República de Chile
Provincia de Linares
Dirección Asesoría Jurídica

RECHAZA REPOSICIÓN INTERPUESTA POR CEM INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN SPA EN CONTRA DEL DECRETO EXENTO Nº 4615 DE 29 DE AGOSTO DE 2023.-

DECRETO EXENTO Nº 5678 /

PARRAL, 25 OCT 2023

VISTOS:

1.Las facultades que me confieren la Ley N°18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades y sus modificaciones posteriores.
2.Ley N°19.880 que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado.
3.Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y prestación de Servicios, su Reglamento y modificaciones posteriores.
4.Proyecto "Conservación de Vías Urbanas, comuna de Parral" Código BIP N°40.026.992-0.
5.Convenio de Transferencia de recursos convocatoria "Conservación de Vías", suscrito con fecha 01 de marzo 2021, entre el Gobierno Regional del Maule y la Ilustre Municipalidad de Parral, para la ejecución del proyecto "Conservación de Vías Urbanas, comuna de Parral", Código BIP N°40.026.992-0, aprobado por la Resolución (E) N°473 del 01 de marzo de 2021, del Gobierno Regional del Maule.
6. El Decreto Exento N°900 del 09 de marzo de 2021, que aprueba el convenio antes indicado.
7.La resolución (E) N°1.123 del 22 de marzo de 2021, del Gobierno Regional del Maule, que aprueba modificación de Convenio de Transferencia de recursos convocatoria Conservación de Vías, suscrito con fecha 22 de marzo de 2021, entre el Gobierno Regional del Maule y la Ilustre Municipalidad de Parral, para la ejecución del proyecto de Conservación de Vías Urbanas, comuna de Parral.
8. El Decreto Exento N°1.326 del 29 de marzo de 2022, que aprueba por parte del Municipio la modificación del convenio de Transferencia de recursos convocatoria Conservación de Vías, suscrito entre el Gobierno Regional del Maule y la Ilustre Municipalidad de Parral, para la ejecución del proyecto antes indicado.
9. El Decreto Exento N°2.437 del 25 de junio de 2021, que aprueba el proceso de licitación Pública, para realizar el proyecto "Conservación de vías Urbanas, comuna de Parral", Código BIP N°40.026.992-0.
10. Acuerdo adoptado por el Honorable Concejo Municipal, en sesión extraordinaria del día 29 de marzo de 2022, en la cual se autorizó suscripción de contrato con la empresa "CEM Ingeniería y Construcción SpA, RUT N°76.609.091-5, para la ejecución de las obras correspondientes a "Conservación de vías Urbanas, comuna de Parral" Código BIP N°40.026.992-0 / Proyecto F.N.D.R. — Obras Civiles Convocatoria conservación de vías ID N°2600-26-LQ21.
11. El Decreto Exento N°1339, de fecha 29 de marzo de 2022, por el cual se adjudica la Licitación ID N°2600-26-LQ21, a la empresa "CEM Ingeniería y Construcción SpA".
12. El contrato ad-referéndum suscrito con fecha 28 de abril de 2022 entre la Ilustre Municipalidad de Parral y CEM Ingeniería y Construcción SpA, aprobado por el Decreto Exento N°1983 de fecha 02 de mayo de 2022.
13.Decreto Exento Nº 2146 de fecha 11 de mayo de 2022, que rectifica el decreto exento Nº 1339.
14. Modificación de contrato ad-referéndum de fecha 31 de mayo de 2022, aprobada por Decreto Exento N°2569 de fecha 02 de junio de 2022.
15.Decreto Exento Nº 4018 de 02 de septiembre de 2022 que aprueba aumento de plazo por 36 días corridos.
16.Decreto Exento Nº 4545 de 07 de octubre de 2022, que paraliza la ejecución de la obra a contar del 06 de octubre de 2022.
17.Resolución Exenta Nº 2132 de 03 de abril de 2023 del Gobierno Regional del Maule, que autoriza aumento de recursos para el proyecto denominado "Conservación de vías urbanas comuna de Parra", Código BIN Nº 40.026.992-0.
18.Decreto Exento Nº 2691 de 22 de mayo de 2023 que reanuda el plazo de ejecución del proyecto.

19.Modificación de contrato ad-referéndum suscrito con fecha 05 de mayo de 2023, entra la Ilustre Municipalidad de Parral y CEM Ingeniería y Construcción SpA, aprobada mediante decreto exento Nº 2710 de 23 de mayo de 2023.
20.Informe técnico Nº 08 de 31 de julio de 2023.
21.Informe técnico Nº 09 de 08 de agosto de 2023.
22.Descargos presentados por la empresa en contra de los mencionados informes.
23.Informe técnico Nº 12 de 24 de agosto de 2023.
24.Decreto Exento Nº 4615 de 29 de agosto de 2023, que aplica multas CEM Ingeniería y Construcción y SpA.
25.Recurso de Reposición interpuesto en contra del Decreto Exento ante mencionado, con fecha 01 de septiembre de 2023.
26.El Decreto Exento N° 2591 de fecha 06 de Julio de 2021 que establece el orden de subrogancia en caso de ausencia del Alcalde titular, rectificado por Decreto Exento N° 3360 de fecha 31 de Agosto de 2021.

CONSIDERANDO:

1. Que mediante el Decreto Exento Nº 4615 de 29 de agosto de 2023, se impone al proveedor "CEM Ingeniería y Construcciones SpA" una multa de $1.012.454, debido a los Incumplimiento a las órdenes o instrucciones del inspector técnico por el no retiro inmediato de áridos acopiados en la vía pública y no encontrarse autorizado expresamente por la ITO, según informes técnicos Nº 08, 09 y 12 del ITO del contrato, y de conformidad a los puntos Nº 34.4, 34.5.4 y 44.1.6 de las Bases Administrativas que rigen el contrato.
2. Con fecha 01 de septiembre de 2023, don Javier Espinoza Mancilla, en representación de CEM Ingeniería y Construcción SpA, presenta recurso de reposición en contra del acto administrativo antes mencionado, el que funda en las siguientes causales:
    a) En primer término, invoca una ilegalidad del Decreto Exento Nº 4615 de 29 de agosto de 2023, por carecer de notificación o fundamentos, por no hacerse cargo de los descargos presentados en contra del Informe Nº 8.
    b) Alega la inexistencia de escombros o material en los días señalados por el ITO, indica que el informe del ITO sólo señala "áridos" existentes al día 26 de julio, y no escombros. Y respecto a los áridos, aquellos sólo permanecieron en los lugares señalados por el ITO, el día 26 de julio de 2023, y fueron retirados al día siguiente, invocando otros argumentos, como la solicitud de acopio presentada, así como su rechazo, indicando que finalmente fueron retirados dichos materiales el día 31 de julio de 2023.
    c) Falta de especificación de días de incumplimiento, pues no se señalan los días de incumplimiento por el no acatamiento en el plazo otorgado de las órdenes, bajo apercibimiento de aplicación de multas, así indica, que sin que se señale ese plazo para cumplir las órdenes del ITO, no se puede calcular el plazo o periodo desde el cual se ha incumplido la misma para, consecuentemente, calcular la multa.
    d) Falta de acreditación de incumplimientos: Indica que no existe registro alguno que permita acreditar que los materiales y escombros se mantuvieran los días señalados como consecutivos, desde el día 26 de julio al 03 de agosto de 2023, o que, una vez dada las órdenes, los días 26, 28, 31 de julio y 3 de agosto de 2023, que la empresa no las cumpliera, sino que al no existir registro, en los días 27, 29, y 30 de julio, como el 01 y 02 de agosto de 2023, se debe entender que si se dio cumplimiento.
    e) Por último, alega un error en el cálculo de multa, pues a fin de contabilizar los días para la aplicación de multas, sólo se deben considerar aquellos en que realmente la empresa incumpla la orden impartida, y nunca aquellos días en los cuales se ha impartido la orden, los que deben quedar fuera del periodo de cálculo de multas, así los días 26 de julio, 28 de julio, 31 de julio, y 03 de agosto de 2023 no pueden considerarse como días de incumplimiento para el cálculo de la multa en cuestión.
    f) Aduce un Incumplimiento de obligaciones funcionarias, de parte del ITO del contrato, pues ha actuado al margen del derecho aplicable al contrato, con la finalidad de que la empresa recurrente reciba sanciones, y así justificar su negligente trabajo como Inspector Técnico de estas Obras. Agrega, que ingresó carta de reclamo con fecha 14 de agosto de 2023, y que no ha sido respondida a la fecha, por lo que este ente edilicio no ha ejercido su potestad disciplinaria,

o designado un nuevo ITO de la obra, en virtud de aquello las acciones del ITO carecerían de la validez necesaria para sostener la aplicación de las multas.

3. Como primera cuestión, debe señalarse que el recurso es admisible, pues ha sido interpuesto dentro del plazo de 5 días hábiles de conformidad al art. 59 de la ley Nº 19.880, ya que fue notificado el día 29 de agosto de 2023 a la empresa recurrente, y el recurso fue interpuesto el día 05 de septiembre de 2023.
4. Ahora bien, para una adecuada resolución del recurso, así como de las cuestiones planteadas, se debe efectuar un análisis pormenorizado de aquel a la luz de los informes del ITO.
5. Como primera cuestión y respecto a la falta de motivación del acto administrativo impugnado, dicha alegación deberá ser desestimada, toda vez, que los informes técnicos Nº 8, 9 y 12 fueron invocados como fundamentos para la decisión adoptada mediante el decreto exento Nº 4615 de 29 de agosto de 2023. Dichos informes técnicos poseen un detalle pormenorizado de las infracciones que se le imputan al proveedor, así como de los hechos en los que se fundan las mismas, cuestiones que el recurrente no alega desconocer, y respecto a los cuales tuvo oportunidad de presentar descargos suficientes, por lo que no procede alegar una falta de fundamentación, mucho menos, que aquella le origine un perjuicio de indefensión, pues, ha estado posibilitado a ejercer las defensas correspondientes en cada etapa del proceso de aplicación de multas, así como además existe una debida fundamentación y detalle de los incumplimientos que se le imputan al contratista.
6. Respecto a la alegación de inexistencia de escombros o materiales en los lugares señalados, en este sentido, resulta claro de una lectura de los informes del ITO, que dicha situación fue puesta en conocimiento con fecha 26 de julio de 2023, mediante anotación de folio Nº 20 del libro de obras (volumen 5), no existiendo en la reposición referencia a esta anotación. Además en todos los informes, se acompañan imágenes, que dan cuenta clara de la existencia, tanto de escombros, como de materiales, los que fueron acopiados por la empresa, cuestión que no sólo no es controvertida por el recurrente, sino que aceptada, así, existe acreditación suficiente y documentada de escombros y materiales, en los lugares y fechas que indica el ITO de la obra.
7. Respecto a la falta de especificación de días de incumplimiento, esta alegación será desestimada, pues de una lectura armónica de las bases administrativas, que en su punto 34.4.1 señalan que *"Respecto de los escombros y movimientos de tierra que se generan, se especifica que dichos volúmenes deben ser **retirados inmediatamente del lugar** a botaderos o canchas de almacenamiento del contratista. **No se permitirá ocupar la faja;** esto significa calcular los ciclos de las faenas y el Nº adecuado de camiones y máquinas pesadas."*, a continuación, las mismas bases en su punto 34.4.2 indican *"No se permitirá el almacenamiento de material alguno fuera de los límites establecidos por los cierros correspondientes. Todo material, escombro y/o elemento extraído de la obra deberá ser retirado de la zona de trabajo **de inmediato**. Todo material o elemento destinado a incorporarse a la obra **deberá ser descargado en su lugar definitivo de empleo,** siempre que sea posible. Se deberá indicar el lugar de destino de los escombros."*. Podrá observarse, que las obligaciones que el ITO ordena cumplir, no permiten un cumplimiento diferido, sino que debe ser inmediato, es así, que su no acatamiento debe contabilizarse desde el momento que se produce la contravención al retiro inmediato, es más, el ITO fue claro en la observación de folio Nº 20 del volumen 5 del libro de obras, de fecha 26 de julio de 2023, en la que se ordena el retiro inmediato del árido acopiado en Pasaje Los Naranjos esquina Delicias Sur, por todo lo anterior, es imposible acoger la alegación del recurrente a este respecto.
8. Respecto a la falta de acreditación de incumplimientos, se reitera lo señalado en el punto 6 que antecede, en el cual se manifiesta que en los informes Nº 8, 9 y 12, todos conocidos por el recurrente, se encuentran suficientemente acreditados, de forma documentada, los incumplimientos que se le imputan, y en los cuales se funda la aplicación de multas, por lo cual se desestimará esta alegación. Ahora bien, respecto al argumento de que no se habrían mantenido materiales o escombros en días consecutivos, sino que solo se han acreditado la existencia de ellos los días de que dan cuenta las fotografías, esto es los días 26 de julio, 28 de julio, 31 de julio y 03 de agosto de 2023, así, las fotos dan cuenta de que el incumplimiento fue sostenido en el tiempo, siendo corroborado sistemáticamente por el ITO, resultando obvio que dichos incumplimientos se mantuvieron durante los lapsos contenidos entre dichas fechas. Así de verificarse el incumplimiento el día 26 de julio, para luego revisar el estado del mismo el día 28 de julio, y en ambos casos se verifica el incumplimiento, resulta lógico que el mismo se sostuvo por el día intermedio, esto es el

día 27 de julio. Por otro lado, una vez dada la orden de retiro de materiales y escombros, el peso de informar sobre el cumplimiento recae sobre el contratista, toda vez que el punto 44.1.6 de las bases dispone expresamente que *"El incumplimiento de cada orden o instrucción del Inspector Técnico debidamente consignada en el Libro de Obras, será sancionado con una multa diaria aplicada administrativamente, durante el lapso en el cual no sea acatada, de 2 U.T.M. (Unidad Tributaria Mensual), por cada día de incumplimiento, la que se computara hasta el día* ***que el contratista informe del cumplimiento de la Orden*** *y esta sea verificada por la Unidad Técnica, y por cada evento"*, es decir, el incumplimiento, para efectos de cálculo de multa, se entiende sostenido hasta el día que el contratista informe del cumplimiento de la orden, lo que en este caso ocurrió el día 04 de julio de 2023, y que resulta coincidente, pues el día 03 de julio de 2023, el ITO verificó en terreno que aún se estaba acopiando material y escombros en lugar no autorizado. Por todo lo anterior se deberá desestimar la multa.

9. Respecto al error en el cálculo de la multa, se deberá desestimar la alegación, pues el recurrente pretende considerar cada día de anotación en libro como un día de incumplimiento, y como ya fue señalado en el número 8 que antecede, se entiende que el incumplimiento fue sostenido durante todo el lapso de anotaciones el libro de obras, inclusive los días comprendidos entre cada nueva anotación, lo que es coincidente además con la fecha en que el proveedor recurrente, da noticia o informa del cumplimiento de las órdenes con fecha 04 de agosto de 2023, por lo que el cálculo de la multa se ha efectuado con plena sujeción a lo establecido en el punto 44.1.6 de las bases administrativas.
10. Respecto al incumplimiento de obligaciones funcionarias, en primer término sostener que el proveedor no indica ningún incumplimiento específico, tanto a alguna obligación funcionaria ya sea de índole legal, reglamentaria o contractual, sino que sólo indica que las ha incumplido, de esa forma, esta autoridad se encuentra en el imposible de deducir o interpretar los dichos del recurrente, que en todo caso, deben ser siempre fundados y no expresados en términos tan amplios y ambiguos como los que se expresan en el recurso de reposición que se resuelve en este acto. Por ende, ante aquella falta de fundamentación, no es posible argumentar la carencia de validez de un acto, considerando que la normativa ha regulado la situación en sentido contrario, al indicar el inciso final del art. 3º de la ley Nº 19.880, en lo pertinente, que: *"Los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa (…)"*, siendo así, no existe antecedente que permita desvirtuar dicha presunción, tampoco existen antecedentes o argumentos suficientes, que otorguen indicios de alguna infracción a deberes funcionarios, pues se ha planteado en término muy amplios y vagos.
11. Que por su parte la Contraloría General de la República, en su reiterada y uniforme jurisprudencia, y entre otros, en los dictámenes N° 65.769 y 65.791 de 2014, y N° 21.861 de 2018, ha referido que la estricta sujeción a las bases *"(…) constituye un principio rector que rige tanto el desarrollo del proceso licitatorio como la ejecución del correspondiente contrato y que dicho instrumento, en conjunto con la oferta del adjudicatario, integran el marco jurídico aplicable a los derechos y obligaciones de la Administración y del proveedor, a fin de respetar la legalidad y transparencia que deben primar en los contratos que celebren*" y continúa señalando que *"(…) el fundamento que origina las multas es un incumplimiento contractual y no una infracción, por lo que no revisten la calidad de una sanción administrativa. Más bien se trata de una consecuencia jurídica de una situación expresamente prevista en las bases y en el contrato"*.
12. En análogos términos ha sido sostenido por la Excma. Corte Suprema, la que ha resuelto que *"se ha concluido que las sanciones contempladas en los contratos administrativos no emanan del poder sancionatorio del Estado, pues su ejercicio no proviene de potestades públicas, sino que su naturaleza es contractual, esto es, dichas sanciones constituyen verdaderas cláusulas penales. Ello, por cuanto la potestad de la Administración para calificar un incumplimiento como tal e imponer al eventual incumplidor una consecuencia indeseada no encuentra como fuente una norma atributiva, sino que emana del negocio o contrato en sí, regido por principios y reglas especiales que atienden a la especial trascendencia del fin último de la contratación, consistente en la satisfacción de necesidades públicas."* (Sentencia dictada en Rol de ingreso a Corte Nº 41.056-2021, considerando Nº 16º).
13. Por último, todo lo antes se encuentra consagrado a nivel legal, específicamente en el artículo 1.556 del Código Civil -aplicable supletoriamente a la Ley 19.886 según su artículo Primero-, y en lo que interesa al asunto tratado en este acto administrativo, dispone que

se incumple un contrato: cuando no se ha cumplido una obligación, cuando la obligación se ha cumplido imperfectamente o cuando se ha retardado el cumplimiento; de ahí que sea útil tenerlo en consideración para la decisión que aquí se contiene.

14. Que, habiéndose analizado todos y cada uno de los argumentos esgrimidos por el recurrente, así como los antecedentes considerados en este acto, la decisión de esta autoridad será de rechazar el recurso de protección interpuesto.

DECRETO:

I. **RECHÁCESE**, el recurso de reposición interpuesto por don **JAVIER ESPINOZA MANCILLA**, en representación de **CEM INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN SpA,** en contra del Decreto Exento 4615 de 29 de agosto de 2023.

II. **ESTABLÉZCASE,** que se mantiene inalterable el decreto exento Nº 4615 de 29 de agosto de 2023.

III. **NOTÍFIQUESE**, el presente decreto de forma personal al recurrente, y de no ser posible, notifíquese por carta certificada al domicilio del reclamante indicado en su recurso, siendo este Calle 30 oriente, Nº 1562, oficina Nº 602, edificio Las Rastras 3, comuna de Talca.

IV. **PUBLÍQUESE**, el presente acto administrativo y el decreto exento Nº 4615 de 29 de agosto de 2023 en el Portal de Compras y Contratación Pública, www.mercadopublico.cl, ID Nº 2600-26-LQ22.

ANÓTESE, COMUNIQUESE, NOTIFIQUESE, PUBLÍQUESE EN www.mercadopublico.cl, CUMPLASE, Y ARCHIVESE.

SECRETARÍA MUNICIPAL ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE PARRAL

SIGNIFLOW.COM

ALEJANDRA ROMAN CLAVIJO
SECRETARIA MUNICIPAL

ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE PARRAL ALCALDESA

SIGNIFLOW.COM

MICHELE HIRIBARREN TARICCO
ALCALDESA (S)

TRP

DISTRIBUCION:

I. (**Copias papel**)
1.- Oficina de Partes I. Municipalidad de Parral.
2.- CEM Ingeniería y Construcción SpA.
II. (Copias digital)
1. Dirección Jurídica I. Municipalidad de Parral.
2. Dirección Obras I. Municipalidad de Parral (victor.valverde@parral.cl).
4. DAF, I. Municipalidad de Parral.
5. ITO DOM, I. Municipalidad de Parral (aldo.chiple@parral.cl).
6. SECPLAN (carla.gomez@parral.cl – jimena.vasquez@parral.cl)

DIRECTOR DE ASESORÍA JURÍDICA
Pablo Muñoz Henríquez
DEPARTAMENTO JURÍDICO DIRECTOR Ilustre Municipalidad de Parral — Firmado digitalmente por PABLO ENRIQUE MUNOZ HENRIQUEZ SIGNIFLOW.COM