



Contraloría General de la República
División de Coordinación e Información Jurídica

Dictamen

001754N10

Texto completo

N° 1.754 Fecha: 13-I-2010

Se han dirigido a esta Contraloría General, en forma separada, el Senador don Alejandro Navarro Brain y don José Blanco Peris, este último en representación de la empresa Proactiva Servicios Urbanos S.A., solicitando un pronunciamiento que incide en determinar la procedencia de la renovación del contrato celebrado entre los municipios integrantes del Consejo de Alcaldes Cerros de Renca y la empresa KDM S.A., en el marco de la licitación pública para la concesión del servicio de tratamiento intermedio y disposición final de residuos sólidos municipales, atendidos los planteamientos que exponen.

Además, el mencionado Senador requiere la fiscalización que indica respecto de la ejecución del mismo contrato.

Por otra parte, la Municipalidad de Santiago y la Municipalidad de Renca han solicitado un pronunciamiento que precise si, en el evento de proceder dicha renovación, le resulta aplicable la restricción contenida en el artículo 65, letra j), de la ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, en orden a que sólo podría acordarse dentro de los seis meses que precedan a su expiración, aun cuando se trate de concesiones reguladas en leyes especiales.

Lo anterior, por cuanto, según lo expresado por el primero de los municipios mencionados, la normativa vigente a la época del otorgamiento de esa concesión debe entenderse incorporada al respectivo contrato y por ende, constituir ley para las partes contratantes, de manera que, considerando que la aludida restricción fue introducida a la ley citada con posterioridad al otorgamiento de dicha concesión, estima que no le resulta aplicable.

En tanto, la Municipalidad de Renca, además, reitera las solicitudes de pronunciamiento contenidas en las referencias N°s. 50.698 y 61.196, ambas de 2009, correspondientes a presentaciones de ese

municipio y de doña Marcela Müller Reyes, respectivamente, relacionadas con la materia.

Como cuestión previa, cumple manifestar que la concesión en comento fue adjudicada, el 10 de mayo de 1995, al consorcio compuesto por las empresas Kiasa y Demarco, las que procedieron, de acuerdo a lo comprometido en su oferta, a constituir la sociedad KDM S.A., para prestar los servicios respectivos, estableciéndose en el contrato pertinente, en lo que importa, que éste tendría un plazo de 16 años de vigencia, a contar del 1 de agosto del mismo año, y que se renovarían automáticamente por períodos iguales y sucesivos de 16 años cada uno, si ninguna de las partes señalare lo contrario o diere aviso por instrumento público, cuyo otorgamiento sería debidamente notificado a la otra parte por intermedio de un notario público, a lo menos con 2 años de anticipación a la fecha original de término del contrato.

En relación con la materia, cabe indicar, en primer lugar, que el inciso segundo del artículo 66 de la mencionada ley N° 18.695, incorporado por el artículo único, N° 1, de la ley N° 20.355, publicada en el Diario Oficial de fecha 25 de junio de 2009, dispone que el procedimiento administrativo de otorgamiento de concesiones para la prestación de servicios por las municipalidades, se ajustará a la ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, y sus reglamentos, salvo lo establecido en los incisos cuarto, quinto y sexto del artículo 8° de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, disposiciones que serán aplicables en todo caso.

Así, del claro tenor de la norma citada aparece que actualmente el procedimiento de otorgamiento de las concesiones para la prestación de servicios por las municipalidades -carácter que, precisamente, tiene la concesión por la que se consulta en la especie-, debe, necesariamente, someterse al sistema regulado por la ley N° 19.886 y sus reglamentos.

Ello, atendido que las disposiciones de derecho público, como la referida, rigen in actum, es decir, que desde la fecha en que entran en vigencia, regulan todas las situaciones comprendidas en el ámbito de sus normas, salvo que prevean una fecha especial de vigencia o contengan preceptos en contrario, lo que no ocurre en el caso analizado (aplica criterio contenido en los dictámenes N°s. 19.788, de 2007 y 61.615, de 2008).

Además, cumple puntualizar que la concesión en análisis constituye

un mecanismo que permite a las respectivas municipalidades dar cumplimiento a una de sus funciones privativas, como es el aseo y ornato de la comuna, según lo dispuesto en el artículo 3°, letra f), de la ley N° 18.695, materia en la que, por ende, se advierte la existencia de un interés público comprometido, toda vez que mediante la prestación de ese servicio, las entidades edilicias satisfacen una necesidad de la comunidad local, por lo que la aplicabilidad de la normativa de derecho público a la que se encuentra sometida la concesión de la especie no puede quedar supeditada a la fecha en que se celebró el contrato de concesión original.

Precisado lo anterior, cabe recordar que, antes de la modificación introducida por la aludida ley N° 20.355, conforme lo reconociera el dictamen N° 34.883, de 2004, de esta Contraloría General, las contrataciones que implicaran el otorgamiento de alguna de las concesiones contempladas en el artículo 8°, inciso tercero, de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, para la prestación de determinados servicios municipales o para la administración de establecimientos o bienes específicos que posean o tengan a cualquier título, se encontraban excluidas de la regulación de la ley N° 19.886, situación que, en virtud del actual inciso segundo del citado artículo 66,

se ha alterado respecto del primer tipo de concesiones mencionadas, lo que da cuenta de la clara intención del legislador de someterlas expresamente al sistema de compras públicas.

En concordancia con lo expresado, es útil hacer presente que de la historia del establecimiento de la enunciada ley N° 20.355, aparece que dicha iniciativa tuvo por objeto propender, por una parte, a la mayor transparencia de los procedimientos de licitación de concesiones de servicios municipales -en particular, de aquellos referidos a la extracción de residuos sólidos domiciliarios-, toda vez que la ley N° 19.886 encuentra sus fundamentos directos en los principios de transparencia y publicidad, y, por otra, a la protección laboral y previsional de los trabajadores de las empresas que postulen a su adjudicación, en virtud de la modificación introducida a la misma por la ley N° 20.238, que asegura la protección de los trabajadores y la libre competencia en la provisión de bienes y servicios a la Administración del Estado.

En este contexto, no cabe sino concluir que, habiendo el legislador sometido, expresamente, el otorgamiento de las concesiones de servicios municipales, al sistema de compras públicas regulado en la

citada normativa, la renovación del contrato de concesión de la especie debe sujetarse a lo establecido en la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios y sus reglamentos.

En este sentido, resulta aplicable a la situación en estudio lo dispuesto en el artículo 12 del decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda -reglamento de la ley N° 19.886-, que prohíbe las cláusulas de renovación automática y las opciones de renovación para alguna de las partes, cuyos montos excedan las 1.000 unidades tributarias mensuales, a menos que existan motivos fundados para establecer tales cláusulas y así se hubiese señalado en las bases de licitación.

La restringida concepción de las cláusulas de renovación prevista en la citada norma, armoniza, por lo demás, con el criterio contenido en el dictamen N° 46.746, de 2009, de esta Contraloría General, en cuanto sostiene, en lo que interesa, que las continuas e indefinidas prórrogas del contrato original pugnan con los principios de transparencia y libre concurrencia de los oferentes, consagrados en el artículo 9° de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, disposición introducida a dicho cuerpo normativo mediante la ley N° 19.653, a fin de fortalecer sustancialmente el principio de probidad administrativa, del que derivan los principios antes mencionados, mediante la concepción del sistema de propuesta pública como mecanismo esencial para su resguardo.

Por otra parte, cabe agregar que mediante las Instrucciones de Carácter General N° 1/2006, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia -publicadas en el Diario Oficial de fecha 22 de junio de 2006-, a las que deben someterse los agentes económicos que participen en el mercado de servicios de recolección, transporte y disposición de residuos sólidos domiciliarios, dicho órgano jurisdiccional ha procedido a establecer una serie de principios, requisitos y condiciones respecto de las bases de licitación de tales servicios, entre ellos, la obligación de cautelar la debida transparencia y la garantía de libre acceso al aludido mercado, estableciendo condiciones generales, uniformes y objetivas que fomenten la participación de la mayor cantidad de oferentes posible en las licitaciones en cuestión y el ingreso de nuevos actores a las distintas fases del proceso de tratamiento de residuos sólidos domiciliarios, lo que armoniza con la interpretación antes señalada, que conduce a una aplicación restrictiva de las cláusulas de

renovación.

En efecto, tales cláusulas limitan la posibilidad de acceso de nuevos oferentes y la transparencia del sistema, aspectos a los que, según aparece de la referida historia de la ley N° 20.355 y de las aludidas instrucciones, el ordenamiento jurídico asigna una especial relevancia dentro de los procedimientos de licitación, particularmente en el área de los servicios de recolección, transporte y disposición de los residuos sólidos domiciliarios.

En consecuencia, cabe concluir que, por los argumentos expresados, la renovación de la especie se rige por lo dispuesto en el mencionado artículo 12 del reglamento de la ley N° 19.886, que, como ya se indicara, prohíbe las cláusulas de renovación automática y las opciones de renovación para alguna de las partes, cuyos montos excedan las 1.000 unidades tributarias mensuales, a menos que existan motivos fundados para establecer tales cláusulas y así se hubiese señalado en las bases de licitación.

Resulta útil agregar que, según lo precisado por la jurisprudencia administrativa contenida, entre otros, en los dictámenes N°s. 13.470, de 2007 y 9.023, de 2008, de esta Contraloría General, tales motivos fundados deben consistir en razones específicas y acotadas que justifiquen establecer una cláusula de renovación -y no causales de carácter genérico-, las que deben estar respaldadas por circunstancias reales, susceptibles de ser determinadas, conocidas y comprobadas. Añade dicha jurisprudencia que las bases respectivas deben expresar los antecedentes que configuran esos motivos, y que éstos deben existir no sólo al momento de elaborar las bases y de suscribir los contratos que contengan las cláusulas de renovación automática o de opciones de renovación, sino que además al tiempo de hacerse efectiva la potestad de renovar la convención correspondiente.

Siendo así, cumple manifestar que, de ser procedente la renovación en comento a la luz de lo previsto en la citada normativa y en la jurisprudencia aludida, aquélla deberá ajustarse a lo preceptuado en la ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, cuyo artículo 65, letra j), dentro de las atribuciones del alcalde que requieren el acuerdo del concejo, contempla la de "Otorgar concesiones municipales, renovarlas y ponerles término", agregando a continuación que "En todo caso, las renovaciones sólo podrán acordarse dentro de los seis meses que precedan a su expiración, aun cuando se trate de concesiones reguladas en leyes especiales".

Al respecto, es dable anotar que los dictámenes N°s. 47.093, de 1999, 56.771, de 2003 y 30.318, de 2004, de este Organismo de Control, han concluido que, considerando que la disposición de que se trata requiere el acuerdo del concejo, no procede omitir el cumplimiento de dicha exigencia legal esgrimiendo como fundamento para ello el establecimiento de cláusulas de renovación automática.

Asimismo, cabe hacer presente que según el criterio jurisprudencial invocado en los ya citados dictámenes N°s. 19.788, de 2007 y 61.615, de 2008, las disposiciones de derecho público, como la analizada, rigen in actum, sin que su aplicabilidad pueda quedar supeditada a la fecha en que se celebró el contrato de concesión original, por lo que la restricción relativa al plazo para la adopción del acuerdo respecto de la renovación, alcanza también a las concesiones otorgadas con anterioridad a la incorporación de dicha limitación al mencionado artículo 65, letra j), de la ley N° 18.695.

En este contexto, la eventual renovación del contrato en comento deberá sujetarse tanto a la normativa sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, como a la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, esto es, realizarse sólo en la medida que se cumplan los supuestos del artículo 12 del reglamento citado, en los términos anotados, y siempre previo acuerdo del concejo municipal -independientemente de que el contrato respectivo haya dispuesto que su renovación operará en forma automática-, el que, además, deberá prestarse recién dentro de los seis meses que preceden a la expiración de la convención de que se trata, y no antes de tal período, como sería si se aplicara al efecto un plazo de dos años previos a esa fecha, como suponen los municipios recurrentes.

Por otra parte, en relación con las referencias N°s. 50.698 y 61.196, ambas de 2009, respecto de cuyo estado consulta la Municipalidad de Renca, cumple informar que éstas han sido atendidas mediante los oficios N°s. 52.106 y 37.913, ambos de 2009, respectivamente, de esta Contraloría General.

Por último, el señor Navarro Brain solicita se fiscalice la ejecución del contrato de concesión referido, en cuanto a la variación de su valor, el otorgamiento de la garantía de fiel y oportuno cumplimiento del contrato, la implementación de la respectiva Inspección Técnica y la aplicación de multas, en conformidad con las cláusulas contractuales correspondientes.

Al respecto, cabe informar que se ha procedido a remitir fotocopia de la presentación de la especie y de sus antecedentes, a la Subdivisión

de Auditoría e Inspección de la División de Municipalidades de esta Contraloría General, a fin de que, previo análisis de dicha documentación, pondere la inclusión de la fiscalización solicitada en sus futuros planes de trabajo.

Ramiro Mendoza Zúñiga
Contralor General de la República