

N° 34.523 Fecha: 04-VI-2013

Se ha dirigido a esta Contraloría General don Asad Hananía Mansur, en representación de la sociedad Issa Hananía y Compañía Limitada, solicitando un pronunciamiento acerca de la legalidad del punto 4.12 de las bases administrativas que rigieron la licitación pública para la adquisición de camisas blancas destinadas al personal masculino de Carabineros de Chile, en relación con una multa que esa entidad le aplicó a su representada, por atraso en la entrega.

El interesado argumenta que firmó un contrato de adhesión que preveía una multa exorbitante que ascendió a \$25.605.320, que resultó mayor al valor de la obligación principal de \$15.708.785. Estima que la cláusula que la reguló es abusiva, pues rompe el equilibrio económico financiero del contrato y que, a su juicio, obedece al ejercicio desproporcionado del ius puniendi del Estado. Además, al ser diversa a la estipulada para otras licitaciones de esa institución, vulneraría el principio de igualdad entre los oferentes.

Requerido su informe, la Dirección Nacional de Logística de Carabineros de Chile expone que las desigualdades de tratamiento en cuanto a las multas en las diversas licitaciones, responden a particularidades propias de cada una de estas, en orden a propiciar la adquisición oportuna de los productos, y que en el caso que se reclama, se estableció para evitar incumplimientos de los proveedores, incentivando que en sus ofertas estos establecieran plazos de entrega que efectivamente pudieran cumplir. Agrega que la posterior aplicación de la multa se realizó conforme con lo previsto en las bases y en relación con el incumplimiento del plazo ofertado por el propio recurrente.

Sobre el particular, cabe señalar que el artículo 1° de la ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios -regulación aplicable a la contratación en estudio conforme a lo previsto en el artículo 11 de la ley N° 18.928, que Fija Normas sobre Adquisiciones y Enajenaciones de Bienes Corporales e Incorporales Muebles y Servicios de las Fuerzas Armadas-, prescribe que a los contratos administrativos que señala se les aplicarán supletoriamente las normas de Derecho Público, y en defecto de aquellas, las normas de Derecho Privado.

Luego, el inciso tercero de artículo 11 de la citada ley N° 19.886, establece que con cargo a la garantía que asegure el fiel y oportuno cumplimiento del contrato, podrán hacerse efectivas las multas y demás sanciones que afecten a los contratistas.

La misma disposición se recoge en el N° 6 del artículo 20 del decreto N° 95, de 2006, del Ministerio de Hacienda, Reglamento de la referida ley N° 18.928, con ocasión del contenido mínimo de las bases, agregando en el N° 4 del artículo 21, que se puede contemplar como contenido adicional de las mismas, cualquier otra materia que no contradiga a las disposiciones que señala.

Como puede advertirse, la ley N° 19.886 reconoce la posibilidad que la Administración contemple multas en su contratación de bienes y servicios, pero no la regula.

Por su parte, la jurisprudencia administrativa contenida en los dictámenes Nos 8.297 y 21.035, ambos de 2012, y N° 4.508, de 2013, entre otros, todos de esta Contraloría General, ha precisado que el fundamento que origina la multa es un incumplimiento contractual y que no reviste la naturaleza de una sanción administrativa. Más bien se trata de la consecuencia jurídica de una

situación expresamente prevista en las bases y en el contrato, correspondiendo a la mera ejecución de las estipulaciones de tales acuerdos de voluntades y no implica el ejercicio del ius puniendi o potestad sancionatoria del Estado.

En concordancia con lo anterior, los dictámenes Nos 30.642, de 1989, 5.287 y 6.010, ambos de 1992, entre otros, han reconocido que las estipulaciones contractuales que contienen multas asociadas al incumplimiento de las obligaciones convencionales tienen el carácter de cláusula penal, la que se encuentra definida por el Código Civil en su artículo 1.535 como aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal, disposición que se aplica supletoriamente a las contrataciones regidas por la ley N° 19.886 según lo prevé su artículo 1° antes aludido.

Ahora bien, conforme al numeral 4.12 de las bases que rigieron el proceso licitatorio en cuestión -aprobadas por resolución exenta N° 87, de 2010, de esa Dirección Nacional de Logística-, si el adjudicatario no entrega las especies objeto de la licitación dentro del plazo estipulado, o las entrega con defectos, estará obligado a pagar una multa por incumplimiento, calculándose esta sobre el valor de las especies atrasadas o defectuosas, aplicando progresivamente cada uno de los tramos que establece: de 1 a 10 días, un 0,5% diario; desde el día 11 al 20, un 1% diario; desde el día 21 al 30, un 4% diario; desde el día 31 al 40, un 6% diario, desde el día 41 al 60, un 8% diario y desde el día 61 en adelante, un 10% diario.

De lo anterior se desprende que ni en las bases ni en el contrato se contempló un valor determinado para las multas que se aplicarían al proveedor que pueda estimarse desproporcionado o exorbitante, pues solo se establece un mecanismo de cálculo que sirve para fijarlas y que depende de la cantidad de camisas que no se entreguen oportunamente y de los días de atraso imputables al contratista.

En efecto, las multas se previeron para el caso de retardo en el cumplimiento de la obligación de entregar los bienes, las que se van devengando progresivamente de acuerdo a la cantidad de tiempo que transcurra después del incumplimiento. Esa cláusula penal moratoria progresiva tiene como finalidad, de acuerdo a lo señalado por el servicio en su informe, evitar incumplimientos en los plazos de entrega y sancionar el atraso.

Ahora bien, el recurrente reconoce que se obligó a entregar 2.034 camisas hasta el 25 de julio de 2011 -plazo ofertado por el mismo proveedor en su propuesta-, habiendo entregado la totalidad de esos productos recién el 9 de septiembre de esa anualidad, esto es, con 46 días de atraso, por lo que se configuran los supuestos que obligan a la Administración a la aplicación de la multa contemplada en las mencionadas bases administrativas, la que fue calculada de acuerdo a lo previsto en ellas, considerando la cantidad de especies atrasadas y el número de días de retraso, sin que se alegase ni acreditase caso fortuito o fuerza mayor que permitiera eximirse de la misma.

Asimismo, no procede entender que la multa ha alterado el equilibrio económico financiero del contrato, como sostiene el peticionario, pues ese principio supone que la Administración no puede cambiar unilateralmente la convención haciendo más gravosa la obligación del particular sin una contraprestación, constituyendo una limitación al ejercicio del ius variandi del Estado en los contratos administrativos, situación que no se configura en la especie.

Lo anterior por cuanto la Administración no ha realizado modificación alguna a las condiciones del contrato firmado por las partes, por lo que no puede estimarse que por hechos imputables al contratista -como es el atraso en la entrega del suministro- se haya alterado el equilibrio económico financiero del contrato, en atención a que el eventual atraso en la entrega de los bienes se encontraba considerado dentro de las causales para la aplicación de las multas que preveía dicho acuerdo de voluntades.

Enseguida, no se advierte la vulneración al principio de igualdad de los oferentes que invoca el peticionario, contemplado en el artículo 6° de la ley N° 19.886 -que señala que las condiciones previstas en las bases no podrán establecer diferencias arbitrarias entre los proponentes-, pues cada proceso concursal se rige por sus propios pliegos de condiciones que no necesariamente deben ser idénticos, ya que sus disposiciones han de ajustarse a la necesidad pública que la Administración se encuentra obligada a satisfacer en cada caso y a la naturaleza de los bienes y servicios contratados, entre otras circunstancias.

Finalmente, de lo manifestado por el recurrente aparece que la boleta de fiel y oportuno cumplimiento del contrato fue devuelta al proveedor una vez recibidas las camisas sin hacerla efectiva, lo que no se ajusta a derecho, pues conforme con lo dispuesto en el artículo 11 de la ley N° 19.886 y el N° 6 del artículo 20 del decreto N° 95, de 2006, ya citados, el pago de las multas es una obligación del proveedor que también se encuentra caucionada por esa garantía, como aparece del numeral 4.12 de las bases administrativas, que en lo pertinente señalan que estas podrán hacerse efectivas, total o parcialmente, sobre cualquier estado de pago o del documento bancario de garantía de fiel y oportuno cumplimiento del contrato.

En el caso en estudio, corresponde que se adopten las medidas necesarias para obtener el pago de las multas adeudadas, siendo del caso agregar que en lo sucesivo, mientras permanezcan obligaciones pendientes por parte del proveedor derivadas del contrato, como ocurre con el pago de las multas, la Administración deberá velar por que la garantía de fiel cumplimiento se mantenga vigente por todo el período respectivo.

En consecuencia, cabe concluir que no se advierten irregularidades en las bases administrativas que vicien las disposiciones que regulan la determinación de las multas, sin perjuicio de hacer presente que conforme con lo previsto en el artículo 1.544 del Código Civil, que regula la cláusula penal enorme, corresponde a los Tribunales de Justicia pronunciarse sobre la materia y moderarla en caso de estimarse desproporcionada.

Ramiro Mendoza Zúñiga
Contralor General de la República