

Columna de opinión

Contratación pública y Covid-19

Por Francisca Torres Camilo y Luis Marambio Mancilla
Ayudantes Departamento de Derecho de los Negocios
Facultad de Derecho UDP

Los efectos del Covid-19 se han manifestado más allá de lo puramente sanitario: en Chile, a febrero de 2021, la tasa de desocupación alcanzaba un 10,3% según registros del INE¹. Esta columna de opinión se propone analizar los efectos domésticos que ha tenido el Covid-19 en los procesos de contratación pública llevados a cabo durante la pandemia.

Como marco de referencia, el contrato administrativo es aquel celebrado entre la Administración y otro órgano de aquella o un particular, que persigue un fin público y se somete a las reglas del Derecho Público².

Para graficar la relevancia de la contratación pública, conviene destacar que en Chile existen tribunales especializados para resolver las controversias que en este ámbito se generan, en donde participan entidades públicas tales como ChileCompra (servicio público dependiente del Ministerio de Hacienda cuyo principal objetivo es la regulación y administración eficiente y transparente del mercado público) y la Contraloría General de la República.

Esta última ha debido referirse a la legalidad de contratos celebrados por la Administración del Estado con ocasión del Covid-19, como sucedió, por ejemplo, en el arriendo del centro de eventos “Espacio Riesco” como residencia sanitaria. En efecto, el organismo se pronunció, primero, sobre el precio, diciendo que correspondía un máximo establecido por Resolución Exenta previa de la Subsecretaría de Salud Pública, así como respecto al procedimiento de contratación, señalando que era procedente realizarlo vía trato directo con el oferente (sin licitación)³. En julio del año pasado, Contraloría volvió a pronunciarse sobre el arriendo del mencionado lugar, declarando ilegal un segundo contrato de arriendo celebrado por la Administración, siendo la razón más importante el que prestaciones por las que se obligaba a pagar la Administración ya estaban incluidas en el primer contrato⁴, y solamente tomó razón de este en marzo de 2021⁵, indicando que el Servicio de Salud Metropolitano Norte deberá pagar únicamente por las prestaciones efectivamente otorgadas y que se encuentren debidamente respaldadas.

Además, la materia ha sido densamente regulada, siendo particularmente relevante la Ley N°19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos. Lo anterior encuentra justificación, pues la contratación pública supone el uso de los recursos fiscales, y las sumas de dinero que este mercado distribuye suelen ser elevadas.

¹<https://www.ine.cl/prensa/detalle-prensa/2021/03/31/tasa-de-desocupaci%C3%B3n-nacional-alcanz%C3%B3-10-3-en-el-trimestre-diciembre-2020---febrero-2021#:~:text=Un%2010%2C3%25%20fue%20la,5%20puntos%20porcentuales%20>

² Definición tomada, con ajustes, de Enrique Silva C.

³<https://www.contraloria.cl/documents/451102/4630302/164377.pdf/0e503825-a416-645a-b911-960e3cd44030>

⁴<https://media.elmostrador.cl/2020/07/E17562.-Representa-Resolucion-13-SSMN.pdf>

⁵https://drive.google.com/file/d/1Hn3SDcOn3S2I0suzWfuMGu_JwP6dfSEF/view

Entrando ya en el impacto del Covid-19 en la contratación pública chilena, a inicios de la pandemia en nuestro país la Dirección de Compras y Contratación Pública emitió una serie de recomendaciones sobre contratación, a través de la Resolución Exenta N°237 B de fecha 13/04/2020⁶, para que los organismos públicos optimicen sus procesos de compra, la que es aplicable a los funcionarios y autoridades de los organismos sujetos a la Ley N°19.886. Las recomendaciones se dividen en dos grupos, el primero tendiente a la optimización de los procesos de compra, mientras que el segundo propone medidas de apoyo a los proveedores.

Respecto del primer grupo, se recomienda la recepción de documentos a través de formatos digitales, sugiriendo así evitar el contacto físico; la ampliación de plazos para las bases de licitación; La suscripción electrónica de documentos mediante firma electrónica; sesionar de forma remota durante la evaluación de las ofertas a través de herramientas tecnológicas pertinentes; y suscribir electrónicamente los contratos, en los casos que aquello sea necesario. En cuanto al segundo grupo de medidas, se sugiere que se exijan garantías sólo cuando sea estrictamente necesario y por montos razonables; pagar en plazos más breves para permitir a los proveedores una mayor liquidez; flexibilización de los plazos; y considerar la fuerza mayor y/o caso fortuito como eximentes o atenuantes de responsabilidad en casos de incumplimiento por parte de los proveedores, que puedan asociarse a la contingencia sanitaria.

Pensamos que estas recomendaciones son apropiadas, pues nos parece necesario resguardar la salud de los funcionarios de los organismos públicos así como de aquellos con quienes contratan; y proteger la situación patrimonial de las empresas proveedoras, por cuanto es innegable el impacto que el Covid-19 ha tenido en nuestra economía.

Sumado a ello, Hacienda y ChileCompra han puesto a disposición información de las compras públicas asociadas a la pandemia realizadas por entidades públicas, a la que se puede acceder en el sitio web de esta última⁷. Según se informa, entre el 01 de enero de 2020 y el 12 de abril de 2021, se han gastado más de \$1.292.741.705.276 de pesos en más de 79.000 órdenes de compra asociadas al coronavirus. Es claro, entonces, que con motivo del Covid-19 se ha producido un aumento en el número de contratos públicos, con la consiguiente alza del gasto fiscal. A modo de ejemplo, durante 2020 los organismos públicos transaron más de US\$12 mil millones, siendo el sector de salud el que más creció en términos de montos, con un 24% (US\$4980 millones)⁸. Celebramos estas publicaciones, pues consideramos que en tiempos como estos es especialmente importante la fiscalización y transparencia del buen uso de recursos públicos.

A los recién mencionados gastos, debe sumarse que en 2020 el Presidente de la República anunció un “Plan de Inversiones Públicas en infraestructura física, social y digital, con prioridad en Ciudad y Vivienda”⁹ orientado a un aún mayor aumento en la contratación pública, señalando que la inversión pública en el período 2020-2022 alcanzará 34.000 millones de dólares, de los cuales 4.500 millones corresponden a inversión adicional. En relación con esto, cabe hacer mención que en el Presupuesto 2021 hay un aumento de 14,9% en la inversión pública¹⁰ respecto del año anterior.

⁶ Resolución Exenta N°237 B, Dirección de Compras y Contratación Pública, de fecha 13 de abril de 2020.

⁷<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiNmU2NzBkNzUtYmM1Mi00NGVmLTljYWQtNTIxNTlhMTQ4ZjQ5IiwidCI6ImIwMGQ1ZjQ5LTk4YWVtNGJjNS1hMmM5LWNhZmRmNzEyMTZmMCIslmMiOjR9>

⁸<https://www.chilecompra.cl/2021/02/organismos-publicos-transan-mas-de-us-12-mil-millones-durante-el-2020/>

⁹<https://www.t13.cl/noticia/politica/paso-paso-chile-se-recupera-programa-economico-pinera-cuenta-publica>

¹⁰ <https://www.gob.cl/presupuesto2021/>

Para finalizar, y por el especial interés que podría generar, nos referiremos al tema de las vacunas contra el Covid-19 que ha adquirido nuestro país y que a la fecha han inmunizado a más de 6.000.000 de personas con dos dosis, y al menos 7.000.000 de personas con la primera dosis¹¹. Al respecto cabe hacer presente que ni en la información puesta a disposición por Chile Compra¹² ni en la de la Contraloría General de la República¹³ hay datos disponibles sobre la compra de las vacunas por el Estado de Chile, y la información que se encuentra se debe principalmente a cuñas de prensa.

El ex ministro Briones dijo que se gastarán al menos 250.000.000 de dólares¹⁴, y el ministro Paris comentó en diciembre del año pasado que “La de Pfizer cuesta 12 dólares por dosis. Y la de Sinovac, 11,4 por dosis.”¹⁵. Esta falta de información oficial se explica por acuerdos de confidencialidad que incluyen los productores de las vacunas con los países a los cuales les venden (nuestro país no es el único en que se ha levantado el tema¹⁶)¹⁷. La razón de ser de estos acuerdos, según reportes periodísticos¹⁸ es que los productores de vacunas quieren negociar por separado con cada país, cobrando más a los países más ricos.

Si bien comprendemos las razones de la confidencialidad de aquellas tratativas en un primer momento en que lo más importante era asegurar la seguridad de nuestros compatriotas, creemos que se debería liberar al menos la información más esencial (cuánto se gastó, en cuántas vacunas y qué vacunas) a la población chilena, no solamente por la alta expectación que aquello genera, sino que principalmente porque para su adquisición se invierten fondos públicos, y que por tal, debiese seguirse también a su respecto el principio de transparencia.

Esperamos que esta columna pueda servir de síntesis de los efectos de la pandemia en la contratación pública, que como vimos experimentó un fuerte aumento a consecuencia del Covid-19.

¹¹ <https://www.minsal.cl/chile-ya-supero-mas-de-6-millones-de-vacunados-con-dos-dosis-contra-covid-19/>

¹² <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiNmU2NzBkNzUtYmM1Mi00NGVmLTljYWQtNTIxNTlhMTQ4ZjQ5IiwidCI6ImIwMGQ1ZjQ5LTk4YWVtNGJjNS1hMmM5LWNhZmRmNzEyMTZmMCIslmMiOjR9>
<https://www.chilecompra.cl/informacion-de-compras-publicas-ante-emergencias/>

¹³ <https://www.contraloria.cl/web/cgr/>

¹⁴ <https://www.ex-ante.cl/chile-gastara-al-menos-250-millones-de-dolares-en-vacunas-por-covid-esta-semana-llegaran-10-mil-dosis/>

¹⁵ <https://www.latercera.com/la-tercera-domingo/noticia/enrique-paris-no-veo-todavia-una-segunda-ola-por-el-tipo-de-curva-aplanada-pero-me-preocupa/QOYK7ZUCURFNVITSLIUQOEEVBA/>

¹⁶ A modo de ejemplo, Ecuador <http://www.pichinchacomunicaciones.com.ec/gobierno-mantiene-clausulas-de-confidencialidad-en-contratos-con-proveedores-de-vacunas-para-covid-19/> Argentina <https://www.france24.com/es/am%C3%A9rica-latina/20210331-secretismo-contratos-vacunas-argentina-acceso-informaci%C3%B3n> y Perú <https://gestion.pe/peru/vacuna-covid-19-minsa-solo-publicara-informacion-general-que-no-afecte-acuerdos-de-confidencialidad-con-laboratorios-coronavirus-segunda-ola-nndc-noticia/>

¹⁷ <https://www.eldinamo.cl/nacional/2020/09/23/gerenta-de-pfizer-chile-el-precio-de-la-vacuna-esta-bajo-un-acuerdo-de-confidencialidad/>

¹⁸ <https://www.ex-ante.cl/covid-por-que-no-se-puede-saber-el-precio-de-las-vacunas/>
<https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-55804567>