

N° 29.281 Fecha: 13-V-2013

La Contraloría Regional de Magallanes y Antártica Chilena ha solicitado a esta Sede Central un pronunciamiento acerca de si se ajusta a derecho que la Municipalidad de Punta Arenas, en su calidad de mandataria de un convenio mandato celebrado con el respectivo Gobierno Regional, para la ejecución del proyecto de inversión con cargo al Fondo Nacional de Desarrollo Regional, denominado "Construcción Muro de Contención Pasaje Caffarena, Río de la Mano, Punta Arenas", haya adjudicado la obra a la empresa Constructora Vilicic S.A., por la suma de \$735.342.046, luego que esta presentara la única oferta -por la misma cantidad- en la licitación pública convocada al efecto, cuyo monto asignado presupuestariamente era de \$364.690.000. La Oficina Regional señala que tal situación se verificó en una auditoría realizada a los procesos de inversión del Gobierno Regional de Magallanes y Antártica Chilena, la que dio lugar al informe final N° 26, de 2011, en el que se determinó hacer la presente consulta. Además, acompaña los antecedentes que dan cuenta que la entonces Secretaría Regional Ministerial de Planificación y Cooperación -actual Secretaría Regional Ministerial de Desarrollo Social- reevaluó el referido proyecto por la suma ofertada -a petición de la autoridad edilicia, solicitud a la que la intendente regional requirió darle prioridad-; que el Consejo Regional aprobó la pertinente modificación presupuestaria, y que se acordó un mandato suplementario, a fin de contemplar el nuevo monto máximo disponible, tras lo cual el municipio consultó a la máxima jefatura regional la procedencia de adjudicar la licitación pública al único proponente, por el nuevo monto disponible o, si atendida esta circunstancia, correspondía rechazar la oferta y convocar a un nuevo proceso licitatorio público, a lo que el Gobierno Regional le respondió que no tenía inconvenientes en aceptar la primera alternativa.

Sobre el particular, cabe manifestar que el artículo 16 de la ley N° 18.091, sobre alternativas para encomendar a los organismos técnicos del Estado, la ejecución de proyectos de inversión -precepto en que se fundamenta el convenio mandato aludido-, en sus incisos primero a tercero, autoriza la celebración de convenios mandatos simples, en los cuales, por una parte, es atribución del organismo técnico la supervisión técnica, procedimientos de licitación, proyectos, construcciones y conservaciones, conforme con los reglamentos y normas técnicas de que dispone para el desarrollo de sus propias actividades, y, en que, por otra, compete al mandante la adjudicación de las propuestas, previo acuerdo con el organismo técnico, salvo la excepción que se indica, como también, celebrar directamente con el adjudicatario el o los contratos y asumir los compromisos y desembolsos económicos del caso.

Luego, el inciso cuarto del citado artículo 16, contempla el mandato completo e irrevocable, en cuya virtud el organismo técnico o mandatario tiene la responsabilidad de la licitación, adjudicación, celebración de los contratos y la ejecución de los estudios, proyectos, construcción y conservación de obras de cualquier naturaleza que hayan sido previamente identificadas, y su cumplimiento está sujeto a los procedimientos, normas técnicas y reglamentarias de que dispone el organismo mandatario, correspondiendo al mandante solventar, en los plazos que indica, los estados de pago que le formule la unidad técnica.

En la situación planteada, de los términos del convenio aprobado, se desprende que se trata de un mandato completo e irrevocable, toda vez que se radican en el mandatario las atribuciones propias de esa clase de encargo por lo que resulta improcedente que, en la cláusula segunda, se limite el ejercicio de la facultad de adjudicación del mandatario, al estipularse que esta se efectuará previa aprobación del mandante.

En lo que se refiere a la modalidad de contratación de la obra en cuestión, debe considerarse que de acuerdo con el artículo 6° de la ley N° 20.407, de Presupuestos del Sector Público para el año 2010 -período en que se efectuó la licitación-, norma que ha sido reiterada en los posteriores textos legales de esa naturaleza, la licitación pública será obligatoria respecto de los proyectos y programas de inversión a realizar en el respectivo año presupuestario, cuando el monto total de estos, contenido en el decreto o resolución de identificación, sea superior al equivalente en pesos de mil unidades tributarias mensuales, excepto por situaciones de emergencia contempladas en la legislación vigente.

A su turno, el inciso segundo del artículo 8° de la ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, establece que, a fin de atender las necesidades de la comunidad local, las municipalidades podrán celebrar contratos que impliquen la ejecución de acciones determinadas. A su vez, los incisos cuarto, quinto y sexto del mismo precepto disponen, en lo que importa, que la celebración de dichos contratos se hará mediante licitación pública, si el monto de ellos o el valor de los bienes involucrados excede de doscientas unidades tributarias mensuales, o bien, a través de propuesta privada, si es inferior a dicho monto o si concurren imprevistos urgentes u otras circunstancias debidamente calificadas por el concejo -en sesión especialmente convocada al efecto y con el voto favorable de la mayoría absoluta de los concejales en ejercicio-, o, finalmente a través de contratación directa, si no se presentaren interesados o si el monto de los contratos no excediere de cien unidades tributarias mensuales.

En concordancia con lo anterior, la letra l) del artículo 65 de dicho texto legal, prescribe, en lo pertinente, que el alcalde requerirá el acuerdo del concejo para omitir el trámite de licitación pública en los casos de imprevistos urgentes u otras circunstancias debidamente calificadas.

En tanto, de conformidad con el artículo 66, inciso primero, de la misma ley, la regulación de los procedimientos administrativos de contratación que realicen las municipalidades, se ajustará a la ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, y sus reglamentos.

En este punto, debe aclararse que si bien el contrato en análisis se relaciona con la ejecución de una obra municipal, por lo que en razón de lo establecido en el artículo 3°, inciso primero, letra e), de la referida ley N° 19.886, en principio, se encuentra, excluido de su aplicación, no obstante, dicha preceptiva le es aplicable supletoriamente en aquellos aspectos no previstos en su propio ordenamiento -como sucede con la normativa de la ley N° 18.695 a que se ha hecho referencia, que regla las causales que determinan la modalidad de contratación-, atendido lo previsto en el inciso final de la mencionada disposición legal y la inexistencia de una regulación especial respecto de obras municipales (aplica criterio contenido en los dictámenes N°s. 39.472, de 2005; 42.826, de 2008, y 3.004, de 2009).

En este contexto, queda suficientemente asentado, primero, que los órganos administrativos intervinientes se encontraban en el imperativo legal de contratar la ejecución de la obra "Construcción Muro de Contención Pasaje Caffarena, Río de la Mano, Punta Arenas", a través de una licitación pública -de lo que se dejó constancia en la cláusula tercera del respectivo convenio mandato-, considerando el monto del proyecto de inversión de que se trata y que no concurrió una situación de emergencia, imprevisto urgente u otras circunstancias debidamente calificadas, al tenor de las comentadas disposiciones de las leyes N°s. 18.695 y 20.407; y, segundo, que el proceso licitatorio se encuentra regulado por la normativa de carácter general

sobre compras públicas contenida en la ley N° 19.886 y sus disposiciones complementarias, con excepción del artículo 8° de la ley N° 18.695.

Ahora bien, en el evento que la autoridad administrativa establezca en las bases de un proceso licitatorio, un determinado monto disponible para la contratación, como sucedió en la especie, este es la suma máxima de recursos que la entidad licitante informa, en la convocatoria, que dispone para tal efecto y, en ese carácter, constituye un requisito de los respectivos procesos de compras y contrato definitivo, y, en consecuencia, las ofertas que excedan dicha cantidad deberán ser declaradas inadmisibles, en razón de lo establecido en el artículo 9° de la ley N° 19.886.

En efecto, procede recordar que según lo dispuesto en los artículos 9° de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, y 10 de la citada ley N° 19.886, los principios rectores de toda licitación pública son los de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo, estricta sujeción a las bases que la regulan e igualdad de los proponentes, los cuales constituyen la principal fuente de derechos y obligaciones, tanto de la Administración como de los oponentes al correspondiente procedimiento.

Por ende, al revestir la cantidad de recursos disponibles para una contratación, parte integrante de las bases de los llamados a licitaciones sujetas a la ley N° 19.886, su posterior modificación exige ordenar un nuevo proceso de esa especie, toda vez que tal suma máxima supedita la presentación y contenido de las ofertas, y lo contrario -considerando los dictámenes N°s. 62.483, de 2004, y 7.119 y 46.746, ambos de 2009, de esta Entidad Fiscalizadora-, vulneraría los anotados principios de libre concurrencia, estricta sujeción a las bases e igualdad de los oferentes, a través de los cuales se resguarda, en general, la legalidad y transparencia que ha de primar en las licitaciones, y, en particular, la libre competencia en la provisión de bienes y servicios a la Administración del Estado.

La conclusión precedente es ratificada por la circunstancia que ordenamientos jurídicos especiales, aplicables a regímenes particulares de contrataciones, contienen disposiciones expresas sobre la materia, como sucede con el decreto N° 75, de 2004, del Ministerio de Obras Públicas, Reglamento para Contratos de Obras Públicas, que en sus artículos 4, N° 24, y 77, inciso segundo, previene que el presupuesto oficial es solamente informativo o referencial y servirá para fijar los precios unitarios compensados, cuando de acuerdo a las bases se emplee este criterio; situación similar que se presenta tratándose de las prestaciones de servicios personales especializados, respecto de los cuales el artículo 107 del decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, autoriza superar hasta un 20% el monto total ofertado (aplica criterio contenido en los dictámenes N°s. 47.490, de 2005, y 54.426, de 2007).

En consecuencia, cumple con señalar que no se ajustó a derecho que el Gobierno Regional de Magallanes y Antártica Chilena haya autorizado a la Municipalidad de Punta Arenas, y que esta procediera en el sentido indicado, adjudicar la licitación pública para la contratación de la obra en comento, a la empresa Constructora Vilicic S.A., único proponente en dicho proceso, dado que si el monto asignado presupuestariamente resultaba insuficiente para solventar el precio ofertado, correspondía declarar inadmisibles la oferta, por no cumplir un requisito establecido en las bases, aprobar nuevas bases por el monto disponible y convocar a otra propuesta pública.

Atendido lo anterior, la Contraloría Regional de Magallanes y Antártica Chilena deberá iniciar un proceso disciplinario tendiente a determinar la eventual responsabilidad administrativa de los funcionarios involucrados en los hechos en examen, de los cuales, además, podría derivarse responsabilidad civil de existir un perjuicio al patrimonio público.

Finalmente, dado que las obras municipales se rigen, en los términos ya precisados, por el artículo 9° de la ley N° 18.695, la ley N° 19.886 y sus reglamentos, es improcedente que en las bases se incorporen estipulaciones fundamentadas en el aludido Reglamento para Contratos de Obras Públicas, en tanto sean contrarias a la antedicha preceptiva.

De igual manera, cabe añadir, atendido lo concluido en los dictámenes N°s. 19.534 y 33.982, ambos de 2008, de este Organismo Contralor, que no corresponde que en el artículo 4° de las bases en examen se fijen otras inhabilidades para participar en la licitación pública, distintas de las previstas en los incisos primero y sexto del artículo 4° de la ley N° 19.886, y tampoco que se exija estar inscrito en el registro electrónico oficial de contratistas de la Administración a cargo de la Dirección de Compras y Contratación Pública, en atención a que ello contraviene los artículos 4°, 6° y 16 del referido texto legal, puesto que el inciso cuarto de este último precepto solo permite requerir esa inscripción para la suscripción del contrato definitivo.

Por orden del Contralor General de la República
Pedro Aguerrea Mella
Subjefe de la División Jurídica