

**N° 5.633 Fecha: 28-I-2011**

Esta Entidad de Control ha debido abstenerse de dar curso a la resolución N° 266, de 2010, que aprueba el contrato suscrito entre el Fondo de Solidaridad e Inversión Social –FOSIS-, y Telefónica Empresas Chile S.A., para la prestación de servicios de telecomunicaciones, por no ajustarse a derecho.

Al respecto, cumple con manifestar, en primer término, que de acuerdo a los antecedentes acompañados, se ha podido constatar que la tabla de evaluación utilizada al momento de calificar las ofertas presentadas en el proceso licitatorio, no se ajusta a la establecida en las bases administrativas. En efecto, por intermedio de la mencionada tabla, el criterio correspondiente a Niveles de Servicios (SLA) y su Administración se desagregan en una serie de subcriterios que no fueron previstos en dicho pliego de condiciones, dándoles una ponderación distinta a la allí consultada, circunstancia que constituye una vulneración al principio de estricta sujeción a las bases consagrado en el inciso tercero, artículo 10, de la ley N° 19.886, de Bases Sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios. Asimismo, se advierte una transgresión al citado principio de estricta sujeción a las bases, en la cláusula cuarta, numerales 11, inciso final, y 13, letra g); cláusula undécima, incisos seis y ocho; cláusula duodécima, inciso final; y cláusula décimo tercera, segundo guión del primer numeral, numeral tres y cuatro, del convenio en examen, ya que establecen, respectivamente, excepciones al cumplimiento de obligaciones, plazos mayores al tiempo de respuesta en los niveles de servicios, renuncia anticipada de derechos, causales de uso indebido, implantación de funcionalidades complementarias a las contratadas y, condiciones en la prestación de los servicios, por cuanto dichas estipulaciones no fueron previstas en las bases administrativas que regularon el proceso licitatorio, ni tampoco constituyen una aplicación de normas generales sobre la materia. Luego, es menester señalar que la disposición tercera, inciso tercero, del acuerdo de voluntades, no se ajusta al numeral 12 de las bases administrativas, que permite la prórroga del contrato por hasta un período de 12 meses, siempre y cuando medie una solicitud por escrito de parte del FOSIS en caso de existir un retraso en la sucesiva licitación del presente servicio, que no sea imputable a dicha institución, y no como se expresa en la mencionada cláusula.

A su vez, se debe manifestar que tampoco es procedente lo señalado en la cláusula quinta, inciso noveno del contrato en examen, en orden a permitir que Telefónica Empresas Chile S.A. ponga término anticipado al contrato mediante aviso previo al cliente por el no pago de las prestaciones, por cuanto contraviene los principios de continuidad del servicio y de eficacia, contenidos en los artículos 3° y 28, y 5°, respectivamente, de la ley N° 18.575, de Bases Generales de la Administración del Estado, en relación con el principio de legalidad previsto en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política, plasmado asimismo en el artículo 2° de la antedicha ley.

En este sentido, y como lo informara esta Entidad Fiscalizadora en sus dictámenes N°s. 74.046 y 44.186, ambos de 2010, el permitir que se ponga término anticipado al convenio por decisión unilateral de la empresa contratada, importa que los Órganos de la Administración del Estado dejarían de satisfacer las necesidades colectivas que, de manera regular y continua, están obligados a prestar.

Por otra parte, es dable objetar lo dispuesto en la cláusula novena del contrato, en cuanto dispone que la aplicación de multas será facultativa para el Servicio, toda vez que, en armonía con el principio de interdicción de la arbitrariedad y el debido resguardo de los intereses fiscales, acaecidas las circunstancias previstas para la aplicación de multas, resulta imperativo para la entidad contratante, cursarlas.

A su turno, es dable reparar la cláusula duodécima del convenio, que permite a Telefónica Empresas Chile S. A., transferir a terceros los derechos que emanen del contrato o sustituirse en el mismo, requiriendo la autorización del cliente, por cuanto no se aviene al artículo 14 de la ley N°

19.886, en relación con el artículo 74, de su reglamento, aprobado por el decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, en cuya virtud se prohíbe la cesión o transferencia en forma alguna, ya sea total o parcialmente, de los derechos y obligaciones que nacen con ocasión de una licitación y especialmente de los establecidos en el contrato definitivo, salvo que una norma legal especial permita tal cesión, circunstancia que no concurre en la especie. Enseguida, no se insertan ni acompañan los anexos mencionados en la cláusula segunda del acuerdo de voluntades, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 6°, de la resolución N° 1.600, de 2008, de esta Contraloría General.

Sin perjuicio de lo expresado, es necesario hacer presente que el acto administrativo que aprueba el contrato, ha sido dictado con un evidente retraso, teniendo presente que la licitación se adjudicó con fecha 16 de junio de 2010, mediante resolución exenta N° 1.169, de ese mismo año, del Fondo de Solidaridad e Inversión Social, siendo el respectivo contrato suscrito recién el 2 de noviembre de 2010, y aprobado el 16 de diciembre de 2010, a través de la resolución N° 266, en examen, ingresada a esta Contraloría General con la misma data. En efecto, cabe señalar que dicha demora, tal como se puntualizara en los dictámenes N°s. 27.815, de 2008 y 32.749, de 2009, configura una infracción tanto al artículo 8° de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que impone a los órganos de la Administración la obligación de actuar por propia iniciativa en el cumplimiento de sus funciones, procurando la simplificación y rapidez de los trámites, como al artículo 7° de la ley N° 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, relativo al principio de celeridad, conforme al cual las autoridades y funcionarios deberán actuar por propia iniciativa en la iniciación del procedimiento de que se trate y en su prosecución, haciendo expeditos los trámites pertinentes.

.Atendido lo anterior, ese Servicio deberá adoptar, en lo sucesivo, las medidas que sean necesarias a fin de que sus actos administrativos se dicten y envíen a trámite de toma de razón en su debida oportunidad, cuando ellos deban producir sus efectos en una determinada fecha, tal como ocurre en la especie.

En atención de lo anteriormente expuesto, se representa el acto administrativo estudiado.