



Contraloría General de la República División de Coordinación e Información Jurídica

Dictamen

011516N09

Texto completo

N° 11.516 Fecha: 05-III-2009

Se han dirigido a la Contraloría General, los parlamentarios señores Jovino Novoa Vázquez y Gonzalo Uriarte Herrera, solicitando un pronunciamiento respecto de diversas irregularidades, que a su juicio, habrían ocurrido en los contratos celebrados por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, en el ejercicio de la facultad de modificar las bases de la denominada "Licitación Transantiago 2003", aprobada mediante Resolución N° 117 de la referida Cartera de Estado, de 30 de diciembre del mismo año.

Manifiestan los recurrentes, en síntesis, que durante el mes de agosto de 2006, la Secretaria de Estado precitada suscribió con alguno de los concesionarios de vías del sistema de transporte público de Santiago, una modificación a la cláusula 21 y al anexo 2 del Contrato de Uso de Vías, mediante la cual, se introdujeron postergaciones al calendario de aportes a la Reserva Técnica Operativa, que debían realizar los concesionarios, restituyéndose a los que así aceptaran, una parte de los aportes realizados, con el objeto de operar una compensación con los aportes futuros que el respectivo operador debía enterar.

Exponen enseguida, que el numeral 11° de la cláusula segunda de la modificación del contrato, alude a que las nuevas condiciones respetan el principio de igualdad de los proponentes que participan en la licitación, no obstante, según los recurrentes, las variaciones constituyen una alteración sustancial a los numerales 2.6 y 3.4.6 de las bases de licitación sobre Financiamiento del Sistema.

Sostienen además, la existencia de una infracción al principio de igualdad de los proponentes que queda de manifiesto al tenor de lo dispuesto en el artículo 5.4 de las precitadas bases, en lo relativo a la selección de la oferta ganadora, en la cual, se da preferencia a la propuesta que presente el mayor aporte a la Reserva Técnica Operativa.

Aducen los parlamentarios, que las diversas modificaciones a los contratos de concesión con el objeto de compensar y postergar el pago de los aportes a la aludida reserva, derivaron en un menor ingreso a este fondo, cuyo objetivo es de acuerdo las bases "cubrir desfases o descalces temporales entre ingresos y costos".

Exponen enseguida, que ante la imposibilidad de cubrir estos desfases tan pronto se dio inicio a la etapa de Régimen del Sistema, se derivó la necesidad de introducir un aporte fiscal de doscientos noventa millones de dólares, aprobados por el Congreso Nacional a través de la Ley 20.206, de 6 de julio de 2007, que creó un Fondo de Estabilización Financiera del

Transporte Público de la ciudad de Santiago.

Señalan, que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2.6 de las Bases de Licitación, los aportes del Estado al financiamiento de los servicios serían eventuales y al tenor del mismo marco normativo, el sistema se financiaría con los aportes de los propios usuarios, por lo cual, los aportes de recursos fiscales sin los cuales el sistema no podría cumplir sus objetivos, representa un perjuicio, al erario público, lo cual, amerita a su juicio una investigación de las responsabilidades en las correspondientes actuaciones administrativas.

Por otra parte, manifiestan que acorde lo consignado en el inciso cuarto del artículo 3° de la Ley 18.696, el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones tiene la obligación de requerir informe previo del Departamento de Tránsito de la o las comunas afectadas y de la Secretaría Ministerial de Transportes correspondiente, como condición legal habilitante para ejercer la facultad de disponer el uso de las vías para determinados tipos de vehículos mediante licitación pública, lo cual no habría acontecido en la especie.

Por último, expresan que esta licitación no se ha ceñido a la Ley 19.886, Ley de Bases Sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, en su artículo 18, referente a la obligación de cotizar, licitar, contratar, adjudicar, entre otros, utilizando solamente los sistemas electrónicos, 9 digitales que establezca al efecto la Dirección de Compras y Contratación Pública.

Al respecto, solicitado el correspondiente informe a la Subsecretaría de Transportes, ésta lo evacuó mediante oficio N° 4496, de 2008, en el cual manifiesta, en síntesis, que su actuar se ha ceñido estrictamente a los principios de legalidad y competencia consagrados en la Carta Fundamental, sin que haya existido abuso ni transgresión alguna en el ejercicio de las potestades públicas.

Agrega, que se sometió al procedimiento especial aplicable al objeto de la concesión, cual es el uso de vías, regulado en la ley N° 18.696 en lo concerniente a la solicitud de informes a los municipios.

Asimismo, precisa que las modificaciones incorporadas a los contratos de concesión, entre las cuales figura la modificación del calendario de aportes a la reserva técnica operativa, no constituyen un mayor valor del contrato originalmente suscrito que ceda en beneficio del concesionario, sino muy por el contrario, a través de tales variaciones se persigue mantener el equilibrio económico del mismo.

Sobre el particular corresponde manifestar en primer término que el artículo 3° de la ley N° 18.696 que confiere facultades al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones sobre el transporte de pasajeros, a través de la Subsecretaría del ramo diseñó un nuevo sistema de transporte urbano para Santiago denominado "Programa de Modernización del Transporte Público de Santiago" .

Para tal efecto mediante resolución N° 117, de 2003, del Ministro de Transportes y Telecomunicación Subsecretaría de Transportes, modificada por resoluciones N°s 31, 59, 66 y 71, de 2004, de la citada autoridad, se sancionaron las bases de la licitación pública de uso de vías de la ciudad de Santiago;

Asimismo, por resoluciones N° 70 y 74, de 2004, del ministerio aludido, se aprobaron las respuestas a las consultas presentadas en dicho proceso de licitación.

La licitación precitada se adjudicó a un conjunto de proveedores de servicios de transporte que otorgarían esas prestaciones en las provincias y comunas de la Región Metropolitana que indica, con los cuales esa Secretaría de Estado celebró contratos de concesión de uso de vías, los cuales fueron aprobados por resolución exenta N°s. 331, de 2005, del Ministerio de Transportes.

Con fecha 30 de junio y agosto de 2006, los concesionarios suscribieron una modificación a sus respectivos contratos de concesión, sancionados mediante, resoluciones exentas N°s 1266 y 1683, del mismo año, de la precitada Cartera de Estado.

Seguidamente, una vez conocido el marco jurídico aplicable a la licitación en cuestión, las peticiones formuladas serán analizadas en el mismo orden en que se han planteado:

I.- Eventual Vulneración al Principio de Igualdad de los Licitantes por las modificaciones introducidas a la cláusula 21 y al Anexo N° 2 el contrato de uso de vías.

Al respecto los recurrentes radican la infracción al principio de igualdad de los licitantes en la alteración vía variación de los contratos de elementos sustanciales de las bases, máxime que según afirman no se habrían cambiado todos los acuerdos suscritos al efecto.

Sobre el particular corresponde puntualizar que mediante las resoluciones exentas N°s 1266 y 1683, de 2006, precitadas se modificaron todos los contratos de los operadores del servicio en comento.

Siendo ello así, no podría atribuirse un tratamiento discriminatorio o arbitrario por parte del Ministerio del ramo el que en ejercicio de sus facultades generales contenidas en las leyes N°s 18.059, 18.696, 18.290 y 19.040, en conjunto con los DFL N° 343, de 1953, y N° 279, de 1960 tiene atribuciones para fijar los requisitos y condiciones en que debe operar el transporte público de pasajeros.

Acorde dichas atribuciones generales suscribió las pertinentes modificaciones de contrato en las cuales se estableció que la nueva fecha de inicio de la etapa de régimen sería el 10 de febrero de 2007, según lo consignado en el acápite segundo N° 9 del acuerdo contractual, relativo a "antecedentes" y como consecuencia de dichas modificaciones se dictó la resolución exenta N° 1.711 de 2006 que sancionó la citada postergación.

En este sentido, resulta útil anotar que el punto 2.4 de las bases de licitación precisó como requisito necesario para el funcionamiento del sistema de transporte " el desarrollo de las actividades de emisión, comercialización y provisión de la red de recarga del medio de acceso que servirá como medio de acceso al sistema, además de los equipamientos necesarios para la validación y registro de los viajes y/o sus etapas, así como la administración de los recursos necesarios para el pago de la prestación de los servicios de transporte y de efectuar la distribución de éstos entre los diversos integrantes del sistema".

Agrega, su inciso segundo que "Adicionalmente, la gestión operativa del sistema de transporte requiere de una entidad tecnológica encargada de la captura, procesamiento y distribución de la información generada en los servicios de transporte".

Del tenor de la norma transcrita fluye el establecimiento de condiciones o requisitos esenciales para el funcionamiento del sistema sin los cuales no puede operar en los términos inicialmente previstos por lo cual la administración en el ámbito de sus atribuciones y para evitar la interrupción del servicio de transporte de pasajeros debe arbitrar las medidas para ello, entre las cuales, se comprende la modificación de los contratos de que se trata.

Al efecto cabe manifestar que las postergaciones en comento en ningún caso implicaron gastos para el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones; toda vez que las variaciones contractuales tuvieron como base la mantención del equilibrio económico - financiero contemplado en las bases de licitación y respectivos contratos con el objetivo de "mantener y posibilitar la continuidad y eficiencia del servicio público de transporte y de garantizar la satisfacción del interés público real y concreto pretendido con el diseño e implementación del Plan Transantiago" y tampoco importaron una transgresión del mencionado principio de igualdad ya que la prórroga se debió a una situación de fuerza mayor - representada por el hecho que al 22 de octubre de 2006 no se encontraban operativas las funcionalidades requeridas para el adecuado funcionamiento del Plan Transantiago - y las razones de interés público involucradas afectarían de igual forma a todos los proponentes que participaron en el concurso respectivo y actualmente tienen la condición de concesionarios sin distinción de ningún tipo.

Sobre la materia resulta importante destacar que se modificó el calendario de aportes de la reserva técnica operativa, entendiendo por tal aquella que tiene como objetivo ajustar el equilibrio financiero del sistema, posibilitando dar estabilidad al mismo frente a las eventuales fluctuaciones tarifarias.

Al respecto, es relevante puntualizar que la reserva técnica operativa inicialmente constituida en parte por \$ 16 pesos depositados transitoriamente por el AFT, proveniente de cada boleto entregado a los proveedores de transporte, desde la puesta en marcha de los servicios de transición, implicó que la restitución de la suma indicada afectaría directamente la composición de la reserva técnica operativa inicial, pues al no contar con estos ingresos y mantenerse el imperativo de la cuantía mínima que debía tener éste al inicio de la etapa de régimen, el AFT debió eventualmente cubrir la diferencia. De esta forma el aporte relativo del AFT se vio incrementado con respecto al aporte de los operadores.

Asimismo, se afectaron los aportes de la reserva técnica operativa en régimen, en tanto fueron disminuidos por la alteración del calendario de aportes.

Seguidamente, corresponde anotar que al estar esta reserva constituida por los aportes en dinero que cada uno de los concesionarios comprometió en su oferta económica, señalando tanto su monto total como las fechas precisas en que lo pagarían, una variación en la data contemplada para el inicio de la etapa de régimen conlleva necesariamente también una alteración de lo acordado al respecto, modificación que conforme lo expuesto regiría y se aplicaría sin distinción a cualquier licitante que haya resultado adjudicado en el proceso de

licitación pública realizada.

Al efecto, resulta útil puntualizar que no obstante lo anterior, ello en ningún caso permite afirmar, contrariamente a lo sostenido por los peticionarios, que en virtud de lo acordado entre los contratantes se transgredió lo consignado en el artículo N° 2.6 de las bases relativo al financiamiento del sistema o al numeral 3.4.6 del mismo ordenamiento sobre la imposición de multas, si el concesionario no realiza el aporte a la reserva técnica comprometido, ya que, el tratamiento de dicho aporte fue modificado por acuerdo de las partes, lo cual no permite configurar el supuesto de incumplimiento que genera la correspondiente sanción.

En este mismo sentido, tampoco esta Entidad de Control entiende que se vulnera lo dispuesto en el punto N° 5.4 de las bases relativo a la selección de la oferta ganadora conforme al cual en una primera instancia se dará preferencia a la propuesta que presenta el mayor aporte a la aludida reserva técnica operativa ya que al tenor de la modificación contractual examinada, posterior a la adjudicación, solamente se alteró el calendario de aportes y se estableció una modalidad de compensación consistente en la opción de ser restituido por parte de la reserva técnica, lo cual no pudo influir en la selección de la oferta ganadora, fase previa a la analizada.

A mayor abundamiento, conviene tener presente que sobre la materia también fue necesario modificar las condiciones del contrato celebrado entre el Ministerio de Transportes y el Administrador Financiero del Transantiago producto de la postergación de la data de entrada en vigencia de la etapa de régimen lo cual se generó, en parte, por el incumplimiento del referido administrador en la implementación de las funcionalidades tecnológicas del sistema. (Aplica dictamen N° 32.386, de 2007).

Por otra parte, debe manifestarse que uno de los objetivos de la ley N° 20.206 -dictada con posterioridad a las modificaciones contractuales en comento- que creó el "Fondo de Estabilización Financiera del Sistema de Transporte Público de la Ciudad de Santiago" fue el de renegociar los contratos para obtener un aumento de liquidez de la reserva Técnica Operativa.

En este orden de ideas, corresponde precisar que resulta claro que en los contratos se realizaron los ajustes necesarios para afrontar la inestabilidad producida por el retardo en el cumplimiento de la condición esencial de operación consignada en el punto N° 2.4 de las bases de licitación relativa a la integración tarifaria y de ese modo restablecer el equilibrio financiero del contrato lo que posibilitó diferir la entrega del aporte relativo a la reserva técnica operativa sin que se transgredieran los principios rectores del régimen concursal.

II.- Incumplimiento de la Exigencia de Informes Previos.-

En lo que concierne a la eventual omisión del requisito contemplado en el artículo 3°, inciso cuarto, de la ley N° 18.696 acorde la cual el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones debe requerir informe previo del Departamento de Tránsito de la o las comunas afectadas y de la Secretaría Ministerial de Transportes correspondiente, como condición legal habilitante para ejercer la facultad de disponer el uso de las vías para determinados tipos de vehículos mediante licitación pública, lo cual constituiría una condición de licitud para el ejercicio de la potestad en el marco de lo establecido en los artículos 6°, 7° y 19 números 21 y 22 de la

Constitución Política de la República, cabe señalar que el artículo 3° de ley N° 18.696 otorga determinadas facultades al ministerio del ramo respecto del transporte de pasajeros.

En efecto, el artículo 3°, inciso segundo, de la ley N° 18.696 prevé que "el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 118 de la ley N° 18.290, podrá en los casos de congestión de vías, de deterioro del medio ambiente y/o de las condiciones de seguridad de las personas o vehículos producto de la circulación vehicular, disponer el uso de las vías para determinados tipos de vehículos y/o servicios, mediante procedimientos de licitación pública, para el funcionamiento del mercado de transporte de pasajeros". Por ende, posee amplias atribuciones para convocar a licitación pública cuando se producen las situaciones que indica.

A su turno, el inciso cuarto del artículo 3° precitado, contempla la exigencia de informe previo del Departamento del Tránsito de la o las comunas afectadas y de la Secretaría Ministerial de Transportes correspondiente.

En este contexto, mediante resolución N° 117, de 2003, del Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, Subsecretaría de Transportes, modificada por resoluciones N°s. 31, 59, 66 y 71, de 2004, ya citadas, de la misma autoridad, se aprobaron las bases de la licitación pública de uso de vías de la ciudad de Santiago, para la prestación de servicios urbanos de transporte público remunerado de pasajeros mediante buses, acto administrativo que sometido a control previo de juridicidad fue cursado por esta Entidad de Control por estimar que se ajustaba a derecho.

Por ende, en el examen de legalidad efectuado se analizó el cumplimiento de todas las exigencias contempladas en el ordenamiento jurídico aplicable a la licitación en comento, entre los cuales figura la remisión del Oficio Circular N° 55, de 2003, de la Secretaría de Estado del ramo dirigido a los Directores de Tránsito de la provincia de Santiago y comunas de San Bernardo y Puente Alto, involucrados en el plan análisis y Secretario Regional Ministerial de Transportes y Telecomunicaciones de la Región Metropolitana, a través del cual se solicita informe previo en cumplimiento de lo consignado en el artículo 3° de la ley N° 18.696 ya aludida, para determinar los casos de congestión de vías, de deterioro del medio ambiente y/o de las condiciones de seguridad de las personas o vehículos producto de la circulación vehicular para evaluar el proceso de licitación que se llevaría efecto.

Al respecto, corresponde precisar que la norma en análisis no confiere un carácter vinculante ni imperativo a la opinión manifestada en el informe emitido por los funcionarios municipales precitados, sino que sólo exige el cumplimiento de tal exigencia, lo que aconteció en la especie.

Seguidamente, resulta útil anotar que la Secretaría Regional Ministerial de Transportes y Telecomunicaciones Metropolitana llevó a cabo la correspondiente coordinación mediante la realización de reuniones con las Direcciones de Tránsito y de Obras de los diversos municipios involucrados en el sistema, para la definición de los recorridos o trazados que integran cada una de las unidades de negocio alimentadoras o troncales en que manifestaban tener pleno conocimiento del nuevo plan de transporte, lo que permite dar por cumplido el presupuesto anotado.

III.- Transgresión al artículo 18 de la Ley N° 19.886.

Respecto a la vulneración de lo consignado en el artículo 18 de la ley N° 19.886, sobre Contratos de Suministros y Prestación de Servicios y la normativa de su reglamento sancionado por el decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda este órgano de Control, debe señalar que el ámbito de regulación del referido cuerpo normativo no comprende la licitación de vías ni los contratos de transporte público y remunerado de pasajeros, por ende, tampoco rigen a su respecto la utilización de los sistemas electrónicos o digitales que establezca la Dirección de Compras y Contratación Pública.

En efecto, al tenor de lo consignado en el artículo 1° de la ley precitada sus preceptos rigen exclusiva mente para los contratos que celebre la administración, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para él desarrollo de sus funciones.

Siendo ello así, el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones en consideración a la existencia de una regulación legal específica -Ley N° 18.696, de 31 de marzo de 1988 en el ámbito de sus facultades, se ciñó estrictamente a su contenido y no a la normativa aplicable a la administración para la celebración de contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, totalmente diversos a los acuerdos en comento.

En la especie, la citada Cartera de Estado utilizó el mecanismo idóneo, cual era la licitación pública, la publicidad fue dada por su inclusión el Diario Oficial, de 5 de marzo de 2004, además de haber realizado la autoridad del transporte, visitas programadas a diversos países destinadas a promocionar el negocio de licitación de vías para el transporte público, denominadas "Road Show":

En consecuencia, en mérito de los fundamentos y consideraciones esgrimidas, esta Contraloría General cumple con manifestar que las modificaciones efectuadas a los contratos de concesión de vías producto de la variación del inicio de la etapa de régimen se encuentran ajustadas a derecho y, por ende, no existen eventuales responsabilidades administrativas que determinar por parte de los involucrados en las actuaciones en comento.