



## Contraloría General de la República

### División de Coordinación e Información Jurídica

<b>Dictamen</b>	028115N05			
<b>Estado</b>	-	<b>Nuevo</b>	SI	<b>Carácter</b> NNN
<b>NumDict</b>	28115	<b>Fecha emisión</b>	15-06-2005	
<b>Orígenes</b>	MUN, DJU, VOT			

#### Referencias

-

#### Decretos y/o Resoluciones

-

#### Abogados

lfm sfr mvd bsp

#### Destinatarios

contralor regional coquimbo

#### Texto

municipalidad no actuo conforme a derecho al arrendar un numero determinado de estacionamientos por 10 anos pagando una renta mensual durante 20. ello, porque ademas de que significa establecer obligaciones de pago futuro que conllevan un endeudamiento publico, vulnerandose el art/60 num/8 de la constitucion, no consta que se cumpliera lo preceptuado en el art/9 de ley 19915 en relacion con oficio circular 71/2003, hacienda, que exige autorizacion previa de dicho ministerio para suscribir ese tipo de contratos, la que supone que la renta se paga dentro del plazo de duracion del arriendo pertinente con los recursos de cada ejercicio presupuestario. no resulta admisible argumento del municipio en orden a que al pagar la renta en 20 anos se genera un ahorro financiero y se evita recargar los costos durante los primeros diez anos, por cuanto con tal figura se compromete el credito o la responsabilidad financiera del estado mas alla de la vigencia de la relacion contractual pactada, sin que exista norma legal que expresamente autorice a las municipalidades para contraer compromisos o endeudamientos de esa naturaleza. ademas, se infringen los principios de estricta sujecion a las bases e igualdad de los oferentes, si uno de estos y la municipalidad las modifican para cambiar el plazo de arrendamiento. no se ajusta a derecho aclaracion de las bases que permite a la entidad edilicia de comun acuerdo con el titular de la concesion modificarlas con el objeto de contribuir al mejor exito del proyecto, siempre que se respete el espiritu general de aquellas. esto, pues autoriza para alterar las bases una vez hecha la adjudicacion con la unica limitante del denominado "espiritu general", expresion sin contenido ni sustento juridico. tampoco es posible alterar las bases de licitacion fundandose en que el acuerdo perjudica al adjudicatario en beneficio del municipio, ya que los mencionados principios rectores de toda propuesta no pueden quedar sujetos a esa consideracion. por otra parte, otorgar una nueva concesion con doce anos de anticipacion no resulta concordante con el principio de racionalidad e infringe el art/65 lt/i de ley 18695, toda vez que se desentiende de las estimaciones de hecho y de derecho que existan a la epoca de cese de la concesion anterior y que pueden ser relevantes para decidir respecto de la administracion de los bienes nacionales de uso publico que se encuentran concesionados. resulta inadmisibile argumento de la municipalidad en el sentido de que se estaria calificando de irracional toda obra publica con un plazo superior a 20 anos, al tratarse de un tiempo en el cual ocurriran cambios que variaran las condiciones originales de su otorgamiento.

ello, porque en el caso en estudio no se objeta la concesion de estacionamientos subterranos, sino la decision de dar una concesion a un tercero respecto de bienes que se hallan actualmente en un regimen concesional, afectando una potestad sobre la administracion de los mismos que corresponde ejercer en su debida oportunidad y por las autoridades competentes. esto, efectivamente, constituye un pronunciamiento acerca de la oportunidad de la decision, el que resulta procedente al incidir en aspectos juridicos relevantes como la naturaleza del acto administrativo de que se trata y las competencias de las autoridades municipales. no obstante, no es un pronunciamiento sobre el merito o conveniencia de la decision, sino una observacion de legalidad en orden a que el mecanismo utilizado para lograr determinados objetivos no resulta juridicamente procedente

#### Acción

aplica dictamen 30318/2004

#### Fuentes Legales

pol art/60 num/8, dl 3464/80, ley 18695 art/8

#### Descriptoros

concesion mun bienes nacionales uso publico

#### Texto completo

**N° 28.115 Fecha: 15-VI-2005**

La Contraloría Regional de Coquimbo ha remitido a esta Contraloría General diversos antecedentes que dicen relación con los procesos de licitación que llevó a cabo la Municipalidad de La Serena para otorgar una concesión en bienes nacionales de uso público para estacionamientos subterráneos.

Para una mayor claridad respecto del análisis de legalidad de tales procesos, es necesario tener presente los siguientes aspectos:

1. Esa Oficina Regional, en un primer momento remitió a esta Sede Central la solicitud de reconsideración formulada por la Municipalidad de La Serena al Dictamen N° 2.294, de 2004, de esa Unidad Regional, mediante el cual se concluyó que la licitación pública para la Concesión, Construcción, Explotación y Conservación de los Estacionamientos Subterráneos, en bienes nacionales de uso público de la ciudad de La Serena, no se ajustó a derecho, por lo que ordenó al municipio adoptar todas las medidas que procedan para restablecer la juridicidad quebrantada, declarar fuera de bases al único oferente e invalidar el Decreto N° 927, de 2004, de esa municipalidad -que aprobó las bases administrativas, técnicas y planos de dicha licitación-, todo lo cual debía ser informado a esa Contraloría Regional.
- 2.- Dicho dictamen fue emitido con ocasión de una presentación que planteó el mismo municipio a esa Sede Regional, relativa a ciertos aspectos jurídicos de la mencionada licitación, a la cual acompañó los antecedentes del caso.
- 3.- En su solicitud de reconsideración la municipalidad, luego de hacerse cargo de cada una de las observaciones que formuló la Contraloría Regional, comunica que, en cumplimiento de la orden dada en ese dictamen, invalidó la licitación de que se trata, a través del Decreto Alcaldicio N° 2509, de 2004.
- 4.- Encontrándose pendiente en esta Sede Central la mencionada solicitud de reconsideración, la Contraloría Regional de Coquimbo informó que la Municipalidad de La Serena, como consecuencia de haberse invalidado la licitación anterior, llamó a una nueva licitación pública denominada "Concesión de Estacionamientos Subterráneos y de Superficie, Comuna de La

Serena".

5.- Analizada la legalidad de este nuevo proceso de licitación, esa Sede Regional, mediante el Dictamen N° 3.516, de 2004, efectuó las siguientes observaciones, que impedían su adjudicación y que fueron puestas en conocimiento de la municipalidad en forma oportuna: a) improcedencia que la municipalidad tome en arriendo por diez años el número de estacionamientos que se indica, pagando una renta mensual durante veinte años, por cuanto ello implica establecer obligaciones de pago futuro que conlleven un endeudamiento público, vulnerándose el artículo 60 N° 8 de la Constitución Política; b) se infringen los principios de estricta sujeción a las bases y de igualdad de los oferentes si la municipalidad y uno de los oferentes modifican las bases, para cambiar el aludido plazo de arrendamiento; c) atenta contra el principio de racionalidad y constituye una clara infracción al artículo 65, letra i), de Ley N° 18.695, el que se anticipe en doce años la licitación de estacionamientos de superficie.

6.- Con posterioridad, el municipio, a través de su Oficio N° 5.448, de 2004, hizo una nueva presentación solicitando, esta vez, la reconsideración de las observaciones recién mencionadas.

7.- Por último, se debe anotar que esa Sede Regional también ha remitido una presentación del Presidente de la Cámara de Comercio y Turismo de La Serena, en la que solicita que esta Entidad de Control se pronuncie sobre la legalidad del proceso de licitación en estudio.

Precisado lo anterior, es posible advertir que no resulta pertinente ni tampoco oportuno pronunciarse respecto de la solicitud de reconsideración de las observaciones que se formularon al anterior proceso de licitación -mediante el Dictamen N° 2.294, de 2004-, toda vez que, por una parte, ha sido expresamente invalidado por la Administración, y, por la otra, el municipio decidió no esperar el resultado de su petición de reconsideración, sino que llamó a una nueva licitación, cuya legalidad también fue cuestionada por la Contraloría Regional.

En tales condiciones, corresponde que esta Sede Central analice las objeciones de legalidad que esa Oficina Regional, a través del Dictamen N° 3.516, de 2004, ha formulado al referido nuevo proceso de licitación, y los argumentos planteados por la ex alcaldesa de La Serena para que se reconsidere ese dictamen.

En ese contexto, y teniendo a la vista la totalidad de los antecedentes que se han adjuntado por la Contraloría Regional de Coquimbo, esta Sede Central no puede sino ratificar las observaciones formuladas por esa Unidad Regional -sin perjuicio de efectuar las precisiones que se indican a continuación-, toda vez que se basan en la jurisprudencia vigente sobre la materia y en los principios de igualdad de los oferentes y estricta sujeción a las bases, sin que los argumentos entregados por el municipio permitan dar por subsanado los vicios en que se incurrió en la licitación aludida.

En efecto, respecto del contrato de arrendamiento de un determinado número de estacionamientos que el concesionario debía entregar al municipio por el plazo que se indica, cumple con manifestar que esa materia ha de ser objetada en dos aspectos específicos.

En primer término, se debe observar que tratándose, en la especie, de un contrato de arrendamiento de inmuebles por un plazo superior a un año, no consta que se haya dado cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 9° de Ley N° 19.915, de Presupuestos del Sector Público para el año 2004, en relación con el Oficio Circular N° 71, de 2003, del Ministerio de Hacienda, que exige autorización previa de ese Ministerio para suscribir ese tipo de contratos, autorización que supone que la renta debería ser pagada dentro del plazo de duración del arriendo pertinente con los recursos que se consulten en cada ejercicio presupuestario.

Asimismo, y en lo que atañe al hecho de que la renta aludida se pague en veinte años, en circunstancias de que el plazo de duración del contrato de arriendo era sólo de diez años, es

necesario anotar que la explicación dada por el municipio -en orden a que se había procedido de esa forma para generar un ahorro financiero para la municipalidad, y evitar recargar los costos durante los primeros diez años- resulta inadmisibles, por cuanto tal figura implica por parte de la entidad edilicia comprometer el crédito o la responsabilidad financiera del Estado más allá de la vigencia de la relación contractual pactada, sin que exista norma legal que expresamente permita a las municipalidades contraer compromisos o endeudamientos de esa naturaleza, acorde con el mandato contenido en el artículo 60, N° 8, de la Carta Fundamental.

En tales condiciones, la circunstancia de que la municipalidad pretendiera acordar con el adjudicatario que la reserva de los espacios de estacionamiento operara durante veinte años, no tiene la virtud de subsanar la irregularidad advertida respecto de la falta de autorización del Ministerio de Hacienda.

Por otra parte, se debe precisar que una aclaración a las bases que establecía que "La Municipalidad, de común acuerdo con el concesionario, podrá modificar los términos de la concesión a objeto de contribuir al mejor éxito del proyecto, debiendo en todo caso, respetar el espíritu general de las Bases Administrativas y Técnicas", no resulta ajustada a derecho toda vez que ella permite alterar las bases una vez hecha la adjudicación, teniendo como única limitante el denominado "espíritu general", expresión sin contenido ni sustento jurídico.

Tampoco constituye un argumento suficiente para alterar las bases de la licitación, la circunstancia alegada por el municipio en el sentido que ese acuerdo perjudica al adjudicatario, en beneficio de la entidad edilicia, ya que los principios de estricta sujeción a las bases y de igualdad de los oferentes no pueden quedar sujetos a esa consideración.

Por otra parte, y atendido que la concesión de los estacionamientos de superficie actualmente vigente en esa comuna tiene una duración hasta el año 2016, la Contraloría Regional objetó que se pretendiera anticipar el otorgamiento de una nueva concesión de explotación de esos estacionamientos.

Con esta observación, la Contraloría Regional se limitó a aplicar la jurisprudencia vigente sobre la materia, contenida, entre otros, en el Dictamen N° 30.318, de 2004, en el sentido de que tal actuación no resulta concordante con el principio de racionalidad e infringe el artículo 65, letra i), de Ley N° 18.695, ya que se desentiende de las consideraciones de hecho y de derecho que existan a la época de cese de la concesión anterior y que puedan ser relevantes para tomar las decisiones que correspondan respecto de la administración de bienes nacionales de uso público que se encuentran concesionados.

No resulta admisible, por tanto, lo sostenido por el municipio en cuanto a que ello significaría calificar de irracional toda obra pública que cuente con un plazo superior a veinte años -porque en ese tiempo ocurrirán cambios que variarán las condiciones originales de su otorgamiento-, toda vez que en la especie no se está objetando la concesión de estacionamientos de superficie vigente ni el plazo de treinta años de la concesión de estacionamientos subterráneos, sino la decisión de otorgar una concesión a un tercero respecto de bienes nacionales de uso público que se encuentran, actualmente, en un régimen concesional, afectando de este modo una potestad sobre la administración de esos bienes, que corresponde ejercer en su debida oportunidad y por las autoridades competentes.

Lo anterior, si bien implica un pronunciamiento acerca de la oportunidad de la decisión, como señala el municipio en su reconsideración, resulta del todo procedente en el caso que se analiza, toda vez que esa oportunidad incide en aspectos jurídicos relevantes, como son la naturaleza del acto administrativo de que se trata y las competencias de las autoridades municipales.

No constituye, sin embargo, un pronunciamiento sobre el mérito o conveniencia de la decisión -

como sostiene la municipalidad-, sino de una observación de legalidad en el sentido que el mecanismo adoptado para lograr determinados objetivos respecto de la concesión de estacionamientos subterráneos, no resulta jurídicamente procedente. De modo que ello no implica que para lograr esos objetivos no pueda emplearse una vía diversa, legalmente admisible.

Por último, debe anotarse que la circunstancia de que esta nueva licitación, a diferencia de la anterior, exprese que la nueva concesión sobre estacionamientos de superficie comenzará en el momento en que la actual termine, cualquiera sea la causa -incumplimiento de alguna de las partes, resciliación, vencimiento del plazo-, en nada varía la observación formulada, ya que esa objeción no puede entenderse superada por la eventual ocurrencia de hechos inciertos.

En otro orden de ideas, esta Sede Central debe objetar, además, el punto 2.1.2, letra b), de las bases generales de la licitación en examen, en cuanto establece que el concesionario deberá "diseñar y construir a su costo otros edificios de estacionamientos subterráneos, en el evento que dentro de los diez primeros años de concesión la Municipalidad y el Concesionario lo acuerden. En caso contrario perderá este derecho". Agrega, la letra c) del mismo punto, que también estos nuevos edificios de estacionamientos los explotará el adjudicatario mediante concesión.

Lo anterior, por cuanto una cláusula en esos términos implica una infracción al procedimiento que establece el artículo 8° de Ley N° 18.695, para que las municipalidades puedan otorgar concesiones que, en lo fundamental, exige licitación pública.

En efecto, si se está otorgando una concesión de estacionamientos subterráneos con determinadas características en un área específica, la cláusula descrita importa que en un período de 10 años contados desde el inicio de la concesión de que se trata, el municipio no podrá llamar a otras licitaciones para el otorgamiento de nuevas concesiones de estacionamientos subterráneos en la comuna, ya que se ha comprometido con un tercero -el adjudicatario de la presente licitación- a entregarle directamente la construcción y explotación, mediante concesión, de los nuevos estacionamientos subterráneos, por 30 años a contar del inicio de la explotación de cada estacionamiento que el adjudicatario decida construir. Todo lo cual se confirma en la letra A, punto b), del documento sobre consultas, respuestas y aclaraciones.

En consecuencia, analizadas las observaciones que formuló la Contraloría Regional al proceso de licitación en comento, y la solicitud de reconsideración de la ex alcaldesa de la Municipalidad de La Serena, cumple reiterar las objeciones manifestadas por esa Sede Regional, complementadas con el presente pronunciamiento, por lo que procede que esa municipalidad adopte las medidas que en derecho correspondan para ajustarse al presente pronunciamiento, y en el caso de decidir llevar a cabo la licitación de estacionamientos subterráneos en un nuevo proceso, comunique oportunamente a la Contraloría Regional los términos en que éste se llevará a efecto.

Esa Contraloría Regional debe comunicar el presente dictamen al Alcalde y al Concejo de la Municipalidad de La Serena y a la Cámara de Comercio y Turismo de La Serena.

Por otra parte, y atendido lo informado por esa Oficina Regional, en relación a una contratación de estacionamientos subterráneos en la Municipalidad de Chillán, transcribese el presente pronunciamiento a la Contraloría Regional del Bío-Bío, para su conocimiento.

Asimismo, y a fin de atender el Oficio N° 9.129, de 2004, de la Cámara de Diputados, a través del cual el Segundo Vicepresidente de esa Corporación -a petición del diputado Mario Bertolino Rendic- solicita los antecedentes relacionados con la materia examinada, transcribese este dictamen a la Cámara de Diputados con fotocopia de todos los documentos que dieron lugar a

su emisión.