

Ref.: Solicita auditoria y sumario administrativo

AL SR. CONTRALOR GENERAL DE LA REPÚBLICA

FELIPE HARBOE BASCUÑÁN, Diputado de La República y RICARDO RINCÓN GONZÁLEZ, Diputado de la República a Ud. digo:

Que venimos en solicitar a Ud. que disponga de una auditoria del contrato de prestación de servicios celebrado en virtud de la resolución N° 131 de 06 de marzo de 2013, del Servicio Nacional de Capacitación y Empleo, que adjudica la licitación pública denominada "Servicio de Libro de Clases Electrónico (LCE)" ID 45-87-LP12. Además, pedimos que se inicie un sumario administrativo en contra del Sr. Director de dicha institución, don Juan Benett Urrutia, por haber infringido el deber de abstención que le asiste como funcionario público, imponiendo las sanciones que en derecho correspondan, de acuerdo a los fundamentos que expongo a continuación.

1.- ANTECEDENTES

Con fecha 18 de noviembre de 2012, por resolución del Director Nacional del Servicio Nacional de Capacitación y Empleo (SENCE), aprobó las bases por las cuales se convocaba a la licitación pública para la provisión del servicio denominado Libro de Clases Electrónico (LCE), que consiste en un mecanismo de control de asistencia para los cursos prestados por los Organismos Técnicos de Capacitación (OTEC), ello por medio del registro de la huella dactilar en un lector electrónico utilizando bases de datos con la información de los alumnos.

Ahora bien, dentro de las bases de licitación no se contemplaba que este mecanismo de toma de asistencia fuese obligatorio para los OTEC, dejándose en claro en la etapa de consultas de la licitación que la obligatoriedad del uso del LCE sería de competencia del Director Nacional, es decir, sería el Director que tendría la facultad de decidir si es que el sistema podría ser usado voluntariamente, si sería incorporado sólo en

algunos cursos o si sería obligatorio para todos los OTEC en todos los cursos que estos provean (respuesta a pregunta n° 17).

Con fecha 6 de marzo de 2013, se adjudica la licitación a la que hacemos referencia a la empresa Acepta.com S.A., que obtuvo la evaluación más alta, equivalente a 7.00. Consecuentemente con lo anterior, el día 19 de abril de 2013 se suscribe el contrato correspondiente entre el servicio público y la empresa adjudicataria de la licitación.

Con posterioridad a la celebración del contrato, con fecha 30 de abril de 2013, el Sr. Director Nacional del servicio envía una comunicación dirigida de forma genérica a los OTEC, en la que hace uso de la facultad de dictar normas generales obligatorias que le entrega la Ley N° 19.518, disponiendo la obligatoriedad de uso del LCE, señalando:

“El uso de este sistema será obligatorio para todos aquellos organismos de capacitación y empresas, que a contar del 1 de junio de 2013, presten servicios de capacitación y cuyos manuales, instrucciones generales, bases de licitación o convenios así lo determinen.”

Posteriormente se informaría, por medio de la página web del servicio, que el plazo para hacer obligatorio el uso del LCE se posponía hasta el 5 de agosto de 2013. Cabe señalar que para la operatividad de este sistema es necesario que se adquiriera un lector de huella dactilar, con requerimientos específicos, que de acuerdo a la carta del Sr. Director tiene un valor de US\$ 100, equivalente en moneda nacional aproximadamente a \$50.000.- Este dispositivo puede ser comprado por la OTEC de forma independiente o al mismo proveedor del servicio que se adjudicó la licitación.

Lo relevante en esta situación es que, de acuerdo a su declaración de intereses, el Director Nacional del SENCE, don Juan Benett Urrutia, tiene un interés personal y pecuniario directo en el desarrollo del contrato de prestación de servicios, por intermedio de una participación accionaria minoritaria pero relevante desde el punto de vista patrimonial de una persona natural, por lo que debió haberse abstenido de participar en la licitación en la que participaba la empresa en la que tiene interés, así como en actos posteriores de ejecución del contrato de prestación de servicios, los que impactan directamente en el rendimiento del mismo y por ende en los resultados económicos de la empresa en la que tiene participación accionaria indirecta, ya que evidentemente la empresa no se enfrenta al mismo escenario si el uso del LCE es obligatorio o si es optativo, dada la cantidad de prestaciones que la obligatoriedad implica y los cobros a los que en consecuencia se tiene derecho.

En efecto, de acuerdo a su declaración de patrimonio, el Sr. Benett tiene participación accionaria de un 50% en la sociedad Los Indiecitos S.A. en dicha sociedad participan además, la cónyuge y los hijos del funcionario. La sociedad tiene un patrimonio que se avalúa, al momento de la declaración, en US\$ 15.000.000 (quince millones de dólares), de ese total un tercio, diez millones de dólares, corresponde a participación accionaria en la empresa Sonda S.A., que equivale a un 0,9% de las acciones de ésta última empresa, esta participación se da por medio de la empresa Inversiones Tecnológicas Tres S.A. Por su parte, la empresa Sonda S.A., por intermedio de la empresa Transacciones Electrónicas S.A. es dueña del 50,1% de la propiedad de Acepta.com S.A., es decir, por intermedio de un sistema de sociedades interpuestas el Sr. Benett tiene un interés patrimonial directo en la ejecución del contrato, ya que la empresa adjudicataria y su desempeño impacta directamente en sus controladores, que son empresas en las que el Sr. Benett tiene un interés de, a lo menos, diez millones de dólares.

Para clarificar y simplificar esta red de sociedades y personas jurídicas, podemos señalar que: Sonda controla a Acepta.com, ya que es la accionista mayoritaria con capacidad de control de dicha empresa, al tiempo que el Sr. Benett declara expresamente que, por intermedio de dos sociedades interpuestas (Los Indiecitos S.A. e Inversiones Tecnológicas Tres S.A.), tiene un interés directo en Sonda, que cifra en diez millones de dólares, al mes de mayo de 2012, lo que no considera la variación de valor de la empresa Sonda que en la actualidad asciende aproximadamente a US\$ 2.852, siendo un 0,9% de ese valor una suma que se acerca a los US\$28.000.000, un monto de relevancia para cualquier persona.

Por su parte, el valor total del contrato adjudicado a la empresa Acepta.com es de mil doscientos millones de pesos. El rendimiento de la inversión de la empresa adjudicataria dependerá de la cantidad de LCE que entregue al SENCE y ello depende de forma directa de la cantidad de cursos que utilicen el nuevo sistema, de esta forma, resulta evidente que el retorno de la inversión que se realice se ve impactado fuertemente por una decisión de la autoridad administrativa en el sentido de hacer obligatorio o no el uso del LCE, sin dejar de mencionar que en la adjudicación del contrato existe un poder de influencia claro de las autoridades del servicio licitante.

En suma, se considera que en la licitación y en la ejecución del contrato ha existido una omisión al deber de abstención por parte del Sr. Director Nacional del SENCE, toda vez que existía dentro del procedimiento una empresa licitante que tenía una relación directa con su persona, existiendo un impacto patrimonial tanto en el resultado de la licitación como en la ejecución del respectivo contrato, razón por la cual el Sr. Benett no debió haber tomado parte ni en el procedimiento de licitación, ni en los actos posteriores que tienen influencia en la ejecución del contrato.

2.- EL DEBER DE ABSTENCIÓN

El deber de abstención se encuentra establecido, como principio y como regla, en el Art. 12 de la Ley N° 19.880, que establece Bases de los Procedimientos Administrativos, norma que señala:

“Las autoridades y los funcionarios de la Administración del Estado en quienes se den algunas de las circunstancias señaladas a continuación, se abstendrán de intervenir en el procedimiento y lo comunicarán a su superior inmediato, que resolverá lo procedente.

Son motivos de abstención los siguientes:

1.- Tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir en la de aquel; ser administrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado.”

Esta norma encuentra un correlato en la Ley N° 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado, que en su Art. 62 N° 6 establece:

“Contravienen especialmente el principio de probidad administrativa, las siguientes conductas:

6.- Intervenir, en razón de las funciones, en asuntos en que se tenga interés personal o en que lo tengan el cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive.”

Si bien una infracción al deber de abstención no necesariamente genera una infracción al deber de probidad, si son cuestiones que se encuentran estrechamente relacionadas, puesto que las causales de abstención se plantean desde la óptica de un potencial conflicto de intereses privados del funcionario respecto de los intereses públicos que está obligado a guardar en el ejercicio de su función, en este sentido el Art. 52 de la Ley N° 18.575 en su inciso segundo define el deber de probidad en base a la preeminencia que debe tener siempre el interés público, señalando:

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

Debemos hacer notar que ninguna de estas normas establece situaciones específicas que generan un deber de abstención, sino que se refieren a supuestos de hecho acotados pero amplios, o sea, que se contempla una situación claramente delimitable, pero sin especificar supuestos concretos de cuando se produce esa situación, esto evita que una lista demasiado acotada de situaciones impida incorporar aquellas en que claramente había motivo de abstención, pero que no fueron expresamente consideradas.

Lo anterior es importante, porque el N° 1 del Art. 12 de la Ley N° 19.880, si bien contempla situaciones específicas de abstención, como el ser administrador de una sociedad interesada, es una norma amplia que obliga al funcionario a abstenerse siempre que existe un interés personal involucrado en el procedimiento administrativo respectivo, sin calificar la situación específica de interés ni el monto del mismo. En este sentido, resulta indiferente el porcentaje de participación que tenga un funcionario en una sociedad ni el que no tenga facultades de administración de la misma, lo relevante es que dentro de la sociedad existe un interés pecuniario, lo que es suficiente para provocar la abstención.

En el mismo sentido, las normas de la Ley N° 18.575 también son amplias, haciendo una referencia al interés que pueda tener el funcionario involucrado, sin establecer requisitos específicos de las situaciones en la que ese interés se presente, de esta forma, intervenir en asuntos en los que tenga interés es una falta al deber de probidad (además del deber de abstención) a la luz del Art. 62 de la Ley N° 18.575, sin importar si dicho interés es menor dentro de la composición accionaria de una sociedad o si es que el funcionario no tiene injerencia en la administración. Por otro lado, el Art. 52 define el deber de probidad como la obligación de anteponer el interés general al particular, sin tampoco distinguir entre los grados en que puede presentarse el interés personal del funcionario.

Esta formulación, acotada pero amplia es útil en la realidad actual, donde la participación en empresas y sociedades ya no se da en base al modelo de sociedades de personas o en empresas con capitales que hacían irrelevante una participación menor a determinados porcentajes. En la realidad actual, la norma en las personas jurídicas es que ellas sean sociedades de capital y es normal que existan sociedades con capitales muy grandes, en los cuales una participación porcentualmente muy baja tiene una significación importante en cuanto al monto de dinero que dicha participación representa.

Así, un funcionario puede tener acciones de una gran corporación, en un porcentaje que parece irrelevante, pero que tiene una significación de gran importancia patrimonial para una persona natural, en este caso no puede sino interpretarse que existe

un relevante interés personal del funcionario en cuestión, independientemente que no exista una influencia en la administración de la corporación o que el porcentaje que se tenga sea muy menor, de modo tal que impida influir en el curso de la sociedad, puesto que lo que se busca es evitar que el funcionario anteponga su propio interés al interés general, cuestión que puede hacer favoreciendo a una sociedad en la que participa independientemente de la influencia directa que tenga en la administración de esa sociedad.

La situación antes descrita concuerda plenamente con el caso presente. El Director de SENCE tiene participación en la sociedad anónima Sonda S.A., en un porcentaje que es menor y que no le permite influir en sus decisiones, pero que representa un importante monto de dinero, considerando el tamaño de la empresa, con un valor superior a los dos mil ochocientos millones de dólares, que transforman la inversión del Sr. Benett, que es de un pequeño 0,9%, en una suma que asciende a los veintiocho millones de dólares, más de catorce mil millones de pesos. Teniendo ese nivel de participación en la empresa Sonda S.A., el Sr. Benett igualmente participa en un procedimiento de licitación y la posterior ejecución del contrato que el servicio público que dirige ha celebrado con una empresa que es controlada por la misma Sonda.

Es decir, Sonda S.A. decide, como controladora de Acepta.com, participar en la oportunidad de negocios que abre la licitación iniciada por SENCE para los LCE, el Sr. Benett tiene una relevante participación en Sonda, en cuanto a monto de dinero, que si bien no le permite influir de forma directa y explícita en las decisiones que toma dicha entidad, si es constitutiva de un interés particular fuerte en los procedimientos administrativos en los que participe Sonda, sea directamente, sea como empresa matriz de la empresa que participa directamente. De acuerdo a lo anterior, el éxito o fracaso del negocio en el que incursiona Acepta.com, como proveedora del Estado, significará el éxito o fracaso de la decisión tomada por Sonda de participar en la licitación, impactando de forma directa en el valor de las acciones de la empresa controladora (es evidente que los resultados de las empresas filiales influyen en los resultados finales de las empresas controladoras) y por ende en el valor de las acciones que tiene el Director Nacional de la institución pública que llamó a la licitación en la que Sonda decidió participar.

La presencia de interés del funcionario en el desenvolvimiento de la licitación y posterior ejecución del contrato es clara, lo que queda completamente al descubierto si se analizan los efectos que pueden tener las decisiones que se han tomado al respecto. Así, el Sr. Benett, ha dictado una instrucción que hace obligatorio el uso del LCE, cuestión que tiene un impacto importante en el resultado del servicio para la prestadora, puesto que de esta forma asegura que el sistema será implementado, el servicio será prestado y por ende recibirá los pagos que le corresponden, siendo por tanto la decisión de participar en la licitación un éxito, el que no sólo se verá reflejado en los resultados de la propia Acepta.com, sino que en los de su controladora Sonda S.A., que habrá tenido participación en un negocio exitoso. ¿Qué habría pasado si la instrucción no se hubiese

impartido? Entonces Acepta.com estaría en una situación de mayor incertidumbre, puesto que no tendría certeza del nivel de aceptación del LCE, siendo su implementación mucho menos segura, lo que torna a la decisión de exitosa cien por ciento a incierta en cuanto a su resultado, el impacto positivo para Acepta.com y sus controladores ya no es tan claro.

Teniendo en cuenta lo anterior, puede apreciarse claramente como el límite entre el interés personal del funcionario, en tanto accionista de la empresa controladora de Acepta.com, y el interés general que debe perseguir en tanto funcionario público, se hace tenue, puesto que el funcionario no se abstuvo pese a tener un interés manifiesto en el procedimiento, de acuerdo a las normas de abstención y de probidad que hemos citado anteriormente.

3.- CONCLUSIÓN

Por lo tanto, podemos arribar a las siguientes conclusiones de lo que hemos venido exponiendo:

En primer lugar, existe una relación accionaria entre el Director Nacional del SENCE y al empresa controladora de Acepta.com, que es la empresa adjudicataria de la licitación llamada por la institución pública. Esta relación accionaria hace que exista un interés en el funcionario público aludido en el resultado de la licitación y en la posterior ejecución del contrato, puesto que los resultados de Acepta.com influyen directamente en la posición comercial de su empresa controladora, Sonda S.A., de la cual el Sr. Benett es accionista.

Dicha participación accionaria porcentualmente es menor, y no da derecho al funcionario a influir en la administración de la empresa, pero monetariamente es relevante, alcanzando un valor de, a los menos, diez millones de dólares de acuerdo a la declaración de intereses, pero que podría llegar a los veintiocho millones de dólares, considerando el valor actual de la empresa Sonda S.A., estos montos de dineros hacen evidente que existe un interés involucrado.

Que el Art. 12 de la Ley N° 19.880, en relación con los artículos 52 y 62 de la Ley N° 18.575, prohíben la intervención de funcionarios públicos cuando exista de su parte un interés particular involucrado, cuestión que puede devenir en una infracción al deber de probidad si es que se ha antepuesto efectivamente el interés particular sobre el interés general en las actuaciones en las que se ha intervenido. La ley no establece situaciones específicas ni limita expresamente los tipos de intereses que puede tener el funcionario público, por lo que no es necesario que el funcionario tenga determinado porcentaje de acciones ni participación en la administración de la sociedad para considerar que tiene un interés en el asunto.

Que en el caso, el Sr. Benett teniendo un interés económico en la licitación y ejecución del contrato relacionado con los LCE, debió haberse abstenido de participar en dicha licitación y en los actos administrativos relacionados con la ejecución del contrato, por lo que infringe tanto el Art. 12 N° 1 de la Ley N° 19.880, como los Arts. 52 y 62 de la Ley N° 18.575.

Por todo lo anterior, es que se solicita al Sr. Contralor, se inicie un procedimiento administrativo en contra del Sr. Director Nacional del SENCE, don Juan Benett Urrutia, a fin de determinar posibles infracciones al deber de abstención y al deber de probidad y determinar las responsabilidades y sanciones que correspondan. Igualmente, se pide que se haga un procedimiento de auditoría al contrato de prestación de servicios de LCE, a la luz de los antecedentes antes expuestos.