

N° 67.520 Fecha: 12-XI-2010

Esta Contraloría General ha debido abstenerse de dar curso a la resolución N° 1.459, de 2010, de Gendarmería de Chile, que aprueba el contrato celebrado entre dicho servicio y Telefónica Empresas Chile S.A, para la prestación de servicios de enlaces de comunicación de datos a nivel nacional, central telefónica y cableado estructurado de la dirección nacional, en virtud del proceso licitatorio realizado de conformidad con las bases administrativas y técnicas aprobadas por la resolución N° 1.466, de 2009, de ese Servicio, por no ajustarse a derecho.

Sobre el particular, corresponde señalar que las cláusulas segunda y séptima del contrato, en cuanto establecen la facultad de Telefónica Empresas Chile S.A., para suspender los servicios y/o poner término anticipado y de pleno derecho al mismo por los incumplimientos que allí se indican, contravienen 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 su dictamen N° 44.186, 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.

Asimismo, la citada cláusula séptima agrega que el término anticipado de los servicios contratados dispuesto por la sola voluntad de Telefónica Empresas Chile S.A., será sin ulterior responsabilidad ni derecho a indemnización o reparación de ninguna especie a favor del cliente -Gendarmería de Chile-, en caso que por decisión de autoridad judicial o administrativa competente, o bien por caso fortuito o fuerza mayor, observancia de prohibiciones, restricciones, condiciones o limitantes establecidas por la legislación, se hiciere imposible, muy gravoso o se dificultare económica o técnicamente la prestación de los mismos.

La estipulación anterior se debe observar por cuanto consigna, por una parte, una eximente de responsabilidad contractual no prevista en el pliego de condiciones que rigieron el proceso concursal, que constituye una transgresión al principio de estricta sujeción a las bases contemplado en el inciso tercero, del artículo 10, de la ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, y por otra, contempla una renuncia anticipada de derechos y acciones de parte de Gendarmería de Chile, lo cual, como lo ha expresado esta Contraloría General en sus dictámenes N°s. 14.939, de 1995 y 29.551, de 2008, entre otros, sólo puede realizarse por un organismo público cuando una norma de rango legal lo autoriza expresamente a ello, circunstancia que no ocurre en la situación en comento.

Se advierte, asimismo, una vulneración al citado principio de estricta sujeción a las bases, en las cláusulas sexta; séptima, párrafo tercero, y novena, del convenio en examen, ya que establecen, respectivamente, la facultad de la empresa de poner término anticipado al contrato por ciertos usos indebidos que realice Gendarmería

de Chile del equipamiento contratado; la posibilidad de exigir el pago de las mensualidades de todo el período del contrato en caso de que dicha Entidad ponga término anticipado al mismo o el pago de multas por el atraso en la devolución de equipos, en el sentido que dichas prerrogativas no fueron previstas en las bases administrativas que regularon el proceso licitatorio.

Además, cabe observar la indicada cláusula séptima, párrafo tercero, en la medida que, de ocurrir el supuesto que establece, conlleva el pago de prestaciones no efectuadas, generando el consiguiente daño al patrimonio fiscal.

Del mismo modo, resulta objetable la limitación de responsabilidad, tanto en el monto y en la clase de daños, prevista en la cláusula décima del contrato en estudio - al señalar que la responsabilidad de Telefónica Empresas Chile S.A. por los daños directos y previstos que le hubiere causado al cliente el incumplimiento de sus obligaciones, en ningún caso superará el valor del presente contrato, el cual operará como límite máximo de su responsabilidad-, toda vez que ella configura una renuncia anticipada de Gendarmería de Chile a los derechos que le correspondería ejercer en caso de producirse perjuicios imputables a la empresa contratada.

A su turno, es dable reparar la cláusula décimo tercera del convenio, que permite a Telefónica Empresas Chile S. A., ceder el contrato a cualquiera de las empresas pertenecientes al Grupo Telefónica, sin requerir 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, los derechos y obligaciones que nacen con ocasión de una licitación y especialmente los establecidos en el contrato definitivo, salvo que una norma legal especial permita tal cesión, circunstancia que no concurre en la especie.

En otro orden de materias, se debe hacer presente que la vigencia hasta el 14 de abril de 2016, de la boleta de garantía de fiel cumplimiento acompañada, no se ajusta al artículo 18, en relación con el artículo 26, ambos de las bases administrativas, ya que conforme a estas disposiciones el plazo de vigencia de dicha caución debía ser igual al plazo de vigencia del contrato, que se inicia a partir de la total tramitación del acto administrativo que sanciona el convenio, aumentado en 180 días corridos desde el término de aquél. Tampoco se consigna la glosa que debía contener la boleta, conforme al mencionado artículo 18 de las bases.

Adicionalmente, la posibilidad de incorporar líneas adicionales al plan de minutos contratados por parte de Gendarmería de Chile, acorde con lo dispuesto en la cláusula segunda del contrato, debe entenderse limitada hasta en un 30% de las especies adquiridas, lo cual requerirá la respectiva modificación del presente convenio, aprobada por resolución totalmente tramitada, de conformidad con lo señalado en el artículo 32 de las bases respectivas.

Finalmente, se debe hacer presente que esa Entidad deberá incorporar en el cuerpo de las resoluciones que emita el texto íntegro de los convenios y sus anexos, que aquéllas aprueben, de conformidad con lo prescrito en el artículo 6° del Título Preliminar de la resolución N° 1.600, de 2008, de esta Entidad Fiscalizadora, que fija normas sobre exención del trámite de toma de razón, y la jurisprudencia

administrativa contenida en los dictámenes N°s. 26.212 y 46.129, ambos de 2009, entre otros, no siendo suficiente la sola mención para entender que el texto de éstos, aun cuando se adjunten por separado, forman parte integrante de las mismas, como se indica en la cláusula primera del contrato.

En mérito de lo expuesto se representa el acto administrativo señalado.

Ramiro Mendoza Zúñiga
Contralor General de la República