

# ANÁLISIS Y PROPUESTAS AL PROYECTO DE LEY QUE ESTABLECE LAS BASES DE LAS TRANSFERENCIAS A PERSONAS E INSTITUCIONES PRIVADAS

Boletín 16.628-05



**Sociedad  
en Acción**  
JUNTOS CONSTRUIMOS PAÍS



**Octubre de 2024**

ANÁLISIS Y PROPUESTAS  
AL PROYECTO DE LEY QUE  
ESTABLECE LAS **BASES**  
**DE LAS TRANSFERENCIAS**  
**A PERSONAS E**  
**INSTITUCIONES PRIVADAS**

Boletín 16.628-05

Pontificia Universidad Católica de Chile  
Centro de Políticas Públicas UC  
Alameda 340. Santiago, Chile  
[politicaspublicas.uc.cl](http://politicaspublicas.uc.cl)

AUTOR

Domingo Poblete.  
Profesor Adjunto de Derecho Público. Facultad de Derecho UC.

EQUIPO SOCIEDAD EN ACCIÓN

DIRECTOR

Ignacio Irarrázaval.

COORDINADORA

Dominique Keim.

PARA CITAR ESTE DOCUMENTO:

Poblete, D. (2024). Análisis y propuestas al proyecto de ley que establece las bases de las transferencias a personas e instituciones privadas. Santiago: Centro de Políticas Públicas UC.

Este documento tiene una visualización asociada en: [www.politicaspublicas.uc.cl](http://www.politicaspublicas.uc.cl)

## AGRADECIMIENTOS

La elaboración de este documento ha sido posible gracias a los análisis y comentarios emanados en la realización de tres talleres de discusión del Proyecto de Ley. Agradecemos a quienes participaron de estas instancias:

- Benjamín García, Director Ejecutivo de Espacio Público
- Carolina Contreras, Abogada de Fundación San Carlos de Maipo
- Hans Rosenkranz, Director Ejecutivo de Comunidad de Organizaciones Solidarias
- Isabel Díaz, Directora Legal y Compliance de Desafío Levantemos Chile
- María Jaraquemada, Consejera del Consejo para la Transparencia
- Monserrat Moya, Socia Fundadora de Estudio 150
- Roberto Peralta, Vicepresidente del Directorio de Chile +Hoy
- Santiago Orpis, miembro del Directorio de Corporación la Esperanza

La participación de las personas mencionadas no los compromete en las opiniones y propuestas expresadas en este documento, que son de exclusiva responsabilidad del autor.

# CONTENIDOS

<b>1. INTRODUCCIÓN</b>	6
<b>2. CONSIDERACIONES GENERALES</b>	8
<b>3. ANÁLISIS DEL CONTENIDO DEL PROYECTO</b>	10
3.1 La definición de los sujetos y las operaciones sometidas a la regulación del Proyecto.	10
3.2 Las inhabilidades de receptores y beneficiarios y la conveniencia de su revisión bajo un criterio de proporcionalidad.	11
3.3 La regla general de “concursabilidad” y la necesidad de reconocer flexibilidad en circunstancias especiales, bajo estándares de publicidad y transparencia.	14
3.4 Los requisitos que se imponen a los beneficiarios y receptores de transferencias y el riesgo de exigencias desmedidas que restrinjan el universo de colaboradores disponibles.	15
3.5 La relevancia del correcto diseño la rendición de cuentas y una regulación que promueva la celeridad administrativa.	18
3.6 La necesidad de un pronunciamiento oportuno aconseja reducir los plazos propuestos en el Proyecto.	18
3.7 La relevancia de la rendición de cuentas para el correcto desarrollo de las actividades encomendadas requiere de mecanismos que aseguren certeza: la necesaria evaluación del silencio positivo.	19
3.8 Análisis de la regulación en materia de modificaciones, terminación y sanciones. La relevancia de la precisión en el diseño de sus causales y forma de operación.	20
3.9 El registro único de entidades receptoras. La conveniencia de clarificar el objeto del registro y evitar duplicidades.	22
<b>CONCLUSIONES</b>	24
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	26

# 1. INTRODUCCIÓN

En nuestro país, existen más de 403 mil organizaciones de la sociedad civil (OSC). De estas, el 74% corresponde a organizaciones comunitarias y el 9% a fundaciones y asociaciones (más de 37 mil en total). Su rol ha sido fundamental para el desarrollo del país, y parte importante de los recursos que reciben del Estado está vinculado a los servicios que prestan. Según las cifras, el 41% de los recursos de las OSC en Chile provienen del Estado (Irrarrázaval, Sagredo, & Streeter, 2019), y en aproximadamente un 20% de los programas analizados en la evaluación del Banco Integrado de Programas Sociales y No Sociales, al menos uno de los ejecutores corresponde a un organismo privado sin fines de lucro (Comisión Asesora Ministerial para la regulación de la relación entre las instituciones privadas sin fines de lucro (IPSFL) y el Estado, 2023)

La literatura (Irrarrázaval, Sagredo, & Streeter, 2019) sugiere que la colaboración de las OSC con el Estado presenta ventajas comparativas, como una mayor eficiencia y la capacidad de acceder a grupos específicos. A esto se suma sus capacidades de innovar, complementar la oferta estatal en términos programáticos y territoriales, organizar a la ciudadanía, formar recursos humanos en torno al interés público y guiar el diseño de políticas públicas.

En este contexto, y a pesar de su relevancia, el denominado “Caso Convenios”, que estalló en junio 2023, evidenció numerosos problemas en los traspasos de

fondos públicos a las IPSFL<sup>1</sup>. A raíz de esto, el Presidente de la República creó la Comisión Ministerial para la regulación de la relación entre las IPSFL y el Estado (conocida como “Comisión Jaraquemada”), con el mandato de asesorar técnicamente al Ministerio Secretaría General de la Presidencia en la creación de mecanismos de fortalecimiento que aseguren una mayor eficacia y transparencia en la vinculación de estas instituciones con el Estado. Además, se le encomendó formular propuestas sobre requisitos de gobernanza y transparencia financiera de las instituciones colaboradoras del Estado, así como sobre mecanismos de control y rendición de cuentas de los recursos públicos entregados y de prevención de conflictos de intereses.

El informe de la Comisión Jaraquemada puso en perspectiva un diagnóstico que presenta una alta sintonía con los desafíos y propuestas abordados por Sociedad en Acción en su publicación de 2019, titulada “*Un nuevo trato para las organizaciones de la sociedad civil*”. En esta, se revisan los ejes de colaboración pública y financiamiento, entregando recomendaciones para mejorar y simplificar los procesos de transferencia de recursos desde el Estado hacia las OSC. Ambos documentos reconocen que las condiciones y exigencias para dichas transferencias varían considerablemente entre ministerios, e incluso entre servicios de un mismo ministerio, lo que genera un trato diferenciado en cuanto a la exigencia de garantías, los requisitos de postulación o la rendición de cuentas. A esto se suma

---

1 Cabe recordar que este caso surgió a propósito de la adjudicación de tres convenios a la “Fundación Democracia Viva” por un monto de \$426 millones por parte de la Seremi de Vivienda y Urbanismo de Antofagasta, destinados al trabajo en campamentos en el marco del Programa “Asentamientos Precarios”. Tras la investigación, la Fiscalía imputó el delito de fraude al fisco asociado a tres conductas: el pacto de convenios entre personas relacionadas; la destinación de la mayoría de los dineros transferidos al pago de honorarios en lugar de la ejecución de actividades en los campamentos; y el incumplimiento de los requisitos de la fundación para recibir transferencias públicas. Tras un año del conocimiento de este caso, el Ministerio Público se encuentra indagando a más de 60 fundaciones en todo el país, con montos involucrados por alrededor de \$90 mil millones, en el cual el grueso de los recursos se ha transferido desde los Gobiernos Regionales (La Tercera, 2024).

que las organizaciones que reciben fondos públicos no tienen deberes de transparencia activa respecto a las iniciativas que ejecutan. En cuanto a la percepción de las OSC sobre su relación con los órganos administrativos, se indica que parece partir de una base de desconfianza, ya que los requisitos y términos de las transferencias no toman en cuenta la experiencia de las organizaciones en la ejecución de los proyectos (Comisión Asesora Ministerial para la regulación de la relación entre las instituciones privadas sin fines de lucro (IPSFL) y el Estado, 2023), (Irrarrazaval, Sagredo, & Streeter, 2019).

En consideración a las propuestas realizadas por la “Comisión Jaraquemada”, para crear mecanismos que aseguren mayor transparencia en la vinculación de las IPSFL y el Estado, en enero de este año el Ejecutivo ingresó el “Proyecto de Ley que establece las bases de las transferencias a personas e instituciones privadas” (en adelante, “el Proyecto”), en línea a lo comprometido en el cronograma de corto plazo en la ejecución del Plan de Acción de dicha comisión. En el Mensaje, se señala que el Proyecto busca crear una regulación general, transparente y permanente para las transferencias al sector privado, incluidas las OSC. Actualmente, las condiciones y exigencias de las transferencias son muy diferentes entre cada servicio, según se explicó, y la normativa se encuentra supeditada en gran medida a lo que disponen las glosas presupuestarias que anualmente contiene la Ley de Presupuestos.

Por otro lado, el Mensaje señala que el Proyecto se funda en las modificaciones que se incluyeron en la Ley N° 21.640, de Presupuestos del año 2024, que robustecieron la regulación de las transferencias a las IPSFL. Entre dichas modificaciones se destacan la obligatoriedad del concurso para realizar cualquier transferencia a una institución privada, la obligación a los ejecutores de presentar garantías, la exigencia de dos años de antigüedad como mínimo, el cumplimiento de hitos para las transferencias, la limitación para la subcontratación, la prohibición del fraccionamiento, el reintegro de saldos no ejecutados y la inhabilitación de funcionarios públicos en casos de vínculos con la contraparte. A la fecha de elaboración de este documento, el proyecto se encuentra en primer trámite constitucional en la Comisión de Hacienda del Senado.

La iniciativa “Sociedad en Acción” del Centro de Políticas Públicas UC busca relevar el rol de las OSC. Para ello, realiza un seguimiento permanente y participa de manera activa en las discusiones legislativas que se relacionan con el desarrollo de estas organizaciones en Chile. En este marco, se pone a disposición este documento que analiza y propone mejoras al Proyecto, elaborado a partir de las discusiones sostenidas en tres talleres que contaron con la valiosa participación de representantes de ocho instituciones vinculadas a la materia.

## 2. CONSIDERACIONES GENERALES

El Proyecto tiene el propósito establecer una regulación general de las transferencias que realiza el Estado a las personas o entidades que colaboran en el desarrollo de programas o actividades, o que se benefician directamente de estos recursos. En este sentido, el Proyecto busca convertirse en una “ley marco” que establezca las reglas mínimas aplicables a las transferencias, de modo que, luego, corresponderá a los diversos órganos administrativos definir el contenido preciso de cada convenio, según la materia y el tipo de necesidades públicas que deban atender.

Con esto, se pretende superar el estado regulatorio actual de la materia, caracterizado por su fragmentación y variabilidad. El Mensaje lo reconoce expresamente, destacando la inconsistencia que existe entre la relevancia de los colaboradores privados para el cumplimiento de objetivos de interés general y la debilidad del esquema normativo que los regula. Aunque las reglas generales aplicables a toda actuación administrativa<sup>2</sup> rigen en esta materia, estas no abordan específicamente múltiples aspectos relevantes sobre los convenios de traspasos de recursos con organizaciones de la sociedad civil. Además, aunque las leyes de presupuestos suelen contener una regulación más o menos detallada de esta materia, en cuanto a procedimiento de asignación y condiciones, su carácter anual le resta estabilidad.

En este contexto, resulta positivo el propósito ordenador y uniformador de una ley de bases como la que propone el Proyecto, ya que establece un conjunto

de reglas exigibles a todos los órganos que celebren convenios, promoviendo así su correcta utilización y control. Por otro lado, desde la perspectiva de las organizaciones de la sociedad civil, también supone un avance, al permitirles conocer de antemano, en un marco de estabilidad, las condiciones y exigencias para acceder a financiamiento destinado para el desarrollo de programas o actividades orientadas a satisfacer necesidades públicas.

Asimismo, es valiosa la incorporación de mayores exigencias de probidad, transparencia y control, lo que constituye un principio inspirador del Proyecto, según se señala en el Mensaje. En esta línea, se establece una regulación integral de las diversas etapas necesarias para la realización de una transferencia de fondos públicos, incorporando una regla general de concursabilidad, requisitos de participación, y normas generales sobre ejecución, fiscalización, rendición de cuentas, sanciones y terminación<sup>3</sup>.

Sin embargo, este esfuerzo regulatorio debe armonizarse con la relevancia de las múltiples funciones que desarrollan las OSC en su colaboración con la Administración del Estado para la satisfacción de necesidades públicas concretas, así como con sus características específicas. La protección y fomento de este rol, que el propio Mensaje reconoce, requiere de un diseño cuidadoso de la nueva regulación que no inhiba ni dificulte innecesariamente la participación de las OSC, sino que, por el contrario, debe promoverla para ampliar las alternativas de colabo-

2 Dicho estatuto general debe entenderse conformado por: la Constitución Política de la República; la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; la Ley N° 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública; la Ley N° 20.880, sobre Probidad en la Función Pública y Prevención de los Conflictos de Intereses; y la Ley N° 20.730, que Regula el lobby y las gestiones que representen intereses particulares ante las autoridades y funcionarios.

3 Debe advertirse que, según se desarrolla en detalle en el texto, varias estas reglas ya regían la realización de transferencias desde las sucesivas leyes de presupuestos del sector público (especialmente la Ley de Presupuestos de 2024, que el Mensaje reconoce como fuente inspiradora).

ración y la disponibilidad de servicios, prestaciones y apoyos para quienes lo necesiten.

En este sentido, la imposición de exigencias desproporcionadas, que generen incertidumbre o amplios espacios discrecionalidad puede entorpecer el desarrollo y fortalecimiento de esta fructífera relación de colaboración público - privada, perjudicando, en última instancia, a quienes son beneficiarios de los programas o actividades. Precisamente, a continuación, se analizan algunas normas del Proyecto que podrían beneficiarse de complementos, precisiones o modificaciones, que puedan evitar que, al intentar incrementar los estándares de probidad, transparencia y certeza, se produzca un efecto disuasivo sobre la colaboración necesaria de la sociedad civil en la satisfacción de necesidades públicas.

## 3. ANÁLISIS DEL CONTENIDO DEL PROYECTO

### 3.1 La definición de los sujetos y las operaciones sometidas a la regulación del Proyecto

Desde la perspectiva orgánica, el proyecto se propone abarcar prácticamente a toda la Administración del Estado, excluyendo únicamente al Banco Central, empresas públicas creadas por ley, universidades estatales y municipalidades<sup>4</sup>.

Al respecto, llama la atención la exclusión de las municipalidades, la que resulta preocupante y requiere de una justificación sólida, puesto que podría crear un ámbito de transferencias paralelo a las exigencias impuestas al resto de los órganos, amenazando así el cumplimiento de los objetivos de transparencia, control y probidad que se fija el Proyecto<sup>5</sup>. Además, dificultará la uniformidad de los vínculos de colaboración de las OSC con el Estado, dado que estas deberán someterse a reglas, condiciones y requisitos distintos cuando se vinculen con municipalidades. Considerando lo anterior, y a menos de que se entre-

que una justificación suficiente, parece recomendable ampliar el alcance del Proyecto a los gobiernos locales.

Desde la perspectiva de las operaciones de transferencia, se aprecia también el alcance expansivo del Proyecto, al buscar regular todo traspaso de dinero desde un órgano público a una persona, natural o jurídica, para el financiamiento de una actividad o bien como prestación de asistencia económica directa, en que no exista una contraprestación para el Estado<sup>6</sup>. En el primer caso, el Proyecto denomina “receptor” a la entidad sin fines de lucro que debe ejecutar la actividad comprometida. En el segundo, se le denomina “persona beneficiaria”. Esta definición es importante, ya que la regulación del Proyecto se centra principalmente en las exigencias aplicables al primer tipo de sujeto.

Por último, el Proyecto excluye expresamente los contratos regidos por la Ley N° 19.886, que establece las bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios; los contratos de concesión en general; las transferencias a entidades en que un organismo de la Administración participe de su

4 Este alcance amplio se logra por medio de la referencia al artículo 1°, inciso segundo, de la Ley N° 18.575, que dispone: “La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las municipalidades y las empresas públicas creadas por ley”.

5 En este punto, se ha tenido en consideración la tramitación en el Congreso del Proyecto de Ley que modifica cuerpos legales en materia de transparencia y probidad municipal (boletín 15523-06), actualmente en segundo trámite constitucional en el Senado. Sin embargo, la regulación propuesta en el proyecto aprobado en primer trámite, e incluso en las indicaciones presentadas en el Senado, no contiene numerosos aspectos que se incluyen en el Proyecto analizado, por lo que se mantiene la preocupación de que la exclusión de los municipios incentive la operación de un sistema de transferencia paralelo.

6 El art. 3°, letra g), define “transferencia” como: “Traspaso de una suma de dinero desde un organismo público otorgante a personas naturales o jurídicas para el financiamiento de un programa o actividad determinada, o implican la entrega de prestaciones de asistencia económica para el beneficio de instituciones o personas, sin una contraprestación en dinero, bienes o servicios asociada, y que genera la obligación de rendir cuentas por parte del receptor y el deber correlativo de exigirla y verificar que los fondos hayan sido utilizados para el fin previsto en la ley y de acuerdo con las condiciones establecidas en el convenio, por parte del organismo público otorgante”.

administración o dirección; los aportes financieros a colaboradores acreditados conforme a la Ley N° 20.032, que regula el régimen de aportes financieros del Estado a los colaboradores acreditados<sup>7</sup>; y las transferencias que realiza el Estado a personas naturales en cumplimiento de las obligaciones educacionales, de protección social, laborales y de empleo, y vivienda, expresadas en sus leyes y normativa vigente. Estas exclusiones parecen fundarse en la existencia de estatutos legales específicos que regulan cada uno de estos contratos y transferencias, por lo que no se encuentran en el estado de insuficiencia normativa que identifica el Proyecto respecto de las transferencias que se propone regular.

### 3.2 Las inhabilidades de receptores y beneficiarios y la conveniencia de su revisión bajo un criterio de proporcionalidad

Un primer aspecto que conviene analizar con detención es el intenso régimen de inhabilidades que el Proyecto crea. Esta es una materia nueva en la regulación de transferencias a OSC, en tanto no se contemplan en la Ley de Presupuestos 2024 ni el Proyecto correspondiente al año 2025.

La inhabilidad, en términos simples, implica que personas y entidades potencialmente destinatarias de transferencias públicas no podrán acceder a ellas si se verifica alguna de las causales que el legislador ha previsto como impedimento para su participa-

ción en los concursos respectivos. En este sentido, el artículo 5° del Proyecto contempla múltiples causales de inhabilidad, las que se analizan en detalle a continuación.

#### a) Análisis de las causales de inhabilidad que crea el Proyecto

Entre las causales de inhabilidad que crea el Proyecto, en primer lugar, se encuentra la condena de la persona natural, o de los directores, administradores, gerentes o incluso de cualquiera de los trabajadores de la organización, por un amplio listado de delitos, que les impedirá ser receptor o beneficiario de transferencias, según corresponda (letras a y b del artículo 5°).

Los delitos que se consideran como causales de inhabilidad son los concursales<sup>8</sup>, tributarios<sup>9</sup>, aquellos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus funciones<sup>10</sup>, además del lavado de activos<sup>11</sup> y financiamiento del terrorismo<sup>12</sup>.

Respecto de este extenso catálogo de delitos que se contemplan como motivos de inhabilidad para participar de un concurso, se advierte que ha sido replicado de la reciente modificación de la Ley N° 19.886, correspondiente a la Ley de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios (en adelante, “Ley de Compras Públicas”)<sup>13</sup>. Sin embargo, existen tres diferencias importantes que revelan una aplicación mucho más estricta de estas causales en el Proyecto.

En primer lugar, en el caso de la Ley de Compras Públicas, la inhabilidad solo aplica si es que la persona

7 Esta ley regula la forma y condiciones en que el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia se relaciona con sus colaboradores acreditados.

8 Específicamente, los delitos comprendidos en esta categoría corresponden, en primer lugar, a delitos concursales establecidos en el Título IX del Libro II del Código Penal. Dicho título, a su vez, contempla múltiples tipos que han sido recientemente modificados por la Ley de Delitos Económico.

9 Los delitos comprendidos en esta categoría corresponden, entre otros, a los siguientes: declaraciones maliciosamente incompletas o falsas que puedan inducir a la liquidación de un impuesto inferior al que corresponda (inciso primero del art. 94 N° 4 del Código Tributario), realización maliciosa de cualquiera maniobra tendiente a aumentar el verdadero monto de los créditos o imputaciones, en relación con las cantidades que deban pagar (inciso segundo del art. 94 N° 4 del Código Tributario), simulación de operación tributaria para obtener devoluciones (inciso tercero del art. 94 N° 4 del Código Tributario), o la reiteración de conductas tales como no otorgamiento de guías de despacho de facturas, notas de débito, notas de crédito o boletas en los casos y en la forma exigidos por las leyes (art. 97 N° 10 del Código Tributario).

10 Comprende, entre otros, nombramientos ilegales (art. 220 del Código Penal), usurpación de atribuciones (art. 221 del Código Penal), prevaricación (art. 223 del Código Penal), malversación de caudales públicos (art. 233 del Código Penal), fraudes y exacciones ilegales (art. 239 del Código Penal).

11 Consagrado en el Título III de la Ley N° 19.913, artículos 27 y 28.

12 Consagrado en el artículo 8° de la Ley N° 18.314.

13 La modificación en esta materia fue dispuesta por el artículo 35 septies, incorporado por la Ley N° 21.634 de 2023

natural o jurídica contratante ha incurrido en el delito respectivo. En cambio, en el Proyecto, su alcance se amplía al extremo de que se activa incluso si quien ha sido condenado es un trabajador de la OSC, “*sin importar su calidad*”. Es decir, en lo que respecta a las transferencias a organizaciones sin fines de lucro, la posibilidad de incurrir en la inhabilidad se multiplica considerablemente, ya que basta la existencia de un trabajador con condena previa por alguno de los múltiples delitos listados para que se aplique.

En segundo lugar, la inhabilidad de la Ley de Compras Públicas tiene una duración variable que corresponderá definir al juez penal, con un máximo de dos años desde la sentencia respectiva. En cambio, en el caso del Proyecto, la causal de inhabilidad no tiene un límite temporal. Es decir, la existencia de la condena penal a alguno de los sujetos mencionados determina la inhabilidad perpetua de la organización mientras permanezcan en ella.

Por último, la norma de compras públicas otorga flexibilidad al juez para descartar la aplicación de la inhabilidad en caso de probable afectación del interés público. Es decir, la ley permite al juez ponderar las consecuencias de la inhabilidad en la disponibilidad de bienes o servicios que el Estado requiere contratar para cumplir sus funciones. Esta alternativa, del todo razonable, no existe en el caso del Proyecto, donde la inhabilidad opera de manera automática y sin excepciones, por la sola existencia de la condena por cualquiera de los delitos indicados.

Adicionalmente, el Proyecto crea una inhabilidad en caso que la persona natural, o los miembros del directorio, administradores o gerentes de la persona jurídica, tengan la calidad de “*personas deudoras de pensiones alimenticias*” (artículo 5° letra d). Esta referencia se aplica a aquellos que figuren en el Registro Nacional de Deudores de Alimentos<sup>14</sup>. Esta causal llama la atención, en tanto, a diferencia de las relativas a delitos, no ha sido contemplada para el caso de contratos regidos por la Ley de Compras Públicas.

En tercer lugar, el Proyecto dispone una inhabilidad derivada de una condena judicial o “*por resolución*

*administrativa*” por “*incumplimientos de la legislación laboral o previsional*”, en los doce meses previos a la solicitud de acreditación (artículo 5°, letra d). El incumplimiento contempla los casos de “*no pago de remuneraciones o cotizaciones previsionales, la realización de prácticas antisindicales y la vulneración de derechos a trabajadores y trabajadoras*”. Como se observa, se trata de una causal amplia, ya que se aplica ante la verificación de cualquier clase de infracción a un derecho consagrado en la legislación laboral, sea por resolución judicial o administrativa. Tratándose de las personas jurídicas, el impacto es aún mayor, pues alcanza a todos los trabajadores. No se toma en consideración las diversas estructuras y tamaño de las organizaciones de la sociedad civil, que pueden contar con cientos de trabajadores, resultando entonces la existencia de un conflicto laboral una probabilidad real, aunque ciertamente no deseable. Nuevamente, esta redacción contrasta con la Ley de Compras Públicas, que se restringe a la condena judicial por “*prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador*” (art. 4°, art. 35 septies), que constituyen conductas de un grado mayor de gravedad, y de menor ocurrencia.

En cuarto lugar, el Proyecto señala como causal de inhabilidad la omisión de rendición de cuentas de convenios anteriores con el organismo otorgante, en el plazo de 24 meses previo al concurso respectivo (artículo 5°, letra e). La norma no especifica cómo se verificará la omisión de rendición de cuentas, permitiendo, en principio, que ello sea calificado por el propio órgano administrativo. El carácter genérico de esta inhabilidad contrasta notoriamente con la redacción precisa de una causal similar en la Ley de Compras Públicas, referida a la condena judicial por incumplimiento contractual de un contrato de suministro o prestación de servicios, derivado de culpa (art. 35 septies, letra b).

Por último, en el caso de personas jurídicas, el Proyecto señala como causal de inhabilidad la existencia de deudas tributarias, a menos de que exista un convenio de pago vigente con la Tesorería General de la República. Se trata, nuevamente, de una causal amplia, que no está contemplada en la Ley N° 19.886.

14 La inclusión en el registro procede en caso que una persona esté obligada al pago de una pensión de alimentos por resolución judicial y que adeude, total o parcialmente, al menos tres mensualidades consecutivas o cinco discontinuas, según lo señala el artículo 1°, numeral 18, de la Ley N° 21.389 de 2021.

**b) Evaluación de las causales de inhabilidad del Proyecto bajo un criterio de proporcionalidad**

Para evaluar estas causales de inhabilidad, resulta útil recurrir al principio de proporcionalidad, como parámetro de valoración de medidas legislativas que pueden afectar el ejercicio de derechos fundamentales (Nogueira, 1997); (Arnold, Martínez, & Zúñiga, 2012). Este principio, en lo que aquí interesa, promueve la adecuación entre los fines legítimos que puede proponerse el legislador y los medios para alcanzarlos, velando porque estos últimos sean los menos restrictivos a los derechos fundamentales, de entre las alternativas disponibles para alcanzar la finalidad perseguida (Barnes, 1994). Es decir, la proporcionalidad exige examinar los efectos que pueden producir las medidas adoptadas, tanto en el ejercicio de derechos fundamentales como en el logro de otros fines públicos involucrados.

Aplicando este criterio, puede entenderse, como un fin legítimo, que el Estado imponga exigencias especiales de conducta o moralidad a sus eventuales colaboradores en la satisfacción de necesidades públicas, o a los beneficiarios directos de fondos (Flores, 2021). Sin embargo, es en la selección de las causales y su configuración precisa que el Proyecto falla ante la proporcionalidad.

En efecto, resulta llamativa la excesiva amplitud de estas causales, redactadas de forma genérica y abarcando múltiples situaciones de diversa gravedad. Asimismo, resulta difícil comprender la coherencia del régimen de inhabilidades, que equipara delitos de la máxima gravedad, como el terrorismo o el lavado de activos, con la existencia de una resolución administrativa que constate un incumplimiento laboral o de una deuda tributaria.

Considerando el efecto radical de estas causales -la exclusión de la OSC o del beneficiario de fondos de la posibilidad de participar en un concurso-, el principio de proporcionalidad exige que se encuentren debidamente justificadas y que su redacción sea precisa y específica, reduciendo al máximo la discrecionalidad en su aplicación. En este sentido, el contraste con la regulación existente en materia de compras públicas es evidente, ya que dicha ley

provee causales más precisas, restringidas, de aplicación temporal y decidida por un juez caso a caso. No se advierte razón que justifique que el régimen aplicable a los contratistas con fines de lucro sea más flexible y garantista que aquel que se impone a los colaboradores sin fines de lucro. El Proyecto no ofrece explicación al respecto, ni se desprende dicho fundamento del análisis sistemático de sus reglas. Por tanto, existe un claro indicio de desproporción en la redacción de las causales de inhabilidad propuestas.

Por otra parte, el principio de proporcionalidad también exige atender a las consecuencias que pueden seguirse de la aplicación de estas causales de inhabilidad amplias y automáticas. Es razonable anticipar efectos negativos en la disponibilidad de colaboradores para la persecución de finalidades públicas. Como se ha explicado, las OSC desempeñan un papel activo en la satisfacción de múltiples necesidades sensibles para las personas, tales como la prevención y atención de enfermedades, el cuidado de grupos vulnerables o la provisión de educación inicial o de reforzamiento educativo. Estas finalidades públicas, así como los derechos fundamentales de las personas involucradas, no pueden omitirse en la evaluación legislativa, en tanto constituyen la misión principal del Estado. Además, es razonable suponer que el amplio alcance de las causales disminuirá el número de participantes de los concursos, perjudicando así el propósito de incentivo a la competencia que persigue la regla general de concursabilidad que el propio Proyecto dispone.

Todo lo anterior exige que, en la creación de causales de exclusión de potenciales colaboradores, se evalúe cuidadosamente la justificación precisa de la finalidad de la medida y sus efectos. Causales tan amplias como la que el Proyecto propone no cumplen los parámetros necesarios de precisión y proporcionalidad. Esto es aún más grave aún si no existe posibilidad alguna de graduar su aplicación por parte del órgano administrativo o eventualmente un juez, pues la norma es objetiva y su supuesto reglado, como se ha explicado. La combinación de amplias causales genéricas, de aplicación automática y permanente conlleva el riesgo de exclusiones masivas e

injustificadas de OSC colaboradoras, lo que no solo podría impedir el desarrollo de sus actividades, sino, lo que es más grave, dejar desprotegidas a las personas destinatarias de los programas o actividades.

En conclusión, se propone revisar el estatuto de inhabilidades con un criterio más estricto de proporcionalidad, conservando únicamente aquellas suficientemente justificadas, utilizando como parámetro comparativo la Ley de Compras Públicas. Además, debiesen eliminarse las causales que no estén comprendidas en dicha normativa (incumplimientos laborales genéricos, deudas por pensiones de alimentos o de carácter tributario y omisión de rendición de cuentas), e incluir una limitación temporal a su alcance, junto con otorgar al juez la potestad de aplicarlas, graduar su vigencia y resolver eventuales excepciones.

### **3.3 La regla general de “concurabilidad” y la necesidad de reconocer flexibilidad en circunstancias especiales, bajo estándares de publicidad y transparencia**

El Proyecto dispone una regla general de “concurabilidad” para los convenios de transferencia (art. 9°), consagrando los principios propios de la licitación pública (libre concurrencia, estricta sujeción a las bases e igualdad), junto con otros vinculados al cumplimiento de la función pública (publicidad y transparencia, probidad, eficiencia y eficacia). Esta regulación proviene directamente del artículo 23 de la Ley de Presupuestos del año 2024 y que se mantiene en el Proyecto de Ley de Presupuesto 2025. No obstante, dichos principios ya regían esta actividad de la Administración, por tratarse de reglas dispuestas en la Constitución y la Ley N° 18.575 (Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado). Con todo, esta consagración especial y estable que propone el Proyecto significa un impulso para reafirmar su plena vigencia.

El objetivo, que puede entenderse y valorarse, es fomentar la competencia por los recursos disponibles entre los interesados por desarrollar programas o actividades de interés general, evitándose designaciones directas (Sayagués, 2020). En este sentido, la licitación pública suele describirse por la doctrina como el mecanismo que permite a la Administración seleccionar al mejor colaborador al mejor precio (Flores, 2021). Por lo tanto, resulta comprensible y destacable que el Proyecto se proponga fomentar su aplicación.

Sin embargo, se debe señalar que, a diferencia de lo que ocurre en materia de compras públicas, el Proyecto restringe severamente la posibilidad de acudir al trato directo como medio de selección (art. 14 y 15). En efecto, y siguiendo estrictamente el contenido del artículo 23 de la Ley de Presupuestos (y que se mantiene en el Proyecto de Ley de Presupuesto 2025), se dispone que dicha modalidad procedería únicamente en caso de que fracase la licitación privada o si existe un único proveedor, lo que deberá acreditarse por medio de resolución fundada.

Al respecto, resulta llamativa la omisión de la causal de emergencia o urgencia, que debiese siempre estar disponible para facilitar la reacción administrativa oportuna (Moraga, 2010). La actuación de la Administración requiere de una razonable flexibilidad para atender ágilmente las necesidades públicas, que se extiende también a la posibilidad de seleccionar directamente a un colaborador cuando exista una urgencia calificada debidamente fundada. Excluir dicha causal afectaría la capacidad estatal para atender oportunamente situaciones de catástrofes. En este contexto, debe considerarse que las OSC prestan una colaboración esencial en esta labor, por ejemplo, en materia de gestión y construcción de vivienda de emergencia.

Considerando lo anterior, se propone la ampliación de las causales de trato directo en el Proyecto, replicando la lógica de la Ley de Compras Públicas bajo la redacción propuesta en el nuevo artículo 8 bis creado

por la Ley de Modernización de Compras Públicas<sup>15</sup>, según lo recomendó la Comisión Jaraquemada. Del mismo modo, la apertura a causales adicionales de trato directo debe acompañarse de deberes de publicidad reforzados. Al respecto, debe destacarse el fomento de la publicidad y transparencia que promueve el Proyecto, tanto a través de esta regla general de concursabilidad como de otras disposiciones. Así, por ejemplo, se exige que toda la información sobre licitaciones, adjudicaciones y los convenios celebrados deberán estar disponibles para su revisión por cualquier persona, creando un registro digital de acceso continuo, según se analiza más adelante. Además, se fijan deberes de transparencia activa sobre el proyecto, presupuesto y resolución aprobatoria del convenio, que también aplican al receptor (quien deberá publicar su estructura corporativa, directorio, gerentes y recursos percibidos). Asimismo, se crea una categoría especial de receptores por sobre 1.500 UTM (aproximadamente, 100 millones de pesos), con requisitos especiales de información (totalidad de convenios, estados financieros, balance y memoria). Todos estos deberes deben reforzarse tratándose de la utilización de excepciones a la licitación pública, por medio de una obligación de publicación de la resolución fundada que así lo disponga, en un plazo breve y en un lugar destacado.

### 3.4 Los requisitos que se imponen a los beneficiarios y receptores de transferencias y el riesgo de exigencias desmedidas que restrinjan el universo de colaboradores disponibles

En línea con la regla general de concursabilidad, en el Proyecto se aprecia un marcado propósito de incrementar las exigencias formales y sustantivas a las personas interesadas en ser receptoras de fondos, tanto para participar en los concursos, como para el desarrollo de los proyectos encomendados, siguiendo la regulación del artículo 24 de la Ley de Presupuestos 2024 y que se mantienen en el Proyecto de Ley de Presupuesto 2025.

En el contexto en que se presentó el Proyecto, resulta entendible y valorable este esfuerzo regulatorio. Sin embargo, tal y como ocurre con las inhabilidades, esta elevación de exigencias debe siempre acompañarse de una cuidadosa evaluación de sus consecuencias, en cuanto al posible efecto excluyente de eventuales colaboradores de la Administración.

#### a) Evaluación de las exigencias de antigüedad de constitución y de acreditación de experiencia

En primer lugar, debe destacarse la exigencia de que las personas jurídicas receptoras deben tener a lo menos dos años de antigüedad desde su constitución para postular en el concurso respectivo (artículo 7°, replicado del artículo 24, letra a de la Ley de Presupuestos 2024, que se presenta en el artículo 25, letra a del Proyecto de Ley de Presupuesto 2025). Esta regla constituye una excepción al principio básico de la libre concurrencia en la licitación pública, consistente en que, en principio, cualquier persona que tenga la capacidad puede transformarse en el colaborador de la Administración (Sayagués, 2020). Sin embargo, se entiende que dicho principio admite excepciones justificadas en el propósito mismo de la licitación, como, por ejemplo, la inscripción previa en registros (como ocurre en materia de obras públicas).

15 Este precepto reconoce varias causales de trato directo, entregando flexibilidad a la autoridad, pero al mismo tiempo elevando las exigencias de transparencia. En lo que interesa, por ejemplo, se consagra expresamente la posibilidad de acudir al trato directo ante situaciones de urgencia, en los siguientes términos: “En casos de emergencia, urgencia o imprevisto, en que se requiera satisfacer una necesidad pública de manera impostergable, siempre que se justifique que, en caso de no realizarse la contratación en un breve plazo, se generarían graves perjuicios a las personas o al funcionamiento del Estado, calificados mediante resolución fundada del jefe superior del organismo contratante, y que, para evitar dichos perjuicios, no pueda utilizarse otro procedimiento de contratación. Lo anterior, sin perjuicio de las disposiciones especiales para casos de sismos y catástrofes contenidas en la legislación pertinente. En caso que las circunstancias que justifiquen la aplicación de esta causal sean imputables a la entidad pública contratante, deberán adoptarse oportunamente las medidas tendientes para determinar las eventuales responsabilidades administrativas que correspondan. En los contratos que se suscriban justificados en esta causal, el plazo para efectuar el suministro o prestación del servicio deberá ser delimitado a los supuestos de hecho que lo fundan. En el caso señalado en este literal, el organismo del Estado deberá publicar en el Sistema de Información y Gestión de Compras y Contrataciones del Estado, en una sección especial destinada para estos efectos, y en la página web del organismo, la resolución fundada que autoriza el Trato Directo o Contratación Excepcional Directa con Publicidad, y que aprueba el contrato, si lo hay. Del mismo modo, deberá publicar la respectiva orden de compra dentro de las veinticuatro horas desde la dictación de la resolución, la aceptación de la orden de compra o la total tramitación del contrato, según sea el caso”.

Considerando lo anterior, la exclusión absoluta que crea esta regla de dos años de antigüedad como requisito de postulación debería estar suficientemente justificada. Dicha justificación parece encontrarse en la necesidad de que las entidades tengan una trayectoria mínima o prevenir la creación de organizaciones con el único fin de participar de un determinado concurso. No obstante, tales aprensiones se abordan de mejor manera mediante el requisito de la experiencia, que el Proyecto incluye y desarrolla como exigencia adicional.

Es así como el Proyecto requiere acreditar la idoneidad, experiencia y capacidad en relación con el objeto del convenio, tanto por parte de la entidad como de los responsables del equipo que ejecutará el proyecto respectivo (art. 6°, replicado del artículo 24, letra a de la Ley de Presupuestos y que ahora corresponde al artículo 25, letra a del Proyecto de Ley de Presupuesto 2025). Además, se incluye un deber expreso para el órgano de requerir “antecedentes” que prueben tal experiencia, lo que revela que no bastará una mera declaración formal, sino que debe demostrarse, por ejemplo, con contratos públicos o privados previos en la materia (y sus resultados) o recepciones de proyectos desarrollados.

Lógicamente, la verificación de la experiencia o capacidad suficiente tiene un componente discrecional, cuya evaluación corresponderá en definitiva al órgano contratante. En contraste, la exigencia de constitución con dos años de antigüedad es objetiva, lo que representa su principal virtud. La combinación entre ambas efectivamente restringe la posibilidad de que una entidad se adjudique convenios de modo oportunista o sin fundamentos. Sin embargo, en rigor, la antigüedad de la entidad no es garantía de experiencia. Considerando que la acreditación de experiencia suficiente ya forma parte de la evaluación de cada oferente, tal requisito bastaría para evitar transferencias a entidades meramente instrumentales o que carezcan de calificaciones adecuadas. Por consiguiente, la restricción absoluta basada en la antigüedad de la constitución de la persona jurídica sería, en realidad, una barrera innecesaria y desproporcionada, ya que el objetivo perseguido se lograría mediante la comprobación de la experiencia. Considerando lo anterior, podría evaluarse su eliminación.

Sin perjuicio de lo anterior, debe llamarse la atención respecto del efecto que podría generar la aplicación estricta de la norma relativa a la acreditación de experiencia respecto de casos en que las OSC no desarrollan por sí mismas las actividades precisas que constituyen el objeto del convenio, sino que su rol es el de gestión e intermediación de la colaboración de terceros. Esta modalidad se utiliza frecuentemente y cumple un rol crítico, por ejemplo, en materia de construcción de viviendas de emergencia ante catástrofes. Por lo tanto el Proyecto debiese incluir un grado de flexibilidad en la evaluación de la experiencia, que contemple esta alternativa.

#### **b) La exigencia de garantías y la necesidad de criterios objetivos para evitar su aplicación desmedida**

El Proyecto incorpora la exigencia de constitución de garantías en favor del órgano contratante, previo a la suscripción de convenios (art. 13, replicado del artículo 24, letra b, de la Ley de Presupuestos y correspondiente al artículo 25, letra b del Proyecto de Ley de Presupuestos 2025). Se admite flexibilidad en cuanto al instrumento específico, con tal que cumpla con las condiciones de irrevocabilidad y cobro inmediato. La lógica consiste en que, ante la detección de un incumplimiento, el órgano contratante pueda cobrar la garantía y así compensar los daños resultantes. Lo anterior es positivo, ya que permite resguardar el buen uso de los fondos públicos.

Nuevamente, nos encontramos con una regla que parece razonable y justificada ante la experiencia reciente, pero que debe analizarse con detención en cuanto a su proporcionalidad y consecuencias. Como lo ha observado la literatura (Moraga, 2010), la exigencia de garantías puede inhibir la participación de eventuales interesados debido al costo que implica. Tal efecto puede ser más probable tratándose de personas jurídicas sin fines de lucro como las que regula el Proyecto. Sin perjuicio de lo anterior, se advierte un elemento positivo en la posibilidad de incluir en los convenios el pago correspondiente a los costos financieros en que deba incurrirse por parte de los oferentes para el cumplimiento de esta obligación, lo que debiese tender a disminuir el riesgo de exclusión de interesados, existiendo la posibilidad de recuperar los costos para el oferente seleccionado.

Además, el Proyecto incluye, como parámetro objetivo la referencia a mil unidades tributarias mensuales (UTM), equivalente a aproximadamente 66 millones de pesos, como el monto de transferencia que detona la obligatoriedad de la exigencia de garantías. Sin embargo, la normativa no limita claramente la posibilidad de que cada órgano exija, de manera discrecional, la obligación de constituir garantías para convenios por montos menores. Como se aprecia, la regla opera únicamente como un umbral objetivo que detona la obligatoriedad de la garantía, pero no limita la discrecionalidad administrativa para exigirla en otros casos. Esto significa que, aun tratándose de convenios por montos menores, el Proyecto permite a los órganos requerir garantías a su discreción.

Asimismo, el Proyecto señala que las garantías deberán cubrir un mínimo de 5% de los recursos que serán transferidos. Nuevamente, se fija un umbral objetivo mínimo, pero que no restringe la posibilidad de que el órgano contratante pueda solicitar una garantía superior, sin limitaciones. Adicionalmente, la redacción propuesta no es clara en cuanto a la base respecto de la cual se calculará dicho porcentaje. En rigor, la garantía debería cubrir solo el monto que efectivamente se transferirá en cada etapa, ya que el Proyecto establece que el pago generalmente se realiza por etapas y solo en situaciones excepcionales corresponde al total del convenio (art. 17, letra b). Por tanto, no resultaría procedente la exigencia de la constitución de una garantía por el total de los montos comprometidos en un convenio determinado, si su pago procederá por etapas, y así debiese indicarlo claramente el Proyecto.

Como se advierte, la regulación de esta materia en el Proyecto podría beneficiarse de mejoras tendientes a restringir la discrecionalidad en cuanto al monto de la garantía exigida y a su aplicación tratándose de montos inferiores a las mil UTM, con el objetivo de impedir un eventual efecto disuasivo en potenciales interesados en colaborar con el Estado.

### **c) La necesidad de flexibilizar la prohibición de subcontratación**

Un aspecto adicional que debe atenderse en la regulación del Proyecto son las fuertes restricciones que se disponen para la subcontratación de los servicios que constituyen el objeto central del convenio. En efecto, el artículo 19 permite la subcontratación para

servicios accidentales o secundarios con autorización previa y, excepcionalmente, la admite para el objeto principal del convenio, pero solo cuando “*se advierta la imposibilidad de darle cumplimiento*” (replicado del artículo 24, letra d, de la Ley de Presupuestos 2024 y correspondiente al artículo 25, letra d del Proyecto de Ley de Presupuestos 2025).

Si bien resulta entendible esta restricción, apuntando a que el convenio sea ejecutado por la entidad seleccionada para ello, arriesga excluir a diversas OSC que prestan valiosos servicios de coordinación y gestión de servicios por parte de subcontratistas. Un ejemplo de esto es la construcción de viviendas o de reducción de listas de espera para operaciones médicas, en que entidades que con experiencia y conocimiento especializados en dicha gestión quedarían excluidas de financiamiento precisamente porque operan a través de subcontratistas especializados en los servicios específicos, para atender las necesidades públicas que se les encomiendan.

Considerando lo anterior, resulta recomendable flexibilizar la prohibición señalada, permitiendo la subcontratación para el objeto principal del convenio, manteniendo las reglas ya previstas en el Proyecto acerca de responsabilidad del adjudicatario y la prohibición de celebración de contratos con partes relacionadas o en casos de conflictos de interés. Adicionalmente, podrían exigirse deberes de reporte acerca de la identidad y experiencia de los subcontratistas, así como establecer canales de denuncia, de modo de facilitar las actividades de control del órgano respectivo. Estas medidas permiten alcanzar el objetivo de mantener certeza y control respecto de la identidad de quien desarrollará el programa o actividad, pero sin generar el riesgo de exclusión de la colaboración de OSC importantes que gestionan servicios o actividades de terceros.

Finalmente, es interesante advertir que, como lo reconoce la literatura especializada, la mayoría de las normas que rigen contratos administrativos admiten la subcontratación, con la prevención de que la responsabilidad del cumplimiento debe recaer siempre directamente en el contratista adjudicatario (Moraga, 2010). Por lo tanto, la flexibilización que se propone aquí corresponde, en realidad, al reconocimiento de la regla general en la vinculación del Estado con particulares para atender finalidades públicas.

### 3.5 La relevancia del correcto diseño la rendición de cuentas y una regulación que promueva la celeridad administrativa

Según se anticipó, el Proyecto contempla la exigencia de rendición de cuenta para todas las transferencias que se realicen en virtud de convenios. Asimismo, se impone a todo órgano el deber de revisar dicha rendición, verificar el correcto uso de los recursos y exigir las restituciones que correspondieran (artículo 26, que proviene del art. 24 N° 6 de la Ley de Presupuestos 2024 y replicado en el art. 24 N°7 del Proyecto de Ley de Presupuesto 2025, aunque con matices).

La rendición de cuentas cumple un rol esencial en todo convenio que se celebre entre un órgano administrativo y una entidad receptora. Por una parte, constituye un mecanismo a través del cual la Administración verifica el cumplimiento de la finalidad pública encomendada al colaborador y ha justificado adecuadamente los gastos realizados. Por ello, el Proyecto acertadamente impone la rendición de cuentas como un deber ineludible. Por otra parte, desde la perspectiva de la entidad receptora, la rendición de cuentas permite tener por aprobados los gastos realizados y proceder a la correcta continuación de la ejecución del programa o actividad -recibiendo para ello los recursos correspondientes-, además de participar en futuros concursos.

Dado lo anterior, la regulación de la rendición de cuentas en el Proyecto presenta aspectos positivos. Así, se ordena la utilización del sistema de rendición electrónica de la Contraloría General de la República como regla general (art. 31). También se definen los requisitos a la rendición de gastos para su aprobación, consistentes en que deben corresponder a la finalidad indicada en el convenio, conforme a la ley y a la naturaleza de lo autorizado presupuestariamente (art. 28). Lo anterior promueve la razonable necesidad de certeza en materia de rendiciones de cuentas.

Sin perjuicio de lo anterior, en una redacción algo confusa, se advierte que el Proyecto parece encomendar a cada órgano la determinación de la forma precisa de realizar la rendición de cuentas. En efecto, al listar las materias que deben señalarse en las bases de licitación (art. 11), incluye el “procedimiento de rendición de cuentas”. Una interpretación lógica de

la regla debiese llevar a entender que, de todos modos, resulta exigible el sistema de la Contraloría o la utilización de un mecanismo especial que podría aceptarse excepcionalmente, lo que deberá indicarse en el convenio respectivo. De lo contrario, no se lograría el objetivo de certeza y uniformidad perseguido.

En este punto, conviene hacer referencia a la propuesta del proyecto Sociedad en Acción, del Centro de Políticas Públicas UC, consistente en que la rendición se realice mediante una única factura exenta electrónica, que contemple todos los gastos, tal como lo exige la Ley de Compras Públicas. Dicha propuesta se funda en la constatación de que el proceso de rendición financiera es altamente problemático para las organizaciones de la sociedad civil, ya que se exige un registro detallado de los gastos, existen diferencias en los formatos y criterios entre servicios, y diversas interpretaciones de la normativa. Además, se requiere la recopilación de documentación física, incluso cuando esta tiene origen electrónico, y abrir cuentas bancarias exclusivas para ingresos y egresos, entre otros requisitos (Irrarzával, Sagredo, & Streeter, 2019).

En este contexto, el mecanismo propuesto permite la rendición mensual o anual, según los productos y servicios especificados en los convenios, facilitando considerablemente el proceso tanto para las OSC como para los órganos administrativos respectivos, rebajando la carga asociada a la recepción y revisión de documentación múltiple. Adicionalmente, la implementación de esta modalidad aseguraría el pago a 30 días, garantizaría un plazo máximo para el cierre de los convenios —lo que permitiría la liberación de los instrumentos financieros de garantía— y permitiría al Estado realizar un mejor seguimiento de las transferencias que efectúa.

### 3.6 La necesidad de un pronunciamiento oportuno aconseja reducir los plazos propuestos en el Proyecto

El Proyecto señala plazos para la realización de la rendición de cuentas, distinguiendo según si la transferencia es mensual o en un único acto (artículo 27). Sin embargo, la redacción no es clara en cuanto a si cada institución puede alterar discrecionalmente estos plazos en las bases respectivas.

Además, el Proyecto impone al órgano un plazo máximo para aprobar la rendición de cuentas, lo que es un aspecto de vital relevancia para el correcto funcionamiento de los convenios y, especialmente, para los colaboradores. En efecto, mientras la revisión se encuentre pendiente, recae sobre el receptor la incertidumbre acerca de la aprobación de los gastos realizados, lo que puede afectar el progreso normal del proyecto o actividad, por encontrarse en duda el pago de los hitos respectivos. Asimismo, mientras no se apruebe la cuenta, el colaborador enfrenta amenaza de una eventual obligación de restitución y la imposición de sanciones (art. 29).

Con todo, la alternativa propuesta por el Proyecto no logra el objetivo, dado que, en primer lugar, el plazo de 120 días hábiles es demasiado extenso. Cabe recordar que, por tratarse de regulación aplicable a un procedimiento administrativo, dicho plazo considera como inhábiles los sábados, domingos y festivos. Luego, lo que significa que el órgano dispone de seis meses para aprobar las rendiciones de cuentas. Este plazo es excesivo y no permite cumplir el objetivo de dotar de celeridad, certeza y previsibilidad a la relación entre el Estado y la entidad colaboradora en cuanto a la aprobación de los gastos realizados en el cumplimiento del convenio.

Es importante poner en perspectiva que tal plazo corresponde al máximo que dispone, en general, la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos (artículo 27), es decir, se estaría simplemente aplicando la regla general de cualquier procedimiento administrativo de los convenios de transferencia. Ello no se condice con la especial naturaleza de esta relación jurídica, ya que se trata de una colaboración destinada a la satisfacción directa de una necesidad pública, ni a la evidente necesidad de celeridad en la decisión administrativa, por las consecuencias que genera para el correcto desenvolvimiento del proyecto. Piénsese, por ejemplo, en todas aquellas organizaciones de la sociedad civil que prestan servicios permanentes de atención a niños, adultos mayores, personas con discapacidad, entre otros, que incurren en gastos continuos de personal, insumos, equipamiento, etc., que ven en riesgo sus operaciones por los plazos excesivos en la aprobación de las rendiciones y consecuentes pagos.

Considerando lo anterior, podría evaluarse la disminución de dicho plazo a 90 días corridos, como sugirió la “Comisión Jaraquemada”, período que debiese ser más que suficiente para la revisión de las cuentas presentadas, otorgando a esta materia la prioridad que corresponde dentro del quehacer administrativo.

### **3.7 La relevancia de la rendición de cuentas para el correcto desarrollo de las actividades encomendadas requiere de mecanismos que aseguren certeza: la necesaria evaluación del silencio positivo**

El Proyecto no contempla consecuencias derivadas del incumplimiento del plazo para la revisión de la rendición de cuentas, lo que le resta eficacia práctica. Si bien dicha demora podría generar responsabilidad disciplinaria del funcionario respectivo, conforme a las reglas generales, se trata de un efecto que no soluciona el problema para la OSC. De hecho, podría incluso imponerle una carga adicional, como promover dicha responsabilidad mediante una denuncia. Esto, además, podría ser perjudicial para la OSC, ya que podría generar una eventual confrontación con los funcionarios encargados de revisar las sucesivas rendiciones a lo largo del convenio.

En este escenario, debiese evaluarse seriamente la alternativa de consagrar una regla de silencio administrativo positivo. Esta figura consiste, en término simples, en que, ante la inactividad administrativa, la ley otorga valor a ese silencio, reconociéndole un efecto particular. El carácter positivo implica que tal silencio se entiende como una aprobación, produciendo los mismos efectos que si se hubiese emitido la voluntad administrativa expresa. Aplicado a este caso, significaría que, si la autoridad no se pronuncia sobre la rendición de cuentas dentro del plazo legal, se entendería aprobada para todos los efectos legales.

La regulación general del silencio administrativo se encuentra en los artículos 64 y 65 de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos. Según este precepto, el silencio positivo no se aplica si la petición de que se trate puede afectar el patrimonio fiscal. En nuestro caso, entonces, considerando que la revisión

de la cuenta rendida precisamente puede provocar un impacto en el patrimonio público, el Proyecto tendría que consagrar expresamente el efecto contrario.

La razón que justificaría la aplicación del silencio positivo en este caso se funda primeramente en el interés público comprometido en el correcto desenvolvimiento de los convenios celebrados, específicamente en cuanto al desarrollo pleno de las actividades y programas encomendados al receptor. Como se ha explicado, la rendición y aprobación oportuna de las cuentas resulta vital para que el colaborador pueda continuar desarrollando su proyecto o actividad con certeza y disponiendo de los sucesivos recursos para ello. De acuerdo con la regulación del Proyecto, la regla general consiste en que los pagos se realizan por etapas, sujetos al cumplimiento de hitos y, precisamente, a las rendiciones de cuentas (artículo 16, letra b). Por tanto, la demora permanente en la aprobación no sólo afecta sensiblemente al colaborador, sino que, sobre todo, a los destinatarios de los programas o acciones encomendadas, que pueden ver en riesgo la prestación de servicios en ámbitos tan sensibles como el cuidado a la salud.

Es cierto que la figura del silencio administrativo positivo suele generar una razonable resistencia en la doctrina y jurisprudencia, pues implica en cierto sentido abandonar el rol que corresponde a la Administración en la verificación de la conformidad con el interés general en la actuación de los particulares (Cordero, 2015). Sin embargo, dicha visión crítica suele apuntar a una zona de la actividad administrativa distinta de la que aquí nos interesa. La objeción se basa, sobre todo, en el riesgo de permitir que ciertas actividades peligrosas se lleven a cabo bajo suposición de consentimiento, sin antes verificar si están alineadas con el interés general, algo que la ley le encarga a un órgano especializado (Perejo, 2011). Además, se critica que, en situaciones donde podría estar en juego el interés público, se priorizaría el interés personal de quien quiere desarrollar su actividad privada.

Estas críticas doctrinales, sin embargo, no resultan aplicables en este caso. Por una parte, no existe el riesgo de que una actividad potencialmente dañina pueda realizarse sin haberse efectuado previamente la revisión. Más precisamente, no se estaría “autorizando” actividad alguna, sino que, únicamente, validando una cuenta rendida respecto de gastos incurridos en

una actividad encomendada por la autoridad, que previamente seleccionó al oferente, previa comprobación de su capacidad y experiencia. El objetivo del silencio positivo en este caso no tendría por finalidad principal proteger un interés particular, sino que, por el contrario, asegurar que se cumpla con la necesidad pública encomendada en el convenio, garantizando la aprobación oportuna de la cuenta rendida para su satisfacción efectiva.

Ahora bien, no puede obviarse que la figura del silencio positivo aquí representa el riesgo de validar transferencias de recursos públicos a receptores que no estén cumpliendo adecuadamente con la función encomendada o bien que no han justificado adecuadamente los gastos realizados. Sin embargo, apreciando los valores en juego, existen razones suficientes para hacer primar el interés público comprometido en la correcta ejecución de las actividades encomendadas a las OSC en el convenio respectivo, que muchas veces implica la satisfacción de necesidades urgentes de personas concretas, lo que constituye la finalidad esencial de la Administración del Estado.

### **3.8 Análisis de la regulación en materia de modificaciones, terminación y sanciones. La relevancia de la precisión en el diseño de sus causales y forma de operación**

El Proyecto regula el contenido mínimo de las bases de toda licitación pública, incluyendo las modificaciones a los convenios y las sanciones aplicables (artículo 11). Por su parte, al señalar la regulación básica de los convenios, se reitera que deben contener reglas sobre las modificaciones y sanciones aplicables (art. 16). Como se aprecia, entonces, cada órgano convocante al concurso tendrá un rol relevante en la definición precisa de estos aspectos, que son de gran relevancia y sensibilidad para las instituciones que colaboran con el Estado.

En cuanto a las modificaciones de los convenios, la ley impone tres limitaciones. Primero, señala que sólo serán admisibles si han sido previstas en las bases y en el convenio mismo. Luego, exige estricta sujeción a las bases de licitación y la igualdad de trato (art. 22). Por último, como restricción objetiva, señala que la

modificación no podrá implicar un aumento de más de un 30% del monto original comprometido.

Como se advierte, el foco principal de la regulación legal en materia de modificación del convenio se encuentra en evitar que por esta vía pueda burlarse la competencia en la licitación pública. La lógica detrás de esto es que debe evaluarse si la consideración de las modificaciones pudo haber incentivado la participación de otros actores, o bien la presentación de diferentes ofertas. Esto también explica la limitación absoluta en materia de monto, precisamente para evitar que, una vez adjudicado el concurso, puedan pactarse incrementos entre el órgano y el colaborador, sin abrir dicha asignación al concurso conforme a las reglas generales. Respecto de esta limitación, debiese evaluarse una excepción ante casos de fuerza mayor, debidamente justificados, en que resulte necesaria la modificación para atender a la necesidad pública comprometida.

En cuanto a la terminación anticipada, se faculta al órgano a poner término unilateral ante incumplimientos graves, que deberán ser definidos en el convenio, o en caso de haberse presentado antecedentes falsos, se incumpla el objetivo, la actividad o proyecto que justificó el convenio o las exigencias asociadas al Registro (art. 23). El fin del convenio por estas causales conlleva “el reintegro de las cantidades recibidas”.

Como se ve, la primera causal es genérica, dejando en manos de cada órgano la definición de lo que se entenderá por “incumplimiento grave” en el convenio respectivo. Adicionalmente, se indica que el reglamento colaborará en dicha definición. Se advierte aquí que se replica la lógica de la Ley de Compras Públicas, que también reconoce la posibilidad de que en cada contrato pueda fijarse lo que se entiende como incumplimiento grave. Sin perjuicio de lo anterior, a fin de resguardar la proporcionalidad en la medida, podría incluirse una calificación que vincule el incumplimiento a las obligaciones principales o esenciales de cada convenio.

En cuanto a las causales fijadas por la ley, llama la atención en primer lugar aquella consistente en haber “incumplido total o parcialmente el objetivo, la actividad o el proyecto” (letra b del artículo 23). Esta causal parece ser demasiado amplia, al incluir incumplimientos “parciales”, ya sea de objetivos o de actividades, sin hacer una mención expresa a la relevancia que estos han de tener para la finalidad pública perseguida. La

terminación del convenio, dada su gravedad, debiese reservarse únicamente para la infracción de las obligaciones principales o esenciales según la actividad o proyecto, no para cualquier incumplimiento. Debe considerarse que, dependiendo del tipo de convenio y actividad encomendada, pueden existir múltiples objetivos a evaluar o partes de un proyecto, de mayor o menor complejidad, de modo que la decisión de terminación debe resultar proporcional a la relevancia de estos. Lógicamente, no resulta necesario para que proceda la terminación que se incumpla la totalidad de los objetivos o el proyecto completo. El concepto clave debiese ser la relevancia del objetivo o de la parte de la actividad o proyecto, en su relación con la necesidad pública cuya satisfacción se ha encomendado al colaborador.

En segundo lugar, también parece demasiado amplia y genérica la causal prevista en la letra c del artículo 23, consistente en incumplir las “exigencias y obligaciones” asociadas al registro que crea el Proyecto, y que se aborda en detalle más adelante. Dicho registro requiere la presentación de múltiples antecedentes respecto de la persona jurídica, su actividad, convenios celebrados y medidas judiciales o administrativas que las afecten, entre otros, los que deben mantenerse actualizados. La omisión de presentación o actualización de cualquiera de estos antecedentes podría dar lugar a la terminación, según el tenor literal del precepto, lo que parece desproporcionado. En este sentido, en línea con lo que se viene explicando, debiese restringirse esta causal, incorporando una calificación de gravedad a la infracción que podría dar lugar a la terminación anticipada.

Por último, el Proyecto contempla la posibilidad del cobro de multas o de las garantías, ante casos de incumplimiento previstos en los convenios, según corresponda proporcionalmente a la gravedad de los mismos (art. 24). Se aprecia aquí un intento por precisar algunas exigencias básicas de este esquema sancionatorio, en línea con las incorporadas por la Ley de Modernización de Compras Públicas (artículo 1º, numeral 19). Así, se contempla expresamente que las obligaciones exigibles, así como las sanciones u otras medidas a adoptarse, deben estar establecidas en las bases o convenios y ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento, lo que ciertamente entrega garantías a los eventuales colaboradores.

Sin perjuicio de lo anterior, se advierte que se ha omitido la inclusión de un tope máximo que puedan alcanzar las multas, lo que podría resultar en montos excesivos. Más grave aún, se ha omitido la necesidad de tramitar un procedimiento previo a la imposición de las multas o la adopción de otras medidas, en que la organización colaboradora pueda defender sus derechos y aportar antecedentes. Además, se requiere que las multas consten en acto administrativo formal, fundado y que sea impugnabile. Si bien podría llegarse a la conclusión de la obligatoriedad de tal procedimiento por aplicación de las reglas generales (en especial de la Ley de Bases de Procedimientos Administrativos), la experiencia demuestra la necesidad de aportar claridad en cuanto a la improcedencia de la aplicación de sanciones sin dar garantías suficientes de defensa al afectado<sup>16</sup>. Estas mismas exigencias, por cierto, debiesen aplicar previo a la adopción de la decisión de poner término unilateral al convenio, atendidas las graves consecuencias de dicha decisión, según se ha explicado.

### 3.9 El registro único de entidades receptoras. La conveniencia de clarificar el objeto del registro y evitar duplicidades

El Proyecto crea el “Registro Único de Entidades Privadas Receptoras de Fondos Públicos”. Se trata, según lo dispone el artículo 36, de un registro de carácter

digital y público, administrado por la Subsecretaría de Hacienda, en que deberán inscribirse las personas jurídicas para estar habilitadas a recibir transferencias, es decir, el registro opera como un requisito previo para la transferencia de los recursos correspondientes al convenio.

El objetivo es que este registro reemplace íntegramente el previsto por la Ley de Registro de Personas Jurídicas Receptoras de Fondos Públicos, conocido como Registro de Colaboradores, aunque se restringe de su alcance a los fondos otorgados por las municipalidades (debido a la mencionada exclusión que hace el Proyecto de la aplicación de la ley a los municipios). De acuerdo a esto, la idea es que la generalidad de la Administración quede regida por este estatuto, operarán con este nuevo registro, mientras que el Registro de Colaboradores quedará exclusivamente para destinatarios de fondos municipales. Se advierte, entonces, una duplicidad consistente en que personas jurídicas que colaboran tanto con órganos administrativos, en general, como con municipalidades, deberán encontrarse inscritas en ambos registros, cumpliendo con la regulación precisa de cada uno<sup>17</sup>.

En cuanto a la información que contendrá el registro, el Proyecto señala en su artículo 41, letra a, los requisitos mínimos de inscripción para las personas jurídicas, tales como información de constitución y vigencia, objeto social, directorio, área de especialización, antecedentes financieros, además de información sobre

16 Así lo ha debido consagrar expresamente la Ley de Modernización de Compras Públicas, recogiendo una norma que se encontraba previamente en el reglamento de la normativa de compras públicas: “Las bases y el contrato deberán contemplar un procedimiento para la aplicación de las medidas contempladas, que respete los principios de contradictoriedad e impugnabilidad, y deberá siempre concederse traslado al proveedor para efectuar sus descargos. La medida a aplicar deberá formalizarse a través de una resolución fundada, la que deberá pronunciarse sobre los descargos presentados, si existen, y publicarse oportunamente en el Sistema de Información y Gestión de Compras y Contrataciones del Estado. Contra la resolución que interpone la medida el proveedor afectado podrá interponer los recursos que establezca la ley”.

17 Es importante destacar la preocupación generada por la multiplicidad de registros, considerando los antecedentes mencionados en el informe de la “Comisión Jaraquemada”, donde se advierte la existencia de varios registros, pero sin mecanismos adecuados para garantizar que contengan información de calidad, fidedigna y no duplicada, ni que ofrezcan actualizaciones en tiempo real o con una periodicidad establecida y difundida públicamente. Entre estos registros se encuentran el Registro de Personas Jurídicas Sin Fines de Lucro del Registro Civil, el Registro Público de Entidades Donatarias, el Registro de Organizaciones de Interés Público y el Registro Nacional de Organizaciones Deportivas, los cuales cumplen funciones de inscripción. Además, existen otros registros de carácter transaccional que recopilan y publican información sobre los fondos públicos que reciben las IPSFL, como el Registro Central de Colaboradores del Estado (que no desaparecería por completo según este Proyecto), el Portal de Presupuesto Abierto y los nuevos registros propuestos en los proyectos de ley de Transparencia 2.0 y el Registro de Beneficiarios Finales. En este contexto, desde 2019 el proyecto de Sociedad en Acción del Centro de Políticas Públicas UC ha destacado la necesidad de contar con un registro universal, actualizado, electrónico e integrado de las OSC, el que permitiría resolver la dispersión de fuentes de información sobre una misma organización. En esta misma línea la “Comisión Jaraquemada” propone la creación de un portal único de personas jurídicas sin fines de lucro y un portal de información de transferencias de recursos públicos al sector sin fines de lucro.

“beneficiarios finales”, remitiéndose al artículo 16 de la Ley de Compras Públicas<sup>18</sup>.

Además, el registro también deberá incluir los convenios celebrados, las actividades o trabajos a desarrollar y las transferencias realizadas (art. 37). Al respecto, el Proyecto impone primeramente al receptor el deber de reportar dicha información y el deber de mantenerla actualizada (artículos 37, 39, 40, 41 letra b). Sin embargo, en una norma que puede generar confusión, el Proyecto también impone a los órganos administrativos el deber de registrar cada operación de transferencia, incluyendo el objeto o destino de esta, con referencia a las actividades encomendadas y la región y comuna donde se realizarán, en un plazo de 5 días desde la transferencia (art. 42). Como se ve, pareciera que la información que corresponde registrar reitera aquella encomendada al receptor. Lo anterior debiese precisarse, a fin de evitar duplicación de esfuerzos y facilitar la comprensión de la información publicada.

Sin perjuicio de lo anterior, debe celebrarse el aporte a la transparencia y posibilidad de control que representa la existencia de un registro en línea de toda transferencia y convenio, que pueda consultarse por el público en cualquier momento, como lo indica el artículo 39.

Por otra parte, el Proyecto contempla causales de suspensión del Registro, consistentes en: la omisión de actualización, tener deudas pendientes por concepto de multas y omisión de rendición oportuna de cuentas (art. 43). Asimismo, se indican causales de eliminación, que tiene una duración de 5 años, la que procede si no se subsanan los defectos mencionados en el plazo de un año, o en casos de inhabilidad sobreviniente,

presentación de antecedentes falsos, e incumplimiento de uno o más convenios de transferencias, declarado por el organismo. Dado el impacto de la eliminación, esta última causal debería limitarse a incumplimientos graves, en línea con lo explicado respecto a la terminación unilateral de convenios.

Por otro lado, resulta cuestionable el inciso tercero del artículo 38, que encomienda a un reglamento la determinación de las causales por las que procede la suspensión. Si bien el Proyecto desarrolla algunas causales precisas, resulta necesario aclarar que el reglamento no podrá crear causales diferentes por sí mismo, considerando la relevancia del registro para las entidades interesadas en participar en los convenios.

Por último, vale la pena mencionar que merece cautela el informe financiero del proyecto de ley, que señala un costo de \$200 millones para la implementación del Registro por parte de la Subsecretaría de Hacienda, y un costo de mantención de \$10 millones al año. En perspectiva del costo financiero de otras leyes y proyectos de ley que crean un portal de registro, este monto parece subestimado. Por ejemplo, el proyecto de ley de Transparencia 2.0 (boletín 12100-07), estimó en 2020 un costo de desarrollo del Portal de Transparencia del Estado de \$254 millones y un costo anual de \$336 millones, que incluye la infraestructura y plataforma tecnológica, operación y exploración, soporte y desarrollo. Asimismo, la ley sobre el Registro Nacional de Deudores de Alimentos, en su informe financiero, contempla que el desarrollo informático del registro asciende a \$402 millones y fracción, mientras que en régimen significa un gasto de \$67 millones.

18 Debe entenderse la referencia al nuevo artículo 16, modificado por el artículo 1º, numeral 23, de la Ley que Moderniza la Ley de Compras Públicas, que aún no entra en vigencia. Dicho artículo dispone que: *“Existirá un registro electrónico oficial de proveedores del Estado, en adelante, e indistintamente, el “Registro de Proveedores”, a cargo de la Dirección de Compras y Contratación Pública. (...) Asimismo, este registro deberá individualizar a los socios, accionistas, administradores y beneficiarios finales de las personas jurídicas inscritas (...). Se considera persona beneficiaria final a aquellas personas naturales, chilenas o extranjeras, con o sin domicilio en Chile, que: a) Posean, directa o indirectamente, a través de sociedades u otras entidades con o sin personalidad jurídica, una participación igual o mayor al 10 por ciento del capital, aporte, derecho a utilidades, o tengan derecho a voto o veto, respecto de una persona jurídica, un fondo de inversión u otra entidad sin personalidad jurídica, constituida o domiciliada en Chile, o con cualquier tipo de establecimiento permanente en Chile; o b) Puedan elegir o hacer elegir, directa o indirectamente, a la mayoría de los directores o administradores de dichas personas jurídicas, fondos de inversión o entidades constituidas o domiciliadas, o con cualquier tipo de establecimiento permanente en Chile, cambiarlos o removerlos, independiente de su participación en el capital o aporte, el derecho a utilidades o el derecho a voto o veto en los términos de la letra a) de este artículo; o c) Ejercen el control efectivo de las personas jurídicas, fondos de inversión o entidades constituidas o domiciliadas, o con cualquier tipo de establecimiento permanente en Chile. Se entiende por ello cualquier atribución o facultad que les permita tomar o hacer que otros tomen decisiones sobre dichas entidades. El Servicio de Impuestos Internos podrá, mediante resolución, determinar casos especiales de control efectivo. Cuando no sea posible identificar una persona beneficiaria final conforme a las reglas anteriores, se considerará como tal y deberá informarse como persona beneficiaria final a aquella persona natural que directa o indirectamente ejerza funciones de dirección o administración del obligado a reportar”*.

## CONCLUSIONES

Las más de 403 mil organizaciones de la sociedad civil que existen en Chile, cumplen un papel fundamental en el desarrollo del país. Muchas de las contribuciones que realizan, como la atención de la población más vulnerable, la complementación de la cobertura de servicios sociales a lo largo de todo el país o su capacidad de canalizar recursos, se logran en colaboración con el Estado. De ahí la importancia del Proyecto de Ley analizado, que busca configurar un marco de regulación general de las transferencias que realiza el Estado a las OSC y que debe ser celebrado, pues promueve la correcta utilización y control de los recursos públicos otorgados, como también la entrega de certezas a las organizaciones colaboradoras sobre las condiciones y exigencias para acceder al financiamiento.

Sin embargo, este esfuerzo regulatorio debe armonizarse con la relevancia de las múltiples funciones que desarrollan las OSC en beneficio de las personas, velando por un diseño cuidadoso, que no inhiba o dificulte innecesariamente su participación, sino que la promueva a fin de ampliar la disponibilidad de servicios y prestaciones básicas para quienes las necesitan.

Precisamente, con tal finalidad, en este informe se han identificado zonas del Proyecto que podrían beneficiarse de complementos o precisiones, tendientes a evitar exigencias desproporcionadas y reductos de amplia discrecionalidad que pueden entorpecer el fortalecimiento de esta fructífera relación de colaboración público – privada. Entre ellas se encuentran:

---

### 1.

En cuanto a las causales de inhabilidad, se propone ponderar cuidadosamente la justificación precisa de la finalidad de cada exclusión de un potencial colaborador y sus efectos. La combinación que propone el Proyecto de causales genéricas, amplias y de aplicación automática y permanente, arriesga exclusiones masivas e injustificadas de OSC colaboradoras, que pueden poner en riesgo la protección de las personas

destinatarias de sus programas o actividades. Considerando lo anterior, se recomienda la aplicación de un criterio estricto de proporcionalidad, conservando únicamente aquellas causales suficientemente justificadas y necesarias, utilizando como parámetro comparativo la Ley de Compras Públicas, eliminando causales no comprendidas en dicha normativa, como los incumplimientos laborales genéricos, deudas por pensiones de alimentos o de carácter tributario, y la omisión de rendición de cuentas. Además, debiese fijarse una limitación temporal a su aplicación y otorgar al juez la potestad expresa de aplicar las inhabilidades, graduar su vigencia y resolver eventuales excepciones.

---

### 2.

Respecto a la regla general de “concurabilidad” de los convenios, resulta valioso el fomento a la transparencia y a la competencia entre los interesados por desarrollar actividades de interés general. Sin embargo, debe advertirse el negativo efecto de la severa restricción al trato directo, especialmente en cuanto a la omisión de la causal de emergencia o urgencia, que debiese siempre estar disponible para facilitar la respuesta administrativa oportuna y la protección de las personas. Para dotar a la Administración de la flexibilidad necesaria para atender ágilmente las necesidades públicas, debiesen replicarse en esta materia las reglas de la Ley de Compras Públicas, permitiendo el trato directo cuando resulte necesario, con exigencias incrementadas de transparencia y control.

---

### 3.

En tercer lugar, el Proyecto incorpora la exigencia de constitución de garantías en favor del órgano contratante, lo que es positivo en cuanto permite resguardar el buen uso de los fondos públicos ante casos de incumplimiento. Sin embargo, para evitar un eventual efecto disuasivo en potenciales interesados en colaborar con el Estado, se debería restringir la discrecionalidad administrativa en cuanto al monto de la garantía exigida,

fijando límites precisos, y a su procedencia tratándose de transferencias inferiores a las mil UTM,

---

#### 4.

Adicionalmente, el Proyecto restringe la subcontratación, prácticamente prohibiéndola respecto del objeto principal del convenio, a fin de asegurar que sea ejecutado por la entidad seleccionada para ello. Lo anterior arriesga excluir a diversas OSC que prestan valiosos servicios de coordinación de servicios por terceros, de modo que resulta recomendable flexibilizar la prohibición señalada, permitiendo la subcontratación para el objeto principal, con las reglas ya previstas en el Proyecto acerca de responsabilidad del adjudicatario y la prohibición de contratos con partes relacionadas o ante la existencia de conflictos de interés. Dichas medidas permiten alcanzar el objetivo de mantener certeza y control respecto de la identidad de quien desarrollará el programa o actividad, pero sin generar el riesgo de exclusión de la colaboración de OSC importantes que gestionan servicios o actividades de terceros.

---

#### 5.

En relación con la rendición de cuentas, el Proyecto establece un plazo máximo para que el órgano apruebe dicha rendición, lo que es vital para el correcto funcionamiento de los convenios, especialmente para los colaboradores y beneficiarios, pues de ello depende el curso progresivo del proyecto o actividad. Sin embargo, el plazo propuesto es demasiado extenso, replicándose la regla general vigente para cualquier procedimiento administrativo, que es de 6 meses. Considerando la importancia de una oportuna aprobación de la cuenta, a fin de lograr la satisfacción de la necesidad pública comprometida en el convenio, podría evaluarse la disminución de dicho plazo a 90 días corridos, como lo recomendó la “Comisión Jaraquemada”.

---

#### 6.

En línea con lo anterior, el Proyecto no contempla consecuencias para el incumplimiento del plazo referido, lo que le resta eficacia. En este contexto, y considerando el rol esencial de la aprobación de las cuentas para el desarrollo de las actividades destinadas a satisfacer necesidades públicas, se propone aplicar la figura del

silencio administrativo positivo ante la falta de respuesta oportuna a la rendición de cuentas. Considerando que no se trata aquí de autorizar una actividad peligrosa, sino que de permitir el desenvolvimiento de una actividad de colaboración de la cual dependen personas concretas, existen razones suficientes para hacer primar dicho interés público, permitiendo la aprobación presunta de la cuenta.

---

#### 7.

Por otra parte, en cuanto a los eventos de terminación del convenio, debido a los efectos que produce, debiesen reservarse únicamente para la infracción de las obligaciones principales o esenciales según la actividad o proyecto, y no para cualquier incumplimiento.

---

#### 8.

En lo que respecta al cobro de multas o de las garantías, resulta positiva la exigencia de que deben estar establecidas en las bases o convenios, además de que sean proporcionales a la gravedad del incumplimiento. Sin perjuicio de lo anterior, se recomienda incluir un tope máximo que puedan alcanzar, evitando así el riesgo de montos exorbitantes, y la necesidad de tramitar un procedimiento previo, en que la OSC pueda defender sus derechos y aportar antecedentes.

---

#### 9.

Finalmente, aunque la creación de un registro digital que contribuye a la transparencia y el control parece positiva, el Proyecto establece causales de eliminación del registro por un período de 5 años, algunas de las cuales resultan excesivamente amplias, como la omisión de actualización de información por parte de las organizaciones. En consecuencia, se recomienda que estas causales se limiten a incumplimientos graves. Además, preocupa la permanencia del Registro de Colaboradores para las transferencias otorgadas por municipios, ya que esto implica una duplicidad para las personas jurídicas que colaboran tanto con órganos administrativos como con municipios, lo que a su vez dificulta el control sobre el traspaso de recursos públicos.

## BIBLIOGRAFÍA

- Arnold, R., Martínez, J. I., & Zúñiga, F. (2012). El principio de proporcionalidad en el jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Estudios Constitucionales*, vol. 10, n. 1, 65-116.
- Barnes, J. (1994). Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitarios. *Administración Pública*, N° 135, 495-522.
- Comisión Asesora Ministerial para la regulación de la relación entre las instituciones privadas sin fines de lucro (IPSFL) y el Estado. (2023). *Informe Comisión Asesora Ministerial para la regulación de la relación entre las instituciones privadas sin fines de lucro y el Estado*. Santiago.
- Cordero, L. (2015). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Santiago: Legal Publishing.
- Flores, J. C. (2021). *Aspectos críticos de la contratación administrativa*. Santiago, Legal Publishing .
- Irarrázaval, I., Sagredo, M., & Streeter, P. (2019). *Un nuevo trato para las organizaciones de la sociedad civil. Desafíos y propuestas*. Sociedad en Acción. Centro de Políticas Públicas UC.
- La Tercera. (14 de Junio de 2024). Un año del caso convenios: más de 100 aristas y \$ 89 mil millones bajo la lupa de Fiscalía. *La Tercera*.
- Moraga, C. (2010). *Tratado de Derecho Administrativo: la actividad formal de la Administración del Estado*. Santiago: Abeledo Perrot.
- Nogueira, H. (1997). *Dogmática Constitucional*. Universidad de Talca.
- Perejo, L. (2011). *El silencio en la actividad de la Administración Pública*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Sayagúes, E. (2020). *La licitación pública*. Montevideo: B de F.

**SOCIEDAD EN ACCIÓN**

Sociedad en Acción es un proyecto del Centro de Políticas Públicas UC, que surge el año 2015, con el objetivo de relevar el rol de las organizaciones de la sociedad civil en Chile, a través del levantamiento de evidencia, datos e indicadores que permitan posicionarla como un tema de interés público.

Este estudio ha sido posible gracias a la donación realizada por las fundaciones Colunga, Olivo y Mustakis

