

Santiago, veintisiete de agosto de dos mil veinte.

**VISTO:**

En estos autos Ingreso Corte Rol 395-2019, comparecieron Andrés Ruiz Ibáñez y Erasmo Recabarren Pinochet, abogados, en representación de “Pavez Leighton, Paisajismo-Arquitectura y Medio Ambiente Limitada” (SEMKT LTDA.), y dedujeron conforme a lo dispuesto en los artículos 151 y siguientes de la Ley 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, reclamo de ilegalidad en contra de la Ilustre Municipalidad de Santiago, representada por su alcalde señor Felipe Alessandri Vergara, por las ilegalidades incurridas al dictar los Decretos Alcaldicios Secc. 2ª Nros. 4124, 4125 y 4126, todos del 29 de abril de 2019, a través de los cuales se puso término anticipado a los siguientes contratos: “Servicios de Mantenimiento de Áreas Verdes, Parque Forestal y De Los Reyes, Sector 1 (Contrato N° 1); “Servicios de Mantenimiento de Áreas Verdes, Parque Quinta Normal y Parque Portales de la Comuna de Santiago” (Contrato N° 2); y “Servicios de Mantenimiento de Áreas Verdes, Parque Forestal y de Los Reyes, Sector 3” (Contrato N° 3), solicitando en consecuencia, que se anulen y dejen sin efecto los mencionados Decretos, así como las consecuencia jurídica negativa que derive de aquellos, reconociendo además el derecho de su parte para que la entidad edilicia indemnice los perjuicios patrimoniales causados con tales actuaciones; o en subsidio, dispongan las medidas que indica el artículo 151 letra h) de la aludida normativa, con costas.

Fundamentan su pretensión en lo que sigue:

En relación al Contrato N° 1: i) tiene su origen en una licitación pública, según explica, por \$34.178.088 mensuales, por un período de 3 años contados desde la fecha de entrega del terreno; ii) encontrándose el contrato en ejecución, se puso término al mismo mediante el decreto impugnado, argumentando que su parte procedió a ceder en factoring las facturas Nros. 919 y 981, que corresponderían a dos cobros por un mismo período contractual, esto es, noviembre de 2018, a las compañías Cooperativa de Ahorro Chile Ltda. y Portafolio MF SpA, respectivamente; iii) se dice que la Cooperativa de Ahorro Chile Ltda. mantiene una demanda ejecutiva en contra de esa municipalidad por el cobro de la factura N° 919, en circunstancias que esos servicios ya habían sido pagados mediante la factura N° 981, teniendo presente, que la factura N° 919 fue cedida para luego ser anulada conforme nota de crédito N° 383, el día 14 de marzo de 2019. Por estos hechos, la recurrida interpuso querrela penal en su contra. La municipalidad entiende que estos hechos son constitutivos de una práctica fraudulenta y una falta grave que lesionan el principio de la buena “y con claro perjuicio municipal”, lo que habilitaría para poner término anticipado al contrato y para cobrar la garantía de fiel cumplimiento, según lo dispuesto en el punto 10.4 de las bases que regían esta contratación; iv) el decreto impugnado señala que no se habría “actualizado” la garantía fiel de cumplimiento en el plazo de 30 días corridos antes de su vencimiento, de acuerdo al punto 7.4 de las bases administrativas, como asimismo, que a la fecha se mantendría una deuda por multas aplicadas y no pagadas por \$8.461.775.



En relación al Contrato N° 2: i) también tiene su origen en una licitación pública, cuyo valor es de \$47.049.385 por un período de 4 años; ii) se puso término anticipado al mismo por idénticos argumentos a los ya referidos, pero ahora en vinculación a la cesión de las facturas Nros. 1006 y 1033, que corresponderían a dos cobros por un mismo período contractual (enero de 2019), a Cooperativa de Ahorro Chile Ltda. Esta sociedad presentó demanda ejecutiva en contra de la municipalidad por el cobro de la factura, en circunstancias que aquella N° 1006 fue cedida para luego ser anulada mediante nota de crédito N° 386 el 14 de marzo de 2019. También se dedujo querrela, agregándose que a la fecha mantendría una deuda por multas aplicadas y no pagadas por \$3.916.593.

En relación al Contrato N° 3: i) igualmente se adjudicó por licitación pública por \$26.541.274 mensuales, por un período de 3 años; ii) el decreto impugnado se funda en la cesión en factoring de las facturas Nros. 974 y 976, que corresponderían a dos cobros por un mismo período contractual (noviembre de 2018) a Cooperativa de Ahorro Chile Ltda. y Banco de Chile, respectivamente. La Cooperativa también presentó demanda ejecutiva por el cobro de la factura N° 974, en circunstancias que los servicios habían sido pagados mediante la factura N° 976, teniendo presente, que la factura N° 974 fue cedida para luego ser anulada a través de la nota de crédito N° 385, de 14 de marzo de 2019. Además la contraria presentó querrela penal, añadiendo que habría incurrido en una práctica fraudulenta, en los términos ante dichos; se señala que a la fecha se mantendría una deuda por multas aplicadas y no pagadas por \$3.578.122.

Los actos son ilegales por las siguientes razones:

a) Vulneran disposiciones legales, reglamentarias y garantías constitucionales, al no tramitar un procedimiento sancionatorio previo a aplicar la sanción de término anticipado, conforme lo ordena la Ley 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, y su Reglamento, que disponen como obligatorio observar el artículo 79 ter del DS N° 250, de 2004. Para dicho Reglamento, el término anticipado en los casos que se fundamente en incumplimientos del contratista es una sanción, o en la terminología utilizada por dicha norma, un efecto del incumplimiento de las obligaciones del contratista, al igual que la multa o el cobro de la garantía de fiel cumplimiento; y siendo entonces una sanción administrativa, requería un procedimiento previo, en tanto no es admisible desde el punto de vista constitucional, que aquéllas puedan aplicarse de plano. Por lo expuesto, su parte está en indefensión al ser notificada de un acto administrativo conclusivo, por el cual se le impone la sanción más gravosa, sin haber tenido la oportunidad para presentar sus descargos en la etapa procesal correspondiente, ni menos los informes o medios de prueba que acreditan que no era merecedor de esa medida atentatoria de su actividad económica. Sin embargo, no se respetó el principio de contradictoriedad, en tanto la municipalidad debió otorgar un plazo para efectuar sus descargos en relación a la posible sanción que contemplaba imponer, así como la necesaria ponderación de los antecedentes que podría haber entregado



PZNGKXBHV

para una mejor decisión. En consecuencia, se han transgredido los artículos 79 ter del Reglamento, 10 de la Ley 19.880 y 19 N° 3, inciso quinto, de la Constitución Política de la República;

b) Asimismo, tales Resoluciones son arbitrarias y desproporcionadas, en atención a la ausencia de un actuar fraudulento por parte de SEMKAT Ltda. y del perjuicio patrimonial que alega el municipio. La decisión se funda en el punto 10.4 de las bases. Empero, las actuaciones imputadas no han tenido la intención de defraudar a la contraria, según se pasa a explicar:

- En relación al Contrato N° 1 (facturas 919 y 981): i) un error administrativo permitió que ambas facturas fueran emitidas para el pago de un mismo servicio. Sin embargo, la factura 919 después de cedida fue anulada mediante nota de crédito N° 383 el 14 de marzo de 2019, cuyo efecto principal es la pérdida de eficacia como documento de cobro, de forma que no ha habido en la especie ninguna actitud fraudulenta y ni siquiera apartada del principio de buena fe contractual; ii) en lo que se refiere a la no actualización de la garantía de fiel cumplimiento, esta se renueva automáticamente una vez que la otra caduca, de manera que el contrato estuvo debidamente garantizado todo el tiempo, no obstante que no se pudo materializar la última renovación, por cuanto el 29 de abril se notificó el término anticipado de los contratos; iii) respecto de la multa, si bien fue aplicada por medio del Decreto Sec. 2da N° 4042, de 26 de abril de 2019, éste recién es puesto en conocimiento de su parte a través de su publicación en el portal de Mercado Público el día 29 del mismo mes y año, esto es el mismo día que se notificó el término anticipado del contrato, lo que hacía imposible cumplir con anterioridad dicho pago.

- Respecto al contrato N° 2: i) emitió la factura N° 1006 en el mes de enero 2019, ingresando por oficina de partes con el legajo solicitado según bases, por \$47.049.385. Una vez ingresada, procedió a realizar una operación de factoring con la Cooperativa de Ahorro Chile Ltda. A continuación, solicitó por medio de Miguel Flores Cancino, secretario ejecutivo computacional de la subdirección de Ornato Parques y Jardines, el retiro y cambio de la factura, ya que no se habían pagado las multas correspondientes al mes, por lo que no pudo gestionar su pago. En consecuencia, procedió a retirar, pagar las multas y cambiarla por la factura N° 1033; ii) a fines de febrero 2019, se les informó por la Cooperativa de la cedió de la factura 1006 pero que fue reemplazada, por lo que procedieron a cederles la factura 1033, para reemplazar la 1006. Esta factura fue pagada a la empresa de factoring el 16 de marzo, dando por terminado cualquier deuda por este concepto. Por ello el subdirector de contabilidad del municipio, Miguel Ángel Pérez, recibió el 23 de abril el documento “cuarta copia cedible” original de las facturas 1006 y 1033; sin las que resulta jurídicamente imposible realizar cualquier acción de cobro en contra del deudor; iii) La municipalidad en la actuación impugnada, indica que la factura 1006 después de cedida, fue anulada mediante nota de crédito N° 386 de 14 de marzo de 2019, cuyo efecto principal es la pérdida de eficacia como documento de cobro. De esta manera, no existe actuación fraudulenta y apartada del principio de buena fe



contractual, sino solo un error administrativo; iv) respecto de la multa a que alude el Decreto impugnado, reitera la oportunidad en que fue notificada esta situación.

- Respecto al contrato N° 3: i) emitió la factura 974 correspondiente al mes de noviembre de 2018, por un monto de \$27.431.473, a través de la oficina de partes de jardines de la municipalidad. Solicitó vía correo electrónico por medio de Miguel Flores Cancino y doña Mónica Zúñiga Cifuentes, jefa de administración y personal de la subdirección de Ornato, Parques y Jardines, el cambio de la factura, atendido a que no se correspondía con el reajuste anual; ii) se procedió a corregir el reajuste y a cambiar la factura, emitiendo la N° 976, que fue nuevamente ingresada por oficina de partes de jardines; iii) en el mes de febrero de 2019 e informó a la Cooperativa de Ahorro Chile Ltda. que existía un problema con la factura, constatando que erróneamente la misma se factorizó dos veces, por lo que se procedió a coordinar con ellos el reemplazo de esa factura por otra del mismo monto, correspondiente a un mes diverso para solucionar la situación. Lamentablemente, al emitir la factura 1093 correspondiente al mes de abril de 2019, y aplicada la correspondiente cesión a la firma de factoring para saldar la deuda, el municipio volvió a rechazar la factura aludiendo falta de entrega de mercadería, lo que no resulta efectivo, según se desprende de los libros de obras correspondientes al contrato; iv) La factura 974 después de cedida, fue anulada mediante nota de crédito N° 385, el 14 de marzo de 2019, cuyo efecto principal es la pérdida de eficacia como documento de cobro, reiterando lo ya expuesto en relación a la ausencia de fraude; v) sobre la multa, vuelve a expresar lo ya expuesto.

Asevera que no existe perjuicio para la contraria, pues los montos que se indican en las facturas que presentan aquel error (919 y 974) suman \$61.341.192, en circunstancias que la municipalidad ha retenido \$108.000.000 por facturas impagas en el mes de abril, sin contar las garantías de fiel cumplimiento de los contratos, que ascienden a \$270.000.000.

A mayor abundamiento, dado que la relación contractual se extiende desde el año 2014, la decisión impugnada es desproporcionada en los términos del artículo 79 ter, teniendo en cuenta que se trata del primer error en que incurre su parte.

c) Los decretos, también, son ilegales por abuso o exceso de las potestades de la municipalidad, considerando que se fundan en imputaciones improcedentes, al tenor del artículo 2° de la Ley 18.575, en concordancia y armonía con los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, resultando además desproporcionados y ausentes de razonabilidad, drásticos y sorpresivos, generando una decisión exagerada, abusiva o excesiva, puesto que no hubo aplicación de sanciones menores ni apercibimientos, lo que implica una conducta municipal totalmente artera, inconsulta y arbitraria.

Termina señalando que además de las normas citadas como infringidas, se transgredieron los artículos 53 de la Ley 18.575, 1545, 1546 y 1547 del Código Civil.

**Contestando el reclamo, Municipalidad de Santiago solicitó su rechazo,** argumentando que emitió los decretos que se cuestionan, debidamente fundados,



tanto en razones de hecho como de derecho, atendiendo a las dobles facturaciones y cobros por los mismos períodos contractuales, con posibilidades ciertas de ocasionar graves perjuicios a su parte, lo que se consideró como una práctica fraudulenta para el municipio dado que en los tres casos se emitió primero una factura por el período mensual correspondiente, siendo luego factorizada para posteriormente anularla imperfectamente sólo mediante una nota de crédito, y emitir luego, una nueva factura por ese mismo período contractual, produciéndose en los tres casos dobles cobros ya que, mientras la segunda de esas facturas fue pagada por la municipalidad, al haberse cometido por Semkat Ltda. errores en cuanto a la forma de realizar correctamente la anulación de una factura cuya cuarta copia previamente había cedido a un factoring, el cesionario instó judicialmente contra su parte para al pago de aquel documento, produciéndose por ello un doble cobro imputable a una práctica fraudulenta, al tenor de lo señalado en el artículo 10.4 de las Bases Administrativas de la Licitación, o al menos a negligencia grave. Además, la actora se encontraba en conocimiento de la situación irregular, desde que al tratarse de facturas cedidas a terceros (factoring), no basta con la mera emisión de una nota de crédito, pues se requiere de un procedimiento complejo y de la anulación de la cesión. En esta materia el Servicio de Impuestos Internos prevé la tramitación que debe seguirse por el contratista y emisor de las facturas en esos casos, tal como aparece en la página web de esta repartición, según detalla y que supone una serie de hitos. Por ello, la buena fe del contratista se demuestra en el cumplimiento de dicho procedimiento, de manera que ante algún error en la emisión de la factura y previa corrección mediante la emisión de una nueva respecto del mismo servicio, contrato y período, debe evita que su deudor pague dos veces por una misma obligación derivada del error del propio contratista al emitir mal esa primera factura, cobrándola una sola vez mediante la emisión de un segundo documento. Luego, no es efectivo que SEMKAT Ltda. por el solo hecho de emitir la nota de crédito haga desaparecer el mérito ejecutivo de la factura cedida a un tercero, en atención a la circulación del título con independencia del contrato a que accedió originalmente, pudiendo ser cobrada judicialmente mientras no se haya cumplido el procedimiento señalado por aquel servicio.

Este cobro ejecutivo en su contra se ha producido por parte del cesionario de las facturas N° 919, que habría sido anulada por nota de crédito N° 383, no obstante haber pagada el 8 de febrero de 2019 la factura N° 981, que debía reemplazar a la primera, y lo propio ocurrió en el casos de las factura N° 974, anulada conforme la nota de crédito N° 385, después de efectuada su cesión a un tercero y cuyo cobro judicial está en tramitación por el factoring, aunque el municipio pagó la factura N° 976 el 13 de febrero de 2019 que debía reemplazarla. Todo ello demuestra el perjuicio sufrido y va más allá que una mera sanción por incumplimiento contractual del artículo 79 ter del Reglamento de la Ley N°19.886, en tanto se trata de una situación o falta grave como se calificó en los Decretos impugnados. Todo lo expuesto, tiene a su parte sujeta a un procedimiento compulsivo en la causa Rol N°



11538-2019 del 16° Juzgado Civil de Santiago por más de \$60.000.000 producto de la cobranza por parte de la cesionaria de las facturas Nros. 919 y 974 emitidas por SEMKAT Ltda., que corresponden a periodos ya solucionados en las facturas Nros. 981 y 976, respectivamente. En consecuencia, en atención a lo preceptuado en el artículo 3° de la Ley 19.983, la municipalidad no puede oponer al cesionario de la factura las excepciones personales que hubiere podido esgrimir respecto del cedente de la misma y en particular los errores administrativos que alega la contraria. Para ello, se hubiere requerido que el actor siguiera el procedimiento que contempla el Servicio de Impuestos Internos, lo que no hizo. Incluso, la actuación ha sido contraria a lo que alega la reclamante, pues no solicitó a la empresa de factoring anular la gestión, devolviéndole el dinero pagado por la cesión del documento; tampoco consta la emisión ni menos la entrega del certificado del factoring respecto de las conformidades con la gestión de anulación de las primeras facturas, tal como se demuestra con la demanda ejecutiva; Aparte de la emisión de las notas de crédito, no ha realizado ninguna gestión para intentar solucionar la situación provocada por ella misma, contraviniendo el artículo 1546 del Código Civil.

Tampoco es efectivo que la entrega del original de la copia cedible de la factura al municipio provocara la imposibilidad de perseverar en su cobro, pues tratándose de facturas electrónicas, dadas sus características, deben cumplir un requisito distinto para producir su anulación, conforme ya refirió.

En consecuencia, no existe ilegalidad ni arbitrariedad en los actos recurridos, pues conforme al artículo 66 inciso 1° de la Ley 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, la regulación de los procedimientos administrativos de contratación que realicen las municipalidades se ajustarán a la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios y sus Reglamentos, y tanto en el inciso 1° del artículo 1° de la Ley 19.886, como en el artículo 1° del Reglamento de aquella, se establece una misma regla: “Los contratos que celebre la Administración del Estado, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones, se ajustarán a las normas y principios del presente cuerpo legal y de su reglamentación. Supletoriamente, se les aplicarán las normas de Derecho Público y, en defecto de aquellas, las normas del Derecho Privado”. Por su parte, el artículo 10 inciso 3° de la misma Ley 19.886, indica que los procedimientos de licitación se realizarán con estricta sujeción de los participantes y de la entidad licitante, a las bases administrativas y técnicas que la regulen. Las bases serán siempre aprobadas previamente por la autoridad competente. Por lo expuesto, advierte que los tres contratos terminados anticipadamente, se encuentran regidos, primero, por la Constitución Política de la República, luego, por la Ley 19.886 y su Reglamento, seguido por las Bases de la Licitación de la que surgieron tales convenciones, y solo se regularan supletoriamente, es decir en caso de no existir normativa respecto de algunos asuntos en dichas disposiciones, por las demás normas del Derecho Público (Leyes N°s 18.575 y 19.880, entre otras). En este caso, el inciso 1° del



artículo 10.4 de las Bases Administrativas del proceso permite poner término anticipado al contrato en el caso de “prácticas corruptas”, “prácticas fraudulentas” o “prácticas colusorias”, según se definen en esa norma, resultando en la especie concurrente la práctica fraudulenta, lo que debe relacionarse con lo estipulado además en el artículo 6.11 de las mismas Bases. Esta disposición contempla dos situaciones diferentes en las cuales la municipalidad puede poner término anticipado a los contratos provenientes de esta licitación: por un lado, la resolución anticipada por cualquiera de las causales establecidas en el numeral 6.8 de las mismas Bases, y que dicen relación expresa con el incumplimiento por parte del contratista referida a las obligaciones contractuales que contrajo, y otra segunda, que se vincula con “otra causal calificada fundadamente como grave por la Municipalidad”, siendo una de éstas la ocurrencia de prácticas fraudulentas al tenor del artículo 10.4. En el primero de estos casos, se deberá seguir el procedimiento bajo el principio de contradictoriedad establecido en el artículo 79 ter que cita la contraria; en el segundo, como el de la especie, ello no es así dado el propio tenor del artículo 79 ter, que sólo se refiere a “incumplimientos”, quedando la segunda hipótesis entregada al procedimiento establecido en las Bases de Licitación, al tenor del artículo 77 N°6 del mismo Reglamento. Sobre esto último, el artículo 10.4 debe interpretarse en el sentido que ante prácticas fraudulentas, colusorias o corruptas, el municipio actuará de plano, sea en el rechazo de las propuestas o la adjudicación, o para poner término anticipado a la contratación, agregando al final, para reafirmar lo anterior, que estas medidas se tomarán sin necesidad de resolución judicial previa. Por ello, no se requería conferir traslado a la contratista. Entonces, el artículo 79 ter del Reglamento resulta aplicable a los casos que esa misma norma señala, esto es, a los incumplimientos contractuales que puedan haber existido, y obviamente a las multas que se aplique por la inspección técnica, lo que ocurre en las Bases Administrativas en el numeral 9.5, pero no a las prácticas fraudulentas, según se explicó.

Refiere que existe riesgo de reiteración de la conducta de la reclamante en los períodos posteriores, lo que justificó el término anticipado de una manera rápida, como se señala en el artículo 10.4, esto es de plano y sin necesidad de resoluciones judiciales o largos procedimientos para discutir la medida. Por lo expuesto, esta determinación no puede considerarse como desproporcionada, si se toma en consideración la gravedad de los hechos señalados y sus fundamentos. Esta es la razón que llevó a su parte a deducir querrela criminal por el delito de estafa, sin perjuicio del concurso real o aparente con otros ilícitos penales en contra de Ignacio Esteban Pavez Leighton y de quienes resulten responsables.

Por otro lado, explica que no es efectivo que la situación que ocasionó el término anticipado de los contratos haya sido ignorada por la reclamante, pues desde el mes de febrero de 2019 conocía el hecho de la doble facturación, situación que además le fue señalada por personal de la subdirección de Ornato, Parques y Jardines del municipio.



Por lo antes expuesto, sostiene que no ha vulnerado ninguna de las normas que se alegan de contrario. En efecto, no se transgrede el principio de bilateralidad o contradictoriedad al tenor de los artículos 10 de la Ley 19.880 y 79 ter del Reglamento de la misma, atendido que esta última disposición no es aplicable al caso en comento, pues el término de los contratos no se produjo por incumplimiento de los servicios, conforme se dijo.

Asimismo, sobre el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, no se conculca el debido proceso, porque en este caso no se está en presencia de un tribunal u órgano que ejerza jurisdicción, considerando además que su parte actuó de conformidad a las leyes y demás normativa que rige la contratación pública.

En lo tocante a los artículos 2 y 53 de la Ley 18.575, no existe contravención, pues la municipalidad ha actuado dentro de su competencia en lo relativo a las contrataciones públicas, según lo preceptuado en los artículos 66 de la Ley 18.695, 1 y 10 inciso 3° de la Ley 19.886, sobre compras públicas; 77 de su Reglamento; 10.4 y demás pertinentes de las Bases Administrativas de la Licitación que originó los contratos terminados anticipadamente.

Respecto a los artículos 1545, 1546 y 1547 del Código Civil, su parte, sigue, ha obrado considerando tanto las normas de la Ley 19.886, como su Reglamento y, así como las Bases de Licitación respectivas, considerando que la reclamante actuó al margen del concepto de buena fe contractual.

La Fiscal Judicial señora Loreto Gutiérrez informó al tenor del recurso, manifestando que el reclamo de ilegalidad debe ser acogido, atendido que la decisión de la municipalidad de poner término anticipado a los contratos vulneró el debido proceso garantizado constitucionalmente, conforme el artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental y la Ley 19.886, al aplicar al reclamante la sanción más gravosa, sin permitirle hacer valer su defensa.

Por otra parte, señala que la normativa que cita la municipalidad, no resulta aplicable a la especie, desde que se encuentra contenida en la regulación previa de licitación, sin que por lo demás se contemple la causal de término invocada.

Se ordenó traer los autos en relación.

**CONSIDERANDO:**

1°.- Que el reclamo de ilegalidad se constituye como un mecanismo de control de la actividad administrativa municipal dispuesto para la tutela de los derechos e intereses legítimos. En este sentido, se trata de una acción de impugnación que se dirige en contra de las resoluciones u omisiones ilegales dictadas por el Alcalde o de sus funcionarios en el ejercicio de la función público administrativa municipal.

2°.- Que como se advierte, la totalidad de las alegaciones que sustentan la reclamación tratan de asuntos jurídicos, lo que releva cuestionamientos de orden fáctico, en tanto no existe controversia sobre los hechos fundamentales que motivaron la decisión de la Administración y el proceso que esta utilizó para tal finalidad.

En este entendido, no existe discusión entre las partes acerca de lo siguiente:





A) En relación al Contrato N° 1:

- Las facturas Nros. 919 y 981 fueron emitidas por el mismo servicio, correspondiente al mes de noviembre de 2018;

- La municipalidad pagó la factura N° 981;

- La factura N° 919 después de cedida en factoring, fue anulada a través de nota de crédito N° 383 de 14 de marzo de 2019;

- La administrada no renovó para el último periodo la garantía de fiel cumplimiento;

- La municipalidad con fecha 26 de abril de 2019 aplicó una multa a la reclamante que se encuentra impaga.

B) Contrato N° 2:

- Las facturas Nros. 1006 y 1033 fueron emitidas por el mismo servicio, correspondiente al mes de enero de 2019;

- La factura N° 1006 después de cedida en factoring, fue anulada a través de nota de crédito N° 386 de 14 de marzo de 2019;

- La municipalidad con fecha 26 de abril de 2019 aplicó una multa a la reclamante que se encuentra impaga.

C) Contrato N° 3:

- Las facturas Nros. 974 y 976 fueron emitidas por el mismo servicio, correspondiente a noviembre de 2018;

- La municipalidad pagó la factura N° 976;

- La factura N° 974 después de cedida en factoring, fue anulada a través de nota de crédito N° 385 de 14 de marzo de 2019;

- La municipalidad con fecha 26 de abril de 2019 aplicó una multa a la reclamante que se encuentra impaga.

Por otra parte, tampoco se discutió en la audiencia que la municipalidad fue demandada ejecutivamente por la empresa de factoring -cesionaria de la reclamante- respecto de dos facturas que fueron pagadas a esta última por la Administración (Nros. 919 y 974).

**3°.-** Que según aparece de las resoluciones que se acusan de ilegales, su fundamento estriba, en resumen, que la duplicidad de facturas, por los mismos periodos respecto de los tres contratos y en relación a los mismos servicios, y la factorización de las mismas; antecedentes que motivaron que, no obstante haber procedido el municipio a pagar al cedente por los servicios prestados, se viera enfrentado a lo menos en dos procesos ejecutivos al cobro compulsivo por parte de la empresa cesionaria de aquellas facturas previamente solucionadas; antecedentes que conforme a lo dispuesto en el artículo 10.4 de las Bases de Administrativas de Licitación, dicen las Resoluciones, habilitan el término anticipado de los contratos.

**4°.-** Que en este orden de consideraciones, debe apuntarse que el primer bloque de normas que se acusan quebrantadas (10 de la Ley 19.886; 79 ter del D.S. N° 250 de 2004; 19 N° 3 de la Constitución Política de la República) se sustentan en la ausencia de un debido proceso en la aplicación de la sanción que se impuso,



pues entiende la administrada que no ha existido un proceso sancionatorio previo, conforme lo consagra el citado artículo 79 ter, considerando que la conclusión anticipada de los contratos es una sanción, sin que en definitiva se respetara el principio de contradictoriedad.

En un segundo argumento, se tilda de arbitraria y desproporcionada la decisión, atendida la ausencia de intencionalidad en los hechos que se le imputan a la reclamante y la imposibilidad de perjuicio patrimonial al municipio.

A continuación entiende que son ilegales por exceso de potestades, justamente por la desproporcionalidad en la sanción aplicada.

**5°.-** Que como primer asunto, debe apuntarse que el artículo 141 la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades (LOCM) consagra dos recursos distintos entre sí: por una parte, en las letras a), b) y c) regula el reclamo de ilegalidad municipal que se interpone ante el Alcalde y por otra, en las letras d) a i) establece el reclamo de ilegalidad municipal que se intenta ante la Corte de Apelaciones respectiva. Ambos recursos, si bien comparten la denominación, difieren sustancialmente en cuanto a su naturaleza. Mientras el primero es un recurso administrativo o gubernativo, caracterizado por el hecho de que el administrado lo deduce ante el propio órgano administrativo, sin que se origine una contienda entre partes; el segundo es de aquellos que en el derecho administrativo se denominan recursos contencioso administrativos, dado que facultan a los administrados de reclamar ante un tribunal cuando sus derechos han sido lesionados por un acto de la Administración, con el objeto de obtener la revisión del acto impugnado (Silva Cimma, E., Derecho Administrativo y Comparado. El Control Público, Santiago, 1994, p. 188). Sólo en el recurso de reclamación de ilegalidad municipal ante la respectiva Corte de Apelaciones existe un ejercicio jurisdiccional, hecho que determina su separación tajante de los procedimientos administrativos regulados, en forma general y supletoria, por la Ley 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado.

**6°.-** Que en esta dinámica, el reclamante ha podido ejercer en tiempo y forma una adecuada defensa, lo anterior, tiene su fundamento ciertamente en la garantía fundamental del debido proceso, dentro de la cual, se comprende, entre otros, el derecho del afectado por el acto administrativo de conocer en su integridad las razones por las cuales se adoptó una determinada decisión en su contra, disponiendo de las posibilidades para reclamar conforme a la conveniencia de sus intereses, lo que se ha cumplido en la especie, desde que ha tomado conocimiento de la dictación de los Decretos y de sus fundamentos, y a partir de ello ha podido desplegar las acciones que el ordenamiento jurídico le franquea.

Ahora bien, la posibilidad de rendir prueba o bien objetar la decisión de la recurrida, según sostiene, antes de que aquella se materializara, constituye una argumentación que pugna con la facultad que el propio ente edilicio reservó para sí, conforme se pasa a explicar, lo que en caso alguno puede estimarse contrario o vulneratorio al debido proceso, en tanto, como se dijo, la reclamante ha contado con



la totalidad de los mecanismo de revisión de los actos de la Administración, más cuando las posibles sanciones frente a una conducta contraria a la convención se encuentran previamente establecidas y tipificadas en la documentación que rige la vinculación entre las partes.

7°.- Que en este entendido, se ha sostenido por la doctrina que la administración o sus órganos, antes de contratar, dictan los actos administrativos preparatorios o previos que conducen al contrato, como por ejemplo las Bases Administrativas o Especificaciones Técnicas que describen las características materiales del contrato para el llamado a licitación; producida la adjudicación, se celebra el contrato respectivo. El favorecido deberá cumplir con las garantías bancarias que aseguren que dará cumplimiento oportuno y correcto a sus obligaciones; la administración se reserva expresamente la facultad de fiscalizar la realización del contrato y de poner término anticipado al mismo por su deficiente realización. Luego de la recepción definitiva, la administración devuelve al contratante las garantías recibidas. Las Bases Administrativas Generales y Especiales que se entienden incorporadas al contrato son conocidas del contratante, quien es libre para firmarlo o para rehusar suscribirlo.

8°.- Que seguidamente, cabe tener presente que el artículo 10 de la Ley 19.886, prescribe expresamente que: “El contrato se adjudicará mediante resolución fundada de la autoridad competente, comunicada al proponente.

El adjudicatario será aquel que, en su conjunto, haga la propuesta más ventajosa, teniendo en cuenta las condiciones que se hayan establecido en las bases respectivas y los criterios de evaluación que señale el reglamento.

Los procedimientos de licitación se realizarán con estricta sujeción, de los participantes y de la entidad licitante, a las bases administrativas y técnicas que la regulen. Las bases serán siempre aprobadas previamente por la autoridad competente.”

9°.- Que al tenor de ese marco normativo, particularmente del último inciso de la norma citada, el artículo 10.4 de las Bases Administrativas de Licitación, sobre Fraude y la Corrupción, dispone que “En el evento que se comprobare que el Adjudicatario o diversos Oferentes han incurrido en “Prácticas Corruptas”, “Prácticas Fraudulentas” o “Prácticas Colusorias” sea con respecto al proceso de selección o con respecto a la adjudicación, el Municipio rechazará de plano la propuesta o la adjudicación o pondrá término a la contratación anticipadamente, haciendo efectiva la garantía de fiel cumplimiento en forma administrativa, sin necesidad de resolución judicial previa.

Para estos efectos, se entenderá por “Práctica Corrupta” todo ofrecimiento, suministro o aceptación o solicitud de cualquier de cosa de valor con el fin de influir en la actuación de un funcionario en el proceso de selección o en la ejecución de la contratación. Por “Práctica Fraudulenta” toda tergiversación de los hechos con el fin de influir en la ejecución de un Contrato en perjuicio del Municipio, y por “Práctica Colusoria”; sea con anterioridad o con posterioridad a la presentación de las ofertas,



PZNGKBXHV

los acuerdos entre oferentes, o entre estos y el adjudicatario, con el propósito de establecer precios a niveles artificiales y no competitivos que priven al Municipio de las ventajas de la competencia libre y abierta”.

A su turno, los artículos 6.8 y 6.11 de las mismas bases estatuyen, el primero, sobre la resolución del contrato, que: “El Contrato se podrá resolver administrativamente por cualquier incumplimiento grave de las obligaciones contraídas por el Contratista, sin derecho a indemnización. Para los efectos de justificar la terminación administrativa del Contrato, se considerarán como graves, las siguientes causales, cuya enumeración en ningún caso es taxativa: a. Si el Contratista, por causa que le sea imputable, no entregase de manera total, completa y oportuna el servicio solicitado, y tal situación persistiese por un período superior a tres (3) días corridos u otro que se establezca en las Bases Técnicas; b. Si firmado el Contrato, el Contratista no iniciare la ejecución de los servicios dentro del plazo máximo de cinco (5) días hábiles a partir de éste, o del plazo establecido como inicio del servicio; c. Si existiere incumplimiento del contratista de sus obligaciones emanadas del contrato, en forma reiterada o contumaz, o si se le aplicaren multas que igualen o excedan el 30% de la facturación mensual, en un periodo de 12 meses; d. Por atrasos reiterados en la prestación del servicio, o en su inicio; e. Si los bienes o servicios objeto del contrato quedaren con defectos graves, que no pudieren ser reparados por causas u errores imputables al Contratista; f. Si realizadas las observaciones por la Inspección Técnica del Contrato y estas no fueran subsanadas por el contratista en el tiempo y forma indicado; g. Si el Contratista no mantiene vigentes las cauciones correspondientes y esta situación persistiese por más de diez (10) días corridos, contados desde la fecha en que contractualmente debían ser renovadas; h. Si el Contratista está en proceso de liquidación según la normativa de la Ley N° 20.720; i. Si existe mandamiento de ejecución y embargo sobre bienes del Contratista, que perturben o puedan perturbar el cumplimiento del contrato; j. Si el contratista cede o transfiere a terceros las obligaciones emanadas del contrato, en términos no permitidos por estas bases; k. Incumplimiento por el contratista, de las obligaciones laborales y/o previsionales que le correspondan; l. Negativa del contratista a cumplir con los trabajos ordenados por el Inspector Municipal; m. Malos tratos de obra para con el Inspector Municipal y/o otros funcionarios municipales con que deba relacionarse; n. Por cambio y/o robo o hurto de los bienes patrimoniales municipales entregados por inventarios oficiales siempre y cuando concurra negligencia o dolo comprobado del contratista y sus trabajadores; ñ. Otras causales establecidas en las Bases Técnicas en forma expresa”.

Por su lado, el citado artículo 6.11 dispone, en lo pertinente, que “Habiéndose resuelto anticipadamente el Contrato, por cualquiera de las causas señaladas en el numeral precedente, o por otra causal calificada fundadamente como grave por la Municipalidad, se harán efectivas las garantías del contrato, las que servirán para responder del saldo de anticipo no restituido a la fecha, deudas pendientes con los



trabajadores (sueldos, pagos previsionales), servicios pendientes y por prestar, multas a que hubiere lugar, o cualquier otro gasto o perjuicio que resulte para el Municipio con motivo de esta terminación y/o liquidación del contrato”.

**10°.-** Que como se ve, y contrariamente a la sostenido por la señora Fiscal Judicial, la correcta interpretación de la normativa contractual que alumbró la relación entre las partes, debe hacerse a la luz tanto del contrato mismo como de las Bases Administrativas de Licitación, pues ellos deben interpretarse de forma conexa o conjunta, esto es, integradamente, sin que se pueda pretender considerar que uno de aquellos instrumentos solo resulta aplicable en la etapa previa a la suscripción del contrato, en tanto ello carece de sentido al tenor de las reglas contenidas en las Bases que son también las llamadas a regir la ejecución del acuerdo.

**11°.-** Que en esta línea de razonamiento, el citado artículo 10.4 -por mandato del artículo 10 inciso 3° de la Ley 19.886- autoriza a la municipalidad para en dos etapas diversas del proceso: rechazar de plano la propuesta (previa a la adjudicación) o poner término a la contratación anticipadamente (ya en ejecución el contrato), sin resolución judicial previa, en los casos que la referida norma prevé, siendo de especial interés, cuando exista una “práctica fraudulenta”, entendiéndose por esta, conforme lo define la convención, “toda tergiversación de los hechos con el fin de influir en la ejecución de un Contrato en perjuicio del Municipio”.

Conforme a lo dicho, resulta cierta la facultad/deber que recae en el municipio ante la detección de determinadas situaciones, preestablecidas en el propio contrato que le permite poner término anticipado al mismo; ello en concordancia el interés público del servicio que envuelve su ejecución.

Es por ello que la aseveración de que la Administración infraccionó el artículo 79 ter del Reglamento de la Ley 19.886 carece de sustento, pues el contradictorio que exige la sociedad reclamante no se encuentra contemplado para este caso específico.

Este razonamiento se reafirma con las restantes hipótesis que establecen las Bases, en tanto el artículo 6.11 contempla la posibilidad de término del contrato, entre otras, por las causales de resolución por incumplimiento contractual -respecto de las cuales efectivamente es menester oír al afectado (artículos 6.8 y 9.5) dado los efectos jurídicos que engendra la resolución- o bien “por otra causal calificada fundadamente como grave por la municipalidad”, regla esta última que resulta acorde con la regla de término anticipado que regula el citado artículo 10.4.

**12°.-** Que, entonces, la situación excepcional aplicada en la especie queda entregada no al artículo 79 ter del aludido Reglamento, sino al artículo 77 del mismo, que regula las causales de modificaciones y término anticipado señalando en lo pertinente que: “Los contratos administrativos regulados por este reglamento podrán modificarse o terminarse anticipadamente por las siguientes causales: 2. Incumplimiento grave de las obligaciones contraídas por el contratante...” “6. Las demás que se establezcan en las respectivas Bases de la licitación o en el contrato”. Luego, incluso entendiéndose que en la especie no merecen aplicación las bases de



PZNGKBXHV

licitación, lo que como se dijo no es efectivo, igualmente es posible constatar la concurrencia del supuesto de hecho que legalmente habilita al municipio a poner término anticipado a la contratación, en tanto se encontraba posibilitado para ello sin necesidad de resolución judicial previa.

**13°.-** Que, como corolario de lo que se ha venido exponiendo hasta ahora, ha quedado consignado que el acto administrativo por el cual se puso término a los contratos objeto de esta reclamación, ha sido dictado por la autoridad competente, en el ejercicio de sus atribuciones, además de encontrarse debidamente fundado, no sólo desde un punto de vista formal, sino que de fondo, por cuanto los pilares del mismo han guardado relación con las bases de licitación que unían a las partes, limitándose la autoridad a ejercitar libremente las facultades y poderes discrecionales de que está investida.

**14°.-** Que a continuación se discute el mérito, gravedad y trascendencia de la conducta que se atribuye a la reclamante -no controvertida- y que se encuentra constituida por la duplicidad de tres facturas y su posterior circulación mediante la factorización de las mismas, con las consecuencias propias que de esta operación derivan para el cedente, cesionario y deudor, considerando el pago previo de aquellos documentos mercantiles por parte de este último.

En este punto, parece inapropiado a través de un recurso como el de la especie, en que se persigue despejar la legalidad del acto administrativo, escrutar cuestiones que son propias de un proceso de lato conocimiento, más cuando y en todo caso, al tenor de la reglamentación latamente citada, solo cabe entender que el municipio actuó conforme sus facultades y atribuciones, y por ello, legalmente, por cuanto la regulación que rige a las parte establece precisamente su derecho para poner término administrativo en forma anticipada al contrato, en atención a la calificación que el propio edil realice. De tal manera que no se vislumbra cómo podría revestir alguna ilegalidad la actuación de la municipalidad, más aún cuando los hechos que fundamentan esa determinación no se encuentran controvertidos.

**15°.-** Que como corolario de lo que se viene diciendo, no pueden entenderse quebrantadas las normas del Código Civil que se citan, en tanto en la especie, se ha verificado la aplicación de las estipulaciones que las mismas partes entendieron debían regir sus relaciones contractuales.

A mayor abundamiento, parte de la doctrina incluso postula que no resulta aplicable el artículo 1545 del Código de Bello en un contrato como el sub lite, celebrado entre un particular y un órgano de la administración del Estado, por cuanto tienen un régimen jurídico especial, distinto al común, en atención a los intereses involucrados, que entregan ciertas prerrogativas a la administración, verificándose una relación de desigualdad, gravando más al particular.

**16°.-** Que por todo lo relacionado, solo resta concluir que si el recurso de ilegalidad tiene por fundamento el restablecimiento del orden jurídico que se supone quebrantado o conculcado por la autoridad, mal puede incurrirse en tal desatención



por parte de la autoridad, si como en la especie, ésta se ha limitado a ejercitar libremente las facultades y poderes de que está investida.

**17°.-** Que conforme a lo expuesto, se disiente de la opinión formulada por el Fiscal Judicial en su informe, en cuanto es de parecer de acoger el reclamo de ilegalidad.

Por estas consideraciones, y lo dispuesto en el artículo 140 de la Ley 18.695, **se rechaza** el reclamo, **sin costas**, de ilegalidad municipal deducida por la sociedad “Pavez Leighton, Paisajismo-Arquitectura y Medio Ambiente Limitada” en contra de la Ilustre Municipalidad de Santiago.

Acordada con el voto en contra del ministro Tomás Gray, quien estuvo por acoger la referida reclamación, por las siguientes razones:

**Primero:** Que la Municipalidad recurrida, al no tramitar un procedimiento sancionatorio previo, antes de aplicar la sanción de término anticipado, conforme lo ordena la Ley 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, y su Reglamento, en particular el artículo 79 ter del DS N° 250, de 2004, incurrió en una ilegalidad, pues por sí y ante sí, decidió poner término a los contratos que la ligaba con la recurrente, sin que la reclamante, en un procedimiento administrativo legalmente tramitado, pudiera defenderse o hacer valer sus derechos.

**Segundo:** En efecto, en el citado Reglamento, el término anticipado por incumplimiento del contratista es una sanción, igual que la multa o el cobro de la garantía de fiel cumplimiento, por lo que revistiendo ese carácter, requería un procedimiento previo, en tanto no es admisible desde el punto de vista constitucional, que aquéllas puedan aplicarse unilateralmente y de plano por la entidad controladora, toda vez que una medida como esa requiere, a lo menos, que el afectado, tenga posibilidad de defenderse.

Dicho procedimiento no se supe, en concepto de este disidente, con la referencia a las bases de licitación o a las cláusulas del contrato, pues lo que se requiere es que el afectado pueda defenderse y expresar sus puntos de vista ante los reproches de incumplimiento que se le formulan.

**Tercero:** Que, en la especie, al haberse demostrado que la entidad edilicia obró de esa manera, procediendo a dar por terminado el contrato en forma anticipada, sin un debido proceso, se han vulnerado, entre otras disposiciones, los artículos 79 ter del Decreto 250 de 2004, Reglamento de la Ley N° 19.886, artículo 10 de la Ley 19.880 y 19 N° 3, inciso quinto, de la Constitución Política de la República.

**Cuarto:** El artículo 79 ter del Decreto 250, citado, establece lo siguiente: *"En caso de incumplimiento por parte de los proveedores de una o más obligaciones establecidas en las bases y en el contrato, la Entidad podrá aplicar multas, cobrar la garantía de fiel cumplimiento, terminar anticipadamente el contrato o adoptar otras medidas que se determinen, las que deberán encontrarse previamente establecidas en las bases y en el contrato."*



*Con todo, las medidas que se establezcan deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento. Si la medida a aplicar consistiere en el cobro de multas, las bases y el contrato deberán fijar un tope máximo para su aplicación.*

*Asimismo, las bases y el contrato deberán contemplar un procedimiento para la aplicación de las medidas establecidas para los casos de incumplimientos, que respete los principios de contradictoriedad e impugnabilidad. En virtud del mencionado procedimiento siempre se deberá conceder traslado al respectivo proveedor, a fin de que éste manifieste sus descargos en relación al eventual incumplimiento. La medida a aplicar deberá formalizarse a través de una resolución fundada, la que deberá pronunciarse sobre los descargos presentados, si existieren, y publicarse oportunamente en el Sistema de Información. En contra de dicha resolución procederán los recursos dispuestos en la Ley N° 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado."*

**Quinto:** De lo anterior, se desprende que la municipalidad recurrida no se ajustó al procedimiento que contempla la citada disposición para aplicar la medida más gravosa en relación al vínculo contractual que la ligaba con la empresa reclamante, toda vez que en forma abrupta procedió a dar término anticipado al contrato, contrariando el procedimiento previo que esa norma le exige, en cuanto respetar los principios de contradictoriedad e impugnabilidad.

Dicho precepto debe complementarse con el artículo 10 de la Ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración Pública, el cual consagra el principio de contradictoriedad, que también se ha visto conculcado en la especie, y con el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, que contempla la garantía fundamental de un debido proceso.

**Sexto:** Que, consecuencia de lo anterior, y concordando con la opinión del de la Fiscal Judicial, Sra. Maria Loreto Gutiérrez Alvear, este disidente estuvo por acoger el reclamo de ilegalidad interpuesto por la empresa Pavez Leighton, Paisajismo-Arquitectura y Medio Ambiente Limitada (SEMKT LTDA.), en todas sus partes, dejando sin efecto los Decretos Alcaldicios Secc. 2ª Nros. 4124, 4125 y 4126, todos del 29 de abril de 2019, dictado por la I. Municipalidad de Santiago.

Regístrese y comuníquese.

Redacción de la ministra Lilian Leyton Varela y del voto en contra su autor.

Rol N° 395-2019







PZNGKBXHV

Pronunciado por la Cuarta Sala de la C.A. de Santiago integrada por los Ministros (as) Juan Cristobal Mera M., Lilian A. Leyton V., Tomas Gray G. Santiago, veintisiete de agosto de dos mil veinte.

En Santiago, a veintisiete de agosto de dos mil veinte, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.  
A contar del 05 de abril de 2020, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>