

20.282945

MAG
G693d
2021



**EL DEBER DEL ESTADO DE IDENTIFICAR AL BENEFICIARIO FINAL DE SUS
PROVEEDORES**

Justificación jurídica para la creación de un registro público

TESIS PARA OPTAR AL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN DERECHO

LAURA GONZÁLEZ NAVARRO
Profesor Guía: Rodolfo Herrera Bravo
Valparaíso, Chile.
Junio, 2021.

ÍNDICE

Tabla de abreviaturas.....	3
Resumen.....	5
1. Introducción.....	7
2. Capítulo Primero: El Beneficiario final en el sector de compras públicas.....	9
1. Título I: El Beneficiario Final en el sector público.....	9
2. Título II: Concepto de beneficiario final y situación en Chile.....	19
A. Criterio de la <i>participación</i> para determinar la identidad del beneficiario final en una sociedad.....	22
B. Criterio del <i>control efectivo</i> para determinar la identidad del beneficiario final en una sociedad.....	23
B.1) Situación en Chile sobre el criterio “control efectivo”.....	25
a. Similitudes entre la Circular N° 57/2017 y la LMV.....	27
b. Diferencias entre la Circular N° 57/2017 y la LMV.....	29
3. El Beneficiario Final en los Proveedores del Estado.....	31
A. La contratación pública en Chile. Ley N° 19.886 y DS N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda.....	31
B. La importancia de identificar al beneficiario final en relación a la inhabilidad del artículo 4 inciso 6 de la Ley de Compras.....	33

TABLA DE CONTENIDO

4. Capitulo Segundo: Importancia de identificar al beneficiario final en ámbitos relevantes de nuestra sociedad.....44

 I. La importancia de identificar al beneficiario final en relación a la libre competencia.....44

 II. La importancia de identificar al beneficiario final en relación a la transparencia en el sector público.....55

 III. La importancia de identificar al beneficiario final en relación a la probidad en el sector público.....71

 IV. El tratamiento del Beneficiario Final en la normativa de protección de datos personales.....88

5. Conclusiones.....118

6. Bibliografía.....129

TABLA DE ABREVIATURAS

1. Infra: Mas adelante
2. Cfr o Cf. : Referencia general a la idea de un autor
3. pp. : Páginas
4. Vid. : Véase
5. V.gr. : Verbi gracia o por ejemplo.
6. N°: número.
7. i.p : INPRINCIPIO o principio del texto.
8. CPR: Constitución Política de la República.
9. Ley de Compras: Ley de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios (N° 19.886)
10. Reglamento: Decreto 250 del Ministerio de Hacienda que aprueba el reglamento de la ley 19.886 de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios (N° 19.886)
11. LOCBGAE: Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (N° 18.575)
12. Ley sobre probidad: Ley sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos de interés

13. DIP: Declaración de intereses y patrimonio.
14. Ley de presupuestos 2020: Ley de presupuestos del sector público correspondiente al año 2020 (N° 21.192)
15. Ley de transparencia: Ley sobre acceso a la información pública (N° 20.285)
16. Ley de protección de datos: Ley de protección de datos de carácter personal (N° 19.628)
17. Supra: La idea se encuentra desarrollada en páginas anteriores.
18. LA/FT: Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo
19. UAF: Unidad de Análisis Financiero
20. GAFI: Grupo de Acción Financiero Internacional
21. GAFILAT: Grupo de Acción Financiero Internacional Latinoamericana
22. RES: Registro de Empresas y Sociedades.
23. LMV: Ley de Mercado de Valores
24. BF: Beneficiario Final
25. UTP: Unidad Temporal de Proveedores
26. CGR: Contraloría General de la República
27. TDLC: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

RESUMEN

Este trabajo tiene por objeto explicar por qué el Estado tiene la obligación de identificar al (los) beneficiario (s) final (es) de los proveedores que contratan con la Administración Pública, y la justificación jurídica para la creación de un registro público de dichos beneficiarios finales, ya que éstos, actualmente, se mantienen en un régimen de opacidad. Este anonimato puede dar lugar a importantes conflictos de interés, vulneración al principio de probidad, transparencia, atentados contra la libre competencia, fraudes, creación de empresas de papel, colusiones, concentraciones de mercado, etc. Para lo anterior, será necesario definir lo que debemos entender por “Beneficiario Final” y explicar la importancia de su identificación en los proveedores del Estado, particularmente, de aquellas personas jurídicas que contratan con la Administración Pública por medio de los procedimientos de contratación regulados en la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, N° 19.886 y su respectivo Reglamento, aprobado por el Decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda. Dicha obligación encuentra sustento tanto en el Principio de Transparencia como en el de Probidad, pero la legislación actual en materia de protección de datos personales exige que la creación de dicho registro sea por ley, debiendo, por tanto, existir una modificación legal en este sentido para que el órgano competente de recopilar esta información pueda posteriormente también publicarla por medio de un registro público.

En un primer capítulo, se pretende explicar la problemática, es decir, cuál es la legislación actual en materia de beneficiario final en compras públicas, si existe realmente la obligación de identificar el beneficiario final, qué herramientas ha entregado el legislador a la administración pública para cumplir con esta tarea y cuál es la justificación jurídica detrás de, no solo identificar al beneficiario final de los proveedores del Estado, sino que también de publicar estos antecedentes por medio de la creación de un registro público.

Para entender la problemática, primero explicaré el tratamiento del beneficiario final en el sector público, posteriormente, qué debe entenderse por “Beneficiario Final”, toda vez

que no es un concepto definido en la ley, y para aquello, se tomará como referencia, la definición que da la Unidad de Análisis Financiero, la cual no ha estado exenta de problemas en cuanto a su aplicación en nuestra legislación, y entregaré un concepto propio de beneficiario final el cual puede ser aplicable al sistema de compras públicas.

Una vez explicado el rol que cumple el beneficiario final en el sector público y entregado un concepto aplicable específicamente a compras públicas, explicaré cual es el tratamiento que se le ha dado al “Beneficiario Final” en el sistema de compras públicas.

En este sentido, la problemática se abarcará en dos etapas, en primer lugar, en cuanto al deber que tiene el Estado de identificar al beneficiario final en el sistema de compras públicas, para lo cual será necesario analizar el rol que tiene tanto la administración pública como el proveedor dentro de este sistema, para identificar al beneficiario final. Y, en segundo lugar, en cuanto a la publicación de dichos antecedentes y la justificación jurídica de crear un registro público, para lo cual se realizará un análisis de la normativa actual en materia de protección de datos personales, y si ésta permite o no la creación de dicho registro público.

Finalmente, se buscará explicar cuáles han sido los avances, en materia normativa, que el Estado ha impulsado en esta materia, y si estos, han sido suficientes para solucionar o al menos avanzar, a la solución del problema.

Palabras Claves: Compras Públicas- Beneficiario Final- Principio de probidad- Principio de Transparencia- Libre competencia.

1) INTRODUCCIÓN

La Administración Pública, con la finalidad de cumplir con las funciones que la ley le encomienda y prestar el servicio a la ciudadanía, debe, necesariamente contar con una serie de insumos.

En este sentido, la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios (N° 19.886), en adelante, “Ley de Compras”, y su respectivo Reglamento, el Decreto Ley N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, en adelante “Reglamento”, han regulado los procedimientos por medio de los cuales los órganos de la Administración del Estado deben proveerse de dichos bienes y servicios.

La Ley de Compras creó la institución Dirección de Compras y Contratación Pública, en adelante, “ChileCompra”, el cual es un servicio público descentralizado, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República, a través del Ministerio de Hacienda (Artículo 28). Esta institución es quien tiene, bajo su administración, la plataforma transaccional que reúne a los compradores públicos y la oferta de miles de proveedores, llamada “Mercado Público” (www.mercadopublico.cl).

Según lo informado por ChileCompra, en dicha plataforma de comercio electrónico se realiza un alto volumen de transacciones, “superando los 13 mil millones de dólares anuales (8,4 millones de millones de pesos), y que equivale al 19% del Presupuesto Nacional”. <https://www.chilecompra.cl/que-es-chilecompra/que-hacemos/>. [Consultado el 24 de marzo de 2021]

ChileCompra tiene a su cargo un registro electrónico oficial de contratistas de la Administración, en el cual se pueden inscribir todas las personas naturales o jurídicas, chilenas y extranjeras que no tengan causal de inhabilidad para contratar con los organismos del Estado, este registro es voluntario, público y se rige por la Ley de Compras y su respectivo Reglamento.

Dicho registro tiene por objeto registrar y acreditar antecedentes, historial de contratación con las entidades, situación legal, financiera, idoneidad técnica, así como la existencia de causales de inhabilidad. Para lo anterior, y según lo establece el artículo 91 del Reglamento, “*Los proveedores que deseen inscribirse en el Registro deberán presentar los documentos que acrediten su existencia legal y su situación financiera*”, es decir, en caso que, el proveedor del Estado sea una persona jurídica, dichos antecedentes, permitirían identificar su *estructura societaria* y eventualmente, el *beneficiario final* detrás de estas sociedades.

Es importante hacer presente que en dicha plataforma de comercio electrónico operan alrededor de 850 organismos públicos, en calidad de “compradores” y más de 114.000 proveedores. Como antecedente, a diciembre de 2019 existía un total de 71.773 proveedores que poseían contrato o servicio vigente en el Registro de Proveedores.

Ahora bien, atendida la gran cantidad de recursos públicos que se encuentran comprometidos en la contratación administrativa, es relevante conocer quien es realmente la(s) persona (s) que obtienen, finalmente, el beneficio producto de la celebración de un contrato de suministro de bienes o prestación de servicios realizado con el Estado, sobre todo considerando que “*el sector de las compras públicas son el espacio con mayor disponibilidad de datos para analizar riesgos de ineficiencia o posible corrupción en el ejercicio de recursos públicos*” (Mora, 2019: p.3).

Es importante destacar que si bien, las personas jurídicas que contratan con el Estado, en primera instancia, se entiende que no son funcionarios públicos y por tanto, no les es aplicable el principio de probidad que rige a la Administración Pública, podría darse el supuesto que los socios de una persona jurídica que actúa como “proveedor” del Estado sea funcionario público, existiendo una inhabilidad para contratar, según lo detallaré más adelante, y en ese sentido es importante “identificar” quiénes se están beneficiando con la celebración de dicho contrato. Lo anterior, no solo podría derivar en conductas que atenten contra la probidad, sino que incluso atentados contra la libre competencia. No bastando lo anterior, es un tema que incide directamente en materia de transparencia, ya que detrás del proceso de

contratación administrativa hay un interés general y en ese sentido la ciudadanía tiene derecho a conocer el destino de los recursos públicos involucrados.

Sin perjuicio de lo anterior, nuestra legislación actual en materia de protección de datos personales, particularmente la ley N° 19.628, no contempla la posibilidad de crear este registro ya que no existe un órgano público facultado para ese efecto que constituya una excepción a la protección de los datos personales de los proveedores.

En este sentido, tanto el Consejo para la Transparencia como la Contraloría General de la República han señalado que el órgano público que cree ese registro debe estar facultado por ley para ese efecto.

Así, esta investigación busca no solo relevar la importancia de identificar al beneficiario final en los proveedores del Estado, sino que también proponer mecanismos que nos permitan cumplir con esta tarea, particularmente, la creación de un registro público que permita compartir información sobre las estructuras societarias de los proveedores del Estado, con el objetivo principal de facilitar la identificación del beneficiario final, y además permitir a la ciudadanía ejercer un control social que permita evitar la presencia de inhabilidades, actos de corrupción, potenciales conflictos de interés e incluso atentados contra la libre competencia.¹

2) **Capítulo Primero: El Beneficiario Final en el sector de compras públicas**

1. Título I: El Beneficiario Final en el sector público.

Si bien, como veremos más adelante, el concepto y la información relativa a lo que llamaremos “Beneficiario Final” es una materia que se trata únicamente en el sector económico-financiero de nuestro país, igualmente se ha hecho alusión al concepto de “beneficiario final” de las personas jurídicas dentro de la Administración Pública y particularmente, en los proveedores del Estado.

¹ En este sentido, el GAFI ha señalado que “*El uso indebido de vehículos corporativos podría reducirse significativamente si la información respecto al propietario legal y beneficiario final, el origen de los activos del vehículo corporativo, y sus actividades estuviera disponible para las autoridades*” (GAFI, 2014: p.3)

En primer lugar, en la Ley sobre Probidad en la Función Pública y Prevención de los Conflictos de Interés, N° 20.880. Esta ley en su “Mensaje” señala que, por medio de la dicitación de la ley N° 20.050, la cual provoca, por medio de una Reforma Constitucional, una serie de modificaciones a nuestra Constitución Política de la República, se le da reconocimiento constitucional al Principio de Probidad, particularmente, en su artículo 8 inciso 1 de la Carta Fundamental, como una de nuestras bases de la institucionalidad, principio que será desarrollado más adelante.

En dicho Mensaje se señaló que la fiscalización de dicho principio radica, esencialmente, en los propios órganos de la administración o en órganos de carácter independiente, como lo son los Tribunales de Justicia, pero señaló que, sin perjuicio de ello, el mejor fiscalizador a dicho principio es la propia ciudadanía, quien tendría mayores incentivos para denunciar y perseguir actos de corrupción.

Ahora bien, es evidente que, para que dicha fiscalización por parte de la ciudadanía pueda concretarse, es necesario que ésta pueda acceder a cierta información de las autoridades, con el fin de perseguir las responsabilidades administrativas correspondientes.²

La declaración de patrimonio e intereses, exigible a diversos funcionarios públicos, consagra, según lo dispuesto en el artículo 7 letra e) de la Ley N° 20.880, la obligación de declarar *“Toda clase de derechos o acciones de cualquier naturaleza, que tenga el declarante en comunidades, sociedades o empresas constituidas en Chile, con indicación del nombre o razón social, giro registrado en el Servicio de Impuestos Internos, porcentaje que corresponde al declarante en dichas entidades, la cantidad de acciones, fecha de adquisición de*

² “La historia de la Ley N° 20.880 sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos de intereses, indicó que *“uno de los mecanismos que permite a la ciudadanía tener acceso a ese tipo de información es la declaración pública de intereses y de patrimonio de las autoridades y de ciertos funcionarios públicos. Si esa información es de conocimiento de cualquier interesado, éste podrá contrastar la actuación de la autoridad o del funcionario con su correspondiente deber legal. De esa forma se fomenta la transparencia en la Administración y se disminuye la práctica del secretismo”* (Biblioteca del Congreso Nacional, 2018: p.4).

las acciones o derechos y el valor corriente en plaza o, a falta de éste, el valor de libro de la participación que le corresponde. También debiera incluirse los derechos o acciones que la autoridad o funcionario declarante tenga en sociedades u otras entidades constituidas en el extranjero, indicando los datos que permitan su adecuada singularización y valorización”. (Lo destacado es nuestro)

Seguidamente agrega *“Cuando los derechos o acciones de que sea titular el declarante le permitan ser controlador de una sociedad, en los términos del artículo 97 de la Ley N° 18.045, o influir decisivamente en la administración o en la gestión de ella en los terminos del artículo 99 de la misma ley, tambien deberán incluirse los bienes inmuebles, derechos, concesiones y valores a que se refieren las letras b), c) y f) de este articulo, y los derechos y acciones de que trata esta letra que pertenezcan a dichas comunidades, sociedad o empresas en los terminos referidos precedentemente”.* (Lo destacado es nuestro).

La información exigida, permite identificar la estructura societaria de la persona jurídica y de esa forma determinar quien es el (los) **beneficiario (s) final (es)**, ya sea por el porcentaje de participación que ésta posee en los derechos o acciones o bien si ejerce un control efectivo sobre ella.

“Determinar quien tiene la calidad de beneficiario final en una sociedad puede ser complejo y depende en gran medida del tipo y forma que adopta la estructura jurídica de la que se trata” (Toso,2019; p.301).

En este mismo sentido, y trasladándonos al sector económico-financiero, donde se regula detalladamente esta materia, la Unidad de Análisis Financiero, en adelante UAF, quien es un servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que se relaciona con el Presidente de la República, a través del Ministerio de Hacienda y cuyo objetivo es prevenir e impedir la utilización del sistema financiero, y de otros sectores de la actividad económica chilena, para la comisión de los delitos de lavado de activos (LA) y financiamiento del terrorismo (FT), siguiendo con las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), realiza la identificación del beneficiario final como una “medida de debida diligencia” que deben realizar los sujetos obligados con sus clientes.

Dentro de estas recomendaciones, el GAFI señala que estas medidas de debida diligencia deben cumplirse en función del “riesgo” asociado al Lavado de Activo o Financiamiento del Terrorismo que representa cada cliente. En este sentido, la UAF hace alusión a aquellos beneficiarios finales que tienen la calidad de “Personas Expuestas Políticamente” (PEP), las cuales son definidas por la UAF como *“Los chilenos o extranjeros que desempeñan o hayan desempeñado funciones públicas destacadas en un país, hasta a lo menos un año de finalizado el ejercicio de las mismas”*.

Las PEP son sujetos usualmente considerados clientes de riesgo de LA/FT, por el peligro que conllevaría, de haberla, su vinculación con actos de corrupción y, en consecuencia, por la posibilidad que existe de que intenten instrumentalizar a los sujetos obligados para lavar activos provenientes de dichos actos. Por lo mismo, se trata de hipótesis en que han de aplicarse medidas de diligencia debida “reforzadas”, contempladas en la Circular UAF N°57/2017, estas medidas se encuentran en la sección IV de la Circular UAF N°49/2012, las cuales son a) Establecer sistemas apropiados de manejo del riesgo para determinar si un posible cliente, un cliente o el beneficiario final es o no una PEP; b) Obtener y exigir, si corresponde, aprobación de la alta gerencia para establecer relaciones comerciales con una PEP, o que ha pasado a tener esta calidad cuando la relación comercial es previa a dicha condición; c) Tomar medidas razonables para definir la fuente de la riqueza, la fuente de los fondos de los clientes y beneficiarios reales identificados como PEP, y el motivo de la operación; d) Implementar procedimientos y medidas de debida diligencia continua sobre la relación comercial establecida con una PEP. (Toso, 2019; p.325).

En este caso nos estamos situando en el escenario de que un cliente-persona jurídica declare, o bien se identifique como beneficiario final a una PEP. Por tanto, si estas directrices las incorporamos a la identificación del beneficiario final en el sector público, estaríamos ante un escenario de extremo riesgo, toda vez que los “clientes”, que en este caso son funcionarios públicos obligados a realizar DIP, por regla general, son PEP, y en ese sentido se deberían tomar todas las medidas de debida diligencia necesarias para evitar actos de corrupción o conflictos de interés.

En cuanto al procedimiento para identificar la información, la UAF provee a los sujetos obligados un formulario, el que debe ser relleno, de buena fe, por los clientes. En cuanto a la oportunidad en que debe cumplirse con esta obligación de identificar al beneficiario final, ha señalado que siempre debe ser ANTES de establecer una relación contractual o legal con el sujeto obligado. Lo anterior, ya que según lo establecido por las recomendaciones del GAFI, *“los países deben asegurar que existan mecanismos establecidos de manera tal que una autoridad competente pueda determinar, a tiempo, el beneficiario final de una sociedad mercantil”*. (GAFI, 2014. p.18).

Ahora bien, una vez que el cliente hace entrega de esta información al sujeto obligado, éste tiene la obligación de verificarla, y en este sentido la UAF ha señalado *“El sujeto obligado deberá tomar medidas razonables para verificar la información declarada por el cliente persona jurídica o estructura jurídica referente a su(s) beneficiario (s) final (es), pudiendo siempre solicitar al mismo cliente documentación adicional, o recurrir a otras fuentes legales de información para verificar, dentro de sus posibilidades organizacionales y legales, la veracidad de lo declarado por el cliente”* (Unidad de Análisis Financiero (UAF, 2017: p.4)

En base a lo anteriormente señalado, y aplicando esto al sector público, hay que hacer presente que tratándose de las **“posibilidades organizacionales”**, que se traduce con el tamaño y los recursos que cuenta el sujeto obligado para cumplir con la obligación de identificar al beneficiario final, el sector público cuenta con órganos públicos dotados de personal calificado para realizar esta tarea, o bien, en caso de que lo que existe actualmente fuera insuficiente, podría disponer de recursos públicos para cumplirla, toda vez que se trata de velar por el principio de probidad, la cual es una base de la institucionalidad del Estado, y en ese sentido, se justificaría plenamente el gasto público.

Por otro lado, en cuanto a las **“posibilidades legales”**, en el sector público, existirían muchísimos mecanismos adicionales, con los que no cuenta el sector económico-financiero, toda vez que la Administración Pública esta dotada de facultades y atribuciones legales mucho mas intrusivas que permitirían verificar la información aportada. En el caso concreto de

las DIP, la encargada de fiscalizar la veracidad es la Contraloría General de la República, quien como se verá mas adelante, cuenta con todas las facultades necesarias para verificar, con los organismos relacionados, la información otorgada por el declarante-funcionario público.

Por lo anterior, es tremendamente importante perfeccionar los mecanismos que nos permiten identificar el beneficiario final en el sector público, como lo es la Declaración de Intereses y Patrimonio, la cual permite identificar inhabilidades de los proveedores para contratar con la Administración Pública, como se desarrollará más adelante.

En conclusión, para identificar al beneficiario final de una persona jurídica en la cual participa un funcionario público, se aplica lo dispuesto en el sector económico-financiero, particularmente, lo que establece el legislador en la Ley de Mercado de Valores N° 18.045, como se analizará mas adelante.

Ahora bien, considerando nuestra legislación vigente en esta materia, también es importante hacer presente que nuestro sistema de constitución de sociedades presenta otras complejidades que nos dificultan la identificación del beneficiario final, toda vez que con la Ley N ° 21.659, la cual simplifica el régimen de constitución, modificación y disolución de las sociedades comerciales, todo a través del Registro de Empresas y Sociedades, en adelante, “RES”, ha traído como consecuencia un aumento considerable en la constitución de sociedades que solo tienen por objeto esconder a personas naturales que son las reales beneficiarias en una determinada operación. Lo anterior, se da por la precariedad de formalidades exigidas y la prescindencia de un abogado para su constitución, modificación o disolución. En este sentido, para la constitución de este tipo de sociedades no se deben realizar tramites notariales ni inscripciones ante el Registro de Comercio.

Incluso, en el registro tradicional, esto es aquel que requiere de la inscripción de la sociedad en el Registro de Comercio correspondiente, también existen formas de disuadir el “Beneficiario Final”, solo a modo ejemplar, ya que no es objeto de estudio de esta investigación, en el caso de las sociedades de capital, donde lo que fundamentalmente interesa es el

aporte que realicen los accionistas, como las Sociedades Anónimas, en comandita por acciones y la SpA, existe un “Registro de accionistas”, en el cual se debe dejar constancia en caso de que algún accionista transfiera todo o parte de sus acciones, siendo responsabilidad de cada accionista mantener su información en el Registro de accionistas debidamente actualizada (artículo 8, Ley N° 18.046). Por lo anterior, se podría constituir una SpA con la finalidad de convertir esa persona jurídica en proveedor del Estado, siendo yo la única socia, pero con posterioridad puedo vender la mitad de mis acciones a un tercero, quien puede estar afecto a alguna inhabilidad para contratar con la Administración Pública. El problema se genera porque dicha transferencia de acciones, para su perfeccionamiento, solo requiere ser inscrita en el Registro de Accionistas,

La transferencia de acciones de una S.A. y SpA se lleva a cabo mediante un título traslativo, un modo de adquirir el dominio y la inscripción en el RdA. De acuerdo con el reglamento de la ley N° 18.046 la cesión de acciones produce sus efectos para la sociedad y los terceros **desde que se inscriben en el RdA**, en virtud del contrato de cesión y del título de las acciones. Entonces, el título solo representa los derechos del accionista, los que han sido adquiridos mediante la cesión de acciones entre cedente y cesionario y la entrega del título a este último. Por su parte, la inscripción "*constituye, el antecedente básico del principio registral de tracto sucesivo o continuo, tendiente a que la serie de anotaciones registrales esté debidamente encadenada, de suerte que cada acto de disposición aparezca derivado de la voluntad del titular inscrito*" (Vásquez, 2013: p.402)

En otras palabras, basta inscribir la transferencia de acciones en el RdA, más no informarlo al Registro de Comercio, por lo que la Administración Pública no tiene como saber si existe en dicha sociedad un tercero con inhabilidad, siendo relevante establecer mecanismos y exigencias para los proveedores que nos permita identificar no solo al beneficiario final sino que, en ese análisis, poder determinar inhabilidades .

En relación a lo anterior, existen, además, mecanismos para disuadir al “Beneficiario Final” de una sociedad, a saber, “*Para ocultar la identidad de las personas naturales que son titulares reales de los fondos y/o controladores de la persona jurídica, se han empleado*

frecuentemente sociedades de capital, en las que se suele dar una preponderancia menor a los socios con respecto a la existencia, configuración, régimen jurídico y responsabilidad de la sociedad” (Toso, 2019: p.307).

Ahora bien, todo lo anterior es mucho más probable que ocurra en sociedades que no se encuentran sujetas a fiscalización de las autoridades, como ocurre con las sociedades que no transan sus valores en bolsa y por ende no están bajo la supervisión de la Superintendencia de Valores y Seguros, tales como las sociedades por acciones, principal sociedad constituida en nuestro país, o las sociedades anónimas cerradas y las sociedades de personas.

En Chile existe la ventaja que en el caso de las sociedades de personas la identidad de los socios consta en el estatuto social y todas las modificaciones que se realicen en esa materia deben, necesariamente, realizarse por medio de una reforma estatutaria cumpliendo una serie de formalidades, dejando constancia de esa modificación en los estatutos.

Sin perjuicio de las dificultades que se podrían presentar a la hora de identificar al beneficiario final, se debe destacar que en nuestro país, si analizamos ambos sistemas de constitución de sociedades, existen herramientas que podrían contribuir a identificar al beneficiario final, y que, por tanto, la Administración del Estado podría utilizar para este efecto, a saber, en el caso del sistema “tradicional”, por medio del Registro de Comercio, se podría contar con copias de las escrituras públicas de constitución y las respectivas modificaciones a esa sociedad. Y, en el caso del sistema “simplificado” por medio del Registro de Empresas y Sociedades, es posible contar con la información de los formularios electrónicos de constitución de la sociedad, como las modificaciones estatutarias, las cuales deben inscribirse en el RES.

En este mismo sentido, tratándose de personas jurídicas, no supervisadas, que operan o desean operar como proveedores de la Administración Públicas, la RES entrega herramientas para facilitar la identificación del beneficiario final, por ejemplo, el “Certificado de Vi-

gencia de Accionistas” que debe, necesariamente, estar reducido a escritura pública o protocolizado ante notario y que se exige a las Sociedades por Acciones para ser incorporado al RES.

Ahora bien, a pesar de existir, dentro de nuestro sistema, mecanismos que nos facilitan la identificación del beneficiario final, la UAF ha dejado en evidencia una importante dificultad para la efectiva implementación de esta tarea, toda vez que, en el sector económico-financiero, los sujetos obligados solo pueden acceder a una cantidad limitada de fuentes de información, tales como, DICOM, Registro de Empresas y Sociedades, Registro de Comercio, entre otros., y no cuentan con una base de datos o con un registro de donde obtener información de los beneficiarios finales de las sociedades que se presentan como sus clientes. Surgiendo, de esta forma, una necesidad de crear este registro único, sorteando las dificultades que la ley de transparencia y la de protección de datos personales pueden presentar. Incluso, se ha instado a los actores del tráfico “*a transparentar la información relativa a sus beneficiarios finales, como parte de sus buenas prácticas de negocios*” (Toso, 2019: p.330). En este sentido, se podría implementar como una política de *Compliance*.

Este mismo problema, es el que se presenta en el sector público, particularmente, en los beneficiarios finales de los proveedores del Estado, ya que no existe un registro público, que permita, tanto a la Dirección de Compras y Contratación Pública, ni tampoco a los entes fiscalizadores, identificar posibles inhabilidades, potenciales conflictos de interés, actos de corrupción o incluso atentados contra la libre competencia.

En segundo lugar, y siendo el objeto de estudio de esta investigación, en materia de los proveedores del Estado, se incorporó, por medio del artículo 34 de la Ley de Presupuestos del año 2020, N° 21.192, la obligación de individualizar a las personas naturales y jurídicas que, a cualquier título, participen en la propiedad y administración de la persona jurídica que se encuentra inscrita en el Registro de contratistas y proveedores de la administración al que se refiere el artículo 16 y 17 de la Ley de Compras. Dicha disposición señala “*Respecto de las personas jurídicas que figuren en el registro de contratistas y los proveedores de la ad-*

ministración al que se refieren los artículos 16 y 17 de la ley 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministros y Prestación de Servicio, deberá contener la individualización de las personas naturales y jurídicas que, a cualquier título, participen en la propiedad y administración de la persona jurídica inscrita en dicho registro.

La dirección de Compras y Contratación Pública deberá solicitar la precitada información dentro de los 60 días siguientes a la publicación de esta ley a fin de adecuar el referido registro a las exigencias establecidas en este artículo”.

Actualmente, la ley de presupuesto 2021(Ley N° 21.289), también incluyó dicha disposición pero en el artículo 30 de dicho cuerpo normativo.

Esta disposición no esta exenta de críticas, las cuales se desarrollarán en detalle más adelante.

Ahora, el impacto que tiene este artículo 34 de la Ley de Presupuesto 2020 es totalmente insuficiente para lograr la identificación de los beneficiarios finales de una persona jurídica que provee al Estado, ya que solo se establece la obligación de declarar a las personas naturales y jurídicas que, a cualquier título, participen en la propiedad y administración de la persona jurídica que se encuentra inscrita en el Registro de Proveedores, el cual ni siquiera es obligatorio, dejando el cumplimiento de dicha obligación, para aquellos que no se encuentran inscritos en el registro de proveedores, enteramente a la buena fe del mismo, existiendo una serie de argumentos jurídicos que nos permiten concluir que el Estado debe tomar una posición activa en esta materia, creando nuevos mecanismos que puedan contribuir a la identificación del beneficiario final en los proveedores del Estado, las cuales desarrollaré en detalle en lo sucesivo.

En conclusión, si bien ya existe en la Administración Pública mecanismos que facilitan la identificación del beneficiario final, particularmente, en las dos áreas ya mencionadas, probidad, y compras públicas, a través de “mecanismos” como lo son la DIP y las declaraciones juradas de los proveedores inscritos en el registro de contratistas, artículo 34 de la Ley de Presupuesto 2020, todo esto es totalmente insuficiente para lograr la real identificación

del beneficiario final de los proveedores del Estado, siendo ésta una obligación del mismo, y de la cual no se ha hecho cargo. Actualmente existe una necesidad imperante de establecer nuevos y mejores mecanismos que permitan, no solo a la CGR, sino que a la ciudadanía, con mayor eficiencia y eficacia, identificar al beneficiario final de las personas jurídicas que son de propiedad, o bien que controlan, funcionarios públicos o personas ligadas a ellos, y específicamente, y sobre todo si éstas operan como proveedores del Estado.

2. Título II: Concepto de “Beneficiario Final” y situación en Chile.

Como ya adelanté, en Chile, no existe una definición legal de lo que debemos entender por “Beneficiario Final”. Sin perjuicio de lo anterior, es la Unidad de Análisis Financiero (UAF), quien en su Circular N° 57/2017 define al “Beneficiario Final” como “la (s) persona (s) natural (es) que finalmente, posee, directa o indirectamente, a través de sociedades u otro mecanismos, una participación **igual o mayor** al 10% del capital o de los derechos a voto de una persona jurídica o estructura determinada. Asimismo, se entenderá como Beneficiario Final a la (s) persona (s) natural (es) que, sin perjuicio de poseer directa o indirectamente una participación **inferior** al 10% del capital o de los derechos a voto de una persona jurídica o estructura jurídica, a través de sociedades u otros mecanismos, ejerce el control efectivo en la toma de decisiones de la persona jurídica o estructura jurídica”.(Toso, 2019: p.299).

En otras palabras, los Beneficiarios Finales son aquellas personas naturales que, de manera directa o indirecta, controlan un activo o pueden beneficiarse efectivamente de él.

Por su parte, Chile Transparente también ha dado una definición de “Beneficiario Final” señalando que es aquella “*persona que, en última instancia, posee, controla u obtiene provecho de una empresa o fideicomiso y de sus consiguientes ingresos*”. (Chile Transparente, Agosto 2018: p. 4).

Para objeto de esta investigación, utilizaremos, para el análisis, el concepto de Beneficiario final dado por la UAF en su Circular N°57/2017, la cual no es una norma legal sino que administrativa.

Lo primero que debemos señalar es que esta Circular N°57/2017, establece el deber, para diversos sujetos obligados por la Ley N° 19.913, que es aquella que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos, de identificar al beneficiario final de las sociedades y otras estructuras jurídicas con las que establezcan negocios.

La UAF señala, como regla general, que el beneficiario final es una persona natural que participa, directa o indirectamente, en el capital o en los derechos de voto de una sociedad. Sin perjuicio de lo anterior, que tengan **participación en el capital** de una sociedad no es un requisito necesario para ser considerado como beneficiario final, ya que pueden existir directores, gerentes o incluso terceros a la sociedad que se consideran beneficiario finales por tener un **control efectivo** sobre dicha sociedad, ya que pueden incidir de manera determinante en sus decisiones. (Toso, 2019: p. 301).

En conclusión, podemos decir que la UAF tiene dos criterios para definir a un beneficiario final, en primer lugar;

1. La participación de la persona natural en el capital o derechos a voto de una persona jurídica.
2. El control efectivo que un individuo ejerce respecto de la persona jurídica.

Sin perjuicio de lo anterior, en ambos casos el beneficiario final siempre es una persona natural. Y es por eso que, en materia de compras públicas, resulta indispensable que se faculte a la autoridad competente, que desde ya sostengo que debe ser la Dirección de Compras y Contratación Pública, para recabar todos los antecedentes que sean necesarios no solo para conocer los socios de la persona jurídica que contrata con el Estado, sino que se le faculte para solicitar toda la documentación necesaria hasta llegar a la persona natural que cumple con el perfil del “beneficiario final”, y posteriormente publicar dicho antecedente en un registro público.

La UAF, para el cumplimiento de su objetivo, cumple con las 40 recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), dentro de las cuales destaca la Recomendación N° 24 la cual señala *“los países deben asegurar que exista información adecuada, precisa y oportuna sobre el beneficiario final y el control de las personas jurídicas, que las autoridades competentes puedan obtener o a la que puedan tener acceso oportunamente. En particular, los países que tengan personas jurídicas que puedan emitir acciones al portador o certificado de acciones al portador, o que permitan accionistas nominales o directores nominales, deben tomar medidas eficaces para asegurar que éstas no sean utilizadas indebidamente para el lavado de activos o el financiamiento de terrorismo. Los países deben tomar medidas para facilitar el acceso a la información sobre el beneficiario final y el control por las instituciones financieras”*. (Toso, 2019: p.302).

El Grupo de Acción Financiera, es el organismo de control mundial del lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo. *“El organismo intergubernamental establece estándares internacionales que tienen como objetivo prevenir estas actividades ilegales y el daño que causan a la sociedad. Como órgano de formulación de políticas, el GAFI trabaja para generar la voluntad política necesaria para lograr reformas legislativas y regulatorias nacionales en estas áreas”* (<https://www.fatf-gafi.org/about/whoweare/>)

Ahora bien, el GAFI ha recomendado que los sujetos obligados a identificar el beneficiario final, lo hagan, en primer lugar, identificando a las personas naturales que ejercen el control de la persona jurídica a través de una **participación mayoritaria** en su capital, pero si ésta no encuadra en el perfil de beneficiario final, se puede identificar quien realmente ejerce el **control** por medio de otros mecanismos. En otras palabras, *“Si se generan dudas acerca de si la persona con participación mayoritaria es o no el beneficiario real, o de si la persona natural ejerce o no el control mediante las participaciones en la titularidad, se debería determinar la identidad de las personas naturales que realmente ejercen el control de la sociedad a través de otros medios”* (Toso, 2019: p.314).

Ahora bien, el GAFI, explica un tercer criterio, que se aplicaría en el caso que no pueda identificarse al beneficiario final por ninguno de los mecanismos antes mencionados, éste

consiste en que los sujetos obligados deben identificar a la persona natural relevante que ocupa el puesto de funcionario administrativo superior de la sociedad, por ejemplo, un Gerente General, quien podría ser perfectamente ser un tercero ajeno a la sociedad. Sin perjuicio de lo anterior, la UAF no recoge este último criterio en su Circular N° 57/2017.

“El requisito fundamental de la Recomendación 24 es que los países deben asegurarse de que se dispone de información adecuada, precisa y actualizada sobre el beneficiario final de todas las personas jurídicas y que sus autoridades pueden acceder a esta información de manera oportuna” (GAFI, 2014: p.14)

Ahora bien, la Circular N°57/2017 de la UAF, recogiendo los dos primeros criterios, no establece que deba aplicarse uno en subsidio de otro. Sin perjuicio de lo anterior, esto si se desprende de las “Instrucciones de llenado Circular UAF N°57/2017”, la cual contiene las indicaciones para que los sujetos obligados rellenen la “Declaración Jurada para la identificación de beneficiarios finales de personas y/o estructuras jurídicas” (Toso, 2019: p.315) . En este instrumento se señala que, en el caso de que no exista *“ninguna persona natural que posea, directa o indirectamente, a través de sociedades u otros mecanismos, una participación igual o mayor al 10% del capital o de los derechos a voto de una persona jurídica determinada, se entenderá como Beneficiario Final a la (s) persona (s) natural (es) que ejerce (n) el control efectivo de la persona o estructura jurídica”*.

En cuanto a ambos criterios de identificación, se debe precisar lo siguiente;

A. Criterio de la *participación* para determinar la identidad del beneficiario final en una sociedad.

La UAF considera como beneficiarios finales a las *“personas naturales que poseen una participación directa o indirecta igual o superior al 10% en el capital de la sociedad que se presenta como cliente del sujeto obligado”* (Toso, 2019: p.315).

Es la propia UAF, quien en su Circular N° 57/2017 define lo que debe entenderse por “participación” señalando que ésta es “la circunstancia de determinadas personas naturales o jurídicas, de acuerdo con las respectivas disposiciones legales vigentes, de ser propietarios de un porcentaje del capital o de los derechos a voto de una persona jurídica” (UAF, 2017: p.2)

En este sentido, el GAFI considera que utilizar un porcentaje específico de propiedad respecto de una sociedad es un buen criterio para identificar al beneficiario final, pero éste da como ejemplo un 25% de participación en el capital. Dicho porcentaje es el que actualmente exige la Unión Europea y Estados Unidos. Por tanto, si comparamos este umbral con Chile, quien exige solo un 10%, nuestro país plantea estándares más elevados que el internacional.

B. Criterio del *control efectivo* para determinar la identidad del beneficiario final en una sociedad.

La UAF considera también como beneficiario final “*La(s) persona(s) natural(es) que, sin perjuicio de poseer directa o indirectamente una participación inferior al 10% del capital o de los derechos a voto de una persona jurídica o estructura jurídica, a través de sociedades u otros mecanismos, ejerce el control efectivo en la toma de decisiones de la persona jurídica*” (UAF, 2017: p.2)

Lo primero que aquí debe existir para aplicarse este criterio es que la persona natural tenga **participación en la sociedad** de que se trata, por lo tanto, no puede ser un tercero. Esta participación puede ser directa o indirecta, esto es, a través de otras personas jurídicas.

En esta situación la UAF considera como beneficiario final a aquella persona natural que es titular de los **beneficios** que puede generar esta sociedad (beneficial ownership).

En segundo lugar, esta persona natural debe ejercer un **control efectivo**, lo que para la UAF significa que tenga la capacidad de “*tomar decisiones relevantes e imponer dichas resoluciones en la persona jurídica*” (UAF, 2017: p. 2). En otras palabras, es considerado beneficiario final aquel que “*tiene la facultad de tomar decisiones estratégicas y operativas de una empresa, las que afectan sus flujos presentes y futuros*” (Cabrera et al., 2000: p.33).

En este caso, el análisis que debe realizar el sujeto obligado es mucho más intrusivo ya que no basta con analizar la documentación y determinar, cuantitativamente, quien tiene mayor cantidad de acciones, sino que es necesario que indague quien es la persona natural que tiene la capacidad de tomar decisiones relevantes e imponerlas a la sociedad. En este sentido, la UAF ha señalado, se tiene esta capacidad cuando “*se posee un número relevante de acciones, contar con la participación necesaria para designar y/o remover a la alta gerencia y/o directorio, y/o disponer del uso, disfrute o beneficios de los activos propiedad de la persona jurídica o estructura jurídica, entre otras circunstancias*” (UAF, 2017: p.2)

El problema de identificar el beneficiario final bajo este concepto de la persona natural que ejerce un “control efectivo”, se puede tornar aún más complejo cuando los socios o accionistas de una sociedad que se presenta como cliente de los sujetos obligados, son, a su vez, otras sociedades, ya que el beneficiario final se encontraría detrás de una “*estructura piramidal, la que podrá tener o no las características de un grupo empresarial*” (Toso, 2019: p.317). Ahora en este mismo sentido, el profesor JEQUIER, ha definido un grupo empresarial como “*una unidad policorporativa, integrada por diversas sociedades que mantienen su autonomía como tales y que se sujetan, no obstante a la dirección unificada de una de ellas, denominada matriz o dominante*” (Jequier, 2015: pp. 23 y 25), por tanto lo que identifica a un grupo empresarial es el control ejercido por un accionista empresario, cuya influencia se manifiesta o revela precisamente a través de la dirección unitaria de los intereses de los distintos partícipes del grupo. En Chile se define el grupo empresarial en el artículo 96 de la Ley 18.045 de 1981.

B.1) Situación en Chile sobre el criterio “control efectivo”.

La Circular N° 57/2017 de la UAF acerca del “Beneficiario Final”, no se trata de una regulación de aplicación general a todos los sujetos obligados, indicados en el inciso 1 del artículo 3 de la Ley N° 19.913 (LMV), sino que solo a algunos de ellos. Llama profundamente la atención que, una de esas exclusiones es precisamente respecto de los notarios y conservadores de bienes raíces, lo cual resulta cuestionable, toda vez que éstos *“han sido instrumentalizados para el lavado de activos en numerosas oportunidades. Además son quienes intervienen en la constitución, modificación y disolución de las sociedades, conforme al régimen tradicional en Chile. Por lo mismo cuentan con información de primera fuente para identificar al beneficiario final, especialmente en el caso de las sociedades de personas”* (Toso, 2019: p.312). Lo anterior, atenta con lo señalado por el GAFI quien ha señalado expresamente que éstos sí deberían cumplir con esta medida de prevención de LA/FT.

Ahora bien, es importante hacer presente que, todo lo señalado por la UAF sobre la identificación del beneficiario final, es aplicable solo al sector **económico- financiero** con el objeto prevenir el Lavado de Activos (LA) y el Financiamiento del Terrorismo (FT) por medio de estos vehículos corporativos. Claro está que la identificación del beneficiario final en las compras públicas no tiene como principal objetivo detectar operaciones sospechosas de LA/FT, sino que tiene por objeto precaver potenciales conflictos de interés con funcionarios públicos, velar por el buen uso de los recursos públicos, cumplir con el principio de transparencia y probidad y velar por la máxima competencia entre los proveedores que participan de un proceso licitatorio.

Por lo anterior, la identificación del “beneficiario final” es, con urgencia, una tarea pendiente para el sector público, particularmente en compras públicas, ya que, como señalé anteriormente, los recursos públicos que los órganos de la administración destinan para adquirir bienes y prestaciones de servicios de diversos proveedores o contratistas, *que en su mayoría funcionan como personas jurídicas*, equivale al **19% del presupuesto nacional**, (<https://www.chilecompra.cl/que-es-chilecompra/que-hacemos/> [Consultado el día 20 de marzo de 2021]y en ese sentido, la Administración del Estado debiera actuar con la máxima

diligencia posible para identificar aquellas personas naturales que resultan beneficiadas con dichas transacciones.

Es importante destacar que las transacciones se realizan con recursos públicos, y en ese sentido, debe existir total transparencia en el gasto público, punto que será desarrollado a cabalidad en el subtítulo siguiente.

Ahora bien, volviendo al tema central, y considerando que el material utilizado en cuanto al Beneficiario Final surge del sector económico-financiero, debemos analizar cómo nuestra legislación, en esa área, se encuentra regulada para efectos de cumplir con las recomendaciones que nos da la UAF.

Para lo anterior, será necesario hacer una comparación entre lo establecido en la Circular N° 57/2017 de la UAF y nuestra Ley de Mercado de Valores, en adelante, LMV.

Lo primero que debemos hacer presente que Chile “*no forma parte del GAFI, sino del Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT), organismo asociado al GAFI, que se encarga de evaluar periódicamente el cumplimiento de las Recomendaciones en nuestro país*” (Toso, 2019: p.310). Ahora, en la última evaluación realizada por esta institución, en el año 2010, quedó en evidencia que, en el caso de las personas jurídicas nos encontrábamos en deuda respecto de la identificación del beneficiario final y de la transparencia acerca de la información disponible sobre estos individuos. (GAFI, 2010: p.117).

Dentro de algunas de las recomendaciones de la GAFI, se estableció que, “*en primer lugar, los Estados debieran velar porque los registros en que figuran inscritan las sociedades (en Chile, el Registro de Comercio o el Registro de Empresas y Sociedades, según sea el caso) obtengan y mantengan información actualizada respecto de los beneficiarios finales. En segundo término, los Estados han de procurar que las sociedades adopten medidas razonables para obtener y actualizar aquellos antecedentes relativos a sus beneficiarios finales. Por último, el GAFI postula que los Estados deben emplear información de otras fuentes*

respecto de los beneficiarios finales (registros de propiedad, autoridades tributarias, supervisores del sistema financiero, sujetos obligados, entre otros)” (Toso, 2019: p. 302)

Lo primero que debemos señalar es que, en el derecho societario chileno, no se define lo que debe entenderse por “control” de estas personas jurídicas. Sin perjuicio de lo anterior, la Ley sobre Mercado de Valores N° 18.045, señala quiénes deben considerarse como “controladores de una sociedad”, específicamente en su artículo 97, el cual señala *“Es controlador de una sociedad toda persona o grupo de personas con acuerdo de actuación conjunta que, directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas, participa en su propiedad y tiene poder para realizar alguna de las siguientes actuaciones: a) asegurar la mayoría de votos en las juntas de accionistas y elegir a la mayoría de los directores tratándose de sociedades anónimas, o asegurar la mayoría de votos en las asambleas o reuniones de sus miembros. Designar al administrador o representante legal o a la mayoría de ellos, en otro tipo de sociedades, o b) influir decisivamente en la administración de la sociedad”*.

Ahora, habiendo señalado lo que sostiene la Circular N° 57/2017 de la UAF y la Ley de Mercado de Valores, sobre lo que debemos entender por “control”, es interesante conocer cuáles son las similitudes y las diferencias entre una y otra, para objeto de determinar si cumplimos o no, como país, con el estándar que nos exige el GAFI en la identificación del beneficiario final, y de esta forma, poder extrapolar dicho análisis a los beneficiarios finales de los proveedores del Estado.

a. Similitudes entre la Circular N° 57/2017 y la LMV.

Si bien este criterio de “controlador” definido en la LMV no coincide con lo señalado por la UAF para determinar el beneficiario final en razón del “control efectivo”, se puede discernir dos **similitudes**.

En primer lugar, en ambos casos es necesario que la persona natural sea socio o accionistas. Y, en segundo lugar, el artículo 97 de la LMV señala que este controlador debe tener “PODER” para realizar algunas manifestaciones de control señaladas en la norma, y con esto

se refiere que basta con que este “facultado” para realizar estas acciones, sin la necesidad que, en la práctica, lo haya hecho, a modo ejemplar, basta que esté facultado para designar efectivamente a la mayoría del órgano administrativo, sin la necesidad que lo haya hecho. Una expresión similar se utiliza la Circular N°57/2017 de la UAF, ya que señala que la persona natural, identificada como beneficiario final, tiene el control efectivo cuando tiene la “CAPACIDAD” de tomar decisiones relevantes e imponer dichas resoluciones en la persona jurídica. De la misma forma, es una facultad pero no exige que ésta se haya ejercido concretamente.

Ahora bien, es importante hacer presente que podrían surgir dudas en cuanto a cómo la UAF ha definido al beneficiario final bajo este criterio, ya que señala que es la persona natural que “ejerce” el control efectivo de una sociedad. Sin perjuicio de lo anterior, interpretarlo de esa forma e intentar realizar acciones tendientes a comprobar que dicha capacidad o facultad haya sido ejercida, le podría restar eficiencia y efectividad al sistema, ya que se tornaría tremendamente difícil comprobar en qué casos la persona natural ejerció dicha capacidad.

Si desglosamos el artículo 97 de la LMV, podemos identificar que el legislador reconoce, dos formas de ejercer un control societario, en primer lugar, en su letra a), señala que se ejerce cuando una **persona natural** logra “*asegurar la mayoría de votos en las juntas de accionistas y elegir a la mayoría de los directores tratándose de sociedades anónimas, o asegurar la mayoría de votos en las asambleas o reuniones de sus miembros y designar al administrador o representante legal o a la mayoría de ellos, en otro tipo de sociedades*”. Y, en segundo lugar, en su letra b) cuando esta **persona natural** puede “*influir decisivamente en la administración de la sociedad*”.

De lo anterior, se concluye que el “beneficiario final” no necesariamente contará con la mayoría en los órganos de decisión, ya que éste podría actuar por medio de acuerdos de actuación conjunta y de esa forma tener la “*capacidad de influir en los órganos de administración de la compañía mediante acuerdo de actuación conjunta*” (Toso, 2019: p.322) o bien, tal como lo señala el inciso final del artículo 97 de la LMV, ser el socio gestor de una sociedad en comandita por acciones. (Puga, 2013: p. 763)

b. Diferencias entre la Circular N° 57/2017 y la LMV.

Ahora bien, sin perjuicio de que existen similitudes, también existen importantes diferencias entre la Circular N° 57/2017 y la LMV de nuestro país.

En primer lugar, en cuanto al concepto de control efectivo que la UAF da en su Circular N°57/2017 y la manifestación de control establecidas en el artículo 97 letra b) de la LMV “Así la Circular N° 57/2017 entiende que el control efectivo consiste en la *“capacidad que tiene un sujeto de tomar decisiones relevantes e imponer dichas resoluciones en la persona jurídica”* y si comparamos esta definición con la manifestación de control establecida en el artículo 97 letra b) de la LMV se advierte que esta última es más restringida, por cuanto viene dada únicamente por el poder de *“influir decisivamente en la administración de la sociedad”* (Toso, 2019: p.322)

Y, en segundo lugar, en cuanto a la procedencia del “control”, toda vez que la Circular N° 57/2017 de la UAF se establecen una serie de casos en los cuales se considera que una persona tiene la capacidad de tomar decisiones relevantes e imponerlas a la sociedad, solo a modo ejemplar, *“poseer un número relevante de acciones; contar con la participación necesaria para designar y/ remover a la alta gerencia y/ al directorio; o por disponer del uso, disfrute o beneficios de los activos de la propiedad de la persona jurídica”* (Toso, 2019: p. 323). En cambio, el artículo 99 de la LMV solo establece **un caso** en el cual se entenderá que la persona influye decisivamente en la administración o gestión de una sociedad, y por tanto, podría ser considerada como beneficiario final, y es el caso que una persona o un grupo de personas, con acuerdo de actuación conjunta, directamente o a través de personas naturales o jurídicas, controle al menos un 25% del capital con derecho a voto de una sociedad, o del capital de ella si no se tratare de una sociedad por acciones, estableciendo incluso una serie de excepciones. De esta forma, podemos concluir que la LMV opera sobre una base mucho mas estricta y restringida para determinar quién ejerce el control de una sociedad.

En conclusión, si un sujeto obligado, se rigiera por lo establecido en nuestra legislación, esto es la LMV, podría ser considerado como incumplidor de las recomendaciones que establece la UAF en su Circular N°57/2017. Dejando en evidencia, la necesaria modificación legislativa en esta materia con la finalidad, a lo menos, de igualar el estándar que nos exigen los organismos internacionales, como lo es el GAFI.

A diferencia de otros países, como España y Alemania, nuestro país tiene serias deficiencias en materia de beneficiario final, solo a modo ejemplar “*En España y Alemania los notarios son sujetos obligados a identificar al beneficiario final o Wirtschaftlich Berechtigter. Ello conforme a lo dispuesto en los artículos 2.1. n) de Ley n°10/2010 y 2.10 del Geldwaschegesetz (GwG), de 2017, respectivamente. Además en Alemania se establece como medida adicional que las sociedades incorporadas en el Handelsregister deben acompañar una lista de sus socios o accionistas, indicando el porcentaje de participación que cada uno posee en la sociedad. Este registro no tiene un carácter constitutivo. Lo mismo ocurre en el Reino Unido, a través del establecimiento del denominado Persons with significant Control [PSC] Register, obligación consagrada actualmente en la Companies Act de 2006 (Part 21 A), modificada a estos efectos en 2016. En virtud de esta normativa, las sociedades deben enviar información acerca de los beneficiarios finales a la Companies House, para ser incorporada en un registro*”.(Toso, 2019: p.313)

Ahora bien, con todos los insumos entregados por la doctrina y la legislación comercial, será necesario elaborar un concepto de beneficiario final que podamos aplicar en el mundo de las compras públicas. Por tanto, y en este sentido, se entenderá por Beneficiario Final “Persona (s) natural (es) que posee 10% o más del capital o de los derechos a voto de una persona jurídica o estructura societaria, o que teniendo menos del 10% del capital o de los derechos a voto controla u obtiene beneficios de dicha persona o estructura jurídica en un proceso de contratación en calidad de proveedor de un bien o servicio a un órgano de la administración del Estado”

3. El Beneficiario final en los Proveedores del Estado.

Ahora bien, teniendo claro lo que debemos entender por beneficiario final, y habiendo dado un concepto, será necesario, con el fin de contextualizar, explicar, brevemente, cuáles son y cómo funcionan los procedimientos de contratación pública en Chile y qué importancia tiene, dentro de estos procedimientos, identificar a los beneficiarios finales de los proveedores del Estado.

A. La contratación pública en Chile. Ley N° 19.886 y DS N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda.

Los procedimientos de contratación que los órganos de la Administración del Estado deben realizar para adquirir bienes y prestaciones de servicios se encuentran regulados en la Ley N° 19.886 sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios y su respectivo Reglamento, regulado en el Decreto 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda. Esta normativa establece en su artículo 1 que, se ajustarán a las normas y principios del presente cuerpo legal y su reglamento todos los *“contratos que celebre la Administración del Estado, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones[...]*”.

Esta normativa fue publicada en el año 2003 y ha sido objeto de diversas modificaciones a la fecha, siendo la última en enero de 2020. Antes de la publicación de esta normativa nuestro país tenía importantes deficiencias en materia legal-administrativa, ya que no existía reglamentación sobre los procedimientos de contratación pública, la que fue una de las observaciones que nos impedía ingresar a la OCDE. Por lo anterior, se ingresó el proyecto de ley que buscaba regular los contratos administrativos como un todo, y, aunque finalmente terminó siendo una ley de procedimientos y no reguló particularmente los contratos administrativos, fue aprobado por la OCDE y hoy, gracias a este avance, somos parte.

En este sentido, la principal necesidad de contar con un procedimiento administrativo regulado, era el cumplimiento del principio de transparencia y probidad, ya que las compras

públicas es uno de los temas que tiene más en alerta a la Unidad de Análisis Financiero por posibles actos de corrupción, al punto que podría ser parte de un reporte de operación sospechosa como se explicó anteriormente, considerando además que hoy en Chile, la contratación administrativa constituye el 3,5% del PIB.

Se debe destacar que con la publicación de esta normativa avanzamos considerablemente en materia de transparencia, siendo el primer país de la región que contaba con un proceso de contratación de compras públicas electrónica, lo que constituyó, sin dudas, un tremendo avance en materia de transparencia al poder tener acceso a todo el procedimiento de adquisición de un bien o servicio de los organismos públicos.

Ahora bien, con el fin de entender la extensión de esta normativa, es importante señalar que ésta es aplicable, según lo establece el artículo 1 de la ley 19.886, a los contratos a título oneroso que celebre la “Administración del Estado” lo que incluye a todos los órganos y servicios indicados en el artículo 1 de la Ley N° 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado, sin perjuicio de algunas excepciones legales que la propia ley establece, solo a modo ejemplar, la adquisición de material militar por parte de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, según lo establecido en el artículo 2 letra f) de la ley de compras.

La ley de compras reguló 4 tipos de procedimientos por medio de los cuales la administración del Estado puede adquirir bienes y prestaciones de servicios, a saber, licitación pública, licitación privada, trato directo y convenio marco, pero ¿Quiénes pueden proveer al Estado por medio de estos procedimientos de contratación?, el artículo 4 de la ley de compras establece que “*podrán contratar con la administración las personas naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras[...]*” las cuales deben cumplir con ciertos requisitos y no estar afectos a las inhabilidades que señala la ley.

El hecho de que pueda participar cualquier persona, tanto natural como jurídica, chilena o extranjera, se sustenta en el Principio de la Libre Concurrencia, en virtud del cual la administración del Estado no puede colocar obstáculos a los oferentes para ofertar o participar de

un proceso licitatorio, y cuya consagración se encuentra además en el artículo 9 inciso 2 de la LOCBGAE.

B. La importancia de identificar al beneficiario final en relación a la inhabilidad del artículo 4 inciso 6 de la Ley de Compras.

Si bien, como señalé, el principio de la Libre Concurrencia permite que, tanto personas naturales como jurídicas, chilenas como extranjeras, puedan participar de un proceso de contratación con la Administración del Estado, la ley de compras, en su artículo 4, establece inhabilidades, las cuales se clasifican en absolutas y relativas. En cuanto a las inhabilidades absolutas, las cuales solo enunciaré porque no son objeto de esta presentación, la ley de compras señala que quedarán excluidos aquellos proveedores que; 1) Hayan sido condenados por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales de los trabajadores en los últimos 2 años; 2) Los condenados por delitos concursales establecidos en el Código Penal en los últimos 2 años; 3) Los condenados por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia a la medida de prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la administración centralizada o descentralizada del Estado, con organismos autónomos o con instituciones, organismos o empresas o servicios en lo que el Estado efectúe aportes, con el Congreso Nacional y el Poder Judicial, hasta por un plazo de 5 años desde la sentencia.

En cuanto a las inhabilidades relativas, las que cobran especial relevancia para el objeto de estudio, se establecen en el inciso 6 del artículo 4 la ley *“Ningún órgano de la administración del Estado y de las empresas y corporaciones del Estado en que éste tenga participación podrá suscribir contratos administrativos de provisión de bienes o prestación de servicios con los funcionarios directivos del mismo órgano o empresa, ni con personas unidas a ellos por los vínculos de parentesco descritos en la letra b) del artículo 54 de la LOCBGAE, ni con sociedades de personas de las que aquéllos o éstas formen parte, ni con sociedades comanditas por acciones o anónimas cerradas en que aquellos o estas sean accionista, ni con sociedades anónimas abiertas en que aquellos o ésta sean dueño de acciones que representen el 10% o más del capital, ni con los gerentes administradores, representantes o directores de cualquier de las sociedades antedichas”*.

Importante además es señalar que el inciso 7 de la misma disposición establece “*Las mismas prohibiciones del inciso anterior se aplicarán a ambas Cámaras del Congreso Nacional, a la Corporación Administrativa del Poder Judicial y a las Municipalidades y sus Corporaciones, respecto de los Parlamentarios, los integrantes del Escalafón Primario del Poder Judicial y los Alcaldes y Concejales, según sea el caso*”.

Es precisamente en esta inhabilidad donde cobra especial importancia la identificación del beneficiario final en los proveedores del Estado, toda vez que el legislador estableció expresamente que la administración pública no puede celebrar contratos de suministro de bienes o prestación de servicios con los funcionarios directivos del mismo órgano o empresa ni con personas unidas a ellos por los vínculos de parentesco que establece el artículo 54 letra b) de la LOCBGAE, el que hoy, luego de la modificación es el artículo 56 letra b) del mismo cuerpo normativo, el cual indica que dichos vinculos corresponden a “*Las personas que tengan la calidad de cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive[...]*”.

Ahora bien, sobre esta disposición lo primero que debemos señalar es que no incluye ni a las sociedades por acciones ni a las personas jurídicas sin fines de lucro, fundaciones y corporaciones, lo que no es menor toda vez que la figura de las sociedades por acciones son las estructuras societarias que hoy más se crean en nuestro país, porque es la única sociedad unipersonal, que además permite tener multiplicidad de giros y una serie de beneficios tributarios que esta conlleva. Debiendo ser ésta, una de las modificaciones que se realicen a esta normativa en post de mejorar la transparencia y probidad en la contratación administrativa.

Sin perjuicio de lo anterior, la Contraloría General de la República, por medio de su dictamen 20.454/ 2019, estableció que dicha inhabilidad es extensiva también para aquellas personas que formen parte de una Sociedad por Acciones.

El dictamen señalado resulta bastante interesante ya que es un requerimiento de la Ilustre Municipalidad de Osorno la cual solicita que la CGR se pronuncie sobre la adjudicación de una licitación pública efectuada por dicha entidad edilicia a la empresa Constructora Río

Rahue SpA, considerando que uno de sus socios tiene un vínculo de parentesco con un concejal de esa comuna. En este sentido, la Municipalidad entiende que no habría impedimento para su adjudicación, toda vez que el artículo 4 inciso 6 de la ley de compras no menciona la figura societaria de la sociedad por acciones.

En este sentido la CGR fue clara en señalar que el objetivo de la prohibición del artículo 4 inciso 6 de la ley de compras *“fue introducida por el legislador con el propósito de fijar reglas de alcance general destinadas a cautelar que las autoridades y funcionarios que ejercen una función pública observen, en la celebración de los contratos de provisión de bienes y de prestación de servicios, el principio de probidad, consagrado en el inciso primero del artículo 8 de la Constitución Política de la República”* (2019: p 2-3)

Además, agrega que la razón por la cual dicha figura societaria no fue incluida en la norma citada se debe a un tema temporal, toda vez que dicha inhabilidad fue agregada por medio de la ley n° 20.088 publicada en enero de 2006 y la creación de las sociedades por acciones fue por medio de la ley n° 20.190 publicada en junio del año 2007.

Además la CGR releva un antecedente muy importante en el caso señalado, toda vez que el concejal señalado fue socio de dicha sociedad y se retiró antes de que se efectuara la licitación, pero igualmente participó como socio en el proceso de selección en el procedimiento licitatorio, dejando claro que el *“inciso 6 del artículo 4 de la ley n° 19.886 es aplicable durante todo el procedimiento de contratación”*. (2019: p.3). Lo anterior se explica porque los oferentes, al momento de presentar sus ofertas, deben acreditar por medio de la declaración jurada respectiva que no están afectados a la prohibición del artículo 4 inciso 6 de la ley 19.886.

Lo anterior, es claramente un ejemplo de abuso del sistema por parte de aquellos que ostentan un cargo público, quienes, aprovechándose de las deficiencias legales de nuestro ordenamiento, intentan obtener un beneficio sin importar los potenciales conflictos de interés que pudieran ocasionar y sin considerar que su actuar es claramente contrario y vulneratorio al principio de probidad que rige a toda la Administración del Estado. Este es uno de los

miles de casos que diariamente ocurren en los procesos de contratación administrativa, sobre todo en el sector municipal, donde, como veremos, existe aun más incertidumbre legislativa respecto de los procedimientos de contratación.

En el caso señalado, al menos se destaca que la Ilustre Municipalidad de Osorno haya requerido, previamente a la adjudicación, un pronunciamiento de la CGR para efectos de adjudicar dicha licitación sin problemas. Lo anterior, no es algo que ocurra habitualmente, toda vez que dichas irregularidades solo son conocidas con posterioridad a su adjudicación y cuando los recursos públicos ya se encuentran en manos de los beneficiarios finales de dicho proveedor del Estado.

Lo anteriormente señalado, permite concluir que existe una necesidad imperante de un cambio legislativo en esta materia toda vez que las inhabilidades son de carácter estricto y no deberían hacerse extensiva solo por medio de jurisprudencia administrativa.

Entendiendo que el legislador ha establecido estas inhabilidades que impiden la libre concurrencia de los proveedores para contratar con la administración pública, lo lógico es que existan mecanismos para detectar estas inhabilidades, de lo contrario, sería una mera declaración.

En este sentido, sobre las inhabilidades absolutas, y particularmente sobre las condenas por infracción a los derechos fundamentales de los trabajadores o prácticas antisindicales, la Contraloría General de la República, en su Dictamen N° 6.388 del año 2009, señaló que dicha infracción debe ser probada por medio de la sentencia condenatoria dictadas en las materias señaladas, las que son instrumentos públicos y también puede ser un medio de prueba de dicha inhabilidad, la certificación de la Dirección del Trabajo emanada del registro de sentencias condenatorias que, en la materia debe llevar conforme al artículo 294 bis y 495 del Código Laboral. Y, por otro lado, en este dictamen, la CGR permitió que los oferentes que no se encuentren comprendidos en los supuestos de inhabilidad señalados puedan acreditar ese hecho negativo mediante una declaración jurada.

Esto mismo resulta procedente para los proveedores condenados por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, toda vez que las sentencias son instrumentos públicos, y recaería en el funcionario, a cargo del proceso licitatorio, verificar esta inhabilidad, por medio de la solicitud de los documentos ya señalados o bien revisando el sistema del TDLC.

Lo anteriormente señalado, no es posible aplicarlo respecto de las inhabilidades relativas, que es la que nos convoca, toda vez que, como ya se señaló, la importancia de identificar al beneficiario final de los proveedores del Estado recae precisamente en que éstos no sean los propios funcionarios del servicio público que llaman a licitación o celebran un trato directo, y tampoco sean personas unidas a él por vínculo de parentesco, toda vez que esta situación atenta gravemente al principio de probidad y transparencia de la administración pública y además a la libre competencia en las compras públicas. Ahora bien, en este mismo sentido, la creación de un registro público de beneficiarios finales de los proveedores del estado no solamente sería un mecanismo que permitiría fiscalizar, tanto a la autoridad como a la ciudadanía, el cumplimiento de dicha prohibición, o no incurrir en dicha inhabilidad, sino que también permitiría transparentar el destino de los recursos públicos involucrados en esta materia.

En el caso de las inhabilidades relativas, éstas solo pueden ser comprobadas por medio de la declaraciones juradas, tanto de la administración como del proveedor. En cuanto a la declaración jurada que proviene de la administración, me refiero a la consagrada en la ley 20.880 sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos de interés, la cual establece, en su artículo 3, la obligación para determinadas autoridades y funcionarios de declarar sus intereses y patrimonio en forma pública, en los casos y condiciones que esa normativa señala. Lo anterior, tiene por objeto dar debido cumplimiento al principio de probidad, esta normativa será analizada exhaustivamente en el capítulo III de esta presentación, pero es importante señalar que la forma de comprobar esta inhabilidad es mediante esta declaración jurada que realiza, en este caso, el funcionario directivo del órgano o empresa. Ahora bien, del lado de los proveedores, estos deberán realizar una declaración jurada, la cual actualmente se realizó a través del portal Mercado Público, en la cual conste que no poseen la inhabilidad del inciso 6 del artículo 4 de la ley de compras, la cual se debe exigir

respecto de todo tipo proveedores, ya sea que participen en una licitación pública, licitación privada, trato directo o convenio marco, y así lo ha establecido el Dictamen N° 12.424 del año 2017 de la Contraloría General de la República.

Ahora bien, en esta materia cabe destacar el criterio jurisprudencial que ha tenido la Contraloría General de la República, quien, a mi juicio, siendo consciente de las falencias normativas contempladas en la ley de compras, ha interpretado estas inhabilidades de forma más extensiva, a modo ejemplar, en cuanto al momento en que dicha inhabilidad se presenta, ya que si se realiza una interpretación literal del artículo 4 inciso 6, dicha inhabilidad solo no debería estar presente al momento de la contratación, es decir, un funcionario público directivo podría ser socio de una sociedad que participa como oferente dentro de un proceso licitatorio del mismo servicio donde él trabaja, pudiendo realizar todo el lobby necesario para obtener la adjudicación de dicho contrato, y, previo a realizar la contratación, es decir, la celebración del contrato o la emisión de la orden de compra, según el procedimiento de contratación correspondiente, este funcionario podría vender sus acciones, y dicha inhabilidad no estaría presente al momento de la contratación siendo perfectamente legal la ejecución posterior de dicho contrato ya que la inhabilidad no estaba presente al momento de la contratación como lo exige la ley de compras.

Sin perjuicio de lo anterior, la CGR ha entendido que dicha inhabilidad es para todo el proceso de licitación, no solo para la etapa de contratación, así se señaló en el, ya señalado, Dictamen N° 29.454 del año 2019 (Ilustre Municipalidad de Osorno), en el cual el concejal de dicha comuna era precisamente accionista de la sociedad oferente, hasta antes de la adjudicación del contrato. Pensar distinto sería dejar la puerta abierta a malas prácticas y la inhabilidad no surtiría el efecto que el legislador tuvo a la vista, esto es, evitar el uso de las influencias para adjudicarse los contratos con la administración pública contraviniendo gravemente el principio de probidad que le rige.

Para comprender la importancia que tiene para el legislador el detectar estas inhabilidades, se debe tener presente que el inciso 8 de ese mismo precepto, artículo 4, señala que *“los contratos celebrados con infracción a lo dispuesto en el inciso anterior serán nulos y*

los funcionarios que hayan celebrado en su celebración incurrirán en la contravención al principio de probidad administrativa descrito en el numeral 6 del inciso 2 del artículo 62 de la ley n° 18.575, Organica Constiucional de Bases General de la Administración del Estado, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que les corresponda”. En este mismo sentido, el inciso 6 del artículo 41 del Decreto N° 250 aludido, previene que “No podrán adjudicarse ofertas de oferentes que se encuentren inhabilitados para contratar con las Entidades”.

En la misma línea del legislador, la jurisprudencia administrativa, en su dictamen N° 2453 del año 2018, ha establecido un lineamiento muy claro en cuanto a esta inhabilidad, señalando, en primer lugar, que una de las obligaciones relacionadas con la suscripción del contrato administrativo es la **“Prohibición de contratar con funcionarios directivos del mismo órgano o empresa, con sus parientes o empresas”**. Señalando que dicha prohibición señalada en el artículo 4 inciso 6 recae incluso en los órganos a los que no les resultan aplicables las restantes disposiciones de la ley 19.886, como ocurre con las empresas públicas, señalando que *“[...] esa disposición tiene como propósito fijar reglas de alcance general destinadas a cautelar que las autoridades y funcionarios que ejercen una función pública observen, en la celebración de los contratos de provisión de bienes y de prestación de servicios, el principio de probidad consagrado en el inciso primero del artículo 8° de la Constitución Política de la República[...]*”

La Contraloría General de la República fue muy clara al señalar en su Dictamen N° 2453 del año 2018 que la obligación de verificar que no se configure la prohibición de contratar con las personas afectas a la inhabilidad del artículo 4 inciso 6, corresponde en **forma exclusiva** a las entidades públicas sujetas a la ley N° 19.886, especificando *“deben verificar la ocurrencia de tal circunstancia al momento de presentación de las ofertas -tratándose de licitaciones públicas-, de la formulación de las propuestas -licitaciones privadas- o de suscripción de la convención -trato o contratación directa-, a través de las declaraciones juradas de los oferentes, la consulta a los registros que sobre la materia tiene a su cargo la Dirección del Trabajo y de la información proporcionada por el Registro de Contratistas y Proveedores de competencia”*.

Ahora bien, es necesario hacer algunas precisiones respecto de la información que proporciona el Registro de Contratista, el cual esta a cargo de la Dirección de Compras y Contratación Pública.

La CGR señala que la forma de dar cumplimiento a esta **obligación**, particularmente respecto de la inhabilidad relativa del artículo 4 inciso 6, es mediante la información proporcionada por el Registro de Contratistas y Proveedores de Competencia. En este sentido, es importante saber que la inscripción en dicho registro **no es obligatoria** para ser proveedor del Estado, como sí ocurre en el caso de los oferentes en los contratos de obras públicas, donde si existe obligatoriedad de inscribirse en un registro, que si bien no es el mismo que el establecido en la ley N° 19.886, es un registro a cargo de un órgano público como lo es Ministerio de Obras Públicas y respecto de los cuales si se puede ejercer un control o fiscalización de los contratistas-proveedores, tanto de parte de las entidades públicas licitantes como de la ciudadanía. En este sentido, el artículo 66 del reglamento de la ley de compras deja al arbitrio de las entidades el exigir al adjudicatario su inscripción en el Registro de Proveedores para poder suscribir contratos definitivos, requisito que solo se puede exigir al proveedor adjudicado ya que si se exigiera como un requisito para presentar ofertas podría ser atentatorio contra la libre concurrencia de los oferentes.

Lo anterior constituye, sin lugar a dudar, un problema, ya que en el Registro de contratistas que esta a cargo de la Dirección de Compras y Contratación Pública, artículo 30 letra f) del reglamento, no se encuentran todos los proveedores del Estado, a diferencia de lo ocurre, por ejemplo, en el sector defensa, ya que conforme a lo establecido en el artículo 16 inciso 7 de la ley 19.886, pueden existir otros registros oficiales de contratistas para órganos o servicios determinados, o para categorías de contratación que así lo requieran, y en este sentido el Decreto 746 del año 2012 que, Aprueba Reglamento de Registros Especiales de Proveedores del Sector Defensa, particularmente en su artículo 1 inciso 2 señala *“La incorporación previa en el Registro será una condición necesaria para la participación en todo procedimiento de adquisición de bienes y contratación de servicios, con independencia de la forma en que éste se lleve a efecto”*. Por tanto, en dicho sector es obligatoria la inscripción en el registro de proveedores para incluso participar u ofertar en el sector defensa, práctica

que podría ser interesante de replicar en la adquisición de bienes y servicios de todos los órganos públicos, ya que permitiría un mayor control o fiscalización por parte de la autoridad, e incluso de la ciudadanía, en el cumplimiento de la normativa e inhabilidades aplicables a los proveedores del Estado en general.

Cabe hacer presente que, en nuestra opinión, el establecer, por ley, que los proveedores del Estado y más específicamente, los beneficiarios finales de los proveedores del Estado, deban estar inscritos en un registro, en ningún caso, podría ser atentatorio al derecho fundamental de realizar cualquier actividad económica (Artículo 19 N° 21 Constitución Política de la República), toda vez que dicha exigencia no es una “limitación” al citado derecho sino más bien una “regulación” del mismo, lo que se condice plenamente con lo establecido en la misma norma la cual señala que el derecho a desarrollar una actividad económica deben respetar las normas legales que la regulen. Por tanto, como es una regulación y no una limitación, el legislador es libre para regular una actividad económica como estime procedente, siendo lo único discutible si dicha regulación es o no desproporcional o arbitraria.

Esto último, se analiza a la luz del artículo 19 N° 26 el cual señala que no se pueden afectar los derechos en su esencia, y para determinar si dicha regulación afecta el núcleo esencial del artículo 19 N° 21, se puede aplicar el test de proporcionalidad o de ponderación, sometiendo la medida de inscribir a todos los beneficiarios finales de los proveedores del Estado en un registro, a los juicios de dicho test, cuales son, la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto.

En cuanto a la idoneidad, se entiende que existe cuando la medida es útil para el logro de un fin legítimo, la necesidad nos invita a evaluar si se podría haber obtenido el mismo resultado con otro mecanismo que haya sido menos gravoso y finalmente la proporcionalidad en sentido estricto, se debe determinar si habiendo pasado los dos primeros juicios, dicha medida resulta desproporcionada.

A mi criterio, en cuanto a la idoneidad de la medida, como se ha sostenido a lo largo de esta presentación, la creación de un registro público de beneficiarios finales de proveedores del Estado desincentivaría considerablemente las malas prácticas porque evidenciaría, no solo ante los entes fiscalizadores, sino que ante la ciudadanía, quienes son las personas que finalmente se benefician con recursos públicos y si dicho beneficio, utilidad o ganancia se condice con los bienes entregados o los servicios prestados por el proveedor.

Ahora, en cuanto a la necesidad, es claro que dicho mecanismo se muestre como necesario, toda vez que en la legislación han existido otros medios a través de los cuales se ha intentado identificar a los beneficiarios finales, tales como las declaraciones juradas que deben rellenar los proveedores antes de adjudicarse una licitación o celebrar un contrato con la Administración Pública con la finalidad de determinar si efectivamente les afecta la inhabilidad del artículo 4 inciso 6 de la Ley de Compras, entregando el cumplimiento de dicha obligación enteramente a la buena voluntad del proveedor, lo que claramente no ha servido para hacer cesar estas malas prácticas. Esto se vio reflejado incluso en el estudio realizado por el Observatorio Fiscal en el cual se analizó a los proveedores exclusivos de los gobiernos de Michelle Bachelet y Sebastian Piñera (2009-2019) advirtiendo que cada gobierno tiene a sus proveedores favoritos, lo que claramente levanta suspicacia sobre el vínculo que éstos puedan tener con las personas que ocupan cargos de alta dirección pública en la Administración.

Finalmente, sobre la proporcionalidad, es claro que la creación de dicho registro público de beneficiarios finales de los proveedores del Estado no resulta una medida gravosa en consideración al beneficio aparejado, toda vez que implicaría sencillamente un trámite administrativo adicional que deberían realizar aquellos que quieren proveer al Estado de bienes o de prestar algún servicio, pero en ningún caso limitarían la oferta o afectarían el principio de libre competencia. Lo anterior, se suma a que el beneficio asociado a dicha medida sería claramente el fortalecimiento del principio de transparencia y de probidad, los que han cobrado aún más importancia en los tiempos de crisis institucional que vive nuestro país.

Ahora bien, siguiendo con lo establecido en la ley de compras, el artículo 16 señala que en dicho registro se inscribirán *“todas las personas naturales y jurídicas, chilenas y extranjeras que no tengan causal de inhabilidad para contratar con los organismos del Estado”*. Se entiende, por tanto, que los proveedores inscritos en este registro ya pasaron por un examen de admisibilidad por parte de la DCCP para verificar si tenían alguna inhabilidad. Conforme a lo señalado, el artículo 81 del reglamento señala que el registro de proveedores tendrá por objeto *“registrar y acreditar antecedentes, historial de contratación con las entidades, situación legal, financiera, idoneidad técnica , así como la existencia de causales de inhabilidad establecidas en el artículo 92 del reglamento, para contratar con las entidades”*.

Por lo anterior, la DCCP se encuentra facultada para solicitar a todos los proveedores que deseen inscribirse en el Registro de Accionistas, todos los antecedentes o documentos que acrediten su existencia legal y financiera, así lo establece el artículo 91 del reglamento, y dentro los antecedentes que la DCCP debe solicitar para acreditar la “existencia legal” se encuentran precisamente, el certificado de vigencia de dicha sociedad y los estatutos de la persona jurídica, los cuales deben estar actualizados al momento de la inscripción en el registro, así lo establece el inciso final del artículo 83 del reglamento, el cual señala que la información que se presente con el objeto de lograr la inscripción en el Registro deberá ser “fidedigna y vigente”.

Es precisamente en los estatutos donde consta quienes son los socios, que porcentaje de participación tienen en la misma o si podemos clasificar alguno como controlador en los términos de la Ley 18.045, etc.

Sin perjuicio de lo anterior, hay que dejar claro que si bien la DCCP tiene facultades para solicitar esta información, no puede publicarla, el artículo 97 del reglamento de la Ley N° 19.886 señala expresamente que la información relativa a la situación económica, financiera y legal de los proveedores inscritos, solo podrá ser conocida por la entidad que efectúe el respectivo proceso de compra. Por tanto, sin perjuicio que la DCCP maneje esa información no puede colocarla en un registro de libre acceso al público.

Además del problema de la publicación, la información obtenida por la DCCP a través de la solicitud de documentos para acreditar la situación económica, financiera y legal de una persona jurídica que desee inscribirse como proveedor del Estado no siempre permitirá identificar al beneficiario final de dicha sociedad, ya que solo “*captura los datos del primer nivel societario, sin poder llegar a integrar datos de cascadas societarios*”. (Chile transparente, 2018: P.12).

En conclusión, la solicitud de información por parte de la DCCP a los proveedores del Estado solo es procedente para aquellos proveedores que se inscriban en el Registro de Accionistas, debiendo el resto solo prestar una declaración jurada señalando que no está afectada a las inhabilidades, entregando el cumplimiento de dicha exigencia enteramente a la buena fe del proveedor, lo que no se condice con lo que ha señalado tanto el legislador como la CGR, cuyo objetivo es velar por el cumplimiento del principio de probidad en la administración pública, y que dicha obligación radica principalmente en los órganos de la administración del Estado.

4. Capítulo Segundo: Importancia de identificar al beneficiario final en ámbitos relevantes de nuestra sociedad.

I. La importancia de identificar al beneficiario final en relación a la libre competencia.

La probidad y la transparencia no son los únicos motivos por los cuales es necesario que el Estado se haga cargo de su obligación de identificar el beneficiario final de los proveedores del Estado, sino que también es necesario porque esto afecta directamente a la libre competencia en materia de contratación administrativa. En este sentido, el artículo 30 letra g) de la Ley de Compras, establece como una de las funciones de la DCCP el “*promover la máxima competencia posible en los actos de contratación de la administración, desarrollando iniciativas para incorporar la mayor cantidad de oferentes*”. Por tanto, la única forma que tiene la DCCP de cumplir con esta función es determinando quienes son los competidores dentro de los proveedores del Estado.

En este sentido, y para efectos de entender de que manera se afecta la libre competencia al no identificar al beneficiario final de los proveedores del estado, es necesario dar un concepto de lo que debemos entender por “competitividad”, un mercado es competitivo *“cuando existen muchos compradores y vendedores en el mercado y los bienes ofrecidos por los diversos vendedores son básicamente los mismos, entonces las acciones de un solo comprador o vendedor tiene un efecto insignificante en el precio del mercado”* (Mankiw, 2012: p.66)

El hecho de no lograr identificar a los beneficiarios finales de los proveedores del Estado, permite malas prácticas como que los socios de una persona jurídica que contrata con el Estado tenga un vinculo de parentesco con el funcionario directivo de la entidad licitante, lo que no podría ser identificado, al menos no fácilmente, sin la existencia de este registro público. Por tanto, estas malas prácticas claramente merman la competitividad de los mercados, por lo que consecuentemente, si disminuyen los niveles de competencia, aumentan las probabilidades de *“prácticas monopólicas, las cuales influyen en los precios de los productos y servicios entregados”* (Chile Transparente, 2018: p.13).

Todo lo anterior, va en perfecta concordancia con lo establecido por el legislador en la ley de compras y su reglamento, a saber, el establecimiento de la licitación pública como regla general de los procedimientos de contratación, toda vez que es un procedimiento concursal, en el cual se hace un llamado público para que participen todas aquellas personas naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras, que no estén afectos a las inhabilidades que establece la normativa, estableciendo solo de forma excepcional la licitación privada, y más excepcional aún el procedimiento de trato directo, donde debe necesariamente existir una resolución fundada por parte de la entidad licitante, basada en una de las causales establecida en la ley y además el cumplimiento de una serie de requisitos, de lo contrario, se atentaría con el principio de la libre concurrencia y de igualdad en los oferentes.

La importancia de promover la libre competencia es tal que, en la última modificación a esta ley, en enero del 2020, se le dio la posibilidad a las entidades licitantes de establecer en sus bases de licitación la limitación de las Uniones Temporales de Proveedores (UTP), las

cuales son asociaciones de personas naturales y/o jurídicas, para la presentación de una oferta en caso de licitaciones, o para la suscripción de un contrato, en caso de un trato directo. Las UTP habian sido incorporadas dentro de la normativa con la finalidad de permitir a las pequeñas y medianas empresas (PYME) participar en mejores condiciones dentro de las compras públicas, ya que permitiría que varias PYMES se reunieran para participar, no con la finalidad de constituir una persona jurídica distinta, sino que para tener una mejor espalda financiera para competir con las grandes empresas, lamentablemente, dicha figura fue utilizada por las grandes empresas llegando incluso a crear una especie de “monopolios” en ciertas licitaciones, aunque no pudiera comprobarse que tuvieran “poder de mercado”, de todas formas, atentaban gravemente contra la libre competencia perjudicando directamente a las PYMES que participaban dentro de estos procesos, lo anterior, fue detectado por la propia Fiscalía Nacional Económica.

En este sentido, la CGR emitió un pronunciamiento y señaló que la DCCP no tenía facultades para limitar la asociatividad de estas grande empresas por medio de las UTP, ya que era una figura que podía ser utilizada por cualquier proveedor, de lo contrario, se atentaría contra la libertad económica regulada en el artículo 19 °n 21 de la Constitución Política de la República.

La modificación, incorporada por medio del Decreto 821 que modifica el Decreto Supremo N° 250 del Ministerio de Hacienda, año 2004, que aprueba el reglamento de la Ley N° 19.886 de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, de fecha 21 de enero de 2020 estableció, en su n° 10, *“Incorpórese en el artículo 23, el siguiente número 4 nuevo, pasando el actual número 4 a ser el numero 5: “no procedencia de participación de uniones temporales de proveedores, cuando se estime fundadamente que ello puede conllevar un riesgo, dadas las particularidades de la industria objeto de la licitación o de las características del bien y/o servicio a contratar”.*

Esto, va en directa relación con el buen uso de los recursos públicos, ya que si la DCCP y las entidades licitantes velan por que exista una gran cantidad de oferentes para una determinada adquisición de un bien o una prestación de un servicio, puedo obtener mejores precios.

A pesar de que, solo el artículo 30 letra g) de la Ley N° 19.886 menciona el tema de la libre competencia en el sector de las compras públicas, un estudio de Chile Transparente destacó ciertas disposiciones de normas jurídicas que generan obligaciones para los órganos de la administración del Estado y que tienen efectos sobre la competencia, solo a modo ejemplar, puedo mencionar el artículo 45 de la Ley 20.880 Sobre Probidad en la Función Pública y Prevención de los Conflictos de Interés, la cual señala que deben enajenar su participación de empresas proveedoras del Estado; El Presidente de la República, diputados, senadores, Contralor General de la República, Ministros de Estado, Subsecretarios, Gobernadores, Jefes de Servicios, etc. El estudio señala que aquello permite que no se entorpezca la competencia de aquellos proveedores que no están en situación privilegiada para obtener licitaciones. Sin perjuicio de lo anterior, el estudio también señalo que, en la realidad, existe una gran dificultad de los organismos fiscalizadores para detectar estos conflictos de interés (Chile Transparente, 2018: p.7)

Es tal la importancia que tiene la identificación de beneficiario final de los proveedores del estado en materia de libre competencia, que incluso, por parte de la Fundación del Observatorio Fiscal, se realizó un estudio en el cual se analizaban a los proveedores “exclusivos” de cada gobierno en el periodo 2009-2019 (Junio), publicando dicho estudio en diciembre de 2019. Dicho estudio consistió en analizar los proveedores del gobierno de Bachelet en su primer y segundo periodo presidencial y los proveedores del gobierno de Piñera en su primer y segundo periodo presidencial. En dicho análisis se determinó que, existían proveedores específicos para gobiernos determinados, es decir, durante todos los años de un periodo de gobierno la administración pública le compraba a un mismo proveedor, compras que cesaban una vez que el periodo de gobierno terminaba, considerando a dichos proveedores como “favoritos”. A pesar de no ser un fenómeno que representara un amplio espectro de proveedores (0,3% del total del monto transado en el periodo), igualmente el monto de los fondos públicos

involucrados en las transacciones con dichos proveedores en el periodo de junio 2009 a junio 2019 era superior a \$111.000.000.000 (ciento once mil millones de pesos).

Lo que se destaca de dicho informe es que una parte considerable de los montos transados en dicho periodo fue por medio de trato directo, particularmente el 30%, procedimiento de contratación que se evita básicamente porque no existe competencia entre los proveedores ni la posibilidad de evaluar las condiciones que permitan alcanzar la combinación más ventajosa entre los beneficios del bien o servicio por adquirir y todos sus costos asociados, presentes y futuros, lo que si se logra durante el proceso de licitación pública. (Mora, 2019: p. 4)

En este sentido, hay que hacer presente que el procedimiento de contratación “trato directo” es efectivamente el que más podría limitar la libre competencia ya que priva a los demás oferentes de participar, no cumpliendo con el principio de la libre concurrencia de los oferentes, y, además, los proveedores excluidos podrían haber entregado mejores condiciones en cuanto al bien o servicio licitado, causando así un perjuicio económico fiscal e insatisfacción de necesidades públicas, ya que mientras más ofertas tengo mas necesidades puedo satisfacer. Además de lo anterior, administrativamente puede traer aparejado sumarios administrativos o juicios de cuentas respecto de los funcionarios que participaron en dicha contratación, particularmente por no estar justificada la causal por la cual se procedió al trato directo, y por eso es considera un procedimiento de contratación excepcional siendo la regla general la licitación pública.

En concordancia con lo anterior, un estudio realizado por el Observatorio del Gasto Fiscal en Chile determino que, sin perjuicio que a nivel del Gobierno Central la modalidad de contratación de trato directo solo alcanzó un 16%, existen “*servicios público que muestran un uso muy intenso de esta herramienta que, en realidad, debería ser más bien la excepción*” (Mora y Von Wolfersdorff, 2018: p.3).

En dicho estudio, se indican una serie de servicios públicos, particularmente, Gobernaciones e Intendencias, que en más del 50% de sus compras se utilizo la vía del trato directo ,

a modo ejemplar, en el año 2017 la Intendencia III Región de Atacama, realizó compras por un monto total de 5.160 millones de pesos, del cual un 97% fue por trato directo, la Intendencia IV Región de Coquimbo, realizó compras por un monto total de 1.539 millones de pesos, del cual un 89% fue por trato directo y la Gobernación Regional del Maule, realizó compras por un monto total de 5.791 millones de pesos, de los cuales 88% fue por trato directo (Mora et al.,2018: p.3).

Este informe se refiere también a los socios de las empresas que participan en licitaciones públicas, reiterando lo ya señalado en cuanto a que Chile Compra no solicita obligatoriamente los datos societarios a las empresas proveedoras, y que el servicio de impuestos internos no cuenta con un registro de calidad de Beneficiarios Finales de empresas en general, por lo anterior, se dificulta que la DCCP pueda ejercer su función clave, cual es la promoción de la competencia en los procesos de contratación administrativa.

En concordancia con lo anterior, el informe señala que *“dado que el registro de Chile- Proveedores, que ChileCompra coordina, no pide como obligatorio los datos societarios a las empresas registradas, solo algunas empresas registran estos datos. De hecho, solo un 42% de las empresas que han estado activas en los últimos 5 años en el mercado público, presenta información sobre el primer nivel de sus socios. En ninguno de los casos, se puede llegar a información de eventuales mallas societarias, en caso de que los socios de un proveedor son personas jurídicas. Además, no es posible saber que % de estos 42% nuevamente son personas jurídicas, ya que el sistema no registra este dato, y tampoco hace público el RUT”*. (Mora et al.,2018: p.21).

Este informe, en sus conclusiones, hace presente que en el año 2017, 26 instituciones públicas adquirieron más de un 50% de sus compras por la modalidad de trato directo, lo que es una alerta toda vez que dicha modalidad es una excepción a la regla general de la licitación pública. Un aspecto que llama la atención es que dicha modalidad se utilizó incluso en sectores que, en principio, no deberían proceder, tales como, la construcción, en este sentido, las empresas ARAUCO S.A y BESALCO se adjudicaron, vía trato directo, la construcción del Centro de Justicia de Rancagua por un monto superior a los 18 mil millones de pesos. Otro

caso emblemático es el del Servicio de Salud Aysén, donde la empresa BESALCO se adjudicó, vía trato directo, el Hospital de Cochrane por más de 14 mil millones de pesos.

Finalmente, el estudio detecta un área en el cual muchos servicios públicos han encontrado su justificación a la causal de trato directo, emergencia, urgencia e imprevisto, cual es la crisis hídrica que ha afectado a distintas regiones de nuestro país, procediendo a la contratación de camiones aljibes, particularmente en las regiones de Coquimbo y Los Lagos. Lo anterior, resulta cuestionable toda vez que la crisis hídrica es un mal que nos afecta hace ya bastante años, por lo que ya no podría ser considerada como un imprevisto o como una urgencia, sino que más bien nos lleva a cuestionar los procesos de planificación de emergencias de este tipo de eventos que cada zona afectada debería tener, incluso se propone la idea de poder contribuir a esta crisis generando convenios marco que les permita a los servicios público enfrentar esta problemática sin la necesidad de acudir a procedimiento de contratación por la modalidad de trato directo lo que trae aparejado riesgos de corrupción y/o mal ejecución de compras.

Esto resulta relevante de destacar toda vez que, si bien el trato directo es un tipo de procedimiento de contratación legal y válido, el espíritu del legislador fue establecerlo como una excepción en el sistema de adquisiciones, porque precisamente atenta contra la libre competencia al no permitir la participación de un universo más grande de oferentes, llegando a un máximo de 3 oferentes los cuales compiten por medio de sus cotizaciones cuando la causal que se alega admite las 3 cotizaciones, de lo contrario, no existe ninguna competencia.

Ahora bien, este tema es de vital importancia sobre todo en el tiempo actual que vivimos, donde se ha decretado un Estado de Excepción Constitucional de emergencia que claramente encaja perfecto con la causal de trato directo “emergencia, urgencia o imprevisto” contemplada en el artículo 8 letra c) de la Ley de Compras, el cual señala “*Procederá la licitación privada o el trato o contratación directa en los casos fundados que, a continuación se señalan: c) En casos de emergencia, urgencia o imprevisto calificados mediante resolución fundada del jefe superior de la entidad contratante...*”.

Dicha causal, desde que se decretó el Estado de Excepcional Constitucional de emergencia, producto de la pandemia mundial que nos afecta por la enfermedad COVID-19, ha sido la justificación para adquirir casi todos los bienes y servicios que necesita la Administración del Estado. Ahora bien, sin perjuicio de que el trato directo está previsto para este tipo de circunstancias, existen antecedentes que llevan a concluir que hay servicios públicos que han abusado de dicha causal.

Lo anterior, se sustenta en un estudio del año 2020, impulsado por Chile Transparente y ALAC (Asesoría Legal Anticorrupción), en el cual participé como colaboradora, denominado “Caza Chanchullos”, y que tenía por objeto investigar y denunciar irregularidades en compras municipales en el contexto de la pandemia por COVID-19, el estudio buscaba analizar las ordenes de compra realizadas por las 345 municipalidades de nuestro país, entre el 1 de marzo al 31 de agosto de 2020. Se optó por el estudio de las municipalidades, toda vez que, según datos de ALAC (2020), las instituciones públicas que concentran la mayor cantidad de denuncias de casos de corrupción entre abril de 2018 y agosto de 2020 son las municipalidades, con un 26%.

De la revisión de las órdenes de compras de diversas municipalidades, se lograron identificar que los bienes y servicios adquiridos en mayor cantidad, eran precisamente aquellos que decían relación con el combate contra el COVID-19, tales como, mascarillas, alcohol gel, overoles, lentes de protección facial, termómetros, túneles sanitizadores, entre otros, pero en dichos procesos de compra se detectaron una serie de irregularidades. A saber, para poder acceder al procedimiento de contratación de trato directo es necesario, según lo establece el artículo 8 letra c) de la ley de compras, que exista una resolución fundada del jefe superior de la entidad contratante, y por “fundada” se entiende, a lo menos, la explicación de la necesidad de la compra, lo que en los casos analizados, no se visualizaba, ya que en la gran mayoría de los casos sólo se establecía que se fundaba en el Estado de Excepcional Constitucional de Emergencia por COVID-19, sin especificar nada más, e incluso, en ciertos casos ni siquiera se contaba con la resolución fundada.

Otro aspecto que, al menos permitía cuestionar el proceso de contratación, era que, dicha causal requiere, según lo establece la propia disposición ya citada en su inciso final, al menos 3 cotizaciones, exigencia que no se cumplía en la mayoría de los casos estudiados.

Finalmente, se detectó que, en muchos casos, los servicios públicos contratantes emitan las órdenes de compra a personas jurídicas que, si bien tenían existencia legal hace bastante tiempo, habían realizado iniciación de actividades en el giro de “insumos médicos”, en el mismo mes o un par de meses antes de la emisión de la correspondiente orden de compra, considerando que antes de ello, tenían iniciación de actividades en giros tales como, rubro textil, perfumería, paquetería, ferretería, etc.

Lo anterior, permite, al menos, cuestionar si efectivamente éste era el proveedor que otorgaba las condiciones más ventajosas para la Administración Pública, pudiendo, al menos, dudar, sobre la existencia de un potencial conflicto de interés entre el servicio y el proveedor, sobre todo considerando que, en muchos casos, los precios ofrecidos eran muy superiores a los precios de mercado por el mismo bien.

Por lo anterior, con este tipo de situaciones, que podrían evitarse transparentando a los beneficiarios finales de las personas jurídicas que proveen al Estado, se afecta directamente a la competencia ya que se reduce el número de competidores por proceso de compra a uno, o en el mejor de los casos, a tres proveedores.

Ahora bien, la afectación a la libre competencia no solo se da por la celebración de los tratos directos, sino que también por las licitaciones en las cuales se presenta un solo oferente, y lo anterior, por regla general, se da por la alta especificidad con la que los servicios públicos licitantes redactan las bases de licitación, lo cual también puede ser un mecanismo para encubrir la contratación con personas relacionadas a los mismos servicios. Todo lo anterior, es atentatorio contra la libre competencia, pero consecuentemente también afecta gravemente el principio de probidad que debe regir en toda la administración pública.

El Observatorio para el Gasto Fiscal y Chile Transparente han sostenido que *“podrán existir empresas de un mismo dueño que venden al Estado sin que ni las autoridades, ni menos la ciudadanía, se enteren de la respectiva concentración. Asimismo, podrán haber licitaciones pública que se ven competitivas, con múltiples empresas presentando ofertas, pero que en efectivo podrían estar en manos de un mismo holding o dueño final”*. (Precht y VonWolfersdorff, 2018: p. 3)

Claramente, de lo anteriormente señalado, se puede concluir que los distintos servicios públicos, independiente del gobierno de turno, muchas veces utilizan sus cargos e influencias para beneficiarse o bien beneficiar a sus relacionados, siendo el sector de las compras públicas propicio para aquello, toda vez que, de ellos depende el proceso de adquisición de bienes o contratación de servicios, porque no existe, como era antes, un órgano que este a cargo de la adquisición de todos los bienes y servicios de la administración pública, sino que es cada servicio el que debe licitar los bienes y servicios que necesita para el cumplimiento de su función pública o bien decidir si están ante una causal que justificaría un trato directo. En este sentido es claro que, en muchos casos, los tratos directos encubren a proveedores que tienen algún grado de cercanía con los funcionarios directivos del servicio, o bien con otros funcionarios públicos, hecho que muchas veces pasa desapercibido porque no conocemos quiénes están detrás de los proveedores que contratan con el Estado.

Dentro de nuestra legislación en materia de contratación administrativa, también existen disposiciones que otorgan una peligrosa discrecionalidad a las entidades licitantes, no solo respecto de decidir si están o no frente a una causal de trato directo, sino que también de aspectos fundamentales de los procesos de compra. Lo anterior, se encuentra regulado en el artículo 4 inciso 1 y 2 del reglamento de la ley de compras, el cual señala que las entidades licitantes deben crear su propio Manual de Procedimientos de Adquisiciones que contenga los criterios y mecanismos de evaluación, formulación de bases y términos de referencia, política de inventarios, recepción de bienes y servicios, entre otros aspectos que ahí se señalan, relegando sólo a quienes licitan la idoneidad de la oferta. Esto dejaría espacio para que ocurran hechos pocos transparentes.

Es por lo anterior que resulta necesario que la discrecionalidad que la nueva ley de contratación administrativa le otorga a los servicios públicos licitantes pueda ser limitada o al menos controlada por mecanismos que permitan transparentar aun más el destino de los recursos públicos involucrados, siendo una excelente alternativa la creación del registro público de los beneficiarios finales de los proveedores del Estado.

En este mismo sentido se ha pronunciado Chile Transparente, quien señaló que si bien el principal objetivo de la legislación en materia de contratación pública es contribuir a la eficiencia y transparencia de la gestión pública en la adquisición de bienes y servicios y mejorar las capacidades de compra de los organismos públicos, no existen mayores indicaciones que garanticen incentivos o mecanismos para preservar determinados niveles de competitividad y transparencia en estos procesos, y agrega que la única disposición en la cual se menciona este tema es el artículo 30 letra g) de la Ley N° 19.886. (Chile Transparente, 2018: p.7).

Incluso el análisis señaló que de los *“top 20 de los proveedores favoritos, adjudicados en licitaciones públicas se trata en general de empresas nacionales y no transnacionales o empresas pertenecientes a grandes conglomerados, lo que aumenta el riesgo de que efectivamente pudiera haber conflicto de interés”*. (Mora, 2019: p. 4)

Por último, y solo para dejar en evidencia lo sensible que es determinar el beneficiario final de los proveedores del estado, sobre todo de aquellos proveedores “favoritos”, como ya he señalado, el estudio realizado por la Fundación del Observatorio Fiscal concluye que los ministerios que más adquirieron a proveedores “favoritos” fue *“el Ministerio de Salud con 30.526 millones de pesos, lo que equivale al 27% del total y en el cual el 74% fue comprado en el gobierno de Bachelet 2 y un 26% durante Piñera 1. En segundo lugar se encuentra el Ministerio de Educación con 17.245 millones de pesos, lo que equivale al 15% del total, y en el cual un 56% fue comprado durante el gobierno de Bachelet 2 y un 44% durante Piñera 1”*. (Mora, 2019: p.5). Por tanto, el atentado contra la libre competencia en estos sectores resulta claramente más perjudicial por los bienes jurídicos protegidos que están detrás de cada ministerio, como es la salud y la educación.

En conclusión, desde el punto de vista de las compras públicas, es posible advertir la importancia de que el Estado de identifique el beneficiario final siendo ésta, probablemente, la única forma de cumplir eficazmente con la obligación de determinar la inhabilidad relativa del artículo 4 inciso 6 de la ley y permitir a la DCCP cumplir con su función de promover la libre competencia entre los proveedores del Estado. Importante es destacar que, las conductas monopólicas, la fijación de precios, la asignación sesgada de recursos, empresas-cartel y asimetrías de información existen precisamente por las distorsiones producidas por una competitividad mermada.

Ahora bien, para dar cumplimiento a lo anterior, es totalmente necesario que la DCCP cree un registro público en donde se pueda poner a disposición, no solo de la CGR, sino que de toda la ciudadanía, los datos de las estructuras societarias de la empresas proveedoras del Estado. Lo anterior, ha generado diversas opiniones en cuanto a la legalidad de dicho registro, particularmente, por la vulneración que esto provocaría a los datos personales de los proveedores, según lo establecería la ley 19.628, lo cual podría ser subsanado por medio de una reforma legal en la cual se le otorgue a la DCCP una autorización legal expresa para la creación de dicho registro, lo que actualmente no existe.

II. La importancia de identificar al beneficiario final en relación a la transparencia en el sector público

Es evidente que uno de los temas a tratar más importantes a la hora de enumerar las razones por las cuales es necesario contar con un registro de beneficiarios finales de los proveedores del Estado, es precisamente el dar cumplimiento con el principio de la transparencia en la función pública, la cual tiene una regulación especial en la Ley 20.285 sobre “Acceso a la información pública”. Esta normativa es sustancial en el desarrollo de esta investigación, toda vez que no solamente regula el principio de transparencia en la función pública, sino que también el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información.

Pero, ¿Qué debemos entender por transparencia de la función pública?, según esta normativa, consiste en respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley.

En este sentido, el tema de la transparencia en la función pública constituye uno de los principales argumentos, en conjunto con la probidad, para sostener que debe existir un registro público de beneficiarios finales de los proveedores del Estado, ya que *“la transparencia fiscal es crucial para el manejo adecuado de los recursos públicos. Facilita a las instituciones públicas tomar decisiones basadas en diagnósticos claros de sus finanzas, considerando tanto los costos y beneficios de su gestión, como también los posibles riesgos involucrados. Por el otro lado, es una herramienta clave para la rendición de cuentas de todas las instituciones públicas frente a la ciudadanía, es decir, frente a sus contribuyentes”*. (Von Wolfersdorff, 2015: p.3)

Por lo anterior, se debe siempre velar por la publicidad de la información pública, salvo que existan motivos fundados para la reserva. En este sentido, lo primero que debemos determinar es cual es el ámbito de aplicación de la ley 20.285, la cual en su artículo 2 señala que es aplicable a ministerios, intendencias, las gobernaciones, los gobiernos regionales, las municipalidades, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa. Además, se aplicarán ciertas disposiciones de esta ley a las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio.

En conclusión, se aplica prácticamente a toda la administración pública, y particularmente a los principales entes que participan en procesos licitatorios y que, por ende, tiene o pueden tener acceso a los datos de las estructuras societarias de las personas jurídicas que participan y/o se adjudican las licitaciones públicas o privadas o bien a quienes se les emiten las ordenes de compra respectiva dependiendo el proceso de contratación.

Hay que entender que todos los procedimientos de contratación pública que realicen los órganos de la administración del estado son instrumentos para llevar a cabo una “función pública”, y por tanto debe ser ejercida con transparencia, no solo de los procedimientos, sino que también de los contenidos y decisiones que se adopten en ejercicio de ellas, tal como lo establece el artículo 3 de esta normativa.

En este mismo sentido se ha pronunciado el Comité Asesor de Empresas e Industrias 2014 de la Encuesta Económica de la OCDE, la cual indico que “*la mejora de la eficiencia y la transparencia en la contratación pública es la principal prioridad para las reformas del sector público*” (Chile Transparente, 2018: p.13)

Ahora bien, según lo establece el artículo 5 de este cuerpo normativo, la información que obre en poder de los órganos de la administración es pública, por tanto, si aplicamos esta disposición al sector particular de las compras públicas lo primero que debemos dilucidar es qué información obra en poder de la DCCP sobre los proveedores del Estado.

En este sentido, recordando lo establecido en el artículo 16 de la ley de compras en relación con el artículo 91 del reglamento de la ley de compras, el proveedor deberá entregar a la DCCP todos los documentos que acrediten su existencia legal y su situación financiera, por tanto, se entiende que dentro de los documentos para acreditar la existencia legal de una persona jurídica que desea inscribirse en el registro de proveedores necesariamente deberá estar la escritura pública de constitución y los estatutos con vigencia, documentos que, en una primera instancia, nos podrían ayudar a determinar cuáles son los beneficiarios finales de dicho proveedor, al menos en cuanto al criterio de la participación, según lo ya explicado, en relación a quienes deben considerarse como beneficiarios finales, toda vez que en dichos documentos aparecerá qué porcentaje de participación tiene cada socio, y en caso de ser éste igual o superior al 10% del capital o derecho a voto de la persona jurídica, podría ser considerado como beneficiario final.

Otra normativa que debemos considerar en este punto, para determinar cual es la información que la DCCP maneja de los proveedores del estado, según la legislación vigente, es la

ley de presupuesto del año 2020, esto es la Ley 21.192, la cual establece en su artículo 34 *“Respecto de las personas jurídicas que figuren en el registro de contratistas y proveedores de la administración al que se refieren los artículos 16 y 17 de la ley 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, deberá contener la individualización de las personas naturales y jurídicas que, a cualquier título, participen en la propiedad y administración de la persona jurídica inscrita en dicho registro.*

La Dirección de Compras y Contratación Pública deberá solicitar la precitada información dentro de los sesenta días siguientes a la publicación de esta ley a fin de adecuar el referido registro a las exigencias establecidas en este artículo”

A mi criterio, la incorporación de esta disposición dentro de la ley de presupuesto no significa un aporte significativo a la problemática planteada, toda vez que, como ya señale, según lo establecido en el artículo 16 de la ley de compras en relación con el artículo 91 de su reglamento, la DCCP esta facultada para solicitar a las personas jurídicas que quieran inscribirse en el registro de accionistas, todos los documentos que sean necesarios para acreditar su existencia legal y situación financiera, por tanto, todos los proveedores que se encuentran ya inscritos en dicho registro ya han entregado a la DCCP la escritura de constitución y los estatutos con vigencia de dicha persona jurídica, considerando que, en la mayoría de las sociedades, es ahí precisamente donde se establecen quienes son las personas naturales o jurídicas que tiene propiedad y administración en dicha sociedad a cualquier título.

Ahora bien, digo en “la mayoría” de las sociedades, toda vez que en el caso de las Sociedades por acciones (SpA), particularmente, aquellas que han sido constituidas por el Registro de Comercio, los socios efectivamente aparecen en la escritura pública de constitución, pero podría ocurrir que alguno de esos socios que constituyó la SpA posteriormente venda sus acciones a un tercero, y no existe la obligación legal de que dicha compraventa sea inscrita en el Registro de Comercio por lo que nadie podría saber que ese tercero hoy también es socio, salvo que, se solicite por parte de la DCCP un certificado de accionistas o bien exhibir el libro de accionistas donde consta la compraventa de acciones.

Por tanto, en este sentido la obligación establecida en el artículo 34 de la ley de presupuestos, si bien, viene a ser un aporte ya que se les obligaría a esas SpA constituidas por

registro tradicional señalar expresamente quienes son los socios actuales de dicha sociedad, no permite solucionar el problema de la identificación del beneficiario final ya que nuevamente solo se refiere a los proveedores que pertenecen al registro de proveedores y no a todos aquellos que ofertan al Estado.

Al menos, el problema antes señalado, solo ocurre aquellas SpA constituidas por registro tradicional, ya que aquellas que se constituyen por el Registro de Empresas y Sociedades reguladas por la Ley N° 20.659, particularmente, según lo dispuesto en su artículo 14, es necesario que la compraventa de acciones sea subida a la plataforma electrónica para que ésta produzca sus efectos, por lo que en este caso no existiría el problema de determinar los socios, bastando simplemente solicitar una copia de los estatutos con vigencia, que es uno de los documentos que la DCCP debiera haber solicitado para que dicho proveedor acredite su existencia legal y por tanto aprobar su inscripción en el registro de accionistas.

Otro problema que se puede producir en la identificación del beneficiario final de las personas jurídicas que proveen al Estado, ocurre con las sociedades de personas, donde tanto la constitución como la modificación se hace por medio de escritura pública ante Notario, posteriormente de dicha escritura se debe confeccionar un extracto el cual debe ser inscrito en el Registro de Comercio respectivo dentro de los 60 días siguientes a la fecha de celebración de la escritura. Por último, el extracto debe ser publicado en el Diario Oficial. Tanto la inscripción, como la publicación son posteriormente protocolizados por el Notario. Finalmente, la modificación social debe ser informada al Servicio de Impuestos Internos en el plazo de 15 días hábiles contados desde la inscripción en el Registro de Comercio. Y, en el caso de no informar al SII dicho cambio, éste puede multar al contribuyente, multa que asciende aproximadamente a 1 UTM.

De lo anteriormente señalado, se puede concluir que en el proceso de entrada y salida de socios de una sociedad de personas participan 4 organismos, los cuales tienen acceso a información relevante para la identificación de beneficiario final.

En primer lugar, el Notario, ésta es la persona que *“tiene la información íntegra de la modificación social, pues es éste quien autoriza la celebración del acto como ministro de fe*

y protocoliza además la inscripción y su publicación. Es decir, es el único que tiene la certeza de que el acto cumplió con todas sus formalidades.

Sin embargo, más allá de protocolizar los documentos y autorizar la escritura, el Notario no guarda un historial de la sociedad, ni tampoco tiene el deber e informar a nadie respecto de estas modificaciones, como si lo hace respecto de las ventas de inmuebles que autoriza.” (Precht y Von Wolfersdorff, 2018: p.8)

El otro actor que interviene es el Registro de Comercio en donde se deben inscribir todas las modificaciones sociales relevantes, como lo es la entrada y salida de un socio. Además, el registro va manteniendo la historia, puesto que cada modificación debe ser anotada al margen de la inscripción original de la sociedad, salvo lo que ocurre con las SpA constituidas por registro tradicional ya que la entrada y salida de socios puede solo constar en el libro de accionistas. Ahora bien, el Registro de Comercio tampoco tiene acceso a toda la información ya que no tiene como saber si posterior a la inscripción de la modificación se realizó la publicación del extracto en el Diario Oficial y tampoco sabe si se hizo la protocolización de los documentos, y además tampoco tiene la obligación de informar a Servicios de Impuestos Internos estas modificaciones. La única particularidad con la que cuenta es que la información del Registro de Comercio es pública y por tanto toda persona puede tener acceso a sus registros, sin perjuicio de ello, resulta engorroso acceder a la información ya que se debe revisar libro por libro para saber las modificaciones que una sociedad ha tenido. Por tanto, si bien hay acceso a la información, resulta complejo, tanto para la ciudadanía como para un ente fiscalizador conocer estas modificaciones.

En tercer lugar, interviene el Diario Oficial, quien debe publicar los extractos de dichas modificaciones sociales. Según un estudio del Observatorio del Gasto Fiscal y Chile Transparente, como actualmente las publicaciones son gratuitas, muchas empresas y asesores publican extractos incluso antes de inscribirlos en el Registro de Comercio. Muchas veces esos extractos son rechazados por el Registro y deben ser modificados, por lo cual se debe también publicar un nuevo extracto.

En otras palabras, si bien el Diario Oficial cuenta con mucha información, no tiene claridad suficiente para determinar qué información es la correcta o si el extracto que publicó

finalmente se inscribió. En conclusión, si bien el Diario Oficial cuenta con bastante información que podría ser útil en la identificación del beneficiario final de las sociedades que contratan con el Estado, no existe certeza de que dicha información sea correcta o si el extracto que publicó fue el que finalmente se inscribió en el Registro de Comercio respectivo. Finalmente este interviniente tampoco tiene la obligación de informar estas publicaciones al Servicio de Impuestos Internos.

Por último, interviene el Servicio de Impuestos Internos, quien es el organismo que recibe la información sobre las modificaciones sociales, esto es el ideal, pero en la práctica como ya se ha señalado muchas veces no se informan dichas modificaciones, además *“al ser las multas muy bajas, no hay un real incentivo a mantener la información actualizada y hay sociedades que durante años llevan a cabo ventas de derechos sociales y no las informan al Servicio”*. (Precht y Von Wolfersdorff, 2018: p.8) Lo anterior tiene diversas consecuencias, en primer lugar, afecta directamente a la capacidad de fiscalización del Servicio, y desde el punto de vista tributario, ya que los dueños de dichas empresas y particularmente, los socios que se encuentren inscritos ante el SII hasta el 31 de diciembre de cada año son los que deberán tributar por las rentas anuales de dicha persona jurídica, lo que podría traer aparejado el pago de un tributo superior a lo que les corresponde.

En cuanto a otros tipos societarios, como las sociedades anónimas, tanto abiertas como cerradas, también existen problemas que nos impiden o dificultan la obtención de información relevante para identificar al beneficiario final de las personas jurídicas proveedoras del Estado. Y, es por todo lo anteriormente señalado, que resulta urgente poder crear un registro público de beneficiarios finales de los proveedores del Estado que se puede hacer cargo de todas las falencias que actualmente posee nuestro sistema, no solo desde el punto de vista de la legislación, sino que también administrativo.

Lo que ocurre es que no existe ningún servicio público que este expresamente facultado para hacerse cargo de esta problemática y pueda crear mecanismos que le permitan verificar toda la información que, los distintos intervinientes le aportan para la creación de dicho registro, facilitando de esta forma la fiscalización por parte de los entes correspondientes, tales

como Servicio de Impuestos Internos, Contraloría General de la República e incluso la propia ciudadanía.

Ahora bien, otra falencia importante del artículo 34 de la ley de presupuesto, es que dicha obligación de transparentar la persona natural o jurídica que a cualquier título participe en la propiedad o administración de la sociedad, es que solo es aplicable a aquellos proveedores que se encuentran inscritos en el Registro de Proveedores o Contratistas de la DCCP, recordando que dicho registro es voluntario, por lo que podría dejar fuera un gran universo de proveedores.

Ahora bien, retomando, el tema de la transparencia en el sector público, y ya habiendo determinado cual es la información que actualmente, con la legislación vigente, posee la DCCP de los proveedores del estado, particularmente, como ya se dijo, solo de los inscritos en el registro de proveedores, es necesario pasar a una segunda fase, cual es la posibilidad de publicar dicha información, y cómo esta materia esta regulada en la ley 20.285.

Lo anterior, porque es claro que la DCCP ya maneja suficiente información de los proveedores inscritos en el registro de proveedores para determinar, en la mayoría de los casos, los beneficiarios finales de dichos proveedores, recordando que dicha información no existiría en poder de la DCCP respecto de los proveedores no inscritos, y tampoco les sería aplicable la obligación del artículo 34 de la ley de presupuesto.

Sin perjuicio de que la DCCP cuenta con una gran cantidad de información sobre los proveedores inscritos en el registro de proveedores o contratistas, ocurre que mucha de esa información podría no ser correcta o bien podría ser inexacta, toda vez que la información que recopila la DCCP es obtenida de la empresa Transunion y otra del Diario Oficial, por lo que sin perjuicio de contar con información en la actualidad, lo ideal sería poder enrolar nuevamente a todos los proveedores respecto de sus beneficiarios finales y no solo aquellos que estan inscritos en el registro de contratistas.

Una muestra de lo anterior es lo que ocurre con uno de los servicios públicos directamente involucrados en el manejo de datos societarios en Chile como lo es el Servicio de

Impuestos Internos, este es uno de los principales servicios que participa del proceso de cambio de propietarios, socios o accionistas de las personas jurídicas en Chile. El servicio de Impuestos internos (SII) es el servicio que recibe, o al menos debería, recibir los datos de modificaciones sociales. Sin perjuicio de lo anterior, no necesariamente dispone de información actualizada, existen sociedades que durante años han realizado cesión o ventas de derechos sociales sin informarlas a este servicio, lo que claramente trae por consecuencia un debilitamiento del rol fiscalizador que cumple este servicio y además la dificultad de entregar información actualizada a los servicios públicos que lo requieran tales como la DCCP o la CGR en su rol fiscalizador.

Ahora bien, pensando en lo que actualmente tenemos, que es la información de los proveedores inscritos en el registro, debieramos determinar si, conforme a la legislación actual, es posible que la DCCP publique dicha información.

En este sentido, *“cuando quien da a conocer estos datos a personas distintas del titular es un organismo público aparece una dificultad mayor porque en las sociedades democráticas juega un papel significativo el régimen jurídico-constitucional de transparencia y publicidad de los actos del Estado, que garantiza a la comunidad el acceso a la información pública y conduce a los entes estatales a ofrecer amplias facilidades para su ejercicio.*

Al respecto el artículo 8 inciso 2 de nuestra Constitución Política eleva como una de las bases de nuestra institucionalidad a la publicidad y la transparencia en la función pública. Con la primera, recoge una obligación para los órganos del Estado ligada al imperativo de dar a conocer sus actos decisivos, y con la segunda, se funda el derecho de las personas a ser informadas sobre los procedimientos, contenidos y fundamentos de los actos.

Desarrolla el mandato anterior la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública” (Herrera, 2008: p.165)

El título III de la ley 20.285 sobre “Transparencia activa” particularmente, el artículo 7, señala que *“Los órganos de la administración del estado señalados en el artículo 2, deberán mantener a disposición permanente del público, a través de sus sitios electrónicos, los siguientes antecedentes actualizados, al menos, una vez al mes; [...] e) Las contrataciones para el suministro de bienes muebles, para la prestación de servicios, para la ejecución de*

acciones de apoyo y para la ejecución de obras, y las contrataciones de estudios, asesorías y consultorías relacionadas con proyectos de inversión con indicación de los contratistas e identificación de los socios y accionistas principales de las sociedades o empresas prestadoras en su caso”.

Siguiendo en su inciso 4, *“En el caso de la información indicada en la letra e) anterior, tratándose de adquisiciones y contrataciones sometidas al Sistema de Compras Públicas, cada institución incluirá, en su medio electrónico institucional, un vínculo al portal de compras públicas, a través del cual deberá accederse directamente a la información correspondiente al respectivo servicio u organismo. Las contrataciones no sometidas a dicho sistema deberán incorporarse a un registro separado, al cual también deberá accederse desde el sitio electrónico institucional”.*

De lo anterior, se concluye que no es facultativo de los órganos de la administración del Estado mantener a disposición del público las contrataciones que éste haya realizado indicando los contratistas y socios y accionistas principales de las sociedades o empresas prestadores, pero aquí debemos hacer dos precisiones, en primer lugar, esta norma señala que se deberá indicar quienes son los contratistas e indicar los socios y accionistas “principales” de las las sociedades o empresas prestadoras en su caso, por lo que lo primero que debemos saber es a qué se refiere el legislador cuando habla de “socios o accionistas principales”, y en este sentido, debemos remitirnos a lo que ha señalado el Consejo para la Transparencia en su Instrucción N° 11 sobre Transparencia Activa, la cual los define como *“aquéllos que individualmente sean dueños, a lo menos, del 10% de los derechos sociales”*(Consejo para la Transparencia, 2013: p. 11).

Por lo anterior, quedaría fuera el beneficiario final entendido desde el criterio del “control”, es decir, aquel que, sin tener el 10% de las acciones o derecho a voto de la persona jurídica, ejerce un control efectivo en la toma de decisiones de la persona jurídica. En segundo lugar, la norma señala expresamente que solo se publicarán dichos datos en caso que exista “contratación”, por tanto, durante todo el proceso previo a la contratación no existe forma de que la ciudadanía, y tampoco el ente fiscalizador como lo es la CGR, tenga acceso a esta información, por lo que durante todo el proceso de ofertas, evaluaciones y adjudicación

podrían participar proveedores que mantengan conflictos de interés conforme a la inhabilidad del artículo 4 inciso 6 de la ley de compras.

Por tanto, si bien existe una obligación de los órganos de la administración del Estado de mantener a disposición de la ciudadanía dicha información, sólo es exigible respecto de los proveedores con los que se haya contratado.

Lo anterior, resulta bastante engorroso, desde el punto de vista de la fiscalización, toda vez que quien tenga interés en conocer a los proveedores del Estado debería buscar en cada una de las páginas institucionales de dichos servicios, haciendo presente además que, habiéndome dado el trabajo de buscar en distintas municipalidades dicha información, ésta no consta en sus portales de transparencia activa, lo que claramente constituye un incumplimiento de la ley 20.285, y en este caso la responsabilidad de fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones de esta ley y aplicar las sanciones en caso de infracción recae en el Consejo para la Transparencia, conforme lo establece el artículo 33 de dicho cuerpo normativo.

Por lo anterior, es que este trabajo de investigación considera que existirían dos soluciones a esta problemática; En primer lugar, que se inviertan los recursos públicos necesarios para poder dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 7 de la ley 20.285, esto es, publicar esta información en los portales de transparencia de los distintos servicios públicos que celebren contratos de suministro de bienes o prestación de servicios, y de esta forma, dicha información pasaría a ser “información de fuente pública” según lo señala el artículo 4 inciso 4 de la ley 19.628, y de esta forma la DCCP podría disponer de esta información, sin requerir ningún tipo de autorización ni a la CGR ni al Consejo para la Transparencia, para posteriormente unificar esta información y realizar un registro único de los beneficiarios finales de las personas jurídicas que contratan con el Estado y sus respectivas estructuras societarias.

O bien, en segundo lugar, se propone que dicha facultad sea entregada de forma expresa y exclusiva a la DCCP, por medio de una reforma legal, toda vez que éste es el órgano público que maneja la mayor cantidad de información respecto de los proveedores del Estado, particularmente de los proveedores inscritos en el registro, y quien podría administrar además los datos (socios y accionistas principales de las sociedades y empresas prestadoras) de los

proveedores que contraten con algún órgano de la administración del Estado, agrupando dicha información en una sola plataforma como podría ser un registro público digitalizado de beneficiarios finales de los proveedores del Estado, eximiendo, de esta forma, a los demás órganos de la administración del Estado de publicar dicha información, conforme al artículo 7 de la ley 20.285, toda vez que la DCCP, por medio de este registro, estaría cumpliendo con el principio de transparencia en la función pública, particularmente, en los beneficiarios finales de las personas jurídicas que participen en un proceso licitatorio con un órgano de la administración del Estado. Esta última opción parece ser la más viable.

Esta última opción sería más viable y eficiente, en primer lugar, porque la DCCP estaría facultada para solicitar toda la documentación necesaria para identificar a los beneficiarios de los proveedores del Estado, directamente al proveedor, sin la necesidad de requerir estos antecedentes a los servicios públicos que tienen la obligación de publicar esta información en sus portales de transparencia activa, pudiendo asegurarse de que la información obtenida es fidedigna y actualizada. Además de lo anterior, el hecho de que la creación de dicho registro se sustente en una norma legal no admitiría ningún tipo de interpretación respecto de la posible vulneración al derecho constitucional de la protección de los datos personales de los socios de dichas personas jurídicas, derecho que fue incluido en nuestra Constitución Política de la República, por medio de una reforma constitucional, el día 16 de junio del 2018 por la Ley N° 21.096, la cual incluyó en el artículo 19 n°4 ,

“La Constitución asegura a todas las personas. 4° El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia. Asimismo la protección de sus datos personales, el tratamiento y protección de estos datos se efectuará en la forma y condiciones que determine la ley” .

Por tanto, si existe esta facultad legal expresa, además de cumplir a cabalidad con el principio de legalidad en cuanto a que los servicios públicos solo están facultados para hacer aquello que expresamente la ley los autoriza, también se permitiría el tratamiento de los datos personales de los socios de las personas jurídicas que contratan con el Estado sin que esto implique una vulneración a la garantía fundamental del artículo 19 n° 4 de la CPR, tal como lo ha sostenido hasta ahora tanto la CGR como el Consejo para la Transparencia.

De todo lo anteriormente señalado, podemos concluir que conforme a lo establecido en el artículo 16 de la ley de compras y artículo 91 de su reglamento, la DCCP cuenta con la información sobre las estructuras societarias de los proveedores del Estado inscritos en el Registro de Contratistas, a su vez, esto se ve reforzado por el artículo 34 de la Ley de Presupuestos del año 2020 que incorpora la obligación de señalar a las personas naturales o jurídicas que, a cualquier título, participen en la propiedad y administración de la persona jurídica inscrita en dicho registro, pero el gran problema es que dicha información no puede ser publicada por medio de un registro público.

Por otro lado, también los órganos de la administración del Estado cuentan con la información de los contratistas e identificación de los socios y accionistas principales de las sociedades o empresas prestadoras de servicios con los que éstos hayan contratado, y además tiene la obligación de publicar esta información por medio de sus portales de transparencia, según lo establece el artículo 7 de la ley 20.285. De lo anterior se concluye que los únicos proveedores que no están obligados a dar esta información a la Administración pública son los que se encuentran en el proceso previo a la contratación y no están inscritos en el Registro de Accionistas.

Claramente, la legislación actual es bastante engorrosa, en cuanto a la DCCP, ésta solo tiene facultades para exigir dicha información a los proveedores inscritos, registro que no es obligatorio para ofertar en los procedimientos licitatorios que realicen los órganos de la administración del Estado, porque de lo contrario, se consideraría atentatorio contra el principio de la libre competencia, consagrado en el artículo 9 inciso 2 de la LOCBGAE, que rige a la contratación pública y el cual establece que la administración debe evitar la existencia de obstáculos para ofertar o participar. Sin perjuicio de lo anterior, es claro que dicho principio, en el caso concreto, pugna contra el principio de la transparencia de la función pública, toda vez que si se permitiera exigir a los proveedores del Estado, para ofertar, la inscripción en el registro, la DCCP estaría facultada para exigir esta información a todos los que deseen participar de un proceso licitatorio, sorteando al menos el primer problema, cual es acceder a la información, toda vez que el segundo problema es la publicación de dicha información por medio de un registro público, del cual nos haremos cargo más adelante. Pero, claramente,

debiera primar el principio de transparencia por sobre el principio de la libre concurrencia en esta materia.

En relación a las excepciones al régimen de publicidad que debe regir conforme a la ley de acceso a la información pública *“La Carta Fundamental ha dispuesto un numerus clausus en que solo el legislador podrá limitarla cuando la publicidad afecte el debido cumplimiento de las funciones de los órganos públicos, los derechos de las personas, la seguridad de la nación o el interés nacional.*

Desde ese punto de vista, la Ley de Acceso a la Información Pública señala como causal de reserva o secreto cuando la publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico.” (Herrera, 2008: p.166)

Mas concretamente, es el artículo 21 de la ley 20.285 el que establece las causales taxativas por las cuales la información pública es secreta o reservada, y por tanto se podría denegar total o parcialmente a su acceso, a saber;

1. *“Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido.*
2. *Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente, tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico.*
3. *Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden o la seguridad pública.*
4. *Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el interés nacional, en especial si se refieren a la salud pública o a las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país*
5. *Cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8 de la Constitución Política.”* (El subrayado es nuestro)

Si uno analiza todas las causales de secreto y reserva, la que correspondería aplicar en este caso para prohibir la publicación de la información de las estructuras societarias de los proveedores del Estado, es la numero 2, la que nos impediría crear este registro público, particularmente por la afectación que lo anterior podría provocar en la esfera de la vida privada o derechos de carácter comercial o económico de los socios o accionistas.

Sin perjuicio de lo anterior, concretamente, a mi parecer, no se vislumbra como la publicación de esta información podría afectar la vida privada o sus derechos comerciales ya que solo se publicaría el nombre del socio y la participación que éste posee en la persona jurídica, siempre bajo la justificación de que dicha sociedad recibirá como pago de el bien entregado o servicio prestado recursos públicos siendo necesario transparentar el beneficiario final de dichos recursos.

Ahora bien, este criterio no es el mismo que ha manifestado tanto el Consejo para la Transparencia como la Contraloría General de la República, respecto de ambos servicios la Dirección de Compras y Contratación Pública solicitó un pronunciamiento sobre este asunto. En concreto, solicitó que ambas instituciones se pronunciaran sobre la posibilidad de colocar a disposición del público, datos de la estructura societaria de las empresas proveedoras del Estado sometidas a la ley 19.886.

Si bien, los detalles de dichas solicitudes y sus respectivos argumentos se desarrollarán en el punto 4 de este capítulo, adelanto que tanto la CGR como el CT, concluyeron que las estructuras societarias son considerados como datos personales de los socios y, por tanto, necesariamente el tratamiento de dichos datos debe realizarse conforme a lo establecido en la Ley N° 19.628, es decir, cuando los proveedores autoricen expresamente su publicación en un registro público. Sin perjuicio de dicha normativa será analizada extensamente en el punto 4 de este capítulo, solo hare presente que el problema principal que no permite la creación de dicho registro es precisamente el principio de legalidad que rige a la Administración Pública, por lo que es necesaria una modificación legal en dicha materia que otorgue expresamente la autorización a la DCCP para crear este registro público de beneficiarios finales de proveedores del estado.

De todo lo anteriormente señalado, es clara la importancia que tiene el acceso a la información sobre los beneficiarios finales de los proveedores del Estado, fundado principalmente en el cumplimiento del principio de transparencia de la función pública.

La idea de transparentar el beneficiario final no es solo una necesidad que surga a nivel nacional, sino que es una tarea pendiente en muchos países del mundo. Sin perjuicio de lo anterior, los esfuerzos han sido dirigidos en transparentar a los beneficiarios finales de las empresas privadas sin la necesidad de que éstos presten servicios o provean de bienes al Estado.

Un estudio del Observatorio del Gasto Fiscal en Chile y Chile Transparente, del año 2018, señaló que *“A nivel internacional, se están multiplicando los esfuerzos para avanzar en registrar y transparentar la identidad de los dueños finales de las empresas (“Beneficial Ownership”). Se debe a una creciente conciencia de que el anonimato acerca de quiénes son los propietarios finales de las personas jurídicas constituye un factor de riesgo para el Estado a la hora de combatir la corrupción, disminuir la evasión de impuestos y dificultar el lavado de dinero, así como para el sector privado a la hora de hacer negocios”*. (Precht et al., 2018: p.1)

Según este estudio, en el marco del Open Government Prtnership (OGP), varios gobiernos ya están trabajando en construir compromisos concretos para el Open Ownership junto con la sociedad civil, e indica que al 2018 ya existían *“varios países que tenían formulados compromisos internacionales en el marco del OGP para ir avanzando hacia el beneficiail Ownership, por ejemplo, EEUU, UK, Bulgaria, Irlanda, Kenia, Mongolia, Noruega y Liberia.”* (Precht et al., 2018: p.1-2)

En este sentido, la Unión Europea en el año 2018 aprobó su Quinta Directiva contra el lavado de dinero, el cual tenía por objeto mejorar la coordinación entre los países del bloque y proponer una primera apertura de los datos de las personas que son propietarios finales de las empresas. El texto que se propuso indicaba que *“la transparencia en la propiedad efectiva puede proporcionar a los mercados financieros, a los inversores y al público en general mayor confianza y que esta confianza depende en gran parte de la transparencia con la cual*

se maneja la información sobre los beneficiarios finales de entidades jurídicas” (Precht et al., 2018: p.2)

De lo anterior se puede concluir que la transparencia en el beneficiario final de las personas jurídicas es un tema tremendamente relevante a nivel internacional, donde se han desplegado múltiples acciones para lograr esta tarea. Por tanto, aun mayor debiera ser el interés de nuestro país de conseguir elevar los niveles de transparencia en los beneficiarios finales de las personas jurídicas que proveen al Estado, transparencia que, como ya se señaló, permita ejercer un control, no solo por parte de la autoridad, sino que también de la ciudadanía, quienes tienen el legítimo derecho de conocer el destino de los recursos públicos, sobre todo en el actual momento institucional que vivimos donde la confianza de las personas en el sector público se encuentra tremendamente debilitada.

“La transparencia de un registro público obligatorio de estos beneficiarios finales se constituye como una herramienta que emplean gobiernos, empresas y la sociedad civil para rastrear mas facilmente las ganancias obtenidas a partir de ilícitos, y al mismo tiempo, desincentiva a los posibles beneficiados por delitos o actos de corrupción”. (Chile Transparente, 2018: p.3)

En conclusión, *“Cuando los valores del sistema de compras públicas no estan alineados con la integridad y transparencia que se requiere, las contrataciones públicas pueden afectar en forma tangible la percepción que la opinión pública tiene del Estado, al igual que su confianza en el gobierno, especialmente cuando en las compras estatales los bienes, las obras de construcción y los servicios no se adquieren ni distribuyen con eficiencia, ahorrer y eficacia, o cuando la corrupción o al aparición de actos indebidos esombrece las transacciones efectuadas con probidad y transparencia”* (Meyer & Fath, 2002: p.548)

III. La importancia de identificar al beneficiario final en relación a la probidad en el sector público

Hoy en día, con la crisis institucional que vive nuestro país y el aumento en la desconfianza de la ciudadanía hacia el sector público en general, cobra aun más relevancia el cumplimiento irrestricto del principio de probidad en la función pública.

En este sentido, Chile Transparente, en el año 2017, realizó una encuesta a los propios usuarios del sistema Mercado Público para conocer cual era la percepción que éstos tenían del sistema, el cual si bien, a modo conclusivo, resulto ser una percepción positiva, igualmente “4 de cada 10 encuestados declararon conocer alguna irregularidad en Mercado Público” (Chile transparente, 2018: p.9) , agregando además que las “Municipalidades, por su parte, según la percepción de quienes abastecen al Estado, son las instituciones más proclives a cometer actos de corrupción en el funcionamiento del sistema de compras”. Chile transparente, 2018: p.9).

Por lo anterior, la creación de un registro público de beneficiarios finales de proveedores del Estado no solo permitiría al ente fiscalizador simplificar la detección de irregularidades, faltas a la probidad o actos de corrupción, sino que además ayudaría a mejorar la percepción que la propia ciudadanía mantiene del sistema de compras.

Al igual que ocurre en materia de transparencia, el principio de probidad tiene una reglamentación especial en la ley N° 20.880 sobre “Probidad en la función pública y prevención de los conflictos de intereses”.

Antes de analizar la normativa aplicable al principio de probidad, es importante hacer presente que el mecanismo que el legislador ha utilizado para la detección de potenciales conflictos de interés es la Declaración de Intereses y Patrimonio, en adelante DIP, en este sentido se debe hacer presente que, antiguamente, la declaración de intereses y patrimonio como mecanismo para prevenir potenciales conflictos de intereses y así resguardar el principio de probidad, estaba regulado en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (N° 18.575), en sus artículos 59 y s.s, artículos que fueron derogados y posteriormente regulados en esta nueva normativa ley N° 20.880, la cual entró en vigencia en marzo del 2018.

Previo al análisis de la normativa, es importante analizar la historia de la ley 20.880, toda vez que de ahí podemos identificar el real espíritu del legislador a la hora de crear este conjunto de normas.

La historia de la ley 20.880 estableció, dentro de los fundamentos de este proyecto de ley, que, *“uno de los consensos más importantes alcanzados en el último tiempo por nuestra comunidad política fue aquel que permitió la promulgación de las reformas constitucionales del año 2005. Dicha reforma se concretó a través de la dictación de la ley N° 20.050, uno de cuyos logros más notables fue el reconocimiento, en el artículo 8° inciso primero de la Carta Fundamental, del principio de probidad como una de las bases de nuestra institucionalidad”*.(Biblioteca del Congreso Nacional, 2018:p.3)

El texto hace presente que la fiscalización respecto del cumplimiento de este principio debe ser realizado, por regla general, por los propios órganos administrativos o bien por los Tribunales de Justicia. Sin embargo, se establece que en un régimen democrático el mejor ente fiscalizador del principio de probidad es, en último término, la propia ciudadanía la que tiene los mayores incentivos para denunciar y perseguir actos de corrupción. Ahora bien, ese control ciudadano implica, en la práctica, que las personas tengan acceso a cierta información de las autoridades, con lo cual aquéllas podrán perseguir las responsabilidades administrativas del caso.

El texto de señala que *“uno de los mecanismos que permite a la ciudadanía tener acceso a ese tipo de información es la declaración pública de intereses y de patrimonio de las autoridades y de ciertos funcionarios públicos. Si esa información es de conocimiento de cualquier interesado, éste podrá contrastar la actuación de la autoridad o del funcionario con su correspondiente deber legal. De esa forma, se fomenta la transparencia en la administración y se disminuye la práctica del secretismo”* (2018:p.4).

Seguidamente, se establece que uno de los “elementos centrales” de este proyecto de ley es precisamente perfeccionar la cantidad y calidad de la información que es necesario

incluir en la DIP, también la libre disponibilidad de información sobre los intereses y patrimonios de ciertas autoridades y funcionarios públicos, lo que podría actuar como un contraincentivo respecto de conductas abusivas o poco probas, señalando que ese es precisamente uno de los ejes temáticos del gobierno de turno. Es por lo anterior que, a través de este proyecto, se buscó otorgar facultades de fiscalización, control y sanción a la Contraloría General de la República.

Ahora bien, el proyecto también menciona un tema relevante respecto de la DIP, la cual si bien tiene por objeto prevenir potenciales conflictos de interés respecto de actividades o participación en sociedades que los funcionarios públicos puedan desarrollar al margen de sus funciones públicas, igualmente debe velar por no vulnerar lo establecido en el artículo 19 N° 16 de la Constitución Política de la República, el cual encuentra su consagración legal en el artículo 56 de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que presupone que todo funcionario público tiene derecho, a *“ejercer libremente cualquier profesión, industria, comercio u oficio (...) siempre que ello no perturbe el fiel y oportuno cumplimiento de sus deberes funcionarios”*. Por lo anterior, se ha entedido que la DIP es la medida menos gravosa y que mejor logra conjugar dicha garantía constitucional y el ejercicio de la función pública, ya que ésta no busca prohibir a los funcionarios público la realización de alguna actividad, industria, profesión u oficio, sino que más bien tiene por objeto hacer pública la dedicación de ese funcionario a dicha actividad, industria, profesión u oficio, con la finalidad que la ciudadanía y el ente fiscalizador respectivo pueda comprobar si existe o no un potencial conflicto de interés a la hora de tomar una decisión por parte de la administración.

Finalmente, dentro de la historia de la ley, se realiza la importancia de que Chile cumpla con los estándares de probidad y transparencia establecidos en la OECD. Chile, *“a comienzos del año 2010, se convirtió en el primer país sudamericano en formar parte de la OECD, grupo que incluye a las economías más desarrolladas del mundo. Las directrices otorgadas por la OECD, en esta área específica de transparencia y probidad, dicen relación precisamente con el establecimiento de altos estándares en los mecanismos que buscan precaver*

conflictos de interés, reconociéndose la declaración de intereses y patrimonio como la principal y más eficaz herramienta en esta materia.” (Lo subrayado es nuestro). (Biblioteca del Congreso Nacional, 2018:p.5)

Por lo anterior, este proyecto buscaba precisamente adecuar la normativa chilena sobre las exigencias de transparencia y probidad a los estándares establecidos por la OECD en las “Directrices para el manejo de conflictos de intereses en lo público” del año 2003. Según se indica, esas orientaciones encontrarían su inspiración en 4 principios, a saber, *“el servicio del interés público, la promoción del escrutinio público, la promoción de la responsabilidad y el ejemplo individual, y la generación de una cultura organizacional en la cual los conflictos de intereses no sean tolerados”* (2018:p.5).

En concreto, las directrices de la OCDE establecían que los Estados que fueran miembros de este organismo debían contemplar una “Declaración Inicial” con motivo de un nombramiento o la asunción de nuevas funciones por parte de un funcionario, por tanto, el funcionario debía ser cauto en señalar cuáles serían los intereses privados que potencialmente podrían entrar en conflicto con el ejercicio de su función pública, debiendo además actualizar esa información cada vez que ésta varíe, y es por eso, que además de esta “declaración inicial” se contempla otra declaración cual es la “Declaración durante el servicio”, el cual tiene por objeto actualizar la información del funcionario de forma recurrente.

Ahora bien, habiendo analizado, en términos muy generales, la historia de la ley 20.880, corresponde analizar de qué forma ha quedado redactada la normativa aplicable en nuestro país en la actualidad respecto del cumplimiento del principio de probidad.

A saber, el artículo 1 de este cuerpo normativo establece que *“Esta ley regula el principio de probidad en el ejercicio de la función pública y prevención y sanción de conflictos de intereses.*

El principio de probidad en la función pública consiste en observar una conducta funcionaria intachable, un desempeño honesto y leal de la función o cargo con preeminencia del interés general sobre el particular.

Existe conflicto de intereses en el ejercicio de la función pública cuando concurren a la vez el interés general propio del ejercicio de las funciones con un interés particular, sea o no de carácter económico, de quien ejerce dichas funciones o de los terceros vinculados a él determinado por la ley, o cuando concurren circunstancias que le restan imparcialidad en el ejercicio de sus competencias”

En concreto, lo que busca esta normativa es impedir la presencia de actos de corrupción en el ejercicio de la función pública. En este sentido, los escándalos de corrupción conocidos por la opinión pública, han transformado a éste en uno de los principales problemas que debiesen concentrar la atención de las autoridades públicas.

Chile Transparente, en un trabajo denominado “Nudos críticos para la construcción de una agenda integral contra la corrupción. Elementos para el debate”, ha señalado que *“hoy la corrupción, no solo desvía fondos públicos, disminuye la eficiencia de las instituciones y priva de servicios básicos como la salud y la educación a miles de personas; genera también el predominio de intereses privados por sobre los intereses políticos; y facilita prácticas clientelares entre ciudadanos y autoridades públicas, dejando la puerta abierta a la captura del Estado”*. (2019: p. 2)

Lo anterior, es precisamente lo que se pretende evitar o al menos mitigar con la creación de un registro público de proveedores del Estado, impedir las prácticas clientelares entre los servicios públicos licitantes o contratantes y los proveedores, toda vez que, como ya se ha señalado extensamente, la inhabilidad del artículo 4 inciso 6 de la Ley de Compras ha resultado ser insuficiente para evitar dichas conductas, existiendo casos concretos en los que familiares, amigos o cercanos a los directivos de los servicios se adjudican o celebran contratos de bienes o prestaciones de servicios sin ser, necesariamente, la combinación más ventajosa.

Es claro que la percepción de corrupción en las instituciones disminuye o atenta considerablemente la confianza de las personas en ellas. Y, sin perjuicio que, desde los años 90 que se han adoptado medidas para combatir la corrupción y promover la probidad pública, no hay, a la fecha, políticas públicas propiamente tal contra la corrupción.

Si bien actualmente tener esta ley 20.880, que trata precisamente de la probidad en la función pública y la prevención de los conflictos de interés, históricamente, las medidas adoptadas en función de la probidad han sido siempre “reactivas”, es decir, han sido la respuesta del Gobierno a escándalos de corrupción, a saber, entre los 90 y la actualidad han existido 4 comisiones;

- 1994: Comisión Nacional de Ética Pública
- 2003: Comisión Asesora Presidencial para el Fortalecimiento de los Principios de Transparencia y Probidad Pública.
- 2006: Comisión agenda de probidad
- 2016: Consejo Asesor Presidencial contra los Conflictos de Interés, el tráfico de influencias y la corrupción.

El resultado de estas comisiones han sido 375 propuestas que abordan desde reglas de funcionamiento de la Administración pública, modelos de financiamiento de los partidos políticos, requisitos y mecanismos para ejercer un cargo de alta dirección pública hasta medidas para promover la confianza en los mercados financieros”.

Claramente, dichas comisiones, al ser medidas reactivas, no han permitido solucionar o poner obstáculos a la corrupción, existiendo aun la necesidad de implementar medidas efectivas que permitan transparentar, lo más posible, el destino de los recursos públicos.

El gran mecanismo que ha implementado la Ley 20.880 para prevenir conflictos de interés, como ya se señaló, es lo que se denomina “Declaración de intereses y patrimonio”, en adelante, DIP, la obligación de realizar esta declaración se encuentra consagrada en el artículo 3 de dicho cuerpo normativo y establece que *“Para el debido cumplimiento del principio de probidad, esta ley determina las autoridades y funcionarios que deberán declarar sus intereses y patrimonio en forma pública, en los casos y condiciones que señala...”*.

Ahora bien, ¿Quiénes deben realizar la DIP?, el artículo 4 de este cuerpo normativo señala expresamente quienes deben realizarlo, a saber;

1. Presidente de la República, Ministros de Estado, los Subsecretarios, los Delegados Presidenciales Regionales, los Delegados Presidenciales Provinciales, los Gobernadores Regionales, los Secretarios Regionales Ministeriales, los Jefes Superiores de Servicio, los Embajadores, los Ministros, Consejeros y los Cónsules.
2. Los Consejeros del Consejo de Defensa del Estado, del Consejo Directivo del Servicio Electoral, del Consejo para la Transparencia, del Consejo de Alta Dirección Pública, del Instituto Nacional de Derechos Humanos y del Consejo Nacional de Televisión.
3. Los integrantes de los paneles de expertos o técnicos creados por las Leyes N° 19.940, N° 20.378 y N° 20.410.
4. Los Alcaldes, Concejales y Consejeros Regionales
5. Los Oficiales Generales y Oficiales Superiores de las Fuerzas Armadas y niveles jerárquicos equivalentes de las Fuerzas y Orden y Seguridad Pública
6. Los Defensores Locales de la Defensoría Penal Pública
7. Los Directores o las personas a que se refieren los incisos tercero, cuarto y quinto del artículo 37 de la ley 18.046, sobre sociedades anónimas, y los directores y gerentes de las empresas públicas creadas por ley y de las sociedades en que el Estado tenga participación accionaria, aun cuando la ley señale que es necesario mencionarlas expresamente para quedar sujeta a la regulación de otras leyes, tales como, Televisión Nacional de Chile, la Empresa Nacional de Minería, la Empresa de Ferrocarriles del Estado, la Corporación Nacional del Cobre de Chile o el Banco del Estado de Chile.
8. Los presidentes y directores de corporaciones y fundaciones que presten servicios o tengan contratos vigentes con la Dirección Administrativa de la Presidencia de la República, sea que perciban o no una remuneración y los Directores y Secretarios Ejecutivos de fundaciones, corporaciones o asociaciones reguladas en el Decreto con Fuerza de Ley N°1 del año 2006 del Ministerio del Interior que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades

9. Los funcionarios que cumplan funciones directas de fiscalización
10. Las demás autoridades y personal de planta y a contrata, que sean directivos, profesionales y técnicos de la administración del Estado que se desempeñen hasta el tercer nivel jerárquico de la respectiva planta de la entidad o su equivalente. Para establecer la referida equivalencia deberá estarse al grado remuneratorio asignado a los empleos de que se trate y, en caso de no tener asignado un grado, al monto de las respectivas remuneraciones de carácter permanente.
11. Las personas contratadas a honorarios que presten servicios a la administración del Estado, cuando perciban regularmente una remuneración igual o superior al promedio mensual de la recibida anualmente por un funcionario que se desempeñe en el tercer nivel jerárquico, incluidas las asignaciones que correspondan.
12. Los rectores y miembros de las juntas directivas de las universidades del Estado.

Respecto de todos los obligados señalados anteriormente, la fiscalización del cumplimiento de esta declaración corresponde exclusivamente a la Contraloría General de la República.

Ahora bien, además de los sujetos anteriormente señalados, también deben relizar esta declaración los Diputados y Senadores, Funcionarios de la categoría A, B y C de las plantas de ambas Corporaciones o de la planta de la Biblioteca del Congreso Nacional y los abogados, secretarios de comisiones y quienes integren el Consejo Resolutivo de Asignaciones Parlamentarias o el Comité de Auditoría Parlamentaria.

La fiscalización de las infracciones cometidas por los sujetos anteriormente señalados, corresponde a las Comisiones de Ética y Transparencia Parlamentaria.

Basta simplemente con leer el artículo 4 de la ley N° 20.880 para concluir que, por la cantidad de sujetos obligados a realizar esta declaración, resulta casi imposible exigir pulcritud a la Contraloría General de la República en su fiscalización. Dirección de Compras y Contratación Pública, en su portal institucional, esto es, www.mercadopublico.cl/Home ha señalado que existen más de 850 Organismos Públicos que realizan sus compras a más de 123.000 empresas de todos los tamaños, por lo anterior, la publicación de un registro de beneficiarios

finales de los proveedores del Estado, permitiría delegar parte de esta función fiscalizadora, en primer lugar, en ChileCompra, quien debiera ser el creador de dicho registro, y también una delegación tácita en la ciudadanía, quienes operarían como contralores ciudadanos de las compras públicas y la prevención de potenciales conflictos de interés en esta materia, al saber qué autoridad o funcionario público tiene participación en alguna de las empresas o sociedades que le venden bienes o le prestan servicios al Estado.

Solo como antecedente, en el Registro de Proveedores vigentes al año 2019, existían 71.773 proveedores, siendo prácticamente imposible fiscalizar a cada uno de estos proveedores con la finalidad de impedir la existencia de inhabilidades consagradas en la ley de Compras, reiterando la debilidad de dicho registro el cual no es obligatorio para postular en las licitaciones que realizan los servicios de la Administración Pública.

Además de lo anterior, la DIP no esta exenta de problemas, uno de ellos es que ésta debe efectuarse dentro de los 30 días siguientes a la fecha de la asunción en el cargo, y debe ser actualizada anualmente durante el mes de marzo, y dentro de los 30 días posterior a concluir sus funciones. Sin perjuicio de tener distintas instancias que tienen por objeto mantener actualizada la situación económica, legal, financiera y societaria del declarante, ésta solo depende de la honestidad del declarante, sin que exista la posibilidad de realizar un contraste con otro mecanismo como lo podría ser con este registro público de beneficiarios finales de los proveedores del Estado, ya que aquí es donde se visibilizarían los funcionarios públicos que pertenecen a sociedades o empresas que proveen de bienes o prestan servicios al Estado, y que por tanto deberían declarar esto en sus correspondientes DIP.

En el artículo 7 de este cuerpo normativo se establece el contenido de las DIP, el cual señala que ésta debe contener la fecha y lugar en que se presenta y la singularización de todas las actividades y bienes del declarante que se señalan a continuación:

- a) Actividades profesionales, laborales, económicas, gremiales o de beneficencia, sean o no remuneradas, que realice o en que participe el declarante, incluida las realizadas en los 12 meses anteriores a la fecha de asunción del cargo.

- b) Bienes inmuebles situados en el país o en el extranjero. Respecto de los ubicados en Chile, deberá indicarse su avalúo fiscal y fecha de adquisición, las prohibiciones, hipotecas, embargos, litigios, usufructos, fideicomisos y demás gravámenes que les afecten, con mención de las respectivas inscripciones, sea que tengan estos bienes en propiedad, copropiedad, comunidad, propiedad fiduciaria o cualquier otra forma de propiedad. Respecto de los inmuebles ubicados en el extranjero, deberá indicarse el valor corriente en plaza de los mismos, en los términos del artículo 46 bis de la ley N° 16.271. Asimismo, se deberá incluir aquellos inmuebles sobre los cuales ejerza otros derechos reales distintos de la propiedad
- c) Derechos de aprovechamiento de aguas y concesiones de que sea titular el declarante
- d) Bienes muebles registrales, tales como vehículos motorizados, indicando su inscripción en el Registro Nacional de Vehículos Motorizados y su avalúo fiscal, y las naves y aeronaves señalando su tasación, matrícula y los datos para su debida singularización.
- e) Toda clase de derechos o acciones de cualquier naturaleza, que tenga el declarante en comunidades., sociedades o empresas constituida en Chile, con indicación del nombre o razón social, giro registrado en el Servicio de Impuestos Internos, porcentaje que corresponde al declarante en dichas entidades, la cantidad de acciones, fecha de adquisición de las acciones o derechos y el valor corriente en plaza o, a falta de éste, el valor de libros de la participación que le corresponde. También deberá incluirse los derechos o acciones que la autoridad o funcionario declarante tenga en sociedades u otras entidades constituidas en el extranjero, indicando los datos que permitan su adecuada singularización y valorización.

Cuando los derechos o acciones de que sea titular el declarante le permitan ser controlador de una sociedad, en los terminos del artículo 91 de la ley N° 18.045, o influir decisivamente en la administración o en la gestión de ella en los términos del artículo 99 de la misma ley, también deberán incluirse los bienes inmuebles, derechos, concesiones y valores a que se refieren las letras b), c) y f) de este artículo, y los derechos y acciones de que trata esta letra

que pertenezcan a dichas comunidades, sociedad o empresas en los terminos referidos precedentemente.

- f) Valores, distintos de aquellos señalados en la letra anterior, a que se refiere el inciso primero del artículo 3 de la Ley N° 18.045, que tenga la autoridad o el funcionario declarante, sea que se transen o no en bolsa, tanto en Chile como en el extranjero, incluyendo aquellos emitidos o garantizados por el Estado, por las instituciones publicas centralizadas o descentralizadas y por el Banco Central de Chile, con indicación de su fecha de adquisición y de su valor corriente en plaza.
- g) Contratos de mandato especial de administración de carteras de valores con indicación de los siguientes antecedentes: individualización de la persona jurídica mandataria, fecha de celebración de el o los contratos; notaria pública o consulado de Chile donde fueron otorgados, según corresponda, indicando el valor comercial global de la cartera de activos entregada en administración a la fecha de la declaración, conforme a lo informado por el mandatario en la última memoria anual presentada.
- h) La enunciación de pasivo siempre que en su conjunto asciendo a un superior de 100 UTM.

Todos estos antecedentes aportados en las DIP nos permite generar alertas para los fiscalizadores, ya que sea porque aumentaron el número de vehículos a su nombres, o bien el declarante es socio de una nueva sociedad, adquirió un nuevo inmueble, si aumentó el avalúo fiscal de los inmuebles que ya estaban en su patrimonio, entre otros.

La DIP deberá incluir asimismo el nombre completo del declarante y de su cónyuge o conviviente civil. Además, en el caso de los sujetos señalados en los número 1 a 4 del artículo 4 y de los sujetos del Capitulo 3 de este Título, además deberá incluirse el nombre completo de sus parientes por consanguinidad en toda la linea recta que se encuentren vivos y en el segundo grado tanto en la linea colateral como por afinidad. Sin embargo, no toda esta información se publica en el sitio electrónico de la institución respectiva, sino que sólo se publica el nombre de los parientes por consanguinidad en primer grado en la linea recta del declarante. Esto limita el rol fiscalizador de la ciudadanía, porque aun cuando logren encontrar las

DIP de los funcionarios públicos, hay información que quede en carácter de secreta para el público, quedando exclusivamente su fiscalización a la CGR.

Finalmente, la DIP deberá comprender los bienes del cónyuge siempre que estén casados bajo el régimen de sociedad conyugal y los del conviviente civil del declarante, siempre que se haya pactado régimen de comunidad de bienes.

Si el declarante está casado bajo cualquier otro régimen o si es conviviente civil sujeto a un régimen de separación de bienes, dicha declaración será voluntaria, respecto de los bienes de dicho cónyuge o conviviente, y deberá tener el consentimiento de éste.

Sin perjuicio de lo previsto en el inciso anterior, el declarante deberá incluir en su DIP las actividades económicas, profesionales o laborales que conozca de su cónyuge o conviviente civil.

La DIP también comprenderá los bienes de los hijos sujetos a la patria potestad del declarante y los de las personas que éste tenga bajo tutela o curatela.

Llama la atención que la DIP permite acceder a mucha más información del declarante que la obtenida por medio del Registro de Contratistas, siendo que, ambos mecanismos tienen por objeto velar por el principio de transparencia, identificando potenciales conflictos de interés, y son financiados por medio de recursos públicos.

A modo ejemplar, en la DIP se le exige a los funcionarios públicos declarar si participan en alguna sociedad, ya que puede darse el caso que dicha sociedad contrate con un ente de la Administración del Estado generando un conflicto de interés que debe eliminarse, y por tanto, en ese mismo sentido, sería lógico que también se les exigiera a los proveedores del Estado que participan en el proceso de contratación pública, transparentar su estructura societaria, es decir, quienes forman parte de la sociedad, con el objeto de prevenir también potenciales conflictos de interés, ya que puede darse el caso que un funcionario público sea parte de dicha

sociedad que ofrece bienes o presta servicios al Estado, ya sea que la sociedad a la que pertenece este participando en un proceso licitatorio donde el mismo presta servicios como funcionario público, situación que configuraría una inhabilidad para contratar o bien que participe en un proceso licitatorio de otra entidad distinta a la que presta servicios pero que, de igual forma, podría generar un potencial conflicto de interés, lo cual debería ser declarado por el sujeto obligado y fiscalizado por la CGR.

En el Capítulo II de esta normativa, el cual trata de las “Responsabilidad y sanciones por infracciones al deber de efectuar la declaración de intereses y patrimonio de las autoridades y funcionarios de la Administración del Estado”, se establece que en cuanto al “control” son los jefes superiores de los servicios quienes deben verificar que los sujetos obligados bajo su dependencia efectúen oportunamente la DIP y sus respectivas actualizaciones. Ahora, bien quien fiscaliza la oportunidad, integridad y veracidad de las DIP de los sujetos obligados es la CGR, quien podrá solicitar información a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, a la Superintendencia de Valores y Seguros, a la Superintendencia de Pensiones, al Servicio de Impuestos Internos, a los Conservadores de Bienes Raíces, al Servicio de Registro Civil e Identificación y a cualquier otro órgano o servicio de conformidad al artículo 9 y 151 del Decreto n° 2.421 de 1964 del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido de la ley n° 10.336 de organización y atribuciones de la CGR.

En ese sentido, reiteramos la idea de lo impracticable que resulta para la CGR realizar una fiscalización real, toda vez que existiendo más de 850 servicios públicos, todos integrados por funcionarios que deben realizar DIP, resulta impensado que ésta destine tiempo y recursos para oficiar a Superintendencias, SII, CBR, entre otros, para acreditar la veracidad o completitud de las DIP de dichos funcionarios, sobre todo considerando que ésta es una de las muchas obligaciones que tiene la CGR.

Además de lo anterior, resulta también complejo que la fiscalización de las DIP esté en manos de la CGR, toda vez que si bien con dicha información, que es proporcionada voluntariamente por el declarante, se podría identificar al beneficiario final, es una información que no es de fácil disponibilidad, ya que el ciudadano interesado en saber en qué sociedad o

empresas participa ese funcionario público tendría que entrar al portal institucional del servicio público, ingresar al portal de transparencia y buscar específicamente las DIP de ese funcionario, y luego con esa información realizar el cotejo con las sociedad o empresas que proveen al Estado, y solo respecto de aquellas que se encuentran inscritas en el Registro de Proveedores, por lo que claramente el sistema no es muy amigable con la fiscalización que podría desempeñar la ciudadanía.

Por lo anterior, resulta urgente descongestionar a la CGR de su rol fiscalizador en esta materia, al menos en cuanto a los proveedores del Estado, permitiendo que sea la Dirección de Compras y Contratación Pública, quien vele por detectar las inhabilidades del artículo 4 inciso 6 de la Ley de Compras, pudiendo utilizar como mecanismo eficiente y eficaz la creación de este registro público de beneficiarios finales de proveedores del Estado, de modo tal, que si existe un funcionario público que desee contratar con el Estado, éste no adolezca de conflictos de interés con la Administración Pública.

Finalmente quisiera mencionar que, es lamentable que del Mensaje de este proyecto se desprenda que el espíritu era velar por el cumplimiento del Principio de Probidad por medio del mecanismo de las DIP, entregando facultades de fiscalización, control y sanción a la CGR, pero, en la práctica, la nueva normativa (20.880) establece un procedimiento muchísimo más burocrático y con muchas más oportunidades al funcionario público infractor para que cumpla con su obligación de declarar en tiempo y forma. A modo ejemplar, en la antigua normativa (18.575), en su artículo 68 señalaba que *“La inclusión de datos relevantes inexactos y la omisión inexcusable de la información relevante requerida por la ley en la DIP se sancionará administrativamente con la medida disciplinaria de destitución”* y hoy, en la nueva normativa, Ley N° 20.880, que supuestamente pretendía velar de mejor forma por el cumplimiento del Principio de Probidad, establece, en su artículo 11: *“Si la persona obligada a efectuar o actualizar la declaración de intereses y patrimonio no la realiza dentro del plazo dispuesto para ello, o la efectúa de manera incompleta o inexacta, la CGR de oficio o a petición fundada de cualquier interesado deberá;*

- *Apercibir al infractor para que la realice o rectifique dentro del plazo de 10 días hábiles, notificándolo por carta certificada conforme a lo establecido en el artículo 46 de la Ley N° 19.880 (LOC de Procedimiento Administrativo)*
- *Si tras el apercibimiento, se mantuviera el incumplimiento, la CGR formulará cargos y el obligado tendrá el plazo de 10 días hábiles para contestarlos. En caso de ser necesario, el periodo probatorio será de 8 días hábiles. Podrán utilizarse todos los medios de prueba, siendo esta apreciada conforme a las reglas de la sana crítica.*
- *La CGR, dentro de los 10 días hábiles siguientes a aquél en que se evacuó la última diligencia, mediante resolución fundada, PROPONDRÁ al jefe superior del servicio, o a quien haga sus veces, la aplicación de una MULTA a beneficio fiscal de 5 a 50 UTM. Dicha multa se reiterará por cada mes adicional de retardo desde la notificación de la sanción.*
- *Si el incumplimiento se mantuviera por un periodo superior a 4 meses siguientes a la notificación de la sanción, se considerará falta grave a la probidad y dará lugar a la DESTITUCIÓN o CESE DE FUNCIONES del infractor, de acuerdo al estatuto respectivo”.*

En conclusión, si consideramos todas las oportunidades y los plazos, los cuales están fijados en días hábiles, que tiene el funcionario que no declara oportunamente o bien declara de forma incompleta o inexacta, podrían pasar mínimo 5 o 6 meses para poder obtener la “destitución” de ese funcionario infractor, y siempre y cuando la CGR haga uso de sus facultades de forma inmediata una vez que se cumple el plazo y el funcionario no declara o bien detecta irregularidades en su declaración. Por lo anterior, resulta irrisorio pensar que el espíritu de esta norma fue contribuir a la fiscalización del cumplimiento de la probidad administrativa y evitar potenciales conflictos de interés, toda vez que la normativa anterior permitía aplicar de forma inmediata la “destitución” de aquellos funcionarios que no cumplieran en tiempo y forma con dicha obligación, considerando que ésta es la mejor, sino la única, herramienta que tiene, tanto la CGR como la ciudadanía, para fiscalizar y de esta forma, evitar, potenciales conflictos de interés y actos de corrupción en la Administración Pública.

En esta materia existen incluso iniciativas internacionales, tales como la de “Open Contracting Data Standard” del “Open Contracting Partnership” (OCP) de la World Wide Web Foundation, apoyado por The Omidyar Network y el Banco Mundial, las cuales buscan desarrollar constantemente nuevas propuestas para mejorar el sistema de las compras públicas. Esta iniciativa analizó, por medio de un proceso de consulta abierta, las necesidades reales de las personas interesadas en obtener información sobre las compras públicas. Una de las 4 razones por las cuales las personas del sector privado buscaban y usaban información acerca de las compras públicas era precisamente para *“Fortalecer la transparencia, rendición de cuentas y probidad en las compras. Otro grupo de usuarios importante está interesado en obtener información relevante sobre las compras públicas con el objetivo específico de prevenir prácticas fraudulentas o corruptas en el sector público. Este tipo de usuario quisiera buscar proveedores que se repiten a lo largo de períodos de tiempos, buscar compras grandes en períodos de múltiples años, analizar información acerca de los procesos de las compras, así como también cruzar datos de compras con indicadores adicionales, como por ejemplo las personas responsables en el sector público de las compras respectivas, incluyendo su afiliación a un partido, o la identificación de los dueños de las empresas proveedoras”* (Lo subrayado es nuestro). (Von Wolfersdorff, 2015: p.17).

Finalmente, el luchar contra actos de corrupción en el sector de compras públicas, es una tarea que Chile Compra se ha tomado con bastante seriedad, en este sentido, dicho servicio desarrollo incluso un “Decálogo de probidad en las Compras Públicas para funcionarios del Estado”, en el cual se establecieron 10 reglas o 10 mandamientos, a saber;

- a. Dar aplicación irrestricta al principio de probidad
- b. Obtener el mejor valor por el dinero en sus compras públicas
- c. Conocer y aplicar la Ley de Compras y su Reglamento
- d. Ser transparente en su actuar
- e. No incurrir ni permitir el cohecho/soborno
- f. Abstenerse cuando existe un conflicto de interés
- g. No recibir regalos o beneficios
- h. Rechazar al tráfico de influencias
- i. Hacer correcto uso de información reservada

- j. Denunciar si detecta acciones que puedan contravenir las normas de probidad.

Particularmente, sobre la regla N° 6, esto es, “me abstengo cuando existe un conflicto de interés”, el decálogo señala que *“en caso de presentar un conflicto de interés en cualquier etapa del proceso de contratación- y en particular cuando estoy conformando una comisión evaluadora- me abstengo de participar e informo inmediatamente por escrito a mi jefatura”* seguidamente señala *“No intervengo en decisiones o asuntos laborales en los que posea un interés personal, que pueda llegar a afectar la objetividad de mis decisiones relativas a mis funciones, o que pudiera inducir alguna sospecha de pérdida de naturalidad al momento de formular las mismas.*

Siempre que participo en una comisión evaluadora, declaro y publico mi declaración de No conflicto de interés en www.mercadopublico.cl en el ID de la licitación”. (Chile Compra).

Una vez más nos enfrentamos a que el cumplimiento del principio de probidad queda entregado enteramente a la buena voluntad de los funcionarios públicos y no a una obligatoriedad de una normativa que nos permita accionar con dirección y certeza frente a infracciones a dicho principio. La solución, entregar facultades legales expresas a la DCCP para la creación del registro público de beneficiarios finales de los proveedores del Estado, contribuyendo sustancialmente a la lucha contra la corrupción y evitando un sin fin de conflictos de interés en el sector de las compras públicas.

IV. El tratamiento del Beneficiario Final en la normativa de protección de datos personales

Finalmente, el beneficiario final de los proveedores del Estado es un tema que debe ser abarcado en consideración a la normativa vigente en protección de datos personales, toda vez que el presente trabajo tiene por objeto sostener la creación de un registro público de beneficiario finales, lo que, según analizaremos en lo sucesivo, conforme a la legislación actual, podría atentar contra el derecho constitucional de protección de datos personales consagrado en el artículo 19 N° 4 de la Carta Fundamental.

Como ya se adelantó, la propuesta de quien suscribe es que el legislador faculte expresamente a la Dirección de Compras y Contratación Pública para que éste pueda crear un Registro Público de Beneficiarios Finales de los Proveedores del Estado, y éste al ser un organismo público debe regirse por la ley vigente en el tratamiento de los datos personales de dichos proveedores, entrando entonces en una pugna entre el derecho de acceso a la información pública y el derecho a la protección de los datos personales. *“Chile cuenta con una reciente ley de transparencia para garantizar el amplio acceso a la información pública. Sin embargo, el Estado administra un gran número de bases de datos personales y debe respetar los derechos fundamentales de acuerdo con la ley sobre protección de datos. Si la información pública incluye datos personales la relación entre ambas regulaciones es compleja y el conflicto requiere de una propuesta para equilibrar los intereses contrapuestos”* (Herrera, 2008: p.161)

La comunicación de datos personales no solo se produce entre particulares, sino que, en muchas ocasiones, también participa el Estado. *“Para el sujeto estatal ella encierra un especial interés, porque resulta imprescindible para el normal desenvolvimiento del sector público. Estos datos son insumo básico en la definición de gran parte de las políticas públicas, para la eficacia del control interno, para el otorgamiento de prestaciones materiales hacia la comunidad y para conocer con quién contrata o a quién sanciona, entre otros aspectos. Esa razón explica el vasto número de registros de datos personales administrados por organismos públicos en todas las áreas en que desempeñan sus funciones y el incremento de redes digitales de comunicación no solo para la interoperabilidad y gestión electrónica al interior del Estado, sino también en su relación con la propia sociedad civil, a través de nuevas formas de interacción por medios tecnológicos.”* (Herrera, 2008: p.162-163)

En este sentido, debemos analizar la ley 19.628 mal denominada “Protección de datos de carácter personal”, la cual se promulga el 18 de agosto de 1999, luego de casi 6 años de tramitación y diversos proyectos. Esta ley, a pesar de su largo periodo de discusión, no logró ser suficiente para abarcar las distintas problemáticas que surgen a raíz de esta materia, siendo objeto de diversas críticas que se analizarán más adelante.

En enero de 1993, el Senado, por medio de una moción parlamentaria, presentó un proyecto de ley sobre la **protección de la vida privada** que pretendía llenar un vacío evidente en el ordenamiento jurídico chileno, toda vez que existían diversas disposiciones en distintos cuerpos normativos sobre esta materia pero no existía ningún texto legal que lo abarcara con claridad y plenitud. El Senado, en la propia moción parlamentaria reconocía la necesidad de que posteriormente se creara un texto refundido, coordinado y sistematizado sobre la privacidad, por lo anterior, *“la finalidad de este proyecto era, simplemente aportar algunos instrumentos específicos que permitiesen a las personas un efectiva protección civil de la vida privada ante eventuales atropellos o amenazas, calificados como intromisiones ilegítimas”* (Herrera, 2001, p.3)

El proyecto de ley comenzaba declarando que *“la informática debía estar al servicio de las personas y que su desarrollo debía realizarse respetando siempre el derecho a la vida privada. Por ello, nadie podría utilizar la informática para el procesamiento de datos personales sin consentimiento de su titular, salvo excepciones legales”* (Herrera, 2001, p.3) A lo anterior, además se agregó la idea de tener una regulación especial para aquellos datos denominados “sensibles”, además establecía un deber de tomar precaución para preservar la seguridad de las informaciones, reconocía al titular un derecho de acceder a sus antecedentes personales junto con la facultad de exigir que éstos fueran rectificadas, completados, aclarados, actualizados o suprimidos. Finalmente, otorgaba un derecho a ser indemnizado de los perjuicios causados por el uso de datos inexactos, incompletos, equívocos, atrasados o caducos. (Herrera, 2001, p.3) .

Ahora bien, como todo proceso de formación de la ley, una vez que terminó su tramitación en el Senado, paso a estudio por parte de la Cámara de Diputados, en dicha instancia la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara modificó casi íntegramente el proyecto, pasando de ser un proyecto de ley sobre protección civil de la vida privada a un proyecto de protección de datos personales totalmente insuficiente e impreciso, es por eso, que actualmente la Ley N°19.628 lleva el nombre de “Protección de datos de carácter personal”, en circunstancias que la idea inicial era regular y proteger el derecho constitucional a la vida privada.

Habiendo ya señalado lo anterior, ahora corresponde analizar el texto que actualmente rige en nuestro ordenamiento jurídico a propósito de la protección de los datos de carácter personal, particularmente, analizar las disposiciones que son relevantes para el debate del presente trabajo.

La ley N° 19.628 es un cuerpo normativo bastante acotado, solo cuenta con 24 artículos, de los cuales solo haremos alusión aquellos que son relevantes para el debate. A saber, el artículo 1 establece que *“El tratamiento de los datos de carácter personal en registros o bancos de datos por organismos públicos o por particulares se sujetará a las disposiciones de esta ley...”*, fijando, por tanto, las reglas que deben ser respetadas a la hora de hacer uso de un dato denominado “personal”.

En este sentido, lo primero que debemos determinar es quien es el “titular” de estos datos, y, en ese sentido el artículo 2 letra ñ) de la ley señala que *“titular de los datos, es la persona natural a la que se refieren los datos de carácter personal”*, por tanto, podemos concluir que solo son titulares las personas naturales más no las personas jurídicas.

Enseguida, cabe preguntarse a quiénes se refiere el legislador cuando alude a *“registros o bancos de datos por organismos públicos”* y en ese sentido el artículo 2 letra n) de la ley los ha definido como *“la persona natural o jurídica privada, o el respectivo organismo público, a quien compete las decisiones relacionadas con el tratamiento de los datos de carácter personal”*. En este sentido, cabe hacer presente que *“la expresión organismo público está acotada a las autoridades, órganos de Estado y organismos descritos y regulados por la Constitución Política de la República, y los comprendidos en el inciso segundo del artículo 1 de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración de Estado”*. (Herrera, 2001, p.4)

Teniendo claro lo dispuesto en el artículo 1 de la ley, corresponde revisar el glosario que estableció el legislador en el artículo 2 de este cuerpo normativo, donde además de los términos ya señalados, existen otros que son importante de conocer para comprender dicho

cuerpo normativo por el tecnicismo que esta conlleva, por lo anterior, se mencionarán los conceptos mas relevantes para el debate, a saber;

- (a) Almacenamiento de datos: Conservación o custodia de datos en un registro o banco de datos
- (c) Comunicación o transmisión de datos: Dar a conocer de cualquier forma los datos de carácter personal a personas distintas del titular, sean determinadas o indeterminadas.
- (f) Dato de carácter o datos personales: Los relativos a cualquier información concernientes a personas naturales, identificadas o identificables.
- (i) Fuentes accesibles al público: Los registros o recopilaciones de datos personales, públicos o privados, de acceso no restringido o reservado a los solicitantes.
- (k) Organismos públicos: Las autoridades, órganos del Estado y organismos, descritos y regulados por la Constitución Política de la República, y los comprendidos en el inciso 2 del artículo 1 de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.
- (m) Registro o banco de datos, el conjunto organizado de datos de carácter personal, sea automatizado o no y cualquiera sea la forma o modalidad de su creación u organización, que permita relacionar los datos entre sí, así como realizar todo tipo de tratamiento de datos.
- (n) Responsable del registro o banco de datos, la persona natural o jurídica privada, o el respectivo organismo publico, a quien compete las decisiones relacionadas con el tratamiento de los datos de carácter personal.
- (o) Tratamiento de datos: Cualquier operación o complejo de operaciones o procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan recolectar, almacenar, grabar, organizar, elaborar, seleccionar, extraer, confrontar, interconectar, disociar, comunicar, ceder, transferir, transmitir o cancelar datos de carácter personal, o utilizarlos en cualquier otra forma.

Por tanto, la letra o) del artículo 2 de la Ley N° 19.628 da una definición muy amplia de lo que debemos entender por “tratamiento”, incorporando prácticamente todo tipo de conductas, lo que nos deja un ámbito de acción muy reducido.

Seguidamente, el artículo 4 señala *“el tratamiento de los datos personales sólo puede efectuarse cuando esta ley u otras disposiciones legales lo autoricen o el titular consienta en ello”*. Esto último es muy relevante, toda vez que nos habilita para hacer uso de los datos personales en ciertas y determinadas circunstancias, debiendo entonces, cualquier persona que realice un tratamiento, estar facultado por la ley u obtener autorización del titular. En dicha disposición además se establecen otros requisitos que se deben cumplir para que el tratamiento de los datos personales sea legal, esto es, que *“la persona que autoriza debe ser debidamente informada respecto del propósito del almacenamiento de sus datos personales y su posible comunicación al público”*, finalmente el inciso 5 de la misma disposición señala que *“No requiere autorización el tratamiento de datos personales que provengan o que se recolecten de fuentes accesibles al público...”*.

El artículo 5 señala que *“El responsable del registro o banco de datos personales, podrá establecer un procedimiento automatizado de transmisión, siempre que se cautelen los derechos de los titulares y la transmisión guarde relación con las tareas y finalidades de los organismo participantes”*, es decir, autoriza al banco de datos personales a transmitir dichos datos pero siempre respetando los derechos de los titulares y cerciorándose de que dicha transmisión se realiza en cumplimiento de las tareas o finalidad del organismo participante.

Otra limitación más la encontramos en el artículo 7 el cual señala que *“Las personas que trabajan en el tratamiento de datos personales, tanto en organismos público como privados, están obligadas a guardar secreto sobre los mismos, cuando provengan o hayan sido recolectados de fuentes no accesibles al público...”*. En el mismo sentido, el artículo 9 señala *“Los datos personales deben utilizarse solo para los fines para los cuales hubieren sido recolectados, salvo que provengan o se hayan recolectado de fuentes accesibles al público”*. Seguidamente, el artículo 10 hace alusión a una regla especial es materia de datos sensibles señalando que *“No pueden ser objeto de tratamiento los datos sensibles, salvo cuando la ley lo autorice, exista consentimiento del titular o sean datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares”*.

Respecto a esta última disposición, es comprensible que exista mucho más recelo en el tratamiento de los datos de carácter personal, tratándose de los datos denominados “sensibles”, toda vez que éstos, según lo entiende la ley son aquellos que *“se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual”*, y por tanto, su publicación efectivamente podría traer aparejada la vulneración al derecho a la vida privada y a la honra, consagrado constitucionalmente en el artículo 19 n° 4, particularmente en la esfera de la intimidad. Es por eso que, el legislador ha establecido como regla general, que este tipo de datos no puede ser objeto de tratamiento, salvo que, la ley lo autorice o bien si son necesarios para la obtención de algún beneficio en materia de salud.

Por tanto, de lo anterior se concluye que el concepto de dato sensible es bastante amplio ya que el legislador solo se limita a dar ejemplos, sin ser éste taxativo, lo que podría generar conflictos interpretativos dándole el carácter de dato “sensible” a aquel dato personal que estrictamente no lo es. En este sentido se ha pronunciado el profesor Rodolfo Herrera, quien ha señalado que *“basar la regulación especial que deben recibir los datos sensibles en un concepto tan general, con una numeración fijada a modo ejemplar, sin contener disposiciones específicas para los casos de datos sensibles comúnmente aceptados por el derecho comparado, puede derivar en que la ley, con una estructura troncal centrada en disposiciones generales para los datos personales de protección ordinaria y normas especiales para los datos públicos de mera identificación y para los sensibles, termine vaciándose de contenido, en la medida en que en la práctica se tienda a asemejar el concepto de dato personal con el de dato personal sensible”*. (Herrera, 2001: p.9)

Finalmente, en el título IV de la ley denominado “Del tratamiento de datos por los organismos públicos”, el artículo 20 señala *“El tratamiento de datos personales por parte de un organismo público solo podrá efectuarse respecto de las materias de su competencia y con sujeción a las reglas precedentes. En esas condiciones, no necesitará el consentimiento del titular”*.

De todas las disposiciones anteriormente citadas podemos concluir lo siguiente, primero, que el tratamiento de datos personales, como lo es las estructuras societarias de las personas jurídicas que contratan con la Administración Pública, deben sujetarse a las disposiciones de este cuerpo normativo. Seguidamente, al analizar el concepto de “tratamiento” de datos podemos concluir que es un concepto muy amplio en la cual se encuentran incluida prácticamente todas las conductas que podemos desplegar en relación a los datos personales, existiendo además un tipo de dato personal especial cuales son los “datos sensibles”, establecidos en la letra g) del artículo 2, y que no permite su tratamiento por regla general salvo que la ley lo autorice, el titular consienta en ello o bien sean datos necesarios para obtener beneficios de salud.

Luego, el artículo 4 nos da la regla más importante, cual es que para poder tratar datos personales es necesario contar con una autorización legal expresa o bien contar con autorización expresa del titular. Es precisamente aquí donde encontramos el impedimento para poder crear el registro público de beneficiarios finales de los proveedores del Estado, ya que, dentro de la Ley de compras, N° 19.886 o en su respectivo reglamento no se establece ninguna autorización legal expresa en este sentido.

Sin perjuicio de lo anterior, analizando una serie de disposiciones de distintos cuerpos normativos que hemos mencionado a lo largo de esta presentación, es difícil comprender porque hasta la fecha no se ha otorgado una autorización legal expresa a la DCCP para la creación de este registro público de beneficiarios finales de los proveedores del Estado, ya que analizando una serie de disposiciones se llega a la conclusión de que la creación de dicho registro sería plenamente procedente, faltando solo esta autorización legal expresa, a saber: El artículo 34 de la Ley 21.192, esto es la ley de presupuesto 2020, como una especie de “avance” en esta materia, estableció que la DCCP podía solicitar información sobre las estructuras societarias de las personas jurídicas que sean parte del Registro de Contratistas y Proveedores de la Administración, el problema aquí se presenta respecto a su publicación, ya que es claro que la DCCP tiene derecho a obtener dicha información, más no a publicarla, toda vez que el artículo 97 del Reglamento de la Ley de compras establece que si bien el

Registro de proveedores es público, pudiendo conocerse aquellos que se encuentren inscritos, la información relativa a su situación económica, financiera y legal de los proveedores inscritos, sólo podrá ser conocida por la Entidad que efectúe el respectivo proceso de compras, encontrándonos nuevamente con el impedimento del principio de legalidad, por no contar con autorización legal expresa para poder publicar dicha información.

Por otro lado, el artículo 7 letra e) de la Ley 20.285, esto es la ley sobre acceso a la información pública, permite que los órganos del Estado que realicen un llamado a licitación puedan solicitar información sobre la estructura societaria de las personas jurídicas que figuran en el Registro de Contratistas y Proveedores de la Administración y además deben, es decir, imperativo y no facultativo, publicar la información de los proveedores con quienes celebren contratos de suministro o prestación de servicios, en sus sitios electrónicos, por tanto, al estar publicada dicha información en una fuente accesible al público no se requeriría de autorización para el tratamiento de dichos datos conforme lo señala el artículo 4 inciso 5 de la ley N° 19.628. Por tanto, la DCCP podría obtener los datos de las estructuras societarias de todas aquellas personas jurídicas que han celebrado contratos de suministro o prestación de servicios con algún organismo de la administración pública y con dicha información confeccionar un registro público de beneficiarios finales de los proveedores del Estado.

Ahora bien, claramente aquí existen varias complejidades, en primer lugar, es claro que los organismos públicos que celebran contratos de suministro o prestación de servicios con personas jurídicas proveedoras del Estado no cumplen, generalmente, con su obligación de publicar su estructura societaria en sus portales electrónicos, como lo exige el artículo 7 letra e) de la ley sobre acceso a la información pública.

En segundo lugar, si bien puede que los organismos publiquen dicha información nos encontramos con el problema de la “calidad del dato” toda vez que no existe ninguna certeza de que dicha información sea real y actualizada. Y, en tercer lugar, dicha obligación solo es procedente respecto de las personas jurídicas proveedores del Estado que se encuentren inscritas en el Registro de Contratistas y Proveedores de la Administración, en circunstancias, que, como ya hemos señalado, no es un requisito esencial están inscrito en dicho registro

para ofertar dentro de un proceso licitatorio y tampoco para celebrar contratos de suministro o prestación de servicios con el Estado, por lo que hay un universo de proveedores que podría quedar fuera de este análisis de sus estructuras societarias para determinar los respectivos beneficiarios finales.

Respecto de esta problemática la DCCP decidió solicitar un pronunciamiento tanto al Consejo para la Transparencia como a la Contraloría General de la República, con la finalidad de consultar sobre la procedencia de que la DCCP pudiera crear este registro público de beneficiarios finales de los proveedores del Estado.

En este sentido, el 28 de junio de 2017, el Consejo para la Transparencia, recibió, por parte de la Dirección de compras y contratación pública, una solicitud de pronunciamiento sobre este asunto, por medio del ordinario N° 1094. A saber, la Dirección de dicho servicio, señaló que dicha inquietud surge de una sesión del Consejo de la Sociedad Civil de la Dirección de ChileCompra, *“en orden a abordar el tema de “información de proveedores” dentro de la línea de trabajo de probidad, transparencia, eficiencia y modernización”* (Dirección de Compras y Contratación Pública, 2017: p.1)

La DCCP envía dicha solicitud de pronunciamiento entendiendo que el Consejo para la Transparencia tiene la facultad de formular recomendaciones a los órganos de la administración del Estado tendientes a perfeccionar la transparencia de su gestión y a facilitar el acceso a la información que posean, consagrado en el artículo 33 letra e) y a su vez la facultad de velar por el adecuado cumplimiento de la ley N° 19.628 de protección de datos de carácter personal, por parte de los órganos de la Administración del Estado, consagrado en la letra m) de la misma disposición. Por tanto, solicita que el CT se pronuncie sobre la posibilidad de colocar a disposición del público, datos de la estructura societaria de las empresas proveedoras del Estado sometidas a la ley 19.886.

Lo anterior, es importante de mencionar ya que surge como una inquietud de la ciudadanía, quien tiene el legítimo interés de conocer quienes son los reales beneficiados con las

transacciones que realiza la Administración Pública por medio de la plataforma de Mercado Público y por ende de conocer el destino de los recursos públicos involucrados.

“La libre circulación de los datos que registran los organismos públicos también despierta el interés de la propia sociedad civil porque a partir del acceso a dicha información puede efectuar un mayor y mejor control de la gestión de las autoridades. Más aún, ahora que la Constitución Política diseña una institucionalidad que aspira hacia un ambiente de transparencia y publicidad que irradie a los actos del Estado, sus fundamentos y procedimientos.

A partir de esta idea, en las sociedades democráticas desarrolladas y en las emergentes, el Estado se sustenta sobre un entramado de bases de datos que comparten su información para ser utilizada en los más diversos escenarios del quehacer social, calificándose a esta, en principio, como información de acceso público para todo interesado, debiéndose por ello difundir incluso sin necesidad de requerimientos particulares expresos” (Herrera, 2008: p.162-163)

Ahora bien, la solicitud señala que la DCCP, dentro del ámbito de sus funciones, se encuentra la sistematización de datos, haciendo alusión a lo establecido en el artículo 30 letra g) de la Ley N° 19.886, disposición en la cual se señalan las funciones del servicio dentro de las cuales esta *“Promover la máxima competencia posible en los actos de contratación de la Administración, desarrollando iniciativas para incorporar la mayor cantidad de oferentes. Además, deberá ejercer una labor de difusión hacia los proveedores actuales y potenciales de la Administración, de las normativas, procedimientos y tecnologías utilizadas por esta”*. En este sentido, la DCCP señala que uno de los presupuestos necesarios para promover la competencia es la garantía de que el sistema de compras públicas sea suficientemente abierto, sustentado en la transparencia de los procesos de compra y probidad de los actores que intervienen. Seguidamente, hace alusión a que tanto la ley como el reglamento disponen que los procesos se deben realizar en un sistema de información que esté disponible al público y tanto las autoridades como los funcionarios deben abstenerse de participar cuando exista alguna inhabilidad, tal como ya se explico detalladamente, razón por la cual se crea el Registro de Proveedores cuya administración le corresponde a la DCCP.

Señalan además que *“la información referida a los proveedores del Estado es necesaria para verificar la habilidad legal de éstos, para advertir eventuales conflictos de interés y, en consecuencia, para transparentar las decisiones de compra que realizan los órganos públicos, al conocerse con quienes se vincula contractualmente”*. (Dirección de Compras y Contratación Pública, 2017: p.2)

Uno de los fundamentos legales que utiliza la DCCP es el artículo 16 de la ley de compras, el cual deja de manifiesto la intención del legislador en orden a reconocer el interés público por conocer información de los proveedores y las contrataciones del Estado, dicha disposición consagra la creación del registro electrónico oficial de contratistas de la Administración con carácter público e incluso admite la posibilidad de que puedan existir otros registros oficiales de contratistas para órganos o servicios determinados, o para categorías de contratación que así lo requieran. Y, finalmente, con el objetivo de recalcar la importancia que el legislador le dio a esta materia, transcribe el artículo 7 de la ley 20.285, ya señalado previamente, el cual obliga a los servicios públicos a publicar en sus portales de transparencia ciertos datos de las estructuras societarias de las personas jurídicas con las que contratan.

Finalmente, la DCCP solicita al CT aclarar si la “estructura societaria” de una empresa puede ser considerada como un conjunto de datos personales de los socios a quienes individualiza o bien como un dato de una persona jurídica, en cuyo caso no estaría amparado por la ley 19.628 sobre protección de la vida privada. Y en caso de ser considerado como dato personal de los socios, si su publicación por parte del servicio tendría alguna restricción, ya que no obstante ser considerados como datos personales, podría darse a conocer igualmente al público fundado en que la actuación se realiza dentro del ámbito de competencias del servicio, estando dentro de la hipótesis contemplada en el artículo 20 de la ley 19.628, el cual establece *“El tratamiento de datos personales por parte de un organismo público solo podrá efectuarse respecto de las materias de su competencia y con sujeción a las reglas precedentes. En esas condiciones, no necesitará el consentimiento del titular”*.

El CT, responde a dicha solicitud por medio del Oficio N° 7267 de 2017, señalando que además de los argumentos esgrimidos por la DCCP, considerará el oficio presentado por José Inostroza Lara, Director del Programa de Modernización del Sector Público, dependiente del Ministerio de Hacienda, quien se encuentra llevando a cabo un proyecto de ChileCompra que “busca mejorar la calidad y eficiencia de los procesos de compra”, este proyecto tiene por objeto que ChileCompra publique bases de datos con la “individualización de los socios de todas las empresas existentes en el Registro Oficial de Proveedores, cuando estén asociados a una licitación” en formato de datos abiertos, lo cual se sustenta en diversos argumentos, a saber;

- El registro oficial de proveedores y contratistas de la administración es público
- La individualización de los socios o accionistas no requieren autorización del titular de la información
- El registro constituye una fuente de acceso al público, en base al artículo 2 letra i) de la ley 19.628
- ChileCompra tiene competencia legal para efectuar tratamiento de los datos personales en cuestión, en base al artículo 30 de la ley 19.886
- En esta materia debe prevalecer el interés público en divulgar los datos para el control de conflictos de intereses y favorecer la libre competencia y no vislumbran si quiera un daño eventual en la información que, según la presentación, se publica hoy en formato de difícil usabilidad.

El CT, tomando en consideración los argumentos entregados por la DCCP y el oficio entregado por el Director del Programa de Modernización del Sector Público, llega a las siguientes conclusiones:

En primer lugar, en cuanto a lo que debemos entender por “estructura societaria” establece que debe entender como la *“Composición, tanto jurídica como económica en base a la cual se forma una determinada empresa o sociedad. Esto significa la individualización de la o las personas naturales o jurídicas que conforman una empresa o sociedad, los aportes que cada uno ha efectuado, la conformación de su directorio u órganos de dirección, entre otra*

información que dé cuenta de la forma en que la sociedad se encuentra estructurada” (Consejo para la Transparencia, 2017: p.2)

En cuanto a este primer comentario, la información sobre la estructura societaria, en los términos que señala la CT, se puede obtener por medio de los documentos que la DCCP requiere para aprobar la inscripción de los proveedores al registro de contratistas, el problema se sigue generando en cuanto a si dicha información puede ser o no publicada, ya que no hay duda que la DCCP está facultada para solicitar esta información.

El oficio continúa señalando que, la “estructura societaria” incluye información de distinta naturaleza. *“Conforme a la definición contenida en el artículo 2 letra f) de la ley 19.628 define “dato personal” como el dato relativo a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables, por lo tanto, la individualización de las personas naturales, o los aportes que éstas realizan, como parte de la estructura societaria, constituye un dato personal de éstas, y su disponibilización solo se puede realizar en conformidad a las normas legales” (Consejo para la Transparencia, 2017: p.3)*

A lo anterior agrega que, respecto de los demás datos de la persona jurídica, la DCCP no tiene restricciones para colocarla a disposición del público.

Seguidamente el CT señala que en esta temática se debe considerar lo establecido en el artículo 2 letra o) de la ley 19.628 *“el tratamiento de datos personales es cualquier operación que permite, entre otras cosas, comunicar a transmitir datos de carácter personal”*. Por tanto, poner a disposición del público cualquier tipo de dato personal implica efectuar un tratamiento de dichos datos, lo que debe realizarse en conformidad con las normas legales.

Continuando con su argumento el CT señala que el artículo 16 de la ley 19.886 regula la existencia de un registro electrónico oficial de contratistas o proveedores de la administración, a cargo de la DCCP. El inciso 3, señala que será *público* pero el artículo 97 del reglamento señala que *“se podrá conocer la nómina de aquellos contratistas y proveedores que se encuentren inscritos en el registro, sin perjuicio de lo cual, la información relativa a la*

situación económica, financiera y legal de los proveedores inscritos, solo podrá ser conocida por la entidad que efectúe el respectivo proceso de compras”.

A su vez el artículo 81 del reglamento señala “*el registro de proveedores, tendrá por objeto registrar y acreditar antecedentes, historial de contratación con las entidades, situación legal, financiera, idoneidad técnica, así como la existencia de las causales de inhabilidad establecidas en el artículo 92 del presente reglamento para contratar con las entidades”.* El inciso 2 del artículo 97 del reglamento señala que “*los proveedores inscritos podrán autorizar a la dirección de manera total o parcial para utilizar y publicar la información señalada anteriormente y toda aquella que se refiera a sus participaciones en procesos de compras”.* [El subrayado es nuestro]

Respecto de esta última disposición, atendido a que el artículo 97 establece la posibilidad de que el propio proveedor autorice expresamente a la DCCP para publicar la información la situación económica, financiera y legal, una forma más rápida de solucionar el problema, al menos respecto de los proveedores inscritos, sería la de incorporar, dentro del formulario de inscripción del registro de proveedores de ChileCompra una autorización expresa para la publicación de dichos datos personales, lo que no requeriría un proceso de reforma legal sino que administrativo. Sin perjuicio de lo cual, siempre será más efectivo y menos engorroso que dicha facultad no dependa de la voluntad del proveedor sino que sea una facultad legal expresa entregada por el legislador a la DCCP.

Finalmente, en el oficio respuesta del CT, éste señala que “*en el caso que se haya producido la adjudicación o se haya contratado un bien o servicio a alguna de las entidades **que forman parte del registro de proveedores**, se debe estar a lo dispuesto por el artículo 7 de la ley de transparencia. De acuerdo a dicha norma, los órganos públicos deberán mantener a disposición permanente del público, a través de sus sitios electrónicos, una serie de antecedentes, actualizados a lo menos, una vez al mes. En especial, lo indicado en el literal e) que señala “Las contrataciones para el suministro de bienes muebles, para la prestación de servicios, para la ejecución de obras, y las contrataciones de estudios, asesorías y consulto-*

rías relacionadas con proyectos de inversión, con indicación de los contratistas, e identificación de los socios y accionistas principales de las sociedad o empresas prestadoras, en su caso". (Lo subrayado es nuestro).

En este punto el CT señala que dicha publicación se debe realizar conforme a su Instructivo General N°11 sobre transparencia activa, el cual define lo que debe entenderse por "socios o accionistas principales", ya señalado previamente, y los define como "*aquellos que individualmente sean dueños de, a lo menos, el 10% de los derechos sociales*".

Como comentario a este último argumento, considero que el CT incurre en un error al señalar que solo es posible publicar cuando se haya producido la adjudicación o se haya contratado un bien o servicio con alguna de las entidades que forman parte del registro de proveedores, ya que el artículo 7 de la ley 20.285 no señala que dichos proveedores adjudicados o los que han provisto del bien o servicio deban estar inscritos en el registro, solo basta con que se haya adjudicado o contratado con el servicio público para que éste este obligado a publicar esa información en su portal de transparencia. Por lo anterior, es relevante la distinción entre proveedor y adjudicatario, ya que solo en este último caso se podría publicar en el sitio web del servicio la información sobre los socios o accionistas principales de la sociedad, lo que guarda completa relación con el principio de legalidad que rige a la administración pública donde solo se puede realizar aquello que esta expresamente establecido en la norma.

Por lo anterior, y en conformidad a lo establecido en el artículo 33 de la ley 20.285, es precisamente el Consejo para la transparencia el que tiene la facultad de "*Proponer al Presidente de la República y al Congreso Nacional, en su caso, las normas, instructivos y demás perfeccionamientos normativos para asegurar la transparencia y el acceso a la información*". Por tanto, conforme al principio de juridicidad que rige a la administración del Estado que solo le permite hacer aquello que están expresamente facultados, sería importante que el CT propusiera al PDLR una modificación a la Ley 20.285, particularmente al artículo 7 letra e) señalando que dicha información podrá ser recogida por la DCCP para elaborar un registro

único de contratistas donde se publiquen las estructuras societarias de todas las personas jurídicas proveedoras del Estado.

Ahora bien, misma solicitud de pronunciamiento realizó la DCCP a la CGR, basándose en los mismos argumentos ya señalados, en este caso la CGR, por medio del Dictamen N° 16859, toma en consideración diversas normas para emitir su pronunciamiento, a saber;

- 1) Oficio N° 7.267 de 2017 de CT: La individualización de las personas naturales, o los aportes que éstas realizan como parte de la estructura societaria, constituye un dato personal de éstas”.
- 2) Artículo 2 letra f) ley 19.628: Y su disponibilización sólo se puede realizar en conformidad con las normas legales.
- 3) Artículo 1 de la ley 19.886: Los contratos de la administración se rigen por esta norma y su reglamento, luego por el derecho público y luego por el derecho privado.
- 4) Artículo 30 letra f) de la ley 19.886: DCCP le corresponde la administración del registro de contratistas y proveedores (Artículo 16).
- 5) Artículo 16 inciso 1 de la ley 19886: En dicho registro se inscribirán todas las personas naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras que no tengan causal de inhabilidad para contratar con los organismos del estado, y acorde a su inciso 3 será público y se registrará por las normas de esa ley y su reglamento.
- 6) Artículo 81 del reglamento de la ley 19.886: El registro tendrá por objeto registrar y acreditar antecedentes, historial de contratación con las entidades, situación legal, financiera, idoneidad técnica, así como la existencia de las causales de inhabilidad establecidas en el artículo 92 del reglamento, para contratar con las entidades.
- 7) Artículo 97 del reglamento de la ley 19.886: El registro será público pudiendo conocerse la nómina de aquellos que se encuentren inscritos. Sin perjuicio de lo anterior, la información relativa a la situación económica, financiera y legal de los proveedores inscritos solo podrá ser conocida por la entidad que efectúe el respectivo proceso de compras. (Estableciendo la posibilidad de que aquellos autoricen a la dirección de manera total o parcial para utilizar y publicar dicha información).

Posteriormente, se pronuncia sobre la naturaleza de los antecedentes relativos a las estructuras societarias de las empresas proveedoras del estado, y en este punto, al igual que el CT, la CGR entiende que estos, son datos personales de los respectivos socios, teniendo en cuenta la definición prevista en el artículo 2 letra f) de la ley 19.628, el cual señala que son los datos “*relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables*”. Por tanto, considera que el tratamiento de dichos datos por parte de la DCCP debe ser conforme a lo establecido en la ley 19.628, es decir, se puede realizar dicho tratamiento cuando la ley u otras disposiciones legales lo autoricen o el titular consienta expresamente en ello.

Seguidamente, hace alusión a lo establecido en el artículo 20 de la ley 19.628, el cual habilita a los organismos públicos para proceder al tratamiento de datos personales respecto de las materias de su competencia y con sujeción a las reglas previstas en esa ley.

Por tanto, de acuerdo a la normativa de contratación pública, la dirección de compras públicas como encargada del Registro de proveedores debe mantener en este, de manera pública, la nomina de proveedores inscritos, como también conservar los antecedentes relativos a su estructura societaria para consultas de las entidades contratantes. En este mismo sentido señala que las atribuciones legales conferidas a la DCCP, permiten concluir que está facultada para efectuar diversas operaciones propias del tratamiento de la información que le ha sido entregada para el cumplimiento de sus funciones.

Ahora bien, en cuanto a la publicidad de dicha información, la CGR ha señalado que los datos sobre las estructuras societarias que hayan sido entregados por los proveedores a la DCCP, solo pueden ser puesta a disposición del público en la medida que los afectados autoricen expresamente su publicación acorde al artículo 97 del reglamento de la ley 19.886, pudiendo prescindir de esa autorización si la información fue obtenida de fuentes de acceso al público.

Finalmente, el artículo 7 letra e) de la ley 20.285, que obliga a los organismos públicos a mantener a disposición permanente del público, las contrataciones con indicación de los contratistas e identificación de los socios y accionistas principales de las sociedades o empresas prestadoras, en su caso, solo se refiere a la información de las contrataciones que realiza un determinado servicio.

De lo anterior, podemos concluir que ambos organismos, tanto el Consejo para la Transparencia como la Contraloría General de la República consideran que las estructuras societarias de las empresas proveedoras del estado son datos personales de los socios y por lo anterior se deben regir por lo establecido en el artículo 4 de la Ley 19.628, esto es, que debe existir una autorización legal expresa para su tratamiento o bien que el titular consienta expresamente en su utilización.

Ahora bien, si analizamos en concreto el dato personal de la estructura societaria, la participación en una sociedad o el porcentaje de dicha participación, no se podría encasillar como un “dato sensible”, el cual requiere, por su contenido, de un tratamiento restringido, o bien como un dato cuya publicación podría traer aparejada una consecuencia indeseada para los socios, como podría ser si se publicara, por ejemplo, información comercial, como su modelo de negocio, lo cual además se encuentra protegido por otros mecanismos como lo es el secreto comercial o industrial.

En este caso, lo que se busca es conocer los nombres de los socios que forman parte de una sociedad o empresa que provee al Estado y particularmente cual es su porcentaje de participación y las facultades con las que cuenta en dicha sociedad, por lo que no se entiende el recelo con el que resguardan la privacidad de dichos datos, cuya publicación por medio de un registro público de beneficiarios finales de proveedores del Estado significaría un tremendo aporte a la probidad en el uso de los recursos públicos y un desincentivo para aquellos que quisieran hacer uso de sus influencias para obtener contratos de suministro o prestaciones de servicios con la Administración Pública, no comprendiendo como la publicación de dichos datos podría ser atentatorio contra un derecho fundamental.

Existe mucho margen discrecional en el límite del ejercicio del acceso a la información pública “*abren mucho margen a la discrecionalidad para su calificación. Sin duda no nos parece suficientemente preciso limitar el acceso cada vez que la publicidad afecte derechos de las personas, sin determinar claramente si ello incluye a todo derecho subjetivo o solo a los derechos fundamentales, y qué tipo de injerencia puede ser considerada como una afectación del derecho, por ejemplo*”. (Herrera, 2008: p.172)

La regla general es que se reconoce, en virtud de la legislación sobre transparencia que rige la función pública, un principio de apertura, por el cual toda información en poder de los órganos del Estado se presume pública. “*Lo anterior claramente no significa que los órganos de la administración del Estado se eximen del análisis casuístico de cada requerimiento y de la adopción de medidas de orden y seguridad para los contenidos que administran, sobre todo cuando incluyen datos especialmente protegidos, por ejemplo, aquellos de carácter sensible*” (Herrera, 2008: p.173)

En ese entendido, el organismo público podría rechazar el acceso a la información solo por la concurrencia de una de las causales tasadas que lo limitan, entre ellas, la confidencialidad como garantía de derechos, y es precisamente por esto que es necesario que exista una delimitación precisa de aquellas, que no contradiga el alcance de la protección establecida en la legislación sobre datos personales.

A criterio de quien suscribe, la estructura societaria de un proveedor del estado es un dato personal de los socios que se debería considerar meramente identificatorio, y en ese sentido debería estar incluido dentro de los datos que se debieran encontrar en fuentes accesibles al público, en ningún caso podría ser considerado como un dato sensible o como un dato cuya publicación pudiera atentar contra la vida privada de los socios, sobre todo considerando que su publicación tendría por fundamento la fiscalización del principio de probidad en el sector de compras públicas, atendido que el registro público de beneficiarios finales de los proveedores del Estado, se constituiría como una herramienta eficiente y eficaz para la detección de las inhabilidades del artículo 4 inciso 6 de la Ley de Compras, primando por tanto un interés general de conocer el destino de los recursos públicos asociados a dichos procesos.

En este mismo sentido se ha pronunciado el profesor Rodolfo Herrera quien señalo *“aunque la ley no define los datos públicos de mera identificación, podemos entender por tales aquellos que se encuentran en FUENTES ACCESIBLES AL PÚBLICO, concepto que el legislador entiende como “los registros o recopilaciones de datos personales, públicos o privados de acceso no restringido o reservado a los solicitantes”.*” (artículo 2 letra i) de la Ley) (Herrera, 2001: p.10).

Si uno analiza los datos de fuentes accesibles al público, por ejemplo, los portales de transparencia de los servicios públicos, particularmente los proveedores de un servicio público en particular, podemos obtener información sobre su estructura societaria, la cual ha sido publicada por autorización expresa, artículo 7 letra e) de la ley 20.285, por lo que, en ningún caso, dicha información, si fuera publicada por la DCCP a través de un registro público de beneficiarios finales de los proveedores del Estado, podría adquirir el carácter de datos personal o dato sensible y por tanto, por su contenido, no ser susceptible de publicación, la única razón por la cual la DCCP no podría crear dicho registro es precisamente, y como ya hemos señalado, por la falta de facultad legal expresa que lo autorice.

Es muy complejo determinar cuando un dato podría ser considerado como información confidencial o cuya publicación es atentatoria contra algún derecho fundamental y por eso es urgente una modificación en esta materia que precise, de mejor forma, la clasificación de una información como pública o de carácter reservado. En este sentido se ha señalado que *“los organismos públicos experimentarán la tensión entre sistemas jurídicos al decidir sobre la procedencia de la comunicación de datos, de manera que es necesario contar con criterios claros y coherentes que puedan ser adoptados uniformemente para clasificar la información y ponderar las excepciones, consiguiendo como resultado practico una aplicación normativa garante del equilibrio dinámico de intereses contrapuestos en que se funda este tipo de regulación”* (Herrera, 2008: p.174)

Siguiendo con la misma idea, si bien la regla general en la ley 19.628 es que el tratamiento de datos personales solo es procedente cuando la ley lo autoriza o bien cuando el titular consiente expresamente en ello, también se contemplan excepciones, a saber;

- a. Cuando los datos personales provengan o se recolecten de fuentes accesibles al público, en particular, el profesor Herrera menciona ejemplos de este tipo de datos, tales como los *“datos personales de carácter económico, financiero, bancario o comercial; cuando se contengan en listados relativos a una categoría de personas, pero limitados a indicar antecedentes tales como pertenencia del individuo a ese grupo, profesión o actividad, sus títulos educativos, dirección o fecha de nacimiento; y cuando sean datos necesarios para comunicaciones comerciales de respuesta directa o comercialización o venta directa de bienes o servicios”* . (Herrera, 2001:p. 14).

En ese sentido, las estructuras societarias de las personas jurídicas, en cuanto a su contenido, podrían encasillarse sin problemas en datos de carácter económico o financiero que deberían estar dentro de fuentes de libre acceso al público, toda vez que no todos los datos personales requieren del mismo nivel de protección. *“Si bien ningún dato personal es inocuo, no todos requieren la misma protección. Así, la regla general son los datos de protección ordinaria, aunque es necesario contemplar situaciones especiales en que las normas deben ser morigeradas ante datos de mera identificación, o aumentadas, prohibiendo el tratamiento de datos sensibles que no cuente con autorización legal o consentimiento del titular”* (Herrera, 2001:p. 17).

- b. Cuando el tratamiento lo efectúa un organismo público respecto de las materias de su competencia (Artículo 4 y 20 de la Ley 19.628).

En este caso nuevamente podemos hacer alusión al artículo 30 letra g) de la ley de compras, el cual establece como funciones de la DCCP, promover la máxima competencia posible en los actos de contratación de la Administración. Constituyendo un argumento más a favor de la creación de dicho registro público.

Lo anterior, no solo sería una contribución a la probidad en el ejercicio de la función pública, sino que además le permitiría a la DCCP cumplir, de mejor forma, con una de las finalidades propias del servicio, cual es promover al máximo la libre competencia, consagrada en el artículo 30 letra g) de la ley de compras.

Adicional a todo lo anteriormente señalado, la creación de un registro público, por medio de una facultad expresa del legislador a la DCCP, también solucionaría el problema de la “calidad de los datos” que hoy se encuentran a disposición sobre los proveedores del Estado.

Como señale anteriormente, conforme al artículo 7 letra e) de la ley sobre acceso a la información pública, los órganos del Estado que hayan celebrado contrato de suministro o prestación de servicios con proveedores, tienen el deber de publicar en sus sitios electrónico las estructuras societarias de las personas jurídicas con quienes celebraron dichos contratos, lo que si bien permite obtener información de los beneficiarios finales, no asegura la veracidad o actualidad de los datos publicados. Por tanto, si se concede a la DCCP, por medio de una ley expresa, la facultad de crear este registro público de beneficiarios finales de los proveedores del Estado, a dicho servicio también se le responsabiliza por la información proporcionada, ya que éste debe velar para que dicha información sea exacta, actualizada y responda con veracidad a la situación real del titular del dato.

Por tanto, sin perjuicio de que hoy se pudiera obtener estos mismos datos de los portales de transparencia de los distintos servicios públicos que celebran contratos de suministro o prestación de servicios con distintos proveedores, en cumplimiento del artículo 7 letra e) de la Ley 20.285, esta información podría no estar actualizada ni obedecer a la situación actual del titular, siendo mas bien difusa la responsabilidad por dicha información inexacta o equívoca. De esta forma, podríamos entender que la DCCP es la responsable de dicho banco de datos y por tanto, tiene el deber de cuidar de ellos con la debida diligencia haciéndose responsable de los daños, conforme lo establece el artículo 11 de la Ley 19.628.

De lo anterior, se puede concluir que el principal problema para la creación de un registro público de beneficiarios finales de proveedores del Estado es precisamente la falta de una autorización legal expresa a la DCCP para crear dicho registro. En este sentido cabe recordar que la DCCP es un órgano de la Administración del Estado y como tal, se rige por el Principio de Legalidad establecido en el artículo 6 y 7 de la Constitución Política de la República y artículo 2 de la ley 18.575, esta última disposición establece expresamente “*Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán mas atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes*”. Por tanto, siguiendo el tenor literal de la norma, la DCCP no puede crear este registro público de beneficiarios finales de proveedores del Estado sin que exista una norma que expresamente lo autorice.

Dicho principio solo rige para los órganos de la Administración del Estado, dándose el absurdo que un particular podría perfectamente recopilar la información sobre las estructuras societarias de las personas jurídicas que contratan con el Estado, por ejemplo, a través de la información que los distintos servicios públicos publican en sus sitios electrónico sobre las estructuras societarias de las personas jurídicas con quienes celebraron contratos de suministro o prestación de servicios, según lo establece el artículo 7 letra e) de la Ley 20.285, y luego haciendo uso de dicha información, que podría ser considerada como de fuente accesible al público, crear dicho registro sin que exista ningún impedimento legal ni sanción asociada.

De lo anterior se concluye que, en definitiva, toda la problemática que genera el mantener incógnito datos de estructuras societarias de los proveedores del Estado no dice relación con el “contenido” del dato propiamente tal, toda vez que su publicación es totalmente inocua y solo tiene por consecuencia facilitar la detección de inhabilidades para contratar con la Administración Pública, evitando actos de corrupción, transparentando el destino de los recursos públicos que existen en el sector de compras públicas.

Y, en segundo lugar, la solución a este problema no ha podido ser dada, por una evidente falta de voluntad política, toda vez que este tema podría haber sido solucionado hace muchos años atrás simplemente con un acuerdo del Congreso, presentando un proyecto de ley en el cual se facultará a dicho servicio para la creación de este registro público de beneficiarios finales de los proveedores del Estado. En cambio, sin perjuicio de reconocer esto como un problema, los distintos gobiernos han optado por soluciones ineficientes, tales como la creación de inhabilidades como las del artículo 4 inciso 6 de la ley de compras, sin que existan mecanismos efectivos ni recursos humanos que permita a la Contraloría General de la República o incluso a la ciudadanía fiscalizar su cumplimiento.

En este sentido, el gobierno de Sebastián Piñera, ha señalado que uno de las prioridades del Gobierno actual, es precisamente la transparencia en el gasto público, particularmente en el mes de enero del año 2020, el Ministro de Hacienda, Ignacio Briones, anunció una “Agenda de Mejor Gasto Público”, asegurando que “*Es un deber moral asegurar a los chilenos que el gasto va en la dirección correcta*”³. Es precisamente de esta iniciativa que, se incorpora el artículo 34 a la Ley de Presupuesto 2020, disposición en la cual se obligó a la DCCP a solicitar la información de las estructuras societarias a las personas jurídicas que figuraran en el Registro de Contratistas, medida que es totalmente insuficiente para abarcar esta problemática del nepotismo, el tráfico de influencias, la corrupción y el mal uso de los recursos públicos en el sector de las compras públicas, ya que solo permite recaudar dicha información sin la posibilidad de publicarla y además solo es aplicable a las personas jurídicas que figuren en el Registro de Contratistas, que como hemos señalado no abarca la totalidad de los proveedores del Estado.

Ahora bien, actualmente existe un proyecto de ley que pretende modernizar el sistema de compras y contrataciones públicas, dicho proyecto ingresó, por medio de Mensaje del Presidente de la República, Sebastián Piñera, el día 30 de marzo de 2021, Boletín N° 14.137-05, y si bien contempla diversos objetivos, solo me referiré a aquellos atingentes al presente trabajo de investigación.

³ <https://www.gob.cl/noticias/ministro-de-hacienda-anuncia-agenda-de-mejor-gasto-publico-es-un-deber-moral-asegurar-los-chilenos-que-el-gasto-va-en-la-direccion-correcta/>

El primer objetivo que plantea es el de *aumentar los estándares de probidad y transparencia* en dichos procesos. Para lo anterior, han contemplado una serie de propuestas, a saber; en la letra b) del proyecto, se pretende “Mejorar la información existente en el Registro de Proveedores, y hacerlo obligatorio para contratar con el Estado”. El proyecto reconoce el problema que actualmente existe, y que hemos comentado a lo largo de toda esta investigación, cual es que “*El registro de Proveedores exige respecto de las personas jurídicas, información sobre sus socios o accionistas. Sin embargo, en algunos casos, estas sociedades están insertas dentro de una malla societaria más amplia y compleja, que no hace posible vislumbrar claramente quienes son sus dueños o beneficiarios finales*”

Esta opacidad impide al Estado, en definitiva, saber realmente quién está detrás de una empresa con la que contrata, y dificulta prevenir conflictos de interés o detectar actos de corrupción en los procesos de contratación”. (Proyecto de Ley, 2021: p. 17).

Adicionalmente el proyecto propone mejorar el nivel de la información que el Estado tiene de sus proveedores, incluyendo información sobre los socios, accionistas y beneficiarios finales de los proveedores y además plantea la *obligatoriedad* de la inscripción en el Registro de Proveedores para contratar con el Estado.

Lo anterior se realizaría por medio de la modificación del artículo 4 de la ley de compras, estableciendo como obligatorio para contratar con el Estado el encontrarse inscrito en el Registro de Proveedores. Además, trasladarían las normas sobre inhabilidades al Título VII sobre probidad y transparencia en la contratación pública con la finalidad de hacer aplicable dichas normas a organismos públicos no pertenecientes a la Administración del Estado.

En este mismo sentido, el punto 1.12) del proyecto establece el “Perfeccionamiento al Registro de Proveedores”, estableciendo que dicho registro deberá contener información sobre los administradores, socios y accionistas principales, así como también de los beneficiarios finales de las personas jurídicas inscritas. Además, se establecería, por fin, un concepto de beneficiario final, el cual sería tomada como referencia la definición establecida en la Circular N° 57 de 2017 de la UAF, la cual ya fue estudiada y los define como “aquellas

personas naturales que posean, directa o indirectamente, a través de sociedades u otros mecanismos, una participación igual o mayor al 10% del capital o de los derechos a voto de una persona jurídica o de una estructura jurídica determinada”.

Finalmente, en este punto, se establece que la información contenida en dicho Registro de Proveedores será *pública*.

Seguidamente el proyecto, en su letra d), menciona otro objetivo, cual es, el “Establecer estándares mínimos de probidad y transparencia en las compras que se realicen con recursos fiscales”. En este sentido, y siguiendo la línea anterior, señala que será esencial establecer “*estándares mínimos y comunes de probidad y transparencia aplicables a todos quienes realicen compras con recursos públicos, en aspectos tales como la vinculación con interesados durante un procedimiento de contratación, la contratación con funcionarios del organismo o sus parientes, y el deber de abstención de los intervinientes en los procedimientos de contratación*”. (Proyecto de Ley, 2021: p.19)

Finalmente, dentro de este primer objetivo, se propone como medida el solicitar declaraciones de intereses y patrimonio a funcionarios de la Dirección de Compras y Contratación Pública señalando que éstos podrían, eventualmente, estar sometidos a diversas presiones por parte de interesados en contratar con el Estado.

Otro de los objetivos que podría contribuir a la problemática planteada en este trabajo de investigación es el N° 6, el cual establece “Perfeccionar las funciones de la Dirección de Compras y Contratación Pública, en el Sistema de Compras Públicas”. En concreto, reconoce que la DCCP actualmente ejerce un rol asesor y administrativo del Sistema de Información, no contando con facultad ni atribuciones normativas para regular el funcionamiento de dicho sistema, ni tampoco facultades para suspender un procedimiento de contratación donde se detecten irregularidades, o denunciarlos ante el Tribunal de Contratación Pública.

Sin perjuicio de lo anterior, establece una solución bastante genérica, señalando que “*se requiere fortalecer las competencias de la Dirección de Compras y Contratación Pública, y, tal como lo recomendó el informe final de la Mesa de Trabajo sobre el Sistema de*

Compras Públicas, de abril de 2016, ampliar la competencia de la Dirección de Compras y Contratación Pública para impartir instrucciones obligatorias, de general aplicación, conducentes a fortalecer la probidad, la transparencia y la eficiencia en los procedimientos de contratación pública” (2021:p.26).

El punto 1.16) del proyecto establece la forme en como se lograría perfeccionar las facultades de la Dirección de Compras y Contratación Pública, otorgándole una serie de facultades al servicio, dentro de los cuales cabe destacar la de la letra c), cual es la facultad de *“impartir instrucciones obligatorias de general aplicación, conducentes a fortalecer la probidad, la transparencia, la eficiencia y la competitividad en los procesos de contratación pública de los organismos de la Administración del Estado” (2021: p.39).* Aun concediéndose 13 nuevas facultades a la DCCP, no se logra dilucidar, en ninguna de ellas, la extensión de la facultad intrusiva que tendrá dicho servicio para indagar en las estructuras societarias de los proveedores del Estado que sean personas jurídicas, pudiendo encontrar trampas durante la discusión del proyecto que hagan inoficiosos los esfuerzos por aumentar el estándar de probidad y transparencia en las compras públicas como este proyecto pretende.

Todo lo anteriormente señalado, esto es la incorporación de un concepto de beneficiario final, la obligatoriedad de estar inscrito en el Registro de Proveedores para contratar con el Estado, que dicho registro deberá contener información sobre los administradores, socios y accionistas principales, así como también de los beneficiarios finales de las personas jurídicas inscritas y que toda esa información será pública, claramente, contribuiría enormemente a la solución de la problemática planteada. Sin perjuicio de que el proyecto no contempla expresamente la facultad que tendría la DCCP para solicitar esta información a los potenciales proveedores del Estado, y tampoco señala qué tipo de información o documentos podría el servicio solicitar. Claramente, se debiera entender que éste estaría facultado para exigir *toda* la información necesaria a los proveedores para determinar sus socios, accionistas principales y/o beneficiarios finales. De lo contrario, si durante la discusión del proyecto se establecen limitaciones a la DCCP para indagar hasta el ultimo nivel societario, nuevamente nos veríamos entrampados en otorgar facultades y establecer medidas que son ineficientes e ineficaces para la solución del problema.

Por lo anterior, si bien han existido acciones tendientes a contribuir en la solución de la problemática, por alguna razón, y hasta la fecha, ninguna ha sido lo suficientemente efectiva para cumplir con el objetivo, debiendo solo existir voluntad política que apruebe una ley que faculte a la DCCP a solicitar a toda persona jurídica, que participe en un proceso licitatorio para proveer de bienes o prestar servicios a un órgano de la Administración Pública, toda la información concerniente a su estructura societaria y facultar, además, para que dicha información puede ser publicada por medio de un registro Público de beneficiarios finales de proveedores del Estado con la finalidad de facilitar la fiscalización de las inhabilidades que contempla la ley de compras y evitar, de esta forma, la comisión de actos de corrupción, el nepotismo, y el mal uso de los recursos públicos en el sector de compras públicas.

El proyecto de ley presentado hace solo 3 meses pretende ser una solución a la problemática que por años ha reclamado la probidad en este sector y claramente podría ser una solución jurídica que permita conciliar posiciones en materia de protección de datos personales y probidad y transparencia en el sector de las compras públicas, ya que sólo se publicarían aquellos datos pertenecientes a las estructuras societarias de las personas jurídicas que participan en un proceso de contratación con el Estado, particularmente, el nombre de los socios, su porcentaje de participación y las facultades que éstos tienen en dichas personas jurídicas, dato que el legislador debería tipificar como meramente identificatorios, no afectando ningún derecho fundamental de los socios, como ocurriría si por ejemplo se publica un dato sensible, un dato personal como el domicilio de los socios, o incluso datos de carácter comercial de dichas empresas o sociedades.

En este sentido el profesor Rodolfo Herrera ha señalado que, *“Las soluciones jurídicas se centran principalmente en conciliar posiciones que logren un equilibrio entre los intereses de los titulares de los datos personales y las legítimas expectativas de acceso a información que manifiestan terceros. Pruebas patentes de ello se encuentran en la legislación, doctrina y jurisprudencia extranjeras que desde hace casi cuarenta años están elaborando sendos ordenamientos jurídicos sobre protección de datos personales y desde hace quince años, respecto de transparencia de la función pública.*

Nuestro país aparece a fines de los noventa dentro del panorama legislativo sobre protección de datos personales, con la Ley N° 19.628, sobre Protección de la Vida Privada”. (Herrera, 2008: p.164).

En conclusión, la ley de protección de datos personales (N° 19.628) ha sido objeto de críticas por considerarse que no logra desarrollar correctamente el tema de la protección de los datos personales, debiendo realizarse una serie de modificaciones legales y desarrollo de su contenido. Dentro de las modificaciones necesarias encontramos precisamente la de conceder la facultad a un organismo público, a juicio de esta parte, debiera ser la Dirección de Compras y Contratación Pública, para la creación de un Registro Público de Beneficiarios Finales de los Proveedores del Estado lo cual, como ya se ha explicado latamente, contribuiría a mejorar la competencia entre los proveedores, aumentaría el grado de transparencia en el uso y destino de los recursos públicos del sector de las compras públicas, evitaría actos de corrupción y por tanto se velaría de mejor forma por el cumplimiento del principio de Probidad en la Función Pública. Todo lo anterior, simplemente con voluntad política, ya que es necesario un proyecto de ley, sea por Mensaje o por Moción, que conceda dicha facultad al servicio.

Finalmente, esperemos que el proyecto de ley ingresado el 30 de marzo del presente año, Boletín N° 14137-05, logre dar solución a todos los problemas planteados en el presente trabajo de investigación y no termine aprobándose con restricciones a la DCCP que hagan inoperante las medidas planteadas.

5. Conclusiones.

1. Como señalamos en el primer capítulo, en el sector público no existe un sistema regulado para la identificación del beneficiario final como sí existe en el sector económico financiero, particularmente, por las reglas dadas por la UAF a los sujetos obligados, según consta en la circular de la UAF N° 57/2017. Sin perjuicio de lo anterior, es totalmente viable que dicha obligación de identificar al beneficiario final pueda ser exigida a la Administración Pública considerando sus posibilidades tanto organizacionales como legales.
2. Que, al no existir un sistema para identificar el beneficiario final de una persona jurídica que figura como proveedor del Estado, se debe aplicar lo dispuesto en el sector económico financiero, particularmente lo señalado en la LMV.
3. En el sector público existe mención al “Beneficiario Final” en dos sectores particularmente, en la Ley 20.880 sobre Probidad en la Función Pública y Prevención de los Conflictos de Interés, por medio de las Declaraciones de Intereses y Patrimonio y en el sector de las compras públicas, particularmente en la Ley 21.289 esto es, la ley de presupuesto 2021, en la cual, por medio de su artículo 34 establece la obligación de los proveedores inscritos en el Registro de Contratistas de individualizar a las personas naturales o jurídicas que, a cualquier título, participen en la propiedad y administración de la persona jurídica inscrita en dicho registro. Ambos mecanismos resultaron ser insuficientes para lograr el objetivo de identificar al beneficiario final en los proveedores del Estado.
4. En cuanto al concepto de beneficiario final no existe una definición legal. Sin perjuicio de lo anterior, es la UAF, quien en su circular N° 57/2017 define “Beneficiario Final” como la(s) persona(s) natural(es) que finalmente, posee, directa o indirectamente, a través de sociedades u otros mecanismos, una participación **igual o mayor** al 10% del capital o de los derechos a voto de una persona jurídica o estructura determinada. Asimismo, se entenderá como Beneficiario Final a la(s) persona(s) natural(es) que,

sin perjuicio de poseer directa o indirectamente una participación **inferior** al 10% del capital o de los derechos a voto de una persona jurídica o estructura jurídica, a través de sociedades u otros mecanismos, ejerce el control efectivo en la toma de decisiones de la persona jurídica o estructura jurídica. En conclusión, los dos criterios para definir un beneficiario son; 1) participación de la persona natural en el capital o derechos a voto de una persona jurídica. 2) El control efectivo que un individuo ejerce respecto de la persona jurídica. Aplicando ambos mecanismos para su identificación.

5. Si bien, la UAF establece con bastante detalle la forma en que los sujetos obligados deben identificar al beneficiario final, ya sea por su porcentaje de participación o por el control efectivo que ejercen, toda la normativa aplicable tanto legal como administrativa, es propia del ámbito económico financiero cuya finalidad es prevenir el lavado de activos (LA) y el financiamiento del terrorismo (FT), y por ende, no sería aplicable directamente al sector público, y mucho menos al sector de las compras públicas de forma particular. Quedando, por tanto, una tarea pendiente en el sector de compras públicas, de regular con detalle la detección del beneficiario final de los proveedores del Estado, sobre todo considerando que los recursos públicos que los órganos de la administración del Estado destinan para adquirir bienes y prestaciones de servicios de diversos proveedores, que en su mayoría funcionan como personas jurídicas, equivale a un 19% del presupuesto nacional.
6. En concreto, se realizó un análisis entre lo dispuesto en la Circular N° 57/2017 de la UAF y la Ley de Mercado de Valores de nuestro país con el objeto de determinar si, como país, logramos cumplir con el estándar que exige la UAF para detectar correctamente el beneficiario final de las personas jurídicas en el sector económico financiero. Luego de realizar un análisis de similitudes y diferencias se concluyó que, si se siguiera lo establecido en nuestra legislación podría considerarse como incumplidor de las recomendaciones que establece la UAF en su Circular N° 57/2017, dejando en evidencia la necesaria modificación legislativa en esta materia.

7. Los procedimientos de contratación por medio de los cuales se adquiere bienes y se contratan prestaciones de servicios, se regula por medio de la ley N° 19.886 sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios y su respectivo Reglamento, Decreto N° 250 del Ministerio de Hacienda del año 2004. Si bien la dictación de esta norma permitió avanzar considerablemente en materia de probidad y transparencia, ya que estableció las reglas del juego en los procedimientos de contratación pública y, a su vez, creó un sistema de contratación pública electrónica, lo que permitió tener acceso a todo el procedimiento de adquisición de un bien o servicio de los organismos públicos, dicha normativa no estableció mecanismos suficientes que permitieran fiscalizar y precaver la existencia de inhabilidades por parte de los proveedores del Estado.
8. Por lo anterior, se realiza un análisis de la norma estableciendo que dicha reglamentación rige a todos los órganos de la Administración de Estado, salvo ciertas excepciones, y que, en virtud del Principio de Libre Concurrencia, pueden ofertar al Estado tanto personas naturales como jurídicas, y éstas a su vez pueden ser chilenas o extranjeras. Sin perjuicio de lo anterior, los que participen dentro de un proceso licitatorio no deben estar afectos a ciertas inhabilidades que establece el artículo 4 inciso 6 de la ley de compras.
9. En cuanto a la inhabilidad del artículo 4 inciso 6 de la ley de compras, establece que el ningún órgano de la administración del Estado y de las empresas o corporaciones del Estado en que ésta tenga participación podrá suscribir contrato de suministro de bienes o prestación de servicios con los funcionarios directivos del mismo órgano o empresa, ni con personas unidas a ellos por los vínculos de parentesco del artículo 56 letra b) de la LOCBGAE. Misma prohibición rige para el Congreso Nacional, Poder Judicial, Municipalidades, entre otros. Es precisamente aquí donde cobra relevancia la identificación del beneficiario final de los proveedores del Estado, ya que es la única forma de determinar si se configura o no la inhabilidad de la disposición señalada.

10. Respecto del artículo 4 inciso 6 se realizaron una serie de críticas, a saber, que no incluye a todo tipo de estructura societaria, como las SpA, ni a las personas jurídicas sin fines de lucro y solo constituye inhabilidad si esta está presente al momento de la contratación, más no al momento de la oferta o selección del proveedor. Lo anterior, ha permitido que personas que ostentan cargos públicos dentro de los órganos público licitantes, hagan uso de sus influencias para adjudicar licitaciones a sus propias sociedades o bien las personas unidas a ellos por su parentesco, lo que no puede seguir permitiéndose.
11. No bastando lo anteriormente señalado, y lo más relevante dentro de este trabajo de investigación, es que se detectó que no existen mecanismos eficientes que permitan determinar si dicha inhabilidad del artículo 4 inciso 6 existe o no, lo único que existe es una declaración jurada, tanto de la administración, por medio de la DIP (Ley 20.880) como del proveedor (declaración jurada exigida al inicio del proceso), dejando todo a la buena fe de los intervinientes.
12. Seguidamente, se hace presente que la obligación de verificar la inhabilidad es exclusivamente del ente de la administración pública, quien, dentro de otros, debe verificar y cotejar la información con el Registro de Contratistas y proveedores.
13. La DCCP, para inscribir a un proveedor en el Registro de Proveedores, puede solicitar toda la información para acreditar la situación legal, financiera e idoneidad técnica, información que puede resultar útil para identificar un beneficiario final, pero no esta facultado para publicar dicha información. Además, la inscripción en dicho registro para ofertar al Estado, no es obligatoria, como si ocurre con otros registros, como en sector defensa o de obras públicas, por lo que no se logra tener un control del universo total de los proveedores, siendo dicho mecanismo insuficiente para verificar la inhabilidad ya señalada.

14. Se concluye que, la creación de un registro público de beneficiarios finales de proveedores del Estado, en ningún caso puede constituir una limitación al derecho constitucional de ejercer actividades económicas, como se ha sostenido, toda vez que esto constituiría una regulación del derecho y no una limitación. Lo anterior se debe analizar a la luz del artículo 19 n° 26 de la CPR, realizando el correspondiente test de proporcionalidad, el cual, considerando la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida resulta ser plenamente procedente.
15. En relación con la importancia en materia de libre competencia, el no tener un registro público de beneficiarios finales de proveedores del Estado, atenta contra la libre competencia porque la DCCP, quien es la encargada de promover la máxima competencia posible en los actos de contratación de la administración, no logra determinar quienes son los competidores dentro de dichos proveedores. Priorizar la competencia ha sido también una prioridad del legislador, lo que se ve reflejado en el establecimiento de la licitación pública como regla general en materia de contratación administrativa, estableciendo como modo excepcional la licitación pública y el trato directo ya que limita el número de oferentes y dificultando hacer una comparación entre más proveedores para elegir aquella oferta que entregue la combinación mas ventajosa entre el beneficio y los costos de la adquisición del bien o prestación del servicio, causando un perjuicio económico fiscal e insatisfacción de necesidades públicas.
16. En base a todos los estudios realizados por el Observatorio del Gasto Fiscal y Chile Transparente, se logró concluir que la efectivamente hay una tendencia de algunos servicios públicos para utilizar el procedimiento del trato directo, sin ningún tipo de justificación, por lo que urge la regulación y fiscalización en esta materia.
17. En relación con la importancia en materia de transparencia, constituye quizás el argumento mas importante para la creación de este registro de beneficiarios finales de los proveedores del Estado, ya que la transparencia fiscal es crucial para el manejo adecuado de los recursos públicos y, como se señaló anteriormente, la DCCP tiene en su poder información sobre la situación legal y financiera de las personas jurídicas que proveen al Estado, ya sea para inscribir a estos proveedores en el registro de

proveedores o bien porque así lo exigía la ley de presupuesto 2021, pero no pueden publicarla porque requieren de una norma legal expresa, esto constituiría una reserva al principio de transparencia establecido en el artículo 5 de la ley 20.285, el cual establece que la información que obra en poder de los órganos de la administración es pública. Por tanto, debería existir una muy buena razón para eliminar del ámbito de conocimiento público, los antecedentes de una persona jurídica que recibe recursos públicos en razón de un contrato de suministro de bienes o prestación de servicios. Ahora, del análisis de todas las normativas relevantes en la materia, no se logra entender la razón de dicha reserva.

18. Existen muchas falencias en el sistema que no permiten que los órganos de la administración del Estado puedan cumplir con su obligación de transparencia en la función pública, ni pasiva ni activa. Particularmente, en la identificación del beneficio final de los proveedores del Estado, el servicio público que maneja información relevante, como por ejemplo SII, no cuenta con información actualizada de las personas jurídicas que proveen al Estado, ya que muchas de las modificaciones sociales, tales como la venta de acciones de una sociedad, no son informadas a dicho servicio y la sanción asociada (1 UTM) es irrisoria y no es, en ningún caso, disuasiva de dicha conducta. Por tanto, la creación de dicho registro público de beneficiarios finales de los proveedores del Estado, permitiría responsabilizar a un servicio público en particular, DCCP según mi criterio, de la veracidad y actualidad de la información que se publica, estableciendo un sistema interconectado entre todos los intervinientes relevantes, Notarías, Conservador de Bienes Raíces, Diario Oficial, Servicio de Impuesto Internos, entre otros.

19. Si bien existe una obligación en el artículo 7 letra e) de la ley 20.285 que señala que los órganos de la administración del Estado deben mantener a disposición permanente del público a los contratistas, identificando sus socios y accionistas principales, con los que hayan celebrado contratos de suministro de bienes y prestación de servicios. Sin perjuicio de aquello, en la práctica dicha obligación no se cumple, y los que cum-

plen lo hacen con escasa información, la cual no tiene ninguna garantía de ser fidedigna o actualizada. Por lo anterior, se reitera en la solución de conceder una facultad legal expresa a la DCCP para que cree un registro público de beneficiarios finales de los proveedores del Estado, siendo éste el responsable de verificar la información de sus estructuras societarias y mantenerla actualizada.

20. En concreto, la transparencia de un registro público de beneficiarios finales de proveedores del Estado permite una mayor y mejor fiscalización por parte de la CGR y de la ciudadanía, además de cumplir con el deber de ejercer la función pública con transparencia impidiendo actos de corrupción en materia de compras públicas, cumpliendo de mejor forma el principio de probidad que rige a toda la administración pública.
21. En materia de probidad, particularmente en la ley 20.880 sobre “Probidad en la función pública y prevención de los conflictos de interés”, se establece una herramienta que permitiría detectar actos de corrupción, tales como, la presencia de las inhabilidades del artículo 4 inciso 6 de la ley de compras. Esta herramienta es la Declaración de Intereses y Patrimonio que deben realizar ciertos sujetos obligados, ésta obliga al funcionario público obligado a declarar si tiene participación en sociedades y si tiene la calidad de controlador de éstas. Lo anterior, permitiría identificar si dicha sociedad declarada por el funcionario público se encuentra participando en algún proceso licitatorio con el órgano de la administración pública donde éste presta sus servicios en calidad de funcionario directivo, detectando de esta forma la inhabilidad.
22. La ley N° 20.880, si bien le otorgó facultades de fiscalización, control y sanción a la CGR, en la práctica se ha vuelto casi imposible de fiscalizar tanto su declaración oportuna como veraz, atendido a la gran cantidad de sujetos obligados a realizar la DIP, más de 850 servicios públicos compuestos por funcionarios que deben declarar, por lo que no permite combatir la práctica clientelar entre los servicios públicos licitantes o contratantes y los proveedores. Por lo anterior, parte propone la creación de este registro público de beneficiarios finales de proveedores del Estado, cuya creación y fiscalización dependa de la DCCP, descongestionando así a la CGR, siendo una

medida preventiva contra la corrupción y no reactiva, como han sido casi todas las medidas que han adoptado los distintos gobiernos para combatir los actos de corrupción. El transparentar el destino de los recursos públicos es claramente una contribución a la probidad en la función pública.

23. Finalmente, en cuanto al principio de probidad, si bien el Mensaje de la ley n° 20.880 tenía por objeto ser una contribución a la probidad en el sector público, en la práctica estableció un procedimiento mucho más burocrático para sancionar al funcionario infractor en las DIP que lo que contemplada el artículo 68 de la ley N° 18.575, lo que da cuenta que claramente se deben crear mejores mecanismos para velar por el principio de probidad y sanciones reales para el funcionario infractor. Lo anterior, además es necesario porque la DCCP estaría facultada por ley para solicitar esta información y posteriormente publicarla, debiendo ser obligatoria para todo aquel proveedor que participe en un proceso licitatorio.
24. En cuanto a la importancia de dicho registro en materia de protección de datos personales, la legislación actual no nos permite la creación de dicho registro porque, a juicio de la CGR y del CT, esto sería atentatorio contra el derecho fundamental de protección de datos personales, consagrado en el artículo 19 n° 4 de la CPR. Por tanto, ambos derechos, esto es, el derecho de acceso a la información pública y el derecho constitucional de protección de datos personales, se limitan entre sí, impidiendo la creación de dicho registro en los términos actuales de nuestra legislación.
25. La ley 19.628, surge como un proyecto de ley que buscaba proteger la vida privada, pero, finalmente, habiendo pasado a la comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara esta se modificó casi en su totalidad, quedando un proyecto de protección de datos personales totalmente insuficiente e impreciso, que no permite dar real cobertura a estos derechos.
26. En dicho cuerpo normativo, se establece como regla general que el tratamiento de datos personales deberá hacerse conforme a lo dispuesto en esa ley, y que los datos sensibles tiene una reglamentación que, por regla general, no permite tratamiento, salvo casos excepcionales. Ahora bien, el dato personal cuyo tratamiento nos interesa

son las estructuras societarias de las personas jurídicas que contratan con la Administración Pública. Luego, el artículo 4 de la normativa entrega la regla más

27. importante, cual es que, para tratar datos personales es necesario contar con una autorización legal expresa o bien contar con autorización expresa del titular, siendo éste el principal inconveniente para crear el registro público de beneficiarios finales de los proveedores del Estado, ya que en nuestra legislación nadie cuenta con dicha autorización legal expresa.
28. Analizando las disposiciones de distintos cuerpos normativos, como el artículo 34 de la ley de presupuesto 2021 la DCCP estaría facultada para solicitar información sobre las estructuras societarias de las personas jurídicas que contratan con el Estado, más no a publicarla, lo anterior, según lo establece el artículo 97 del reglamento de la ley de compras, el cual establece que lo relacionado a la situación económica, financiera y legal de las personas jurídicas no puede ser publicado, y solo podrá ser conocido por el servicio que efectúe el proceso de compra, salvo autorización legal expresa del titular.
29. Por otro lado, el artículo 7 letra e) de la ley 20.285, sobre acceso a la información pública, permite que los órganos del Estado que realicen un llamado a licitación puedan solicitar información sobre la estructura societaria de estas personas jurídicas que figuran en el Registro de proveedores, y además la información de las personas jurídicas con las que finalmente celebren un contrato de suministro de bienes y prestación de servicios, deben ser publicadas en sus respectivos sitios electrónicos. Por tanto, la DCCP podría tomar la información publicada por los organismos públicos en sus sitios electrónicos, por ser información pública, conforme al artículo 4 inciso 5 de la ley N° 19.628, y crear un registro público de beneficiarios finales de *ciertos* proveedores del Estado, ya que éste se construiría solo de aquella información que figure en los portales de transparencia, dicha información solo sería respecto de los proveedores inscritos en el Registro de accionistas, y además la información publicada no necesariamente será real, completa y veraz.

30. Por lo anterior, queda demostrado que la legislación actual permite dar a conocer esta información de distintas formas, pero con una serie de dificultades y sin ninguna garantía. Por tanto, si se autoriza expresamente a la DCCP a crear este registro público, éste podría contener a **todos** los beneficiarios finales de proveedores del Estado, y no solo los inscritos en el Registro de Contratistas, velando además por la veracidad, idoneidad y actualidad del dato publicado y responsabilizar a un servicio en particular por el tratamiento de dichos datos.
31. La DCCP solicitó un pronunciamiento del CT y de la CGR, en torno a determinar si la estructura societaria puede ser considerada como un dato personal de los socios o bien como un dato de la persona jurídica. Si se considerara un dato de la persona jurídica, no se sometería a la ley n° 19.628, y por tanto, conforme al artículo 20 de la ley N° 19.628, no se requeriría autorización del titular para la publicación de estos datos por tratarse de materias de su competencia. Por el contrario, si se considera dato personal, el servicio debe contar con autorización del titular en los términos establecidos en la ley N° 19.628.
32. Tanto el CT como la CGR, finalmente, concluyeron que la individualización de las personas naturales, los aportes que éstas realizan como parte de la estructura societaria, es un dato personal de los socios de la persona jurídica y, por tanto, su tratamiento debe ser conforme a la ley n° 19.628. Haciendo presente lo establecido en el artículo 7 letra 3) de la ley de transparencia, en cuanto los servicios públicos deben publicar estos datos de las personas jurídicas con quienes celebran contratos de suministro de bienes y prestaciones de servicios. En este punto, se reitera la insuficiencia de dicha información para que la DCCP pueda confeccionar un registro público de beneficiarios finales de los proveedores del Estado por la “calidad del dato” y porque éste no contempla a todos los proveedores, sino solo a los adjudicados que estén inscritos en el Registro de Accionistas.
33. Finalmente, no se logra entender el recelo con el cual resguardan la privacidad de dichos datos, los que no constituyen datos sensibles, ni tampoco datos cuya publicación podría traer aparejada un perjuicio a los socios de dichas personas jurídicas o

bien una vulneración a sus derechos, ya que la legislación tampoco lo señala, existiendo una peligrosa discrecionalidad en esta materia. Por el contrario, la publicación de estos datos, traería aparejados beneficios en post de la probidad y transparencia de los destinos de los recursos públicos, primando así el interés general por sobre el particular.

34. En este sentido, se realiza una crítica a todos los gobiernos de turno y los políticos que no han logrado presentar un proyecto de ley que otorgue dicha facultad legal expresa a un servicio público, preferentemente la DCCP, para que cree dicho registro, siendo ésta la solución a toda la problemática, dando cuenta así, de una falta de voluntad política al menos sospechosa, y que permite, a esta parte, cuestionar eventuales conflictos de interés que éstos mantendrían con el sector de proveedores de la Administración Pública.
35. En cuanto al proyecto de ley, Boletín N° 14.137-05 ingresado el 30 de mayo de 202, el cual contempla la incorporación de un concepto de beneficiario final, la obligatoriedad de estar inscrito en el Registro de Proveedores para contratar con el Estado, que dicho registro deberá contener información sobre los administradores, socios y accionistas principales, así como también de los beneficiarios finales de las personas jurídicas inscritas y que toda esa información será pública, claramente, contribuiría enormemente a la solución de la problemática planteada. Sin embargo, no debemos olvidar que, como en muchas oportunidades ha ocurrido, hay proyectos que ingresan con una serie de facultades y medidas las cuales se tornan ineficaces e inoperante por las restricciones que, durante el proceso de discusión, se van incorporando. Por lo que, si bien es una esperanza, sigue siendo solo una potencial solución.

6. Bibliografía.

1. Biblioteca del Congreso Nacional (2018). “Historia de la Ley N° 20.880 sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos de intereses”. Disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/6037/>. Fecha ultima consulta: 12 de enero de 2021.
2. Cabrera, Ángel et al. (2000). “Regulación de las transferencias de control corporativo: Discusión teórica e implementación empírica”, en *Documentos de Discusión*, N° 1. Santiago.
3. Chile Transparente (2019), “Nudos críticos para la construcción de una agenda integral contra la corrupción. Elementos para el debate”. Disponible en https://www.chiletransparente.cl/documento/page/3/?page_id_all=5. Fecha ultima consulta: 15 de enero de 2021.
4. Chile Transparente (2018), “Marco regulatorio de la Competitividad de las Compras Públicas en Chile”. Disponible en https://www.chiletransparente.cl/wp-content/files_mf/1545236124MarcoRegulatoriodiciembre.pdf. Fecha última consulta: 24 de diciembre de 2020.
5. Consejo para la Transparencia (2013). “Instrucción general N° 11 del Consejo para la Transparencia sobre Transparencia Activa”. Disponible en <https://transparencia.minjusticia.gob.cl/justicia/documentos/ley20285/Instruccion%20General%20N11.pdf>. Fecha ultima consulta: 12 de enero de 2021.
6. Consejo para la Transparencia (2017) Oficio N° 007267.
7. Contraloría General de la República. Dictamen N° 16859.
8. Contraloría General de la República (2019). Dictamen n° 20.454.
9. Contraloría General de la República (2009) Dictamen N° 6.388.
10. Contraloría General de la República (2017) Dictamen N° 12.424.
11. Contraloría General de la República (2019) Dictamen N° 29.454.
12. Contraloría General de la República (2018) Dictamen N° 2453.
13. Dirección Chile Compra (2017). Ordinario N° 1094.

14. Dirección Chile Compra. “Decálogo de probidad en las compras públicas para funcionarios del Estado”. Disponible en <https://www.chilecompra.cl/wp-content/uploads/2017/05/Probidad.pdf>. Fecha ultima consulta: 13 de mayo de 2021.
15. Grupo de Acción Financiera Internacional (2014): “Guía sobre transparencia y beneficiario final (Recomendaciones 24 y 25)”. Disponible en file:///Users/lauragonzalez/Downloads/Guia_Transparencia_Beneficiario_Final.pdf. Fecha ultima consulta: 3 de octubre de 2020.
16. Herrera, Rodolfo (2001), “Análisis de la ley chilena N° 19.628 sobre protección de la vida privada de 28 de agosto de 1999”. Disponible en https://0612b984-eacf-4e02-8423-fb8074e7f33f.file-susr.com/ugd/b9813e_88e9c903927143cab72df09ae97f2961.pdf. Fecha ultima consulta: 8 de octubre de 2020.
17. Herrera, Rodolfo (2008), “Consideraciones sobre la dialéctica y el equilibrio entre la información pública y los datos personales”, en *Nomos, Revista de Derecho*, N °2, Universidad de Viña del Mar, Chile. pp. 161-182.
18. Jequier Lehuedé, Eduardo. (2015): *Curso de Derecho Comercial*, Tomo II, Vol.1. Thomson Reuter, Santiago.
19. Mankiw, Gregory. (2012). “Principios de Economía”. Sexta edición, Cengage Learning Editores, México. Disponible en <http://ru.economia.unam.mx/74/1/Mankiw%20-%20Principios%20de%20economia%2C%206ta%20Edicion.pdf>. Fecha ultima consulta: 15 de enero de 2021.
20. Mora, José y Von Wolfersdorff, Jeannette (2018). Observatorio del Gasto Fiscal en Chile. “Informe de análisis. Una mirada sobre a competencia del Mercado Público. Basado en análisis de datos de compras públicas del Gobierno Central”. Disponible en <https://compras.observatoriofiscal.cl/uploadDocument/doc1.pdf>. Fecha ultima consulta: 17 de octubre de 2020.
21. Mora, José. Fundación Observatorio Fiscal (2019): “Análisis de los proveedores exclusivos de cada Gobierno. Periodo 2009-2019 (junio)”. Disponible en https://observatoriofiscal.cl/Informato/Repo/analisis_de_los_proveedores_exclusivos_de_cada_gobierno. Fecha ultima consulta: 10 de enero de 2021.

22. Pretch, Alberto y Von Wolfersdorff, Jeannette (2018). Chile Transparente y Observatorio del gasto fiscal en Chile. “Registro y Transparencia de Datos Societarios de Empresas”. Disponible en <https://observatoriofiscal.cl/archivos/documento/openownership-ogfycht.pdf>. Fecha ultima consulta: 28 de marzo de 2021.
23. Proyecto de ley que moderniza la ley 19.886 y otras leyes, para mejorar la calidad del gasto público, aumentar los estándares de probidad y transparencia e introducir principios de economía circular en las compras públicas. Boletín N° 14.137, (2021).
24. Puga Vial, Juan Esteban (2013): *La sociedad anónima y otras sociedades por acciones en el derecho chileno y comparado*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
25. Toso Milos, Ángela (2019). “El deber de identificar al beneficiario final en las sociedades: Algunas dificultades relacionadas con el alcance, implementación y efectividad de esta nueva medida de prevención del lavado de activos y contra el financiamiento del terrorismo”, en *Ius et Praxis*, 25 (2) ,N.º2, pp. 299-340.
26. Unidad de Análisis Financiero (2017), “Circular UAF N° 57/2017”. Disponible en <file:///Users/lauragonzalez/Downloads/Circular%20N57%202017.pdf>. Fecha ultima consulta: 11 de noviembre de 2020.
27. Vásquez Palma, M. Fernanda (2013). "La inscripción de acciones en las sociedades anónimas cerradas. Reflexiones en torno a su regulación". *Revista de Derecho*. Vol. 20. N° 1. Santiago.
28. Von Wolfersdorff, Jeannette. (2015). “Usabilidad de la Transparencia en el Gasto Público”. Disponible en https://observatoriofiscal.cl/Informato/Repo/Usabilidad_de_la_Transparencia_en_el_Gasto_Publico. Fecha ultima consulta: 10 de septiembre de 2021.

NORMAS CITADAS

1. Decreto 746 (2012) del Ministerio de Defensa. Aprueba reglamento de registros especiales de proveedores del sector defensa.
2. Decreto 250 (2004) del Ministerio de Hacienda que aprueba reglamento de la Ley 19.886.
3. Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.
4. Ley N° 20.880 sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos de interés.
5. Ley N° 21.192. Sobre presupuestos del sector publico correspondiente al año 2020.
6. Ley N° 20.285. Sobre acceso a la información pública.
7. Ley 19.628. Sobre protección de la vida privada.
8. Ley 19.886. Sobre bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios.

Universidad de Valparaíso
Chile



00418003