el marco normativo que rige a la sociedad y la jurisprudencia administrativa relacionada, para comprobar que se pueda concretar el proyecto y que la adquisición de los productos o que la celebración de los contratos relacionados reporte un real beneficio y no generen pérdidas. Al ejecutar los proyectos, es necesario ajustarse al presupuesto y, en caso de superarlo, revisar los riesgos a tal exceso para evitarlo a futuro.

En relación con la responsabilidad de directores, gerentes y empleados, para el debido resguardo de los recursos públicos, la Contraloría sugiere la contratación de seguros no solo para gerentes, sino también para aquellos funcionarios encargados de la custodia de especies valoradas y documentos mercantiles.

Las sociedades objeto de estudio administran un patrimonio en que el Estado tiene una participación mayoritaria, razón por la cual aparece de toda conveniencia que adopte los resguardos necesarios que indican los principios básicos de una sana administración (informe final Cotrisa S.A. N° 88/10, 2010).

Finalmente, es posible tener en cuenta de modo preventivo el siguiente test para funcionarios y directivos a la hora de desarrollar las actividades de la sociedad: Lo que estoy decidiendo o ejecutando

- 1) ¿Se adecúa al fin público de la sociedad?
- 2) ¿Es coherente con los principios que inspiran la actividad empresarial del Estado?
- 3) ¿Es conforme a su marco normativo?
- 4) ¿Es algo de lo cual estaría dispuesto a ser responsabilizado?

Conclusiones

- 1) Pese a su enumeración taxativa en el artículo 16, inciso segundo, de la ley N° 10.336, las facultades fiscalizadoras de la Contraloría son amplias. En efecto, mediante auditorías, exámenes de cuentas y emisión de dictámenes, puede revisar prácticamente todo el funcionamiento interno de una sociedad del Estado para verificar la juridicidad de su actividad.

Las acciones derivadas del ente contralor, aun cuando son una fórmula para vislumbrar los errores u omisiones en el cumplimiento normativo, en la práctica pueden obstaculizar la gestión de la sociedad, generar daños reputacionales y acarrear responsabilidad para directores, ejecutivos y empleados.

- 2) Se considera que un programa de cumplimiento –diseñado a la luz de las facultades fiscalizadoras de la Contraloría– facilitará a las sociedades del Estado alcanzar su objetivo de interés público, enfrentar con éxito los procesos de fiscalización y evitar observaciones y acciones derivadas que puedan dificultar su gestión y dañar su reputación.

Asimismo, directores y gerentes podrán prevenir la atribución de responsabilidad y consolidar una cultura de apego a las normas al interior de la empresa, ajustada a los estándares de derecho administrativo.

Por lo tanto, tal instrumento constituye un conjunto de estándares y procedimientos, que asegura que se observen las normas y principios

del derecho administrativo para alcanzar el fin público de las sociedades del Estado. En consecuencia, ayuda a evitar observaciones, reparos, instrucciones, medidas correctivas, proposiciones y acciones derivadas de la fiscalización que realiza la Contraloría en virtud de la ley N° 10.336.

- 3) De los informes finales de auditoría analizados, se extrajeron diversos estándares para implementar un programa de cumplimiento conforme a las observaciones de la Contraloría, los cuales revelaron su criterio de fiscalización.

El primer paso que debe ser considerado es la necesidad de ajustar el programa a la realidad de la sociedad, esto es, que se ha constituido para satisfacer necesidades públicas y administrar patrimonio estatal.

Al respecto, la Contraloría impone el acatamiento de estándares de derecho administrativo a estas entidades de derecho privado. En efecto, afirma que las sociedades del Estado pertenecen a un género de organismos a través de los cuales el Estado realiza indirectamente actividades vinculadas a sus funciones, que persiguen satisfacer necesidades públicas y colectivas, donde predomina el interés público, motivo por el cual les son aplicables ciertos principios básicos de gestión propios de derecho público, aun cuando, por regla general, se rijan por el derecho privado. Además, sostiene que, pese a que la ley N° 18.575 no se aplique a las sociedades del Estado, los principios que consagra no son exclusivos de la Administración pública y también inspiran la actividad empresarial del Estado.

- 4) De los informes revisados se pudo constatar, además, que el ente contralor fiscaliza principalmente el cumplimiento de los principios de eficiencia y eficacia consagrados en los artículos 3° y 5° de la ley N° 18.575, en relación con el desempeño de sus directivos; el resguardo de los recursos y del interés público; y los fines de la entidad.

La Contraloría también requiere atenerse a los principios generales de la contratación pública, en particular, la estricta sujeción a las bases de licitación y la igualdad de los proponentes de los artículos 9° de la ley N° 18.575 y 10 de la ley N° 19.886 y verifica la sujeción al principio de legalidad del gasto del artículo 44 del decreto ley N° 1.263, de 1975.

- 5) Otro aspecto relevante que destaca en torno al criterio de fiscalización de la Contraloría dice relación con el reconocimiento que otorga al Código SEP, a la normativa interna de la empresa y a las normas internacionales. Por lo tanto, resulta necesario velar por su estricto cumplimiento. Recalca, además, que las sociedades del Estado deben seguir la jurisprudencia administrativa para tomar decisiones, por cuanto resulta obligatoria y vinculante para los organismos sujetos a su fiscalización, según lo disponen los artículos 9° y 19 de la ley N° 10.336.

- 6) Mediante la sistematización de las principales observaciones emitidas por la Contraloría, se constató que los siguientes ámbitos son primordiales al momento de fiscalizar y sobre los cuales la dirección debe prestar atención para incorporar en su modelo:
- a) contabilidad y auditoría;
 - b) registro, respaldo y resguardo de la información;
 - c) funcionamiento interno;
 - d) control interno;
 - e) contratos y convenios;
 - f) adquisiciones y gastos; y
 - g) resguardo del patrimonio.

El último de ellos es de gran importancia para la Contraloría, por cuanto la sociedad debe velar por el uso eficiente, la idónea administración y la rentabilidad de los recursos públicos. Asimismo, recomienda adquirir bienes y servicios prioritariamente en procesos de licitación.

Al invertir en nuevos proyectos, debe verificar el marco normativo que rige a la sociedad, la jurisprudencia administrativa relacionada y ajustarse al presupuesto.

Por último, en relación con la responsabilidad de directores, gerentes y empleados, la Contraloría recomienda la contratación de seguros para el debido resguardo de los recursos públicos.

- 7) Antes de la implementación del programa de cumplimiento, se debe tener en cuenta:
- a) El tamaño de la sociedad y su estructura societaria, donde se representan los derechos accionarios del fisco y de CORFO.
 - b) Las características organizacionales y de gobierno corporativo que se rigen por el Código SEP.
 - c) El tipo de actividad que realiza y satisface necesidades públicas, para cautelar la observancia de sus fines.
 - d) El marco normativo que resulta aplicable, con especial atención a las normas de derecho público, estándares de derecho administrativo contenidos en la jurisprudencia administrativa e informes de auditoría y directrices del Sistema de Empresas Públicas.

- e) Los productos y servicios que ofrece, para resguardar la calidad y regularidad de sus operaciones.
- 8) Finalmente, para implementar el programa de cumplimiento propiamente tal, se deben gestionar los riesgos, prever la contravención y evitar acciones derivadas, o la atribución de responsabilidad de sus directivos y empleados.

El programa debe contener los siguientes elementos:

- a) La dirección debe asumir con liderazgo un compromiso con el cumplimiento normativo; el resguardo de los recursos públicos; el cumplimiento del fin público; y las buenas prácticas de gobiernos corporativos.
- b) Crear un departamento o designar un funcionario a cargo de las tareas de *compliance* con conocimientos en derecho administrativo.
- c) Evaluar los riesgos de incumplimiento al interior de la sociedad y planificar las acciones para tratar los riesgos, considerando el marco normativo, las observaciones que ha emitido la Contraloría, la jurisprudencia administrativa pertinente y los hallazgos de auditorías e investigaciones internas.
- d) Establecer medidas y procedimientos para gestionar integralmente los riesgos con miras a los estándares exigidos a las sociedades del Estado.
- e) Supervisar periódicamente el modelo, su aplicación, actualización, distribución, seguimiento y cumplimiento.

Referencias

- **Bermúdez Soto, J. (2014).** *Derecho administrativo general*. Thomson Reuters.
- **Contraloría. (2017).** *Reporte sobre principales resultados de auditoría*. Contraloría. <https://www.contraloria.cl/documents/451102/14843316/Reporte/72dc0935-43e8-79e5-72f9-5c4f4978818b>
- **Cordero Quinzacara, E. (2020).** Cumplimiento normativo y el fraude de ley en el derecho administrativo. En E. Cordero Quinzacara, *Cumplimiento normativo y gestión de riesgos legales en la empresa*, 325-351. Tirant Lo Blanch.
- **Gardais Ordanza, G. (2002).** El control de la legalidad y la eficiencia y eficacia como principios jurídicos fiscalizables. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, (23), 323-342.

- **Latorre Vivar, P. (2008).** Las sociedades estatales en el ordenamiento jurídico chileno: naturaleza, límites y control de sus actividades. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 30 (1), 223-240.
- **Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE]. (2015).** *Directrices de la OCDE sobre el gobierno corporativo de las empresas públicas*. OECD Publishing. https://www.oecd-ilibrary.org/governance/directrices-de-la-ocde-sobre-el-gobierno-corporativo-de-las-empresas-publicas-edicion-2015_9789264258167-es
- **Piery Arrau, P. (1985).** Algunos aspectos de la actividad empresarial del Estado. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (9), 263-287.
- **Sistema de Empresas Públicas [SEP]. (2017).** *Código SEP*. https://www.sepchile.cl/wp-content/uploads/2021/02/CODIGO_SEP_V2.pdf
- **Toso Milos, Á. (2020).** Modelos de cumplimiento normativo: análisis de algunos elementos clave para su implementación por parte de las empresas en Chile. En E. Cordero Quinzacara, *Cumplimiento normativo y gestión de riesgos legales en la empresa*, 21 48. Tirant Lo Blanch.

NORMATIVA

- **Contraloría General de la República (2015).** *Resolución N° 20, de 2015, fija normas que regulan las auditorías efectuadas por la Contraloría General de la República*. Diario Oficial de la República de Chile, 21 de marzo de 2015.
- **Contraloría General de la República (2021).** *Resolución N° 10, de 2021, establece normas que regulan las auditorías efectuadas por la Contraloría General de la República y deja sin efecto la resolución N° 20, de 2015, de este origen*. Diario Oficial de la República de Chile, 30 de junio de 2021.
- **Decreto ley N° 1.263, de 1975, Orgánico de Administración Financiera del Estado.** Diario Oficial de la República de Chile, 28 de noviembre de 1975. Última modificación 2 de abril de 2020. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=6536>
- **Ley N° 18.046, Ley sobre Sociedades Anónimas.** Diario Oficial de la República de Chile, 22 de octubre de 1981. Diario Oficial de la República de Chile, 13 de abril de 2021. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=29473>
- **Ley N° 19.913, crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia a de lavado y blanqueo de activos.** Diario Oficial de la República de Chile, 18 de diciembre de 2003. Última modificación 13 de abril de 2021. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=219119>

- **Ley N° 20.393**, establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica. Diario Oficial de la República de Chile, 2 de diciembre de 2009. Última modificación 20 de junio de 2020. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1008668>
- **Ministerio de Hacienda (1960)**. Decreto con fuerza de ley N° 211, de 1960, fija normas por que se regirá la Corporación de Fomento de la Producción. Diario Oficial de la República de Chile, 6 de abril de 1960. Última modificación 18 de agosto de 2018. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=5060>
- **Ministerio de Hacienda (1964)**. Decreto N° 2.421, de 1964, fija el texto coordinado, sistematizado y refundido de la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República: ley N° 10.336. Diario Oficial de la República de Chile, 10 de julio de 1964. Última modificación 18 de diciembre de 2021. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=18995>
- **Ministerio de Hacienda (2004)**. Decreto con fuerza de ley N° 250, de 2004, aprueba reglamento de la ley N° 19.886 de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios. Diario Oficial de la República de Chile, 24 de septiembre de 2004. Última modificación 14 de octubre de 2021. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=230608>
- **Ministerio Secretaría General de la Presidencia (2001)**. Decreto con fuerza de ley N° 1/19.653, de 2000, fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Diario Oficial de la República de Chile, 17 de noviembre de 2001. Última modificación 15 de febrero de 2018. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=191865&idParte=8562353>
- **Ministerio Secretaría General de la Presidencia (2005)**. Decreto N° 100, de 2005, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Diario Oficial de la República de Chile, 22 de septiembre de 2005. Última modificación 11 de marzo de 2022. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302>
- **Norma ISO 19600 (2014)**. Sistemas de gestión de compliance. <https://www.isotools.org/normas/riesgos-y-seguridad/iso-19600-compliance/>
- **Norma ISO 37301 (2021)**. Norma para sistemas de gestión de cumplimiento. <https://www.compliance-antisoborno.com/publicada-la-norma-iso-373012021-para-sistemas-de-gestion-de-cumplimiento/#:~:text=La%20norma%20ISO%2037301%3A2021%20especifica%20requisitos%20y%20proporciona%20una,receptivo%20dentro%20de%20una%20organización>

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Informes finales de auditoría

Casa de Moneda S.A.:

- N° 186/2011 (29 de mayo de 2012).
- N° 49/2012 (28 de septiembre de 2012).
- N° 238/2016 (26 de julio de 2016).
- N° 491/2017 (29 de octubre de 2018).
- N° 1.062/2018 (25 de junio de 2020).

Cotrisa S.A.:

- N° 88/10 (1 de septiembre de 2010).
- N° 247/2011 (10 de abril de 2012).
- N° 221/2012 (5 de febrero de 2014).

Econssa S.A.:

- N° 153/2014 (18 de marzo de 2015).
- N° 410/2017 (8 de febrero de 2018).
- N° 740/2019 (12 de noviembre de 2020).

Metro S.A.:

- N° 96/2014 (10 de agosto de 2015).
- N° 1.153/2015 (17 de febrero de 2016).
- N° 483/2016 (30 de diciembre de 2016).
- N° 966/2016 (30 de diciembre de 2016).
- N° 1.095/2017 (18 de enero de 2019).

Polla S.A.:

- N° 246/2010 (23 de diciembre de 2010).
- N° 220/2011 (7 de junio de 2012).

- N° 183/2017 (25 de enero de 2018).
- N° 591/2018 (27 de junio de 2019).

Dictámenes

- N° 11.812 (2003).
- N° 7.210 (2007).
- N° 42.621 (2007).
- N° 15.010 (2009).
- N° 50.611 (2009).
- N° 14.880 (2010).
- N° 44.462 (2010).
- N° 67.450 (2012).
- N° 38.579 (2013).
- N° 49.508 (2016).
- N° 7.777 (2017).
- N° 36.602 (2017).
- N° 21.147 (2019).
- N° 7.535 (2020).

HACIA LA CONFORMACIÓN DE UN MODELO INTEGRAL PARA FISCALIZAR LOS SISTEMAS DE COMPRAS PÚBLICAS BAJO LOS PRINCIPIOS DE INTEGRIDAD, TRANSPARENCIA, COMPETENCIA Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA

TOWARDS THE FORMATION OF A COMPREHENSIVE MODEL TO OVERSEE PUBLIC PROCUREMENT SYSTEMS UNDER THE PRINCIPLES OF INTEGRITY, TRANSPARENCY, COMPETITION AND CITIZEN PARTICIPATION

Carlos Miguel Gómez Márquez¹

Resumen

La investigación que se presenta a continuación analiza el marco internacional acordado por la Organización de las Naciones Unidas, la Organización de los Estados Americanos, la Organización Mundial del Comercio y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, para el establecimiento de los procedimientos de compras públicas y utiliza el enfoque de sistemas para desarrollar un modelo integral que permite identificar los principales elementos que componen a los sistemas de compras públicas: los principios, las normas, las entidades y los procesos definidos para adquirir bienes, servicios y obras.

Con base en este modelo, se sugiere llevar a cabo una auditoría coordinada con el objetivo de fiscalizar los sistemas de compras públicas de los países a los que pertenecen las entidades de fiscalización superiores de la Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores, a fin de evaluar que cuenten con mecanismos de integridad, transparencia, competencia y participación ciudadana que garanticen a los gobiernos nacionales las mejores condiciones de calidad, oportunidad y precio en la adquisición de bienes, servicios y obras.

¹ Vicepresidente de Investigación y Normatividad de la Academia Mexicana de Auditoría al Desempeño; licenciado en Ciencias Políticas y Administración Pública de la Facultad de Estudios Superiores de Acatlán; magister en Seguridad Alimentaria del Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura.

Palabras clave: contrataciones – adquisiciones – auditoría coordinada

Abstract

The research presented below analyzes the international framework agreed by the United Nations, the Organization of American States, the World Trade Organization and the Organisation for Economic Co-operation and Development, for the establishment of public procurement systems and uses the systems approach to develop a comprehensive model that allows identifying the main elements that make up the public procurement systems: the principles, standards, entities and processes defined to acquire goods, services and works.

Based on this model, it is suggested to carry out a coordinated audit with the objective of overseeing the public procurement systems of the countries of the Organization of Latin American and Caribbean Supreme Audit Institutions, in order to assess that they have mechanisms of integrity, transparency, competition and citizen participation that guarantee national governments the best conditions of quality, opportunity and price in the acquisition of goods, services and works.

Keywords: contracts – acquisitions – coordinated audit

Introducción

La revisión de las compras públicas es un asunto estratégico que debe formar parte de la agenda de las entidades fiscalizadoras superiores, a fin de que estas, por medio de su labor de auditoría, contribuyan a favorecer el cumplimiento de los principios de integridad, transparencia, competencia y participación ciudadana en la adquisición de bienes, servicios y obras, velando porque las compras garanticen al sector público las mejores condiciones de calidad, oportunidad y precio, y se cumpla con el objetivo principal de la contratación pública, relativo a asegurar la entrega de bienes y la prestación de servicios necesarios para el cumplimiento de las funciones de públicas de una manera puntual, económica y eficiente. Ello cobra especial relevancia, debido a que en los procesos que integran a las compras públicas se pueden materializar riesgos de opacidad, así como faltas a la integridad y a la ley, como la colusión y el soborno, entre otras prácticas, en detrimento del adecuado ejercicio de los recursos públicos.

Las compras públicas consisten en el proceso formal por el que las entidades gubernamentales obtienen bienes y servicios, incluyendo servicios de

construcción u obras públicas. Este proceso abarca todos los procedimientos que corresponden a la adquisición de cualquier bien, servicio o construcción, incorporando:

- 1) la descripción de los requisitos,
- 2) la solicitud y selección de oferentes,
- 3) la evaluación de las ofertas,
- 4) la preparación y adjudicación de los contratos,
- 5) la disputa y resolución de impugnaciones, y
- 6) todas las fases de administración del contrato (Organización de los Estados Americanos, s.f., compras del sector público).

Las compras públicas se formalizan en contratos administrativos, los cuales se definen como acuerdos suscritos, por una parte por la Administración pública y[,] por la otra, por personas privadas o públicas, con la finalidad de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas de interés general o particular, relacionadas con la ejecución de obra pública o la adquisición de bienes y servicios (Castrejón García, 2010: 361-362).

La compra de bienes, servicios y obras que realizan las entidades gubernamentales para el cumplimiento de sus fines, constituye un elemento esencial del funcionamiento del Estado, pues con estos insumos se proveen diversos servicios públicos, lo que tiene repercusiones de primer orden para la sociedad (Academia de Contratación Pública de México, 2015: 2).

Las compras públicas también son una actividad estratégica para el Estado que le permite generar buena parte del dinamismo de la economía nacional, con efectos en el empleo, la canalización de inversiones y el desarrollo productivo, ya que, por medio de su poder de compra, el Estado puede fomentar la producción y comercialización de bienes y servicios más adecuados en términos sociales, ambientales y económicos (Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe, 2014).

Si bien las compras públicas constituyen un ámbito clave de la actividad económica de las Administraciones públicas, estas se encuentran particularmente expuestas a la mala gestión y el fraude (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, 2015a). De acuerdo con la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos:

la contratación pública se ha identificado como la actividad gubernamental más vulnerable a la corrupción, debido a que en esta interactúan los sectores público y privado, lo que plantea diversas oportunidades para que tanto los agentes públicos como privados desvíen fondos públicos (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, 2009: 3).

Entre los actos de corrupción que pueden ocurrir en las compras públicas se encuentran: el soborno, el tráfico de influencias, el abuso de funciones, el enriquecimiento ilícito y la colusión.

Para evitar este tipo de situaciones, en la XIII Conferencia anual de Compras Gubernamentales, la Red Interamericana de Compras Gubernamentales², RICC, identificó que es necesario atender los desafíos regionales siguientes:

- a) fortalecimiento de la integridad y la transparencia, y
- b) fortalecimiento institucional, mediante el trabajo conjunto con las contralorías y tribunales de cuentas (Red Interamericana de Compras Gubernamentales, 2017: 4).

En este contexto, para contribuir al establecimiento de mecanismos de control en los sistemas de compras públicas de América Latina y el Caribe, en la investigación que se presenta a continuación se desarrolla un modelo integral que permite identificar y analizar los principales elementos que conforman a estos sistemas. Con base en dicho modelo, se propone una auditoría coordinada para fiscalizar los sistemas de compras públicas de los países miembros de la Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores, a fin de evaluar que cuenten con mecanismos de integridad, transparencia, competencia y participación ciudadana que garanticen a los gobiernos nacionales las mejores condiciones de calidad, oportunidad y precio en la adquisición de bienes, servicios y obras, y contribuir, con esta auditoría coordinada, al objetivo principal de la contratación gubernamental, relativo a asegurar la entrega de bienes y la prestación de servicios necesarios para el cumplimiento de las funciones de públicas de una manera puntual, económica y eficiente.

2 Es un mecanismo de la Organización de los Estados Americanos, el Banco Interamericano de Desarrollo y el Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo, IDRC, creado en 2004, que provee cooperación técnica horizontal de alto nivel para fortalecer vínculos entre sus miembros y promover el intercambio de recursos humanos, técnicos, financieros y materiales, a fin de generar conocimientos, experiencias y buenas prácticas en las compras públicas de los países de América Latina y el Caribe. Está integrada por las instituciones gubernamentales que tienen la máxima responsabilidad en materia de regulación, gestión y modernización de las compras públicas en 33 países.

1. Objetivo y alcance de la investigación

1.1. Objetivo

Desarrollar un modelo integral que permita identificar y analizar los principales elementos que conforman los sistemas de compras públicas y, con fundamento en este, proponer una auditoría coordinada para fiscalizar los sistemas de compras públicas de los países miembros de la Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores, con base en los principios de:

- a) integridad,
- b) transparencia,
- c) competencia y
- d) participación ciudadana.

1.2. Alcance

La investigación comprende:

- a) el análisis del marco internacional acordado para el establecimiento de los sistemas de compras públicas,
- b) el enfoque de sistemas para abordar las compras públicas y
- c) la propuesta de auditoría coordinada para la fiscalización integral de los sistemas de compras públicas, por parte de las instituciones miembros de la Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores.

2. Marco internacional sobre integridad, transparencia, competencia y participación ciudadana en las compras públicas

El marco internacional acordado por la Organización de las Naciones Unidas, la Organización de los Estados Americanos, la Organización Mundial del Comercio y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos en materia de compras públicas se establece en los cuatro documentos siguientes:

- 1) La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la cual entró

en vigor el 14 de diciembre de 2005 y actualmente se integra por 126 Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas. En lo relativo a las compras públicas, dispone que cada Estado parte debe adoptar las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción (Organización de las Naciones Unidas, 2004: 12).

- 2) La Convención Interamericana contra la Corrupción, que entró en vigor el 6 de marzo de 1997 y fue adoptada por los 35 Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos. Prescribe que los Estados partes deben aplicar medidas destinadas a crear, mantener y fortalecer sistemas para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas (Organización de los Estados Americanos, 1997).
- 3) El Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio, el cual fue suscrito en 1994 y revisado en 2014. Actualmente, 45 miembros de la Organización Mundial del Comercio conforman el Comité de Contratación Pública y son partes de este acuerdo³, que abarca la adquisición por el sector público de bienes, servicios y servicios de construcción para promover la apertura de los mercados, la transparencia y la integridad (Organización Mundial del Comercio, 2015: 3). En el acuerdo se reconoce que la integridad de los sistemas de contratación pública es parte integrante de la gestión eficiente de los recursos públicos, el desempeño de las economías y el funcionamiento del sistema multilateral de comercio. Además, se establece que las entidades contratantes deben realizar las compras públicas de manera transparente e imparcial para evitar conflictos de intereses, e impedir prácticas corruptas (Organización Mundial del Comercio, 2014).
- 4) En 2015, Consejo sobre Contratación Pública de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos emitió la Recomendación del Consejo sobre Contratación Pública para garantizar que las compras públicas se aborden desde un enfoque integral y estratégico. En este documento se sugiere a los Estados adherentes que:
 - a) conserven la integridad del sistema de contratación pública mediante normas generales y salvaguardas específicas por procesos de contratación;
 - b) aseguren un nivel adecuado de transparencia a lo largo de todas las fases del ciclo de la contratación pública;

3 En el caso de América Latina, seis países tienen calidad de observadores en el Comité de Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica y Panamá.

- c) hagan accesibles las oportunidades de concurrir a la contratación pública a los potenciales competidores sin importar su tamaño o volumen; y
 - d) fomenten una participación transparente y efectiva de las partes interesadas, incluyendo a la sociedad civil (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, 2015a).
- 5) Por último, en 2018, en el marco de la 8ª Cumbre de las Américas, se acordó el Compromiso de Lima, «Gobernabilidad democrática frente a la corrupción», con el que los jefes de Estado de las Américas se comprometieron a prevenir la corrupción en las obras públicas, las contrataciones y las compras públicas, a través de 7 medidas, entre las que destacan las siguientes:
- a) Promover la inclusión de cláusulas anticorrupción en todos los contratos del Estado y de asociaciones público-privadas, y establecer registros de personas naturales y jurídicas vinculadas con actos de corrupción y lavado de activos para evitar su contratación.
 - b) Fomentar la transparencia en la gestión de la infraestructura y de los recursos públicos destinados a garantizar la resiliencia frente a desastres, incluyendo la referida plataforma sobre infraestructura, con miras a mejorar la respuesta a emergencias y los proyectos de prevención, mitigación, recuperación y reconstrucción (Organización de los Estados Americanos, 2018).

Con base en el análisis del marco internacional antes expuesto, se identifica que los cuatro principios fundamentales que deben sustentar un adecuado sistema de compras públicas son:

- a) la integridad,
- b) la transparencia,
- c) la competencia,
- d) la participación ciudadana

Ellos constituyen los ejes rectores de la investigación a desarrollar.

3. Marco teórico: el enfoque de sistemas para abordar las compras públicas

Esta investigación se sustenta en el enfoque de sistemas. Bajo esta perspectiva, un sistema se concibe como un conjunto partes o elementos interrelacionados,

que forman un todo unificado que constituye algo más que la simple suma de sus partes (Gabay, 2016: 3). Cada una de las partes del sistema posee sus propias características y condiciones y, por lo mismo, puede ser considerada como subsistema (Valdés Hernández, 1999: 52).

El análisis de sistemas es el proceso por el que se identifican los elementos que constituyen a un sistema para comprender cómo se componen y se relacionan entre sí.

Dicho enfoque cobra especial relevancia para el estudio integral de las compras públicas debido a que, de acuerdo con la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, el proceso de licitación ha sido tradicionalmente el centro de los esfuerzos internacionales; sin embargo, esto es solo la «punta del *iceberg*», la fase mejor regulada y más transparente del proceso de contratación. Entre las «zonas oscuras», que están menos sujetas a los requisitos de transparencia y son potencialmente vulnerables a la corrupción, se encuentran:

- a) las fases previa y posterior a la licitación, y
- b) las excepciones a los procedimientos competitivos (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, 2009).

Desde este enfoque, el sistema de compras públicas consiste en el conjunto de principios, normas, entidades y procesos que rigen y que son utilizados por los organismos públicos para adquirir bienes y servicios, y contratar obras públicas (ley N° 340-06, artículo 1°).

Con base en esta definición, a continuación se desarrolla un modelo para abordar, integralmente, los principales elementos que conforman al sistema de compras públicas:

Principales elementos que conforman al sistema de compras públicas.



- Principios internacionales que deben guiar el sistema de compras públicas.
- Normativa general que regula el sistema de compras públicas.
- Entidades gubernamentales que intervienen en el sistema de compras públicas.
- Procesos o subsistemas que conforman el sistema de compras públicas.

Fuente: elaboración del autor.

De esta forma, los cuatro elementos constitutivos de un sistema de compras públicas, son los siguientes:

- a) Los principios internacionales que deben guiar el sistema: integridad, transparencia, competencia y participación ciudadana en la supervisión de las compras.
- b) La normativa general que regula el sistema de compras públicas establecida en leyes, estatutos o decretos de carácter nacional.
- c) Las entidades gubernamentales responsables de: regular, gestionar y modernizar las compras públicas; garantizar su transparencia; y promover su competencia.
- d) Los procesos o subsistemas que conforman al sistema.

Al respecto, estos tres subsistemas que integran el sistema de compras públicas son:

- 1) La licitación abierta, la cual consiste en la convocatoria sin restricciones a todos aquellos interesados en proveer los bienes o servicios requeridos.
- 2) La contratación selectiva, donde se restringe la participación a determinadas empresas previamente seleccionadas.
- 3) La contratación directa, donde, bajo situaciones especiales, se adjudica un contrato a un proveedor sin ningún proceso de concurso.

Es relevante hacer referencia a estos subsistemas y distinguir sus particularidades, ya que operan de manera diferente y, por ello, no pueden ser auditados de la misma forma, por lo que en el subsistema de licitación abierta, se debe revisar si este permite una competencia efectiva e imparcial en la adjudicación de los contratos, en tanto que en los subsistemas de contratación selectiva y directa, la fiscalización debe consistir en verificar que existan mecanismos objetivos y libres de ambigüedades que justifiquen que determinadas compras públicas se lleven a cabo por medio de estos dos procesos.

La descripción detallada de cada uno de los tres subsistemas que integran al sistema de compras públicas se muestra a continuación:

Subsistemas que integran al sistema de compras públicas.

Subsistema	Principales características
a) Licitación abierta	<p>Comprende aquellos procedimientos competitivos de adquisiciones, en los que se solicitan, reciben y evalúan ofertas para la obtención de bienes, obras o servicios, y se adjudican los contratos correspondientes a los licitadores que ofrecen las propuestas más ventajosas. La licitación abierta implica tres fases:</p> <p>La fase anterior a la licitación: en esta los funcionarios encargados de la contratación deben determinar los requisitos técnicos pertinentes para precisar lo que se requerirá del sector privado y en qué momento. La fase anterior a la licitación incluye la planeación del proceso de contratación para establecer: los plazos de la licitación; las etapas del proceso; las restricciones o excepciones a los procesos normalmente aplicables; y la disponibilidad de sistemas y oportunidades de comunicación transparentes entre la entidad encargada de la contratación y los licitadores. Esta fase también incluye la preparación del presupuesto requerido para la licitación.</p> <p>La fase de licitación: incluye la convocatoria a la licitación para la selección del licitante que pasará a ser la otra parte del contrato, mediante la evaluación de las ofertas de venta, así como la adjudicación del contrato, con base en las condiciones estipuladas sobre la forma en que han de proporcionarse los bienes, servicios u obras objeto de contratación.</p> <p>La fase posterior a la licitación: esta fase guarda relación con la administración del contrato, a fin de garantizar el cumplimiento efectivo de las condiciones establecidas. En el curso de la ejecución del contrato continúan existiendo interacciones entre el licitante al que se adjudicó el contrato y las entidades gubernamentales, por ejemplo con respecto a parámetros de referencia, cambios en los pedidos, plazos de pago, concesión de licencias y obtención de permisos, entre otros.</p>

Subsistema	Principales características
b) Contratación selectiva	Abarca los procedimientos en los que solo se permite presentar ofertas de venta a determinadas empresas preseleccionadas que reúnen las condiciones establecidas. Este tipo de procedimientos restringidos presentan ligeras variaciones de acuerdo con los distintos marcos normativos de cada país. Pueden incluir una restricción de las empresas que cumplieron con los requisitos previos tras un anuncio público y sobre la base de criterios de selección. También puede no ser necesario el anuncio público de una oportunidad de contratación, cuando el objeto de la contratación solo puede obtenerse de un número limitado de proveedores.
c) Contratación directa	Comprende los procedimientos con los que el Estado elige directamente al contratista sin concurrencia, puja u oposición de oferentes. En otras palabras, la autoridad adjudicadora contrata a un proveedor, sin previo concurso, no habiendo un procedimiento real de selección. Esta modalidad de aprovisionamiento se encuentra autorizada por las distintas legislaciones en determinados casos y situaciones especiales.

Fuente: elaboración del autor con base en Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2002) y la Organización de las Naciones Unidas (2014).

4. Propuesta de auditoría coordinada para la fiscalización integral de los sistemas de compras públicas

De acuerdo con el Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe (2014), SELA, el análisis de los sistemas de compras públicas en la región de América Latina y el Caribe merece un estudio a nivel nacional del funcionamiento de los procesos de adquisiciones.

Para lograr dicho análisis, desde el ámbito de la fiscalización, es necesaria la cooperación entre las instituciones de fiscalización superiores, a fin de promover la evaluación comparativa y el desarrollo de las mejores prácticas en todas las entidades involucradas (Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores, 2016), lo que permitirá compartir lecciones aprendidas, conocimientos y metodologías, en cuanto a la revisión de las compras públicas se refiere.

Un aspecto clave de esta cooperación serán las auditorías coordinadas que se lleven a cabo para fiscalizar los sistemas de compras públicas. En este tipo de auditorías, cada una de las entidades de fiscalización superiores participante realiza una auditoría y produce su propio informe, pero en virtud de la existencia de objetivos compartidos, contribuye con su trabajo a la producción de un informe consolidado (Entidades Fiscalizadoras Superiores de los países del MERCOSUR y Asociados, 2014).

En el plano internacional, en la 64ª reunión del Comité Directivo de la Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores y en el XXI Congreso de la Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores de 2013, se

creó el Grupo de Trabajo sobre Auditoría de Contratación Pública, WGPPA. Entre las tareas que este grupo de trabajo pretende llevar a cabo, está:

- 1) el análisis de prácticas internacionales y de las bases metodológicas que sustentan la auditoría de contratos públicos;
- 2) el desarrollo de normas para la auditoría de contratos públicos internacionales; y
- 3) la auditoría de contratos públicos de sectores específicos (Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores, 2018).

Cabe señalar que, en el caso de América Latina y el Caribe, a la fecha no se han practicado auditorías coordinadas sobre los sistemas de contrataciones públicas en el marco de la Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores, ni se cuenta con un comité o grupo específico para la fiscalización de estos sistemas, lo que constituye un área de oportunidad aprovechable por parte de las instituciones de fiscalización superiores de la región.

Por ello, en esta investigación se sugiere el llevar a cabo una auditoría coordinada para fiscalizar los sistemas de compras públicas de los países a los que pertenecen las instituciones de fiscalización superiores de la Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores, tomando como base los principios de integridad, transparencia, competencia y participación ciudadana, con la finalidad de contribuir, con esta auditoría, al objetivo principal de la contratación gubernamental, relativo a asegurar la entrega de bienes y la prestación de servicios necesarios para el cumplimiento de las funciones de públicas de una manera puntual, económica y eficiente.

Es importante partir de estos cuatro principios ya que, en conjunto, están orientados a:

- a) garantizar las mejores condiciones al Estado en la adquisición de bienes, servicios y obras, en términos de calidad, oportunidad y precio;
- b) evitar y responder a la materialización de faltas a la integridad y a la ley en las compras; y
- c) detectar y responder a áreas de opacidad en los procesos de contratación.

El objetivo, el alcance y las mejores prácticas que hay que considerar en la auditoría coordinada se presentan a continuación:

Objetivo, alcance y mejores prácticas a considerar en la auditoría coordinada.

Propuesta para fiscalizar los sistemas de compras públicas

Objetivo de la auditoría coordinada	Evaluar, con base en las mejores prácticas internacionales, que los sistemas de compras gubernamentales cuenten con mecanismos de integridad, transparencia, competencia y participación ciudadana para garantizar a los gobiernos nacionales las mejores condiciones de calidad, oportunidad y precio en la adquisición de bienes, servicios y obras.
Alcance de la auditoría coordinada	<p>La auditoría coordinada que debe ser realizada en cada uno de los países que pertenecen a la Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores comprenderá lo siguiente:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Se analizará si la normativa general que regula las compras públicas establece mecanismos de integridad, transparencia, competencia y participación ciudadana. b) Se revisarán los instrumentos implementados por las entidades gubernamentales responsables de regular, gestionar y modernizar las compras públicas; asegurar su transparencia; y promover su competencia. Ello, con la finalidad de garantizar a los gobiernos las mejores condiciones de calidad, oportunidad y precio en la adquisición de bienes, servicios y obras. c) En el subsistema de licitación abierta, se revisará si este permite una competencia efectiva e imparcial en la adjudicación de los contratos. d) En los subsistemas de contratación selectiva y directa, se revisará que existan mecanismos objetivos y libres de ambigüedades que justifiquen que determinadas compras públicas se lleven a cabo por medio de estos dos procesos. e) Se identificarán áreas de opacidad en el sistema de compras públicas que puedan dar lugar a actos de corrupción: soborno de funcionarios públicos, tráfico de influencias, abuso de funciones, enriquecimiento ilícito y colusión.
Mejores prácticas internacionales que deben ser consideradas en la auditoría coordinada	<p>Metodología para la evaluación de los sistemas de compras públicas de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.</p> <p>Guía sobre medidas contra la corrupción en la contratación pública, de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.</p>

Fuente: elaboración del autor.

De esta forma, los cuatro ejes que guiarían la auditoría coordinada son los principios de:

- a) integridad,
- b) transparencia,
- c) competencia y
- d) participación ciudadana.

A continuación, se presenta una descripción de cada uno de estos ejes.

4.1. Integridad en las compras públicas

El principio de integridad consiste en la observancia de valores y el deber de los servidores públicos de actuar con rectitud, lealtad y honestidad, promoviendo la primacía del interés general sobre el particular (Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, 2016: 9.). Es la debida actuación de los servidores públicos, de acuerdo con las normas que evitan la obtención de lucro y el abuso de superioridad que les concede la posición que ostentan (Gorrín Gago, 2016: 12).

En materia de compras públicas, el cumplimiento de las normas debe permitir conseguir las mejores condiciones para el Estado en la adquisición de bienes y servicios (Comisión Federal de Competencia Económica, 2018: 8).

Asimismo, en los procesos de contratación, los servidores públicos responsables deben de actuar de manera íntegra, con apego a los principios y los estándares establecidos en los códigos de ética y de conducta que rigen al servicio público, con objeto de evitar la materialización de riesgos de corrupción en las compras públicas, entre los que se pueden encontrar el soborno, el tráfico de influencias, el abuso de funciones, el enriquecimiento ilícito y la colusión.

4.2. Transparencia en las compras públicas

La transparencia es una característica fundamental de un sistema de contratación apropiado y normalmente incluye lo siguiente:

- a) el anuncio de las oportunidades de contratación y la difusión de las normas conexas;
- b) la conducción de los procesos de contratación de forma pública y visible, de conformidad con las normas y los procedimientos; y
- c) el establecimiento de un sistema de supervisión y aplicación de la normativa aplicable, ya que los sistemas de contratación dependen de la transparencia para que las partes interesadas puedan supervisar el proceso de contratación (Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2014).

De acuerdo con la Alianza para las Contrataciones Abiertas⁴, para garantizar la transparencia en la adquisición de bienes, servicios y obras por parte de los gobiernos es necesario que en las contrataciones:

- a) La información, desde su planeación hasta su implementación y evaluación, sea pública, de manera oportuna.
- b) La información se encuentre disponible en datos abiertos para que cualquier ciudadano pueda reutilizarla de forma ágil y sencilla.
- c) Existan mecanismos y canales para que ciudadanos y empresas aporten ideas e información que conduzca a un mejor gasto y mejores servicios públicos (Alianza para las Contrataciones Abiertas, 2018).

4.3. Competencia en las compras públicas

La competencia en la contratación pública significa, por lo general, que dos o más participantes actúan independientemente y concursan para hacerse con el contrato propuesto por la entidad contratante ofreciendo las condiciones

4 Es una iniciativa mexicana conformada por representantes del gobierno, la sociedad civil y el sector privado que busca colaborar para la implementación efectiva del «estándar de datos de contrataciones abiertas en el país».

más favorables. La competencia es un factor decisivo para los gobiernos, a fin de lograr la mejor relación entre calidad y precio. En particular, tiene como resultado una reducción del precio y una mayor calidad de los bienes, servicios y obras adquiridas (Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2014).

La falta de competencia en los procedimientos de contratación pública está asociada con la utilización ineficiente de los recursos públicos, ya que podría resultar en la adquisición de productos o servicios más costosos de lo que podrían conseguirse con competencia, con especificaciones técnicas superfluas o excesivas, o en el extremo contrario, de calidad menor a la requerida, con defectos ocultos o inservibles (Comisión Federal de Competencia Económica, 2018: 10).

En el caso de que las entidades adjudicadoras recurran a un método de contratación distinto del de la licitación abierta, es necesario que estas argumenten las razones y circunstancias que hayan justificado su recurso a dicho método (Organización de las Naciones Unidas, 2014: 33).

4.4. Participación ciudadana en el análisis de la integridad de las compras públicas

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2009) señala que, en la actualidad, los gobiernos hacen cada vez más partícipes a los miembros de la sociedad civil en el análisis de la integridad del proceso de contratación pública.

Un ejemplo, es la figura de los «testigos sociales», los cuales son terceros considerados como partes sin conflicto de intereses en los procedimientos de contratación. Su tarea consiste en observar el proceso de licitación con el fin de transparentarlo (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, 2015b).

Los testigos sociales son personas físicas u organizaciones que, a solicitud de las dependencias y entidades de la Administración pública, participan con derecho a voz en las contrataciones, emitiendo al término de su participación un testimonio sobre su desarrollo, el cual debe incluir sus observaciones y, en su caso, recomendaciones (Diario Oficial de la Federación, 2004).

Un ejemplo de ello es la Academia de Contratación Pública de México (2018), la cual tiene por objeto efectuar actividades de observación y testificación a los procedimientos de contratación que realizan las entidades de la Administración pública.

5. Mejores prácticas que hay que considerar en la fiscalización de los sistemas de compras públicas

Entre las mejores prácticas internacionales que se podrían tomar como referencia en la auditoría coordinada propuesta a los sistemas de compras públicas, se encuentran los dos documentos siguientes:

- 1) Mejores prácticas que hay que considerar en la auditoría coordinada a los sistemas de compras públicas.

Mejores prácticas	Elementos a que hay que considerar en la fiscalización
Guía sobre medidas contra la corrupción en la contratación pública, de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.	<p>Medidas sugeridas por la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito para el análisis de la contratación pública:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) Difusión pública de información y formulación previa de las condiciones de participación. 2) Aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones. 3) Mecanismos eficaces de examen interno. 4) Responsabilidades del personal encargado de la contratación pública.
Metodología para la evaluación de los sistemas de compras públicas, de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.	<p>Pilares establecidos por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos para evaluar los sistemas de compras públicas:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) Pilar I. Marco legal, regulatorio y de políticas. 2) Pilar II. Marco institucional y capacidad de gestión. 3) Pilar III. Operaciones de adquisiciones públicas y prácticas de mercado. 4) Pilar IV. Rendición de cuentas, integridad y transparencia del sistema de compras públicas.

Fuente: Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2014) y Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2016).

Estas mejores prácticas desarrolladas por la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos son pertinentes para definir los instrumentos marco que se utilizarían en la auditoría coordinada a los sistemas de compras públicas de los países que pertenecen a la Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores. Tales prácticas son: la matriz de planificación, el programa detallado de trabajo y la matriz de hallazgos.

Conclusión

El modelo desarrollado en esta investigación es de utilidad para que las entidades de fiscalización superiores de América Latina y el Caribe fiscalicen, de manera integral, los elementos que componen los sistemas de compras

públicas, a fin de evaluar si estos cuentan con mecanismos de integridad, transparencia, competencia y participación ciudadana para garantizar a los gobiernos nacionales las mejores condiciones de calidad, oportunidad y precio en la adquisición de bienes, servicios y obras, con la finalidad de lograr el objetivo principal de la contratación gubernamental, relativo a asegurar la entrega de bienes y la prestación de servicios necesarios para el cumplimiento de las funciones de públicas de una manera puntual, económica y eficiente.

La propuesta de llevar a cabo una auditoría coordinada a los sistemas de compras públicas cobra especial relevancia en la región, debido a los indicios de sobornos detectados por la Sección de Fraude del Departamento de Justicia de los Estados Unidos (2016), la cual determinó que, en el período 2001 2016, el consorcio multinacional de construcción Odebrecht, mediante su División de Operaciones Estructuradas, pagó 788 millones de dólares a funcionarios públicos para asegurar una ventaja indebida con el fin de obtener y mantener contratos de obra pública en 12 países, de los cuales 9 pertenecen a la región –Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Panamá, Perú y Venezuela–.

Cabe señalar que esta investigación se enfocó en los cuatro principios que deben cumplir los sistemas de compras públicas:

- a) integridad,
- b) transparencia,
- c) competencia y
- d) participación ciudadana.

Sin embargo, también existen otros cuatro aspectos que intervienen en estos sistemas y que se constituyen en nuevas y futuras líneas de investigación:

- 1) Los sistemas electrónicos de contratación pública.
- 2) Las compras públicas sostenibles en el marco de los «objetivos de desarrollo sostenible» que integran la Agenda 2030, para que los procesos de contratación no dejen de lado una visión de largo plazo y tomen en consideración los principios de equidad e inclusión.
- 3) Los resultados de las compras públicas como política de fomento a los sectores industrial, comercial y de servicios, en particular a las mipymes.
- 4) La incorporación de mecanismos en los sistemas de compras públicas, como la cláusula anticorrupción de la Cámara de Comercio Internacional para combatir este fenómeno en los procesos de contratación. El propósito de incluir dicha cláusula en los modelos de contratos es manifestar el verdadero compromiso y voluntad de tener un entorno de negocios abierto y transparente.

Referencias

- **Academia de Contratación Pública de México. (2018).** *Actividades, observación y testificación.* <http://www.contratacionpublica.mx/actividades/observacion-y-testificacion.html>
- **Alianza para las Contrataciones Abiertas. (2018).** *¿Qué distingue una contratación abierta de una cerrada?.* <https://www.contratacionesabiertas.mx>
- **Castrejón García, G. E. (2010).** *Derecho administrativo.* Cárdenas Velasco Editores.
- **Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo. (2016).** *Carta iberoamericana de gobierno abierto.* Adoptada por la XXV Cumbre Iberoamericana de jefes de Estado y de Gobierno. <https://clad.org/wp-content/uploads/2020/10/2-Carta-Iberoamericana-de-Gobierno-Abierto-2016-CLAD.pdf>
- **Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (2002).** *Manual de licitaciones públicas.* <https://www.cepal.org/es/publicaciones/5583-manual-licitaciones-publicas>
- **Comisión Federal de Competencia Económica. (2018).** *Agenda de competencia para un ejercicio íntegro en las contrataciones públicas.* <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/07/cpc-contratacionespublicas.pdf>
- **Departamento de Justicia de Estados Unidos. (2016).** *Informe del Departamento de Justicia de Estados Unidos sobre las coimas de Odebrecht.* <https://es.scribd.com/document/334822893/ACTA-Odebrecht-Departamento-de-Justicia-de-Estados- Unidos>
- **Diario Oficial de la Federación. (2004).** *Acuerdo por el que se establecen los lineamientos que regulan la participación de los testigos sociales en las contrataciones que realicen las dependencias y entidades de la Administración pública federal.* http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=754043&fecha=16/12/2004
- **Entidades Fiscalizadoras Superiores de los países del MERCOSUR y asociados. (2014).** *Guía para la realización de auditorías coordinadas.* <https://efsur.org/wp-content/uploads/Gu%C3%ADa-metodologica-para-auditorias-coordinadas-v1.pdf>
- **Gabay, G. (2016).** *Teoría de los sistemas.* Universidad de Palermo.

- **Gorrín Gago, S. (2016).** *La integridad en los contratos del sector público: especial referencia al principio de transparencia.* Universidad de La Laguna. <http://riull.ull.es/xmlui/handle/915/2569>
- **Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2014).** *Guía sobre medidas contra la corrupción en la contratación pública y en la gestión de la hacienda pública. Buenas prácticas para lograr el cumplimiento del artículo 9º de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.* https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2014/14-04933_ebook.pdf
- **Organización de las Naciones Unidas. (2004).** *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.* Aprobada por resolución 58/4, de 31 de octubre de 2003, de la Asamblea General. https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Convencion_de_las_NU_contra_la_Corrupcion.pdf
- **Organización de las Naciones Unidas. (2014).** *Ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, sobre la Contratación Pública.* https://uncitral.un.org/es/texts/procurement/modellaw/public_procurement
- **Organización de los Estados Americanos. (s.f.).** *Sistema de información sobre comercio exterior de la Organización de los Estados Americanos, Diccionario de Términos de Comercio.* http://www.sice.oas.org/dictionary/gt_s.asp
- **Organización de los Estados Americanos. (1997).** *Convención Interamericana contra la Corrupción (B-58).* http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corrupcion.pdf
- **Organización de los Estados Americanos. (2018).** *Compromiso de Lima «Gobernabilidad democrática frente a la corrupción».* http://www.sela.org/media/3205210/compromiso_lima_viii-cumbre-americas.pdf
- **Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores. (2016).** *ISSAI draft 5800, Guide on Cooperative Audits.* https://www.intosaicbc.org/wp-content/uploads/2015/08/ISSAI-5800-final-draft_clean.pdf
- **Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores. (2018).** *Grupo de trabajo sobre auditoría de contratación pública.*
- **Organización Mundial del Comercio. (2014).** *Acuerdo revisado sobre contratación pública.* https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/rev-gpr-94_01_s.pdf
- **Organización Mundial del Comercio. (2015).** *Acuerdo sobre contratación pública, abrir mercados y promover la buena gobernanza.* https://www.wto.org/spanish/thewto_s/20y_s/gpa_brochure2015_s.pdf

- **Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2009).** *Integridad en la contratación pública. Buenas prácticas de la A a la Z.* https://www.oecd-ilibrary.org/governance/la-integridad-en-la-contratacion-publica_9789264085084-es
- **Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2015a).** *Recomendación del Consejo sobre contratación pública.* <https://www.oecd.org/gov/ethics/OCDE-Recomendacion-sobre-Contratacion-Publica-ES.pdf>
- **Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2015b).** *Combate a la colusión en los procesos de contratación pública en México.* <https://www.oecd.org/daf/competition/CombateColusiónContrataciónPública-México-InformeCFE-2015.pdf>
- **Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2016).** *Metodología para la evaluación de los sistemas de compras públicas (MAPS).* https://www.oecd.org/gov/public-procurement/ES_MAPS_Draft_consultation.pdf
- **Red Interamericana de Compras Gubernamentales. (2017).** *Informe de la XIII Conferencia Anual de Altas Autoridades.* http://ricg.org/wp-content/uploads/legacy_content/archivos/Contenidos/es/663/Informe%20resumen%20XIII%20Conferencia%20Anual%20de%20Altas%20Autoridades%20RIGG.pdf
- **Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe. (2014).** *Las compras públicas como herramienta de desarrollo en América Latina y el Caribe.* <http://www.sela.org/es/centro-de-documentacion/base-de-datos-documental/bdd/28495/las-compras-publicas-como-herramienta-de-desarrollo-en-america-latina-y-el-caribe-1>
- **Valdés Hernández, L. A. (1999).** El enfoque de análisis de sistemas y la administración para la calidad. *Revista Contaduría y Administración*, (195), 49-63. <http://www.ejournal.unam.mx/rca/195/RCA19505.pdf>

Normativa

- **Ley N° 340-06, sobre compras y contrataciones de bienes, servicios, obras y concesiones.** Promulgada el 18 de agosto de 2006 por el presidente de la República Dominicana. <https://dgii.gov.do/legislacion/leyesTributarias/Documents/Leyes%20de%20Instituciones%20y%20Fondos%20de%20Terceros/340-06.pdf>