

**N° 74.523 Fecha: 13-XII-2010**

Se ha dirigido a esta Contraloría General el señor Rector de la Universidad de Atacama, solicitando se determine si la posición jurídica que plantea se ajusta a derecho, atendido que difiere, en parte, del razonamiento jurídico que mantiene la Contraloría Regional de Atacama al respecto.

Señala el recurrente que esa Entidad Contralora Regional ha exigido se instruya un sumario administrativo en la citada Universidad, al mismo tiempo que rechaza el sobreseimiento dispuesto por esa autoridad administrativa al término de dicho proceso disciplinario, en razón de una eventual responsabilidad administrativa que se habría generado debido a la inobservancia del principio de estricta sujeción a las bases administrativas y técnicas de licitación, en el proceso de contratación denominado Mantenimiento de Áreas Verdes e Instalación de Riego Tecnificado, en el Área Norte del Campus Copiapó de la Universidad de Atacama.

Sobre el particular manifiesta que, en su opinión, el principio de estricta sujeción a las bases tiene un matiz diverso del indicado por la Contraloría Regional de Atacama, pues éste no implicaría necesariamente que el contrato no pueda ser modificado respecto de las bases del concurso, sino sólo buscaría establecer la no discriminación arbitraria entre los oferentes en un proceso de licitación y, además, sería el propio artículo 13, de la ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, el que establece que dichos contratos pueden ser modificados por mutuo acuerdo de las partes, por incumplimiento grave de las obligaciones contraídas por el contratante o por exigirlo así el interés público, entre otras.

Respecto de lo observado por el Ente Contralor Regional, relacionado con el establecimiento en el contrato de plazos, sanciones y otras materias, que resultarían contrarias a las bases administrativas de la licitación, señala que responderían a la aplicación de principios de protección del patrimonio público y de autonomía de la voluntad, sin que, en su opinión, impliquen una transgresión al principio de estricta sujeción a las bases, en la medida que las modificaciones que se cuestionan constituirían solamente una especificación de las condiciones del contrato administrativo, tendientes a evitar un gasto que no resulta justificado conforme al estado de avance en la ejecución de las obras y a la debida sanción por incumplimientos del contratista.

Por último, manifiesta que resulta impropio que se intervenga en la potestad sancionadora reservada por ley al jefe superior del servicio y que se ha actuado de buena fe y sin perjuicio para el interés fiscal.

Requerido informe a la Contraloría Regional de Atacama, ésta lo ha emitido mediante el oficio N° 2.754, de 2010, en el que señala, en síntesis, que respecto a este tema ha sido coherente en manifestar que el convenio celebrado entre las partes, luego de verificada la adjudicación a favor del proponente, no se ajustó a lo preceptuado en las bases administrativas, infringiéndose el principio de estricta sujeción a éstas, no obstante invocarse como fundamento haberse privilegiado la custodia del patrimonio público y en el convencimiento que las conductas no transgredían el principio en comento, puesto que tales argumentaciones no constituyen hipótesis de excepción al principio de estricta sujeción a las bases, en consecuencia, en el proceso sumarial en estudio se habría configurado una infracción a los deberes y obligaciones funcionarias, que debe ser sancionado administrativamente mediante la aplicación de una medida disciplinaria.

Sobre el particular, cabe señalar que analizados los antecedentes tenidos a la vista, en especial el proceso disciplinario instruido en la Universidad de Atacama y el oficio 249, de 2010, de la

Contraloría Regional de Atacama, que representa la resolución N° 13, de 2009, de dicha Casa de Estudios Superiores, que sobreesee el citado sumario administrativo, se ha podido advertir que en la especie se han infringido deberes funcionarios, originándose responsabilidad administrativa al respecto.

En efecto, se transgredió el principio de estricta sujeción a las bases, toda vez que, por una parte, con anterioridad a la suscripción del convenio de que se trata, se comenzaron a ejecutar los trabajos respectivos y, por otra, dicha Universidad estipuló, en el contrato celebrado con el señor Cristián González Tabilo, aprobado mediante la resolución exenta N° 29, de 2008, en las cláusulas N°s 5 y 6, modalidades de pago, garantías y plazos diferentes a las indicadas en las bases y, en la cláusula N° 2, señaló que en caso de discrepancias entre los documentos que se agregan al presente contrato y que forman parte de éste y lo estipulado en él, primarán tales estipulaciones contractuales.

Ello, por cuanto la posibilidad de modificar sustancialmente las condiciones por las cuales se debía regir dicha contratación, sólo habría sido procedente si hubiese estado prevista en las bases administrativas pertinentes, conforme lo ha manifestado la jurisprudencia de este Organismo de Control, que en este sentido ha señalado que las situaciones que justifican la modificación de los contratos administrativos, en virtud de lo dispuesto en los artículos 13, de la ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos y Prestación de Servicios, y 77, del decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que aprueba el reglamento de dicho texto legal, deben contemplarse en el correspondiente pliego de condiciones o en el convenio que se pretende cambiar, lo que no ha ocurrido en la especie.

En este sentido, es dable tener presente que dichas causales deben interpretarse en armonía con el citado principio de estricta sujeción a las bases, reconocido por el artículo 10 de la referida ley N° 19.886, de modo que no es posible entender que las partes de un contrato sujeto a dicha normativa puedan modificarlo libremente, si las bases no han regulado esa posibilidad (aplica criterio contenido en los dictámenes N°s. 29.179 y 43.322, ambos de 2009).

Con todo, cabe precisar que toda licitación se rige por principios rectores de derecho público, cuales son la estricta sujeción a las bases administrativas y la igualdad de los participantes, a través de los cuales se pretende reflejar la legalidad y transparencia que debe primar en todos los contratos de la Administración, por lo que aquellos deben ser respetados en toda propuesta pública, sin que puedan admitirse excepciones, salvo caso fortuito o fuerza mayor, que afecte por igual a todos los licitantes o, como ya se señaló, que en las bases se prevean situaciones especiales que lo permitan (aplica criterio contenido en el dictamen N° 1.535, de 2000).

Como puede apreciarse, la citada jurisprudencia se refiere a los principios de estricta sujeción a las bases e igualdad de los oferentes, como dos principios independientes uno del otro, el primero se fundamenta en la circunstancia de que las Bases Administrativas constituyen la fuente principal de los derechos y obligaciones, tanto de la Administración como de los licitantes, y el segundo tiene por objeto garantizar la actuación imparcial de la Administración, para lo cual se requiere establecer requisitos impersonales y de aplicación general, debiendo tenerse presente que su cumplimiento resulta esencial para dar plena eficacia al principio de juridicidad y de igualdad ante la ley, consagrado en los artículos 6 y 19, N° 2, de la Constitución Política del Estado, por lo que paralelamente deben ser respetados sin excepciones, salvo las establecidas en el párrafo anterior.

En otro orden de ideas, en relación a la potestad sancionadora de la Administración cabe manifestar que, en conformidad a lo señalado por la reiterada jurisprudencia administrativa, si bien el legislador ha radicado la potestad disciplinaria en la Administración Activa, confiriéndole a la autoridad la facultad de determinar la absolución o la aplicación de alguna medida disciplinaria, respecto del personal de su dependencia, el ejercicio de tal atribución debe ser efectuado con pleno sometimiento al ordenamiento jurídico (aplica dictamen N° 47.181 de 2002, entre otros).

A este respecto, se debe manifestar que es a esta Contraloría General, a quien le corresponde fiscalizar que la potestad disciplinaria sea ejercida en la forma que señala la legislación y sin arbitrariedad, lo que implica que la decisión adoptada sea justa, desprovista de discriminación, racional y proporcional a la falta y al mérito del proceso (aplica criterio contenido en el dictamen N° 7.744, de 2000).

Así, en el ejercicio de sus facultades fiscalizadoras, esta Entidad de Control debe velar en orden a que las decisiones de la Administración, en quien se encuentra radicada la potestad sancionadora, se ciñan al principio de juridicidad previsto en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República y 2° de la ley N° 18.575, eso es que se ajusten al ordenamiento jurídico en toda su integridad.

Dicha fiscalización, en el caso de la especie, se materializa mediante el control preventivo de legalidad, ocasión en que a esta Contraloría General le corresponde examinar si el acto a través del cual la superioridad sobresee, absuelve o impone alguna sanción se encuentra ajustado a derecho y debidamente fundado, entendiéndose que lo está si las razones que lo motivan, que deben explicitarse en el documento respectivo, son de carácter objetivo, atinentes a la situación investigada, acorde al mérito del proceso y, en fin, ajustadas a la legalidad (aplica criterio contenido en el dictamen N°. 43.128, de 2010).

En torno a esta materia, el artículo 119 de la ley N° 18.834, previene, en su inciso primero, que el empleado que infringiere sus obligaciones y deberes funcionarios podrá ser objeto de anotaciones de demérito en su hoja de vida o de medidas disciplinarias. En tanto, el inciso segundo, de la citada disposición, establece que los funcionarios incurrirán en responsabilidad administrativa, cuando la infracción a sus deberes y obligaciones fuere susceptible de la aplicación de una medida disciplinaria, la que deberá ser acreditada mediante investigación sumaria o sumario administrativo.

Como se advierte claramente de tales preceptos, acreditada una infracción a los deberes y obligaciones en el proceso sumarial respectivo, se configura la responsabilidad administrativa, la que debe dar lugar a la aplicación de una medida disciplinaria. Es decir, la discrecionalidad de que goza la autoridad en quien se radica la potestad disciplinaria, no consiste en que pueda libremente determinar si aplica una sanción o absuelve, no obstante, estar fehacientemente acreditada la falta, sino que ello dice relación con la medida específica a aplicar o la decisión a adoptar, pero siempre atendiendo al mérito del proceso y a las circunstancias atenuantes y agravantes que puedan concurrir ( aplica criterio contenido en el dictamen N° 12.751, de 2005).

Ahora bien, del examen del expediente sumarial aparece que los fundamentos expuestos en la resolución N° 13, de 2009, de la Universidad de Atacama, no justifican la decisión de sobreseer, puesto que, como ya se ha dicho, se encuentra acreditada una falta a los deberes funcionarios que da origen a responsabilidad administrativa, lo cual debe dar lugar a la aplicación de una sanción.

En estas condiciones, esta Contraloría General debe manifestar que no resulta procedente reconsiderar el criterio sostenido en el oficio N° 249, de 2010, de la Contraloría Regional de Atacama, el cual se ratifica y, por ende, la autoridad administrativa de la Universidad de Atacama debe dar cumplimiento a lo allí concluido.