

N° 50.110 Fecha: 08-VIII-2013

La Contraloría Regional del Bío-Bío ha remitido a este Nivel Central, la presentación de don Patricio Lynch Gaete y de doña Alejandra Smith Becerra, exconcejal y concejala, respectivamente, de la Municipalidad de Concepción, denunciando diversas irregularidades en el proceso de licitación pública ID 4988-16-LE12, denominado “Estudio de Factibilidad Financiera para la Municipalidad de Concepción”, convocado por esa entidad edilicia, las cuales serán analizadas en el desarrollo del presente oficio.

Requerido al efecto, el mencionado municipio informó, en lo que interesa, que la finalidad del procedimiento en comento, fue aumentar y mejorar los ingresos municipales, añadiendo que su actuación se habría realizado de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente. Agrega que no resultó exigible obtener el acuerdo del concejo previsto en el artículo 65, letra i), de la ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, en atención a que, a su juicio, el caso concreto no se enmarcaba en la hipótesis que esa norma contempla.

Como cuestión previa, resulta pertinente precisar que, de acuerdo a los antecedentes tenidos a la vista, aparece que el 12 de octubre de 2012, se realizó tanto el llamado para la licitación pública en análisis, como la aprobación de las bases administrativas, mediante el decreto alcaldicio N° 914, de 2012. Posteriormente, el 5 de noviembre del mismo año, se adjudicó el aludido proceso a la empresa Proyectos, Consultorías y Capacitaciones Gestión Global SPA. Finalmente, el 21 de noviembre de la anotada anualidad, a través del decreto N° 1.388, se aprobó el correspondiente contrato.

Puntualizado lo anterior, y en lo que respecta a las denuncias formuladas por los ocurrentes, corresponde recordar, tal como lo hacen presente los reclamantes, que mediante el Informe Final N° 83, de 2011, de la Contraloría Regional del Bío-Bío, se observó que esa entidad edilicia, a partir del 1 de enero de 2007 y hasta la fecha de la visita, mantuviera contratadas sus cuentas corrientes en una institución financiera, sin llamar a licitación, lo que contraviene lo dispuesto en el artículo 9°, inciso primero, de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, y la ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, y su reglamento, aplicables a las entidades edilicias, conforme con el artículo 66 de la aludida ley N° 18.695.

Consta en dicho Informe Final, que el mencionado municipio indicó que había iniciado la elaboración de las bases administrativas para el llamado a licitación pública de las cuentas corrientes municipales, para poder adjudicar ese contrato a contar del 1 de julio de 2012, sin adjuntarlas, por lo que la referida observación se mantuvo, al no poder comprobarse que se hubiere dado inicio al proceso licitatorio, lo que sería validado en una próxima auditoría.

Puntualizado lo anterior, y en lo que respecta al reclamo relativo a que el servicio licitado debe ser efectuado por personal municipal y no por particulares, cabe hacer presente que revisados el pliego de condiciones y el contrato respectivos, es posible apreciar en tales instrumentos que se encomienda al adjudicatario, en la segunda etapa de ejecución del convenio, asesorar a la entidad edilicia en la elaboración de las bases de licitación para la selección de una entidad bancaria que se haga cargo de las cuentas corrientes municipales, tanto en aspectos administrativos como técnicos, para lo cual deberá presentar una propuesta de bases administrativas, especificaciones técnicas y los anexos necesarios, entre ellos, características

de los participantes, criterios de evaluación de los oferentes y el plazo del correspondiente contrato.

Al respecto, es del caso indicar que el artículo 21, inciso primero, de la mencionada ley N° 18.695, preceptúa que “La Secretaría Comunal de Planificación desempeñará funciones de asesoría del alcalde y del concejo, en materias de estudios y evaluación, propias de las competencias de ambos órganos municipales”. En tal carácter, precisa el inciso segundo de la misma norma en su letra e), que es función de dicha dependencia, elaborar las bases generales y específicas, según corresponda, para los llamados a licitación, previo informe de la unidad competente, de conformidad con los criterios e instrucciones establecidos en el reglamento municipal respectivo.

Luego, y en concordancia con lo dispuesto en el artículo 3° de la aludida ley N° 18.695, que contempla las labores privativas del municipio, es posible colegir que la función de que se trata, constituye una labor propia, habitual y genérica del municipio que, por ende, necesariamente debe ser llevada a cabo por personal municipal (aplica criterio contenido en el dictamen N° 5.752, de 2000, de este origen).

En este orden de ideas, es del caso manifestar que aunque la citada convención señala que el adjudicatario asesorará a la municipalidad, de conformidad con lo estipulado en las bases y el contrato, aquella consiste, precisamente, en la elaboración de las bases administrativas, especificaciones técnicas, anexos y en la adopción de decisiones de gestión que debieran ser resueltas por la entidad edilicia y no asignadas a un tercero.

En consecuencia, no ha resultado procedente que, mediante el proceso licitatorio en análisis, se entregue el ejercicio de una función pública a un particular.

Enseguida, en cuanto al certificado extendido por el Director de Administración y Finanzas de la Municipalidad de Concepción, los ocurrentes reclaman que aunque en dicho documento se menciona que el estudio que se contrató no generará gastos para el municipio durante el año 2012, y que para futuros períodos presupuestarios, el pago de los honorarios del consultor se financiará con cargo al mayor aporte que obtendrá el municipio en el proceso de licitación de las cuentas corrientes bancarias, no se precisa el costo que tendrá para aquella, ni el subtítulo al cual imputar el eventual egreso.

A este respecto, es del caso indicar que el artículo 4°, inciso primero, del decreto ley N° 1.263, de 1975, Orgánico de Administración Financiera del Estado, dispone que todos los ingresos que perciba el Estado deberán reflejarse en un presupuesto que se denominará del Sector Público, sin perjuicio de mantener su carácter regional, sectorial o institucional. Además, añade su inciso segundo, que todos los gastos del Estado deberán estar contemplados en el presupuesto del citado sector.

Luego, resulta necesario agregar que el artículo 3° del decreto N° 250, del 2004, del Ministerio de Hacienda, Reglamento de la citada ley N° 19.886, preceptúa que “Las entidades deberán contar con las autorizaciones presupuestarias que sean pertinentes, previamente a la resolución de adjudicación del contrato definitivo en conformidad a la Ley de Compras y al Reglamento.”.

Asimismo, es del caso precisar que, tal como lo ha señalado la jurisprudencia de esta Entidad Fiscalizadora, contenida, entre otros, en los dictámenes N°s. 52.933, de 2012, y 39.729, de 2013, los órganos de la Administración del Estado deben observar el principio de legalidad del gasto, previsto en el artículo 100 de la Constitución Política, en el aludido decreto ley N° 1.263, de 1975, y en el artículo 56 de la ley N° 10.336, de Organización y Atribuciones de la Contraloría General, lo que significa, entre otros aspectos, que todo acto que implique un desembolso debe consignar la ubicación presupuestaria de la fuente de financiamiento que lo respalda, imputación que, a su vez, debe atender a la naturaleza del egreso.

En este sentido, no cabe sino concluir que el certificado de disponibilidad presupuestaria que se impugna es insuficiente, en atención a que éste da cuenta de la eventual existencia de recursos futuros, sin especificar el subtítulo ni el ítem al cual se refiere el gasto (aplica criterio contenido en los dictámenes N°s. 40.000, de 2010; 81.260, de 2011; y 24.146, de 2012, de este origen).

Por otra parte, en lo que atañe a la alegación formulada por los peticionarios, relativa a la indeterminación del monto del convenio de que se trata, es menester señalar que, de conformidad con el inciso segundo del artículo 11 del citado decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, resulta admisible que la Administración celebre contratos en los que no es posible estimar su monto, en cuyo caso debe convocarse, necesariamente, a una licitación pública, requisito que se cumplió en la situación de la especie.

No obstante lo anterior, es del caso agregar que, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 68 del anotado decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, y acorde con lo manifestado en el dictamen N° 3.071, de 2012, de este origen, la falta de un precio convenido no impide la constitución de los mecanismos de resguardo exigidos, para cuyo propósito debe pactarse un precio estimado con el fin de fijar la proporción que la respectiva garantía debe representar con relación a dicho valor.

Por ende, aunque en la cláusula sexta del convenio en comento se estipula una garantía de fiel cumplimiento por un millón de pesos, no se establece un precio estimado, con el objeto de determinar a qué porcentaje corresponde el monto de la garantía, lo que, por las razones expuestas, no se ajusta a derecho.

Por último, los recurrentes denuncian que la máxima autoridad edilicia no sometió a la aprobación del concejo municipal la celebración del proceso licitatorio en estudio, y agregan que mediante aquél, se está obligando al municipio por un plazo que excede al período alcaldicio.

En relación con la materia, es del caso indicar que el artículo 65, letra i), de la antedicha ley N° 18.695, preceptúa, en lo que interesa, que el alcalde requerirá el acuerdo de los dos tercios del concejo para celebrar los convenios y contratos que comprometan al municipio por un plazo que exceda el período alcaldicio.

Ahora bien, de los antecedentes tenidos a la vista, consta que el decreto aprobatorio del contrato se dictó el día 21 de noviembre de 2012, lo que sumado a los plazos contemplados para el desarrollo de las dos etapas previstas en tal convención, prolongan la duración de este, más allá del término del mandato legal del alcalde, comprometiendo, eventualmente, presupuestos futuros.

En consecuencia, y en mérito de lo expuesto, y sin perjuicio de que el objeto del contrato resulte improcedente, al encomendar a un tercero funciones municipales, en lo que concierne a su vigencia, el alcalde debió requerir el acuerdo del concejo, para el cual se necesitaba un quórum de dos tercios de los integrantes del citado órgano.

Finalmente, analizadas las denuncias formuladas por los recurrentes, es del caso hacer presente que, considerando que el convenio en cuestión pretende definir si resulta factible obtener algún ingreso adicional, de lo que dependerá, en definitiva, la suma que percibirá el consultor como contraprestación de sus servicios, se ha estimado pertinente observar la relevancia de que el precio que recibirá el adjudicatario por sus servicios, se encuentre previamente fijado o a lo menos sea cuantificable.

En este orden de consideraciones, menester resulta destacar que del análisis de las respectivas bases administrativas, específicamente de su punto 7.1, es dable señalar que en aquella disposición no se ha definido el monto del mayor beneficio que recibirá el municipio por concepto de mantención de cuenta corriente, como tampoco los elementos para determinarlo, como por ejemplo, la cuantificación del beneficio actual y los parámetros de medición del mismo, los que, en todo caso, debieran ser similares a los de evaluación del beneficio futuro o el lapso en que dicho cálculo se aplicará. De igual modo, en dicho numeral se alude a aportes bancarios al municipio, sin indicar su origen y sin que, atendida la vaguedad con que se mencionan, sea factible emitir, por ahora, un pronunciamiento acerca de la legalidad o procedencia de su percepción por ese municipio.

Lo anterior impide prever la suma que dicha municipalidad debiera pagar al adjudicatario por sus servicios y, en consecuencia, los recursos que deberán consultarse en el respectivo presupuesto, de acuerdo con lo previsto en los artículos 65, inciso tercero, y 81, inciso primero, de la citada ley N° 18.695, motivo por el cual se hace indispensable que el precio se encuentre determinado o sea, a lo menos, determinable.

En el mismo sentido, cabe recordar lo establecido en los artículos 33, letra c), 38 y 64 del citado reglamento de la ley N° 19.886 -que se refieren al precio tanto para efectos de evaluación de ofertas, como estipulación de la convención-, y especialmente con lo dispuesto en el artículo 22, N° 4, de aquel texto, en cuanto a que las bases tienen que mencionar la condición, el plazo y el modo en que se compromete el o los pagos del contrato de suministro y servicio, una vez recepcionados conforme los bienes o servicios de que se trate.

Luego, es del caso anotar que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1° de la mencionada ley N° 19.886, en cuanto a la aplicación supletoria de las normas del Derecho Privado, el Código Civil preceptúa en su artículo 1461, inciso segundo, que la cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla.

Por consiguiente, si bien la normativa reseñada permite que se celebren acuerdos de voluntades cuyos montos no estén determinados, el marco regulatorio de la licitación deberá incluir los elementos y mecanismos para que el precio sea a lo menos determinable.

Por último, cabe recordar que, de acuerdo con el N° 3 del aludido artículo 22, los pliegos de condiciones deberán contener, en lo que interesa, la fecha de la firma del contrato de

suministro y servicio respectivo y el plazo de duración de dicho contrato, aspectos que, revisadas las bases administrativas, se advierte que también han sido omitidos.

En consecuencia, y por las razones expuestas, el procedimiento licitatorio en examen no se ajustó a derecho, no obstante lo anterior, es del caso manifestar que la Municipalidad de Concepción, mediante el decreto alcaldicio N° 278, de 1 de julio de 2013, puso término anticipado al referido contrato; sin perjuicio de lo cual, es del caso indicar que a futuro, debe tener presente en su actuar las consideraciones contenidas en este pronunciamiento.

Así las cosas, habiéndose detectado irregularidades en el proceso licitatorio estudiado, las cuales podrían constituir faltas estatutarias, corresponde que la Contraloría Regional del Bío-Bío verifique y haga efectivas las responsabilidades administrativas que correspondan, mediante la instrucción de un procedimiento disciplinario, en el que deberá indagar, asimismo, la divergencia de información entregada por el municipio en su respuesta al Informe Final N° 83, de 2011, y la actualmente tenida a la vista.

Ramiro Mendoza Zúñiga
Contralor General de la República