

TRIBUNAL : Tribunal de Contratación Pública
MATERIA : Acción de impugnación
PROCEDIMIENTO : Especial Artículo 24 Ley 19.886
DEMANDANTE : BANCO DEL ESTADO DE CHILE
R.U.T. : N° 97.030.000-7
REPRESENTANTE : VICTOR ANDRÉS ACEVEDO LENIZ
R.U.T. : 14.206.294-1
PATROCINANTE : CARLA LAVÍN ARRIAGADA
R.U.T. : 18.094.369-2
APODERADO : FRANCISCA FREDES ARAYA
R.U.T. : 18.933.881-3
DEMANDADO : ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE FRESIA
R.U.T. : N° 69.220.400-K
REPRESENTANTE : JOSÉ MIGUEL CARDENAS BARRIA
R.U.T. : 9.025.691-2

EN LO PRINCIPAL: INTERPONE ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE ACTO DE ADJUDICACIÓN. **EN EL PRIMER OTROSÍ:** ACOMPAÑA DOCUMENTOS. **EN EL SEGUNDO OTROSÍ:** SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO. **EN EL TERCER OTROSÍ:** ACREDITA PERSONERÍA. **EN EL CUARTO OTROSÍ:** PATROCINIO Y PODER.

HONORABLE TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

ANDRÉS ACEVEDO LENIZ, abogado, en representación convencional, según se acreditará, de **BANCO DEL ESTADO DE CHILE** – en adelante, indistintamente, “Banco Estado”- sociedad del giro de su denominación, ambos domiciliados para estos efectos en Avenida Libertador Bernardo O’Higgins N° 1111, piso 5°, comuna y ciudad de Santiago, a este Honorable Tribunal respetuosamente digo:

Encontrándome dentro de plazo, y de conformidad a lo dispuesto en el **artículo 24 de la Ley N° 19.886**, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios – en adelante, indistintamente, la “Ley” o la “Ley de Compras”-, vengo en interponer acción de impugnación en contra de la **Ilustre Municipalidad de Fresia**– en adelante indistintamente “la Municipalidad”-, R.U.T. N° 69.220.400-K, representada legalmente por su alcalde, don José Miguel Cárdenas Barria, ignoro profesión, ambos domiciliados en SAN FRANCISCO 124, comuna de Fresia, en relación con la licitación pública N° 4037-155-LP21 “Servicio Apertura y Mantención Cuentas Corrientes Bancarias” (en adelante, indistintamente, la “Licitación”).

La presente impugnación tiene por objeto que este Honorable Tribunal **declare ilegales y arbitrarias las cláusulas sobre el plazo del contrato y plazo de vigencia contenidas, respectivamente, en las bases administrativas y técnicas de la referida Licitación**, publicadas en el portal www.mercadopublico.cl el día 22 de octubre de 2021, por cuanto dichos actos administrativos vulneran disposiciones de la mencionada Ley N° 19.886, de su Reglamento, de la Ley 19.880, y diversas normas legales aplicables supletoriamente a las compras públicas, y en mérito de los argumentos que se exponen la presente acción, solicito que se adopten las medidas o providencias necesarias para restablecer el imperio del Derecho, entre ellas que se deje sin efecto el referido llamado de licitación y se realice un nuevo proceso, previa eliminación de las cláusulas de plazo del contrato y de vigencia contenidas en las bases que se impugnan, con costas.

Lo anterior, fundado en los siguientes antecedentes de hecho y consideraciones de derecho que paso a exponer:

I. Antecedentes de hecho

Con fecha 22 de octubre de 2021 la Ilustre Municipalidad de Fresia publica en el sistema de información la Licitación Pública ID 4037-155-LP21, junto a sus Bases Administrativas y Técnicas.

En las primeras se establecieron las siguientes cláusulas:

“7.1. INICIO DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO

El inicio de la prestación del servicio será a partir de la fecha de adjudicación, fecha que en todo caso podrá ser modificada por mutuo acuerdo de las partes, lo que deberá ser ratificado por Decreto Alcaldicio. Si por motivos de fuerza mayor o caso fortuito debidamente acreditados, el adjudicatario no pudiese dar inicio a la prestación del servicio, deberá proponerse al Municipio, en forma escrita, las opciones para dar cumplimiento al servicio, lo que deberá ser previamente sometido a la aprobación por parte del Municipio y aprobado por Decreto Alcaldicio.

7.2. PLAZO DEL CONTRATO

La vigencia del contrato será desde la fecha definida en el punto 7.1 de las presentes bases hasta el 31 de diciembre de 2024.”

En lo que se refiere a las bases técnicas, se señaló la siguiente cláusula:

“3. PLAZO DE VIGENCIA

El inicio de la prestación del servicio será a contar de la fecha de adjudicación, y se extenderá hasta el 31 de diciembre de 2024.”

Días más tarde, luego de haberse efectuado un examen de las bases de licitación publicadas el 22 de octubre pasado, mi representado, Banco Estado, presentó un reclamo a través de la Dirección de Chile Compras (esto ocurrió el pasado 26 de octubre), haciendo presente que las referidas bases contravenían, en cuanto al objeto y el plazo del servicio, el contrato vigente que mantiene mi representado con la parte demandada, titulado "CONVENIO INTERADMINISTRATIVO DE SERVICIOS BANCARIOS", celebrado con fecha 16 de febrero de 2016.

Se hace presente que el indicado reclamo a la fecha de interposición de la presente acción todavía no tiene respuesta por parte del Municipio –como se acreditará en autos con print o pantallazo del reclamo señalado-.

Ahora, para conocimiento de este Honorable Tribunal, vale señalar que en este último acuerdo legalmente celebrado se estableció que la duración del servicio de apertura y mantención de cuentas bancarias sería de 7 años, a partir de 01 de marzo de 2016. Lo anterior implica que el contrato entre la Municipalidad demandada y mi representado estaría vigente hasta el 28 de febrero de 2023. No obstante, el Municipio de Fresia abrió una licitación por el mismo servicio y por un plazo de duración que coincide con el contrato que actualmente vincula a las partes.

En efecto, la Municipalidad de Fresia ha decidido licitar nuevamente el servicio de "Apertura y Mantención de Cuentas Corrientes Bancarias", que se traduce en la contratación de apertura y mantención de cuentas corrientes bancarias en moneda nacional con el objeto de administrar sus recursos financieros, recaudar los ingresos provenientes del pago de permisos de circulación de vehículos, patentes municipales, derechos y otros gravámenes, así como la prestación de todos aquellos servicios relacionados con el giro Bancario estipulados en las bases técnicas. Lo cierto es que el servicio antes descrito en las bases técnicas viene en ser el mismo que actualmente se está ejecutando por el contrato existente entre las partes.

II. Fundamentos de Derecho

Las acciones ilegales y/o arbitrarias que se materializan en la publicación de las bases y el llamado a licitación que hace la Municipalidad demandada no se ajusta a los principios rectores y normas que conforman el marco regulatorio de la contratación pública como a continuación se expone:

A. PRINCIPIO DE ESTRICTA SUJECCIÓN A LAS BASES.

La Ley N°19.886 en el artículo 10 inciso 3° establece 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*".

Respecto a la primacía de este principio la Contraloría General de la República, órgano de rango Constitucional a cuyos dictámenes se encuentran obligados todos los órganos que forman parte de la Administración del Estado, ha emitido una serie de dictámenes que regulan la necesidad de observancia del citado principio en los procesos licitatorios.

De esta manera, en el dictamen N°23.319 de 2018, entre otros (65.769 de 2015, 14.238 de 2018), señala que:

"Al respecto, es preciso recordar 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 respetarla legalidad y transparencia que deben primar en los contratos que celebren".

En el caso de marras, este principio se ve vulnerado por la entidad licitante al realizar un llamado de licitación por un servicio y período de tiempo idéntico al contrato que actualmente vincula a las partes de autos. De haberse dado estricto cumplimiento a lo indicado en las bases se vulnerarían los derechos legítimamente adquiridos que tiene mi representado.

De esta manera y haciendo aplicación del dictamen N°31.799 del año 2013 que señala:

"El artículo 10 inciso tercero, de la ley N°19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, preceptúa, en lo pertinente, que el procedimiento licitatorio se realizará con estricta sujeción, de los participantes y de la entidad licitante, a las bases administrativas y técnicas que lo regulen; y que el artículo N°2 y N°3 del decreto N°250 de 2004, del Ministerio de Hacienda, que aprueba el reglamento para la aludida ley N°19.886, en lo que interesa, señala que las bases constituyen los documentos aprobados por la entidad facultada para ello, que regulan el proceso de compras y el contrato definitivo y que incluyen las administrativas y las técnicas.

En concordancia con lo anterior, cabe destacar que el citado principio de estricta sujeción a las bases, implica que las cláusulas de éstas tiene que observarse de modo irrestricto y conforman la fuente principal de los derechos y obligaciones tanto de la Administración como de los oponentes, de manera que su transgresión desvirtúa todo el procedimiento, 10 siendo competencia de la autoridad velar para que aquél sea respetado (aplica criterio contenido en los dictámenes N°65.294, de 2011 y 49.641, de 2012".

Lamentablemente Honorable Tribunal esta parte estima que la entidad demandada está transgrediendo este principio con total liviandad.

B. PRINCIPIO DE MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

Un acto arbitrario es aquel que se conoce como carente de fundamento o razón, caracterizándose por darse en un contexto de abuso de poder de parte de las autoridades quienes aplican facultades propias de manera abusiva, sin reunir los requisitos de la lógica que permiten el ejercicio de aquella facultad.

En efecto, la Ley 19880, bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del estado, establece normas, a partir de las cuales emana el Principio de Motivación de los actos administrativos, a saber los artículos 8°, 11°, 16° y 41°. El primero contiene el Principio Conclusivo, de acuerdo al cual todo procedimiento administrativo debe terminar con un acto decisorio que se pronuncie sobre la cuestión de fondo y en el cual exprese la voluntad del respectivo órgano administrativo. El segundo contiene el Principio de Imparcialidad, de acuerdo al cual los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que, los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos. En lo que respecta al artículo 16°, relativo al Principio de Transparencia, este señala que se debe permitir y promover el conocimiento, contenido y fundamentos de las decisiones que se adopten en un procedimiento administrativo.

Finalmente, el artículo 41° hace referencia al contenido de la resolución final, señalando en su inciso cuarto que la decisión debe ser fundada.

Lo anterior, además se refuerza por el Principio de Legalidad, contenido en el artículo 7° de la Constitución Política de la República al señalar “en la forma que prescriba la ley”, (investidura regular/competencia/debido procedimiento legal), y que es lo que en definitiva permite que un acto produzca plenos efectos jurídicos.

En cuanto a su contenido y alcances, la Contraloría General de la República (CGR) ha reconocido su importancia en múltiples pronunciamientos desde hace años, estableciendo la necesidad de expresar “normas legales y reglamentarias que le sirven de fundamento, consideraciones de hecho que hacen aplicable la medida adoptada (...)” (Dictamen N°33.006 de 1984). Además, ha elevado la motivación a la calificación de requisito esencial de un acto administrativo al establecer que “(...) la falta de motivación, por cuanto dicho requisito esencial, en tanto constituye el fundamento de ese acto administrativo y, por ende, se encuentra íntimamente vinculada a la decisión adoptada, debe concurrir al momento de la dictación del mismo”. (Dictamen N° 56.391 de 2008). De esta manera, se trata de un elemento esencial de los actos administrativos y consiste, en términos simples, en expresar los fundamentos de hecho y de derecho del mismo.

Considerando lo anterior, la Administración al tomar una decisión debe ponderar cómo se conjugarán los hechos del caso concreto con la normativa aplicable, sin que la toma de la decisión se transforme en un proceso automático y exento de deliberación acerca de lo razonable o adecuado de lo resuelto. Por supuesto, esto implica un mayor nivel de exigencia en la toma de decisiones de la Administración, más ello no solo parece adecuado sino que también un imperativo para una adecuada colaboración público-privada.

De acuerdo al profesor Luis Cordero “La motivación es una cuestión esencial en la teoría del acto administrativo. Su importancia radica en que la omisión de la misma o la circunstancia de que esta sea insuficiente, implica en general la existencia de un vicio de invalidez del acto dictado. Es también, el medio que utilizan los jueces para construir los “indicios” que sirven de base al vicio de “desviación de fin o de poder.”

De manera que el Municipio demandado no podía abrir un procedimiento de licitación por un servicio y período está legítimamente adjudicado al Banco, contraviniendo sin más trámite un acuerdo vigente de las partes.

C. CONTRAVENCIÓN ABIERTA AL ARTÍCULO 1545 DEL CÓDIGO CIVIL.

La Municipalidad con su actuar expresa equívocamente su decidida intención de continuar con un proceso de licitación y proceder a la adjudicación y posterior firma de un nuevo contrato de servicios bancarios, lo que constituye una infracción al artículo 1545 del Código Civil, según el cual, todo contrato legalmente celebrado, como el Contrato que vincula a mi representada con dicha Municipalidad, es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

En efecto, el acto de llamado a licitación, en cuanto plasma el decreto alcaldicio, concreta un procedimiento que conduce hacia la celebración de un contrato que necesariamente vulnerará derechos adquiridos por mi representada, importa un desconocimiento del valor vinculante de los contratos válidamente celebrados e infringe, por lo mismo, el artículo 1545 del Código Civil.

La obligación que pesa sobre la Municipalidad es de acatar la ley y un contrato que tiene para quienes han concurrido a su celebración, fuerza ineludiblemente obligatoria.

En vista de lo anterior, no puede la Municipalidad excusarse de cumplir las obligaciones que le impone un contrato válidamente celebrado y vigente.

Si este Honorable Tribunal permite que se siga adelante con el llamado a licitación impugnado por esta acción, se permitiría al fin de cuentas que la Municipalidad de Fresia abiertamente desconozca el efecto vinculante del Contrato.

D. INFRACCIÓN EVIDENTE A LA BUENA FE

En virtud de lo señalado por el artículo 1546 del Código Civil *“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”*.

Difícilmente puede estimarse que la Municipalidad haya obrado de buena fe en el presente caso. Específicamente, el hecho de haber procedido a la publicación de la licitación pública que tiene por objeto la contratación de un servicio al que ya se encuentra obligado BancoEstado en virtud de un contrato válido y vigente, no puede ser entendido sino como un acto que se opone a la buena fe.

Al respecto, cabe tener presente lo señalado por Contraloría General de la República en diversos dictámenes, entre ellos el N° 34.597 de 2009:

“los municipios, como órganos integrantes de la Administración, actúan en el marco del Estado de Derecho y, por lo tanto, están sujetos al principio de juridicidad, procede que las decisiones que adopten como parte en los contratos que suscriben, respeten el principio de buena fe que, en materia contractual, consagra el artículo 1.546 del Código Civil, aplicable en la contratación administrativa y en virtud del cual las partes de un contrato deben tender a su correcto cumplimiento, ajustándose a un modelo de conducta tal que no cause daño a ninguna de ellas”.

De acuerdo a lo señalado en esta presentación, es indudable que, en el presente caso, la Municipalidad no se ha ajustado a semejante modelo de conducta sino que, al contrario, ha actuado de mala fe, perjudicando a su contraparte.

De este modo, la Municipalidad altera arbitrariamente la conmutatividad pactada entre las partes y, mediante una maniobra indebida, modifica sin el consentimiento de su contraparte y de forma sustancial los términos en los cuales BancoEstado se obligó.

E. INFRACCIÓN A LOS ARTÍCULOS 6º Y 7º DE LA LEY N° 19.886 Y LOS ARTÍCULOS 3º INCISO SEGUNDO Y 5º DE LA LEY N° 18.575.

Como todo órgano de la Administración del Estado, la Municipalidad se encuentra obligada a observar los principios individualizados en el artículo 3º inciso segundo de la Ley Nº 18.575: *“la Administración del Estado deberá observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas, y garantizará la debida autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos, respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica en conformidad con la Constitución Política y las leyes”*(énfasis agregado).

Los principios de eficiencia, eficacia y coordinación se encuentran consagrados específicamente en el artículo 5 de la misma ley. Esta norma dispone que:

“Las autoridades y funcionarios deberán velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública. Los órganos de la Administración del Estado deberán cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones.”

El mismo deber se encuentra consagrado en el inciso tercero del artículo 6º de la Ley Nº 19.866, el cual dispone que *“en todo caso, la Administración deberá propender a la eficacia, eficiencia y ahorro en sus contrataciones”*.

Como ya se ha señalado, actualmente existe un Contrato válidamente celebrado y vigente entre la Municipalidad y BancoEstado respecto de la prestación de servicios consistentes en la apertura y mantención de cuentas corrientes bancarias para la Municipalidad.

En otras palabras, en caso de adjudicarse la prestación de los servicios licitados a un tercero, la Municipalidad contaría con dos contratos vigentes con un mismo objeto: la apertura y mantención de cuentas corrientes bancarias. Esta duplicidad de Contratos, cuyo objeto sería materialmente idéntico, ciertamente atenta contra el principio de eficacia y eficiencia que debe gobernar las actuaciones de la Municipalidad en todas sus actuaciones y, especialmente, respecto de la contratación de servicios mediante los mecanismos que establece la Ley Nº 19.886. No cabe duda que la apertura de las eventuales ofertas recibidas durante el presente proceso de Licitación constituyen actos ineficientes e ineficaces y, por lo tanto, contrario a los principios que deben orientar las actuaciones de todo órgano de la Administración del Estado.

Lo anterior, por cuanto las ofertas recibidas en dicho acto no podrán ser aceptadas por BancoEstado, en atención a la existencia de un Contrato que se encuentra vigente y que, por su misma naturaleza, no puede coexistir con otro contrato tan semejante.

Finalmente, cabe hacer presente que la Municipalidad ha procedido a efectuar una publicidad en la convocatoria, a través del portal www.mercadopublico.cl, que sin duda como se acreditará en la oportunidad respectiva, provocará en los interesados y eventuales oferentes, una falsa apreciación de la realidad contractual (ya que se están licitando servicios bancarios en ejecución y que operan a través de un contrato legalmente celebrado y valido en todas sus partes con expreso conocimiento y consentimiento de la demandada). Lo anterior deja de manifiesto la infracción a los artículos 6° y 7° de la Ley 19.886, el cual debe ser coordinado con el artículo 62 N° 7 de la Ley 18.575, que considera infracción al principio de la probidad administrativa, contravenir los deberes de eficiencia, eficacia y de legalidad que rigen el desempeño de los cargos públicos, con grave entorpecimiento del servicio o del ejercicio de los derechos ciudadanos ante la administración.

Por consiguiente, en razón de lo anteriormente expuesto, es imprescindible que este Honorable Tribunal restablezca el imperio del Derecho respecto los actos impugnados por esta presentación y en definitiva acoja la acción de impugnación, ordenando a la Ilustre Municipalidad de Fresia que realice un nuevo llamado a licitación por un período de tiempo que no coincida o superponga con el plazo del contrato vigente.

POR TANTO, en mérito de las graves inobservancias al procedimiento administrativo y a las Bases de Licitación expuestas a lo largo de esta presentación, de las disposiciones legales citadas, y según lo prescrito en los artículos 24 y siguientes de la Ley 19.886 y demás disposiciones legales aplicables de los libros I y II del Código de Procedimiento Civil,

RUEGO RESPETUOSAMENTE AL H. TRIBUNAL, Tener por interpuesta demanda de impugnación en contra de la Licitación Pública “Servicio Apertura y Mantenimiento Cuentas Corrientes Bancarias”, que ha convocado la Ilustre Municipalidad de Fresia, representada legalmente por el José Miguel Cárdenas Barría, ya individualizado, acogerla a tramitación y en definitiva dejar sin efecto la Licitación Pública ID 4037-155-LP21 y ordenar que el Municipio demandado llame a una nueva Licitación Pública, con costas, para el caso de oposición.

PRIMER OTROSÍ: Solicito Honorable Tribunal tener por acompañados los siguientes documentos:

1. Convenio interadministrativo de servicios bancarios Banco del Estado e Ilustre Municipalidad de Fresia de fecha 16 de febrero de 2016.
2. Copias Bases Administrativas
3. Copias Bases Técnicas
4. Copia de Print de pantalla de Reclamo administrativo ID INC-447523-M8K2C0
5. Copia de texto Reclamo

SEGUNDO OTROSÍ: Que, en razón de los antecedentes latamente expuestos en lo principal, ruego a S.S. ordenar la suspensión de la licitación de autos convocada por la I. Municipalidad de Antofagasta, en virtud de lo dispuesto en el artículo 25 inciso 2º de la Ley N° 19.886. Fundo esta solicitud en que resulta indispensable para que un eventual resultado favorable de este juicio, pueda a su vez ser eficaz, que la entidad licitante se abstenga de continuar con normalidad esta licitación, puesto que una vez ocurra el cierre de recepción de ofertas, se efectúe la apertura y la posterior evaluación, el resultado de ésta necesariamente estará viciado.

Por lo anterior, ruego a este Honorable Tribunal acceder a ordenar la medida de suspensión de la licitación de autos, considerando además que esta licitación se encuentra en un estado temprano de tramitación.

TERCER OTROSÍ: Solicito a este Honorable Tribunal, tener por acreditada la representación por la cual comparezco y por este acto acompaño, con citación, copia de la escritura pública de fecha 23 de agosto de 2021, otorgada en la Notaría de Santiago de Pedro Ricardo Reveco Hormazábal, en la que consta mi personería para representar al Banco del Estado de Chile, documento que incorpora firma electrónica avanzada conforme a Ley N° 19.799.

CUARTO OTROSÍ: : A este Honorable Tribunal respetuosamente pido tener presente que, en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, vengo en asumir personalmente el patrocinio y poder de la presente causa en representación del Banco del Estado de Chile, con todas y cada una de las facultades que me fueron otorgadas a través del mandato judicial que se acompaña en el tercer otrosí de esta presentación. Asimismo, y sin perjuicio de lo anterior, por este acto confiero poder a las abogadas habilitadas para el ejercicio de la profesión doña **CARLA LAVÍN ARRIAGADA**, cédula de identidad N° 18.094.369-2, y doña **FRANCISCA FREDES ARAYA**, cédula de identidad N° 18.933.881-3, ambas de mí mismo domicilio, con quienes podré actuar conjunta o separadamente y quienes firman en señal de expresa aceptación.