



Contraloría General de la República División de Coordinación e Información Jurídica

Dictamen

011079N09

Texto completo

N° 11.079 Fecha: 3-III-2009

Se ha dirigido a esta Contraloría General el diputado don Carlos Montes Cisternas, denunciando diversas irregularidades en relación con el contrato suscrito por la Municipalidad de La Florida con la empresa Plastic Omnium S.A., relativo al arriendo de contenedores hidráulicos para residuos sólidos domiciliarios y servicio de lavado de los mismos.

En similares términos, el ex concejal de la Municipalidad de La Florida y actual alcalde de esa entidad edilicia, don Jorge Gajardo García, ha requerido, asimismo, la intervención de esta Contraloría General en relación con la materia.

Cabe hacer presente que, mediante el oficio N° 37.857, de 2008, esta Contraloría General señaló preliminarmente que, considerando la naturaleza de la situación configurada en la suscripción, modificaciones y ejecución de los contratos referidos, en la que podrían aparecer afectados los intereses patrimoniales del municipio, y atendida la ausencia de antecedentes suficientes para emitir un pronunciamiento, resultaba necesario que éste informara fundadamente acerca de las observaciones que se indicaban.

Pues bien, dando cumplimiento a tal requerimiento, la Municipalidad de La Florida informó latamente a este Organismo de Control mediante el oficio N° 843, de 2008 -al que acompaña diversos antecedentes- señalando, en síntesis, que en todas sus actuaciones ha velado por custodiar el interés de los vecinos de la comuna, la protección del patrimonio municipal y la continuidad de los servicios, y se ha apegado estrictamente a los principios de probidad, legalidad y juridicidad que rigen los actos de la Administración.

A continuación se realizará una síntesis de los hechos relacionados con las diversas objeciones planteadas por los recurrentes, para posteriormente atender con la claridad debida las reclamaciones formuladas en la especie.

1.- Contrato de arrendamiento y sus modificaciones.

El 5 de agosto de 1997, la Municipalidad de La Florida llamó a licitación pública para el arriendo de contenedores de residuos sólidos domiciliarios -para ser ubicados en la vía pública-, de levantacontenedores hidráulicos -a instalarse en los camiones recolectores- y del servicio de lavado de dichos contenedores para esa comuna, la que fue adjudicada a la empresa Plastic Omnium S.A., suscribiéndose el contrato respectivo -el 1° de octubre de 1997-, el que fue aprobado mediante el decreto alcaldicio exento N° 2.250, del mismo año.

Cabe precisar que la figura jurídica de la especie no constituye una concesión, sino, como se ha señalado, un contrato de arrendamiento.

En dicho contrato, en lo que interesa, se pactó el pago mensual de \$34.352,526 por parte del municipio, y el cumplimiento de las obligaciones pertinentes por parte de la empresa, en conformidad con las bases administrativas, las especificaciones técnicas y otros documentos considerados parte integrante del contrato. Se estableció también que su plazo de duración sería de 60 meses, el que podría ser renovado por el municipio, debiendo comunicar tal hecho con al menos 60 días de anticipación al término del contrato, en conformidad con lo prescrito en el artículo 18 de las respectivas bases administrativas.

Según los antecedentes acompañados, la oferta de contenedores de la empresa adjudicada habría contemplado 6.000 unidades de 330 litros, 506 unidades de 750 litros y 640 unidades de 1.000 litros.

Por otra parte, consta del artículo 8° de las especificaciones técnicas antes referidas que, para el control de la ubicación y/o recambio de los contenedores, el contratista debía utilizar un sistema de plano digitalizado computacionalmente, de uso inmediato y permanente, compatible con el Sistema de Información Geográfica Militar, denominado ARC-INFO, para lo cual debía adquirir la respectiva licencia de uso de dicho sistema en la aludida institución, junto a una porción del plano digitalizado correspondiente al sector oriente de la comuna, y proveer al municipio de los equipos pertinentes, que permitieran la utilización simultánea del sistema a la empresa y a la municipalidad, para la debida fiscalización del contrato.

En tanto, la cláusula décima del contrato, reproduciendo lo previsto en el artículo 17 de las bases, dispuso que la municipalidad podría aumentar o disminuir la cantidad y tipo de los contenedores contratados, de acuerdo a las necesidades de implementación o reducción detectadas por la Inspección Técnica del Servicio y en relación a los precios unitarios estipulados en el contrato y reajustes.

Pues bien, el aludido contrato fue modificado en los términos que se resumen a continuación:

1.- Mediante la resolución N° 34, de 1998, a través de la cual, en lo que interesa, el municipio aumentó los contenedores arrendados en 1.617 unidades de 330 litros, 174 unidades de 750 litros y 208 unidades de 1.000 litros, suscribiéndose la respectiva escritura de modificación, aprobada por el decreto alcaldicio exento N° 2.003, de 1998.

2.- Mediante la resolución N° 75, de 1999, a través de la cual el municipio aumentó en 70 unidades los contenedores de 1.000 litros, suscribiéndose la respectiva escritura de modificación, aprobada por el decreto alcaldicio exento N° 614, de 2000.

3.- Mediante la resolución N° 876, de 2001, a través de la cual el municipio disminuyó en 4.300 unidades los contenedores de 330 litros, aumentó en 705 unidades los de 1.000 litros e incorporó 27.006 contenedores de 120 litros. En el mismo acto, renovó el contrato de arrendamiento de los contenedores y sus modificaciones, con fecha 1° de octubre de 2001, por un período de 60 meses, señalándose que dicha renovación operaría entre el 1° de diciembre de 2002 y el 30 de noviembre de 2007, suscribiéndose la correspondiente escritura de modificación y renovación de contrato, aprobada mediante la resolución N° 1.093, de 2001.

4.- Mediante la resolución N° 900, de 2002, a través de la cual el municipio disminuyó en 1.179 unidades los contenedores de 330 litros, los que fueron reemplazados por 3.242 unidades de contenedores de 120 litros, y aumentó en 3.058 unidades los contenedores de 120 litros, de manera que, en total, mediante esta modificación se agregaron 6.300 unidades de este tipo, suscribiéndose la correspondiente escritura de modificación, aprobada mediante resolución N° 958, de 2002. Asimismo, se estableció que los contenedores de 750 y 1.000 litros que debieran ser reemplazados se repondrían, en su caso, con contenedores de 330 litros, y que en junio de 2003 cesaría el servicio de arriendo de 19 alzacontenedores, por lo que, a partir de esa fecha, el municipio quedaría facultado para contratar litros/contenedores hasta copar la reducción del precio por el cese del arriendo. En virtud de ello, en septiembre de 2003 se habrían instalado 5.000 unidades de contenedores de 120 litros en reemplazo de alzacontenedores.

5.- Según lo señalado por la Dirección de Control de la Municipalidad de La Florida en su oficio N° 79, de 2007 -auditoría de validación del respectivo contrato-, "a partir del mes de noviembre de 2003, se consignan en las facturas tenidas a la vista, modificaciones cuyo respaldo legal no ha sido posible determinar, es decir, no se cuenta con algún tipo de contrato o acto administrativo que haya dispuesto las modificaciones que se señalan a continuación": a) en febrero de 2004, se habrían instalado 5.000 unidades de contenedores de 120 litros en reemplazo de 522 unidades de contenedores de 330 litros, 7 unidades de 750 litros y 140 unidades de 1.000 litros; y b) en abril de 2004, se habrían instalado 12.000 unidades de contenedores de 120 litros en reemplazo de 1.218 unidades de contenedores de 330 litros, 324 unidades de 750 litros y 525 unidades de 1.000 litros, y se habría convenido el aumento de la frecuencia de lavado de los contenedores en los meses de invierno y verano.

2.- Fiscalización del cumplimiento del contrato.

La Dirección de Control del municipio efectuó, en el año 2007, un recuento físico de los contenedores instalados en todo el territorio comunal, el que, según indica, no incluye varios contenedores de 120 litros, por encontrarse éstos al interior de los domicilios particulares, los que, por lo mismo, no han podido ser objeto de lavado ni mantención por parte de la empresa. Dicho recuento permitió constatar la existencia de numerosos contenedores en mal estado.

Por otra parte, manifiesta que la fiscalización en terreno de los servicios contratados no cuenta con personal suficiente y que la Inspección Técnica del Servicio no posee toda la documentación inherente al contrato en análisis, atendida la inexistencia de los contratos que formalicen las últimas modificaciones mencionadas.

Lo anterior, unido a las dificultades descritas en orden al recuento de los contenedores, habría impedido la determinación exacta del momento en que comenzaron a producirse las diferencias entre las facturaciones mensuales efectuadas por la empresa y el cobro que, de acuerdo con el contrato y sus modificaciones, correspondería haber realizado, sin perjuicio de lo cual, la Dirección de Control señala en el aludido oficio N° 79, de 2007, que, en el período comprendido entre enero de 2005 y febrero de 2007, tales diferencias ascenderían, en total, a la suma de \$169.016.443.

3.- Transacción.

De acuerdo a lo informado por el municipio, la Dirección de Aseo y Ornato, con ocasión del inminente término del contrato de arrendamiento con la empresa Plastic Omnium S.A., sugirió al alcalde, en septiembre de 2007, la adquisición de los referidos contenedores de 120 litros, por cuanto, como éstos no requerían de mantención ni lavado -al estar bajo el cuidado de los vecinos en diversos domicilios de la comuna-, estimó que lo más conveniente sería no perseverar en su arrendamiento, sino que adquirirlos a un valor residual, adoptándose tal decisión.

En este contexto, la empresa había requerido del municipio el cumplimiento de su obligación de restituir la cosa arrendada, es decir, la cantidad aproximada de 54.802 contenedores de 120 litros, al 30 de noviembre de 2007, fecha de término del contrato, prestación cuyo cumplimiento, según lo expresado por el municipio, era políticamente inviable y materialmente imposible, considerando que tales contenedores habían sido entregados a los vecinos.

Por otra parte, la empresa rechazó la existencia de las diferencias de montos de que daba cuenta el informe de la Dirección de Control de la Municipalidad de La Florida antes referido, como asimismo, de un error en la facturación de la suma total consignada, y formuló una propuesta de transacción a fin de solucionar la controversia surgida entre ambas partes.

Luego de algunos ajustes sobre la base de la propuesta original, y previo acuerdo del concejo, el municipio y la empresa celebraron un contrato de transacción, el 3 de diciembre de 2007, que, en síntesis, contempló:

- a) la dación en pago por parte de la empresa de 25.946 unidades de contenedores de 120 litros que se encontrarían en: domicilios de vecinos de la comuna, los cuales, según el valor libro que la empresa tiene considerado en su contabilidad -\$5.474 más IVA por unidad- equivalen a \$169,013.801.
- b) la compra por parte de la municipalidad de las restantes 28.856 unidades de contenedores de 120 litros ubicados en domicilios de vecinos de la comuna, por la suma de \$5.474 más IVA por unidad, es decir, \$187.969.715.
- c) la donación por parte de la empresa de 500 unidades de contenedores de 120 litros, valorizados en \$22.000 más IVA cada unidad, esto es, \$13.090.000.
- d) el pago por parte de la municipalidad de \$50.000.000 más IVA a la empresa por concepto de piolas y candados que habrían sido entregados con los contenedores de 120 litros que estaban siendo utilizados por vecinos de la comuna, al momento de su instalación.

4.- Contratación directa y nueva licitación pública.

El 26 de octubre de 2007, y ante la proximidad del término del contrato de arrendamiento vigente, el municipio llamó a propuesta pública para la prestación del servicio de instalación, arriendo, mantención y lavado de contenedores comunitarios de la comuna de La Florida. Sin embargo, se recibió sólo una oferta, efectuada por la misma empresa Plastic Omnium S.A., y por un monto considerado elevado por el municipio, atendido lo cual se decidió rechazar la oferta presentada y proceder a un nuevo llamado a licitación; sin perjuicio de lo cual, se

decidió autorizar la contratación directa, por 5 meses, de la misma empresa, para la prestación del servicio antes descrito, a fin de que, dentro de dicho plazo, se llamara a la nueva licitación, se adjudicara y se suscribiese el contrato respectivo, como efectivamente ocurrió, según lo informado por el municipio.

Ambas decisiones contaron con el acuerdo unánime del concejo municipal -acuerdos N°s 3482 y 3482 A- en la sesión N° 339, de 14 de noviembre de 2007, cuya fotocopia ha sido tenida a la vista, y, en conformidad con lo expresado en el decreto exento N° 881, de 26 de noviembre de 2007, la contratación directa se fundaría en que el servicio de que se trata constituye una necesidad básica para la comunidad, en la urgencia presentada en la especie y en el imperativo de dar continuidad al aludido servicio.

Cabe hacer presente que, según lo informado por el municipio, en el nuevo llamado a propuesta pública, efectuado el 20 de diciembre de 2007, participaron cuatro oferentes, entre ellos la empresa Plastic Omnium S.A., la que habría efectuado una oferta inferior a la presentada anteriormente y a la cual, en definitiva, se le adjudicó la licitación, decisión que habría contado también con el acuerdo del concejo, prestado en la sesión extraordinaria N° 277, de 3 de abril de 2008 -acuerdo N° 3.627-, en conformidad con lo prescrito en el artículo 65, letra i), de la ley N° 18.695, suscribiéndose el contrato respectivo el 30 de abril de 2008..

5.- Contrato de compraventa de contenedores de 120 litros.

El 21 de noviembre de 2003, la municipalidad llamó a propuesta pública. para la adquisición de contenedores de alta densidad de 120 litros para la comuna de La Florida, la que fue adjudicada a la empresa Plastic Omnium S.A., suscribiéndose el contrato respectivo, en el que consta que el municipio adquirió 17.000 unidades de 120 litros, por el precio de \$338.300.000. Dichos contenedores se habrían entregado en diversos domicilios de la comuna en calidad de préstamo, a fin de ser destinados al acopio y disposición de los residuos sólidos domiciliarios generados en las viviendas, debiendo ser mantenidos al interior de las mismas y sacados a la vía pública sólo al paso del camión recolector, según consta de la fotocopia del acta de entrega de los mismos, utilizada por la empresa al distribuir tales contenedores en las viviendas respectivas, tenida a la vista.

Pues bien, precisados los hechos, y teniendo en consideración las diversas observaciones formuladas en relación con los mismos, lo informado por el municipio y los antecedentes acompañados tanto por los recurrentes como por la entidad edilicia, se procede a analizar cada una de las reclamaciones planteadas, de acuerdo al orden y en los términos que se expresan a continuación.

Se requiere un pronunciamiento, en primer término, acerca de la responsabilidad que le asistiría a quienes recomendaron la aprobación del contrato de arrendamiento de contenedores, sus modificaciones y renovación, en los términos acordados, atendida la evidente dificultad que existía para el municipio respecto del cumplimiento de la obligación de restituir alrededor de 55.000 contenedores ubicados en diversos domicilios de vecinos de la comuna.

Sobre el particular, cumple manifestar, en primer lugar -y tal como ya se señalara en el citado oficio N° 37.857, de 2008-, que el contrato respectivo se enmarca dentro de la función de

aseo y ornato prevista en el artículo 3°, letra f), de la ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, toda vez que los contenedores arrendados, tanto los de mayor capacidad -también denominados comunitarios-, objeto del contrato original y las primeras modificaciones, como los de 120 litros -también denominados individuales que se incorporaron al arrendamiento a través de la tercera modificación del contrato, tenían por objeto facilitar y hacer efectivo de una forma más eficaz el cumplimiento del servicio de extracción de basura y el aseo de los bienes nacionales de uso público, labores encomendadas a la unidad municipal de aseo y ornato en virtud de lo dispuesto en el artículo 25 del mismo cuerpo normativo.

Sin embargo, cabe reiterar que, según lo dispuesto en el artículo 21 B de la ley N° 10.336, de Organización y Atribuciones de este Organismo de Control, no compete a esta Contraloría General pronunciarse acerca de si el arrendamiento de los referidos contenedores constituyó la figura jurídica más apropiada para dar cumplimiento a la aludida función municipal, toda vez que tal aspecto incide en una decisión de mérito, oportunidad o conveniencia que corresponde exclusivamente a la Administración activa (aplica criterio contenido en el dictamen N° 61.420, de 2006).

En segundo lugar, se requiere un pronunciamiento acerca de las modificaciones del contrato de arrendamiento no formalizadas contractualmente.

En relación con la materia, consta de lo informado por la Dirección de Control del municipio en el informe anteriormente referido, que desde noviembre de 2003 y durante el año 2004 se habrían verificado modificaciones al contrato original que no se formalizaron contractualmente, lo que no se ajusta a derecho, toda vez que si bien las bases respectivas y el aludido contrato establecen la posibilidad de aumentar o disminuir la cantidad de contenedores contratados de acuerdo a las necesidades detectadas por la Inspección Técnica del Servicio, tales modificaciones deben verificarse a través de los mecanismos regulares, esto es, la suscripción de la correspondiente escritura de modificación del contrato y la resolución aprobatoria pertinente, los que, por lo demás, resultan básicos para la debida fiscalización del cumplimiento del contrato respectivo.

En tercer lugar, se solicita un pronunciamiento respecto de la gestión e inspección técnica del referido contrato, atendido el hecho de que la deficiente fiscalización del mismo habría generado el pago adicional por parte del municipio de alrededor de \$169.000.000.

Sobre el particular, cumple señalar que, tal como se manifestara precedentemente, consta que las especificaciones técnicas del contrato respectivo establecían que para el control de la ubicación y/o recambio de los contenedores, el contratista debía utilizar un sistema de plano digitalizado computacionalmente y proveer al municipio de los equipos pertinentes, que permitieran la utilización simultánea del aludido sistema -por parte de la empresa y del municipio-, para la debida fiscalización del contrato, el cual, según se desprende de lo informado por la Dirección de Control en el citado oficio N° 79, de 2007 en relación con el recuento de tales contenedores, no habría operado de manera satisfactoria.

Asimismo, resultaba determinante para el éxito de la mencionada fiscalización, el hecho de que la Inspección Técnica del Servicio contara con toda la documentación relativa al contrato y sus diversas modificaciones, lo que, tal como antes se indicara, tampoco se produjo en la

especie.

Por último, es del caso hacer presente que, a partir de la tercera modificación del contrato respectivo, se incorporaron al arrendamiento de que se trata numerosos contenedores de 120 litros, para el acopio de residuos sólidos domiciliarios, los cuales -al igual que una partida de contenedores de igual capacidad comprados en el año 2004- habrían estado destinados, según se desprende de los antecedentes aportados por el municipio, a ser conservados en las viviendas de vecinos de la comuna y sacados a la vía pública para la disposición de la basura sólo al paso del camión recolector.

Lo anterior, según aparece de lo señalado por la Dirección de Control en su informe, habría dificultado, asimismo, la debida fiscalización del cumplimiento del contrato.

En relación con la no formalización de las aludidas modificaciones y con la gestión e inspección técnica del contrato, procede indicar que ese municipio determinó las responsabilidades administrativas del caso en el sumario incoado al efecto por esa entidad edilicia, aplicando las correspondientes medidas disciplinarias mediante decreto N° 221, de 2008, documento registrado por esta Entidad Fiscalizadora el 20 de febrero de 2009.

En cuarto lugar, se consulta acerca de la circunstancia de que, no obstante haberse detectado la facturación de cobros en exceso por parte de la empresa, el municipio haya decidido contratar nuevamente con ésta, por 5 meses, fundamentalmente en razón de la urgencia, como asimismo, acerca de la procedencia de la transacción celebrada entre ambos, especialmente por cuanto se estima que ésta habría implicado la celebración de una compraventa, la que debiera haberse realizado mediante licitación pública.

Sobre el particular, cumple manifestar que el artículo 8°, letra c), de la ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, como asimismo, el artículo 10, N° 3, del decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, reglamento de la aludida ley, disponen la procedencia de la contratación directa, con carácter de excepcional, en casos de emergencia, urgencia o imprevisto, calificados mediante resolución fundada del jefe superior de la entidad contratante.

Pues bien, procede precisar que, analizado el decreto alcaldicio N° 881, de 2007, referido precedentemente, éste da cuenta de la urgencia en la que se fundaría la necesidad de proceder a la contratación de los servicios de la mencionada empresa durante el período indicado. Asimismo, cabe reiterar que dicha contratación directa contó con el acuerdo unánime del concejo municipal.

En lo que respecta a la posibilidad de las municipalidades de celebrar transacciones, es del caso señalar que el artículo 65, letra h), de la ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, establece la facultad del alcalde, con acuerdo del concejo, para transigir judicial y extrajudicialmente.

En relación con lo anterior, cabe indicar que, según el artículo 2446 del Código Civil, la transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual, agregando ese precepto legal que no es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa.

En este contexto, la transacción supone la existencia de un derecho dudoso, actualmente controvertido o susceptible de serlo y, asimismo, mutuas concesiones y sacrificios entre las partes, condiciones que concurrirían en la especie, por cuanto se aprecia, por una parte, la controversia respecto de si el municipio habría pagado en exceso el monto anteriormente consignado, y, por la otra, las concesiones de ambas partes, descritas precedentemente. Asimismo, cumple reiterar que el concejo municipal prestó su acuerdo respecto de la transacción en comento.

En lo concerniente al hecho de que entre dichas concesiones se contemple la compra de algunos de los bienes hasta entonces dados en arrendamiento, cabe señalar que tal medida fue adoptada en el marco de la transacción celebrada a fin de solucionar el problema específico suscitado en la especie, cual era, por una parte, la necesidad del municipio de devolver a la empresa alrededor de 55.000 contenedores de 120 litros, restitución que el municipio no estaba en condiciones de cumplir, atendida la forma en que se gestionó el contrato respectivo, y, por la otra, la controversia respecto de si el municipio habría pagado en exceso la cantidad aproximada de \$169.000.000.

Siendo así, y considerando las especiales circunstancias en que se produjo dicha adquisición, no resultaba exigible llamar a licitación pública para la compra de tales bienes, toda vez que aquéllos que servían a la municipalidad para los efectos del caso eran, precisamente, los dados en arrendamiento por esa empresa, los que, por lo demás, se habrían tasado en base al valor libro registrado por la empresa en su contabilidad.

Al respecto, resulta del caso hacer presente que el artículo 10, N° 4, del citado decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, autoriza recurrir al trato directo cuando sólo exista un proveedor del bien de que se trate, y que el mismo artículo, en su N° 7, letra a), también lo hace cuando por la naturaleza de la negociación existan circunstancias o características del contrato que hagan del todo indispensable acudir al trato directo, tales como la contratación de una prórroga de un convenio de suministro o servicios, o contratar servicios conexos, respecto de un contrato suscrito con anterioridad, por considerarse indispensable para las necesidades de la entidad y sólo por el tiempo en que se procede a un nuevo proceso de compras, siempre que el monto de dicha prórroga no supere las 1.000 unidades tributarias mensuales.

Precisado todo lo anterior, cabe señalar, nuevamente, que no compete a esta Contraloría General pronunciarse acerca de lo acertado de las decisiones adoptadas por la municipalidad en relación con la materia, específicamente en orden a, por una parte, haber dispuesto, en el año 2007, la contratación directa de la empresa Plastic Omnium S.A. por 5 meses, o haber adjudicado a la misma empresa la última licitación pública, y, por la otra, haber celebrado la transacción antes referida en los términos descritos previamente, toda vez que tales aspectos constituyen cuestiones de mérito, oportunidad o conveniencia entregados a la Administración activa en el ejercicio de sus atribuciones.



