



Contraloría General de la República

División de Coordinación e Información Jurídica

Dictamen

064360N09

Texto completo

N° 64.360 Fecha: 18-XI-2009

La Contraloría General ha debido abstenerse de dar curso a la resolución N° 14, de 2009, del Gobierno Regional de la Novena Región de la Araucanía, que aprueba el formato tipo de convenio mandato completo e irrevocable a celebrar entre el Gobierno Regional de la Novena Región de la Araucanía y las municipalidades de dicha región, para la ejecución de proyectos de inversión en obras civiles, por cuanto no se ajusta a derecho.

Sobre el particular, es menester observar, en primer término, que la cláusula primera del convenio mandato en examen, omite señalar las acciones que les corresponde ejercer a las municipalidades como unidad técnica en los términos establecidos en el inciso cuarto del artículo 16 de la ley N° 18.091, esto es, la licitación, adjudicación, celebración de los contratos y ejecución de los proyectos de inversión que han sido previamente identificados, lo que para mantener la integridad del acto administrativo en estudio, es menester se consignen en la referida cláusula.

Asimismo, cumple con hacer presente que la referencia a la cláusula cuarta, contenida en el primer párrafo de la citada estipulación, como también en la cláusula sexta, debe entenderse efectuada a la cláusula quinta sobre obligaciones de la unidad técnica.

Luego, cabe señalar que conforme lo preceptuado en la referida norma legal, el cumplimiento del mandato quedará sujeto a los procedimientos, normas técnicas y reglamentarias de que dispone el organismo mandatario para el desarrollo de sus propias actividades, siendo del caso agregar que el artículo 3°, letra e), inciso final, de la ley N° 19.886, excluye de dicha normativa, los contratos relacionados con la ejecución y concesión de obras públicas, no obstante, dispone que les serán aplicables las disposiciones del Capítulo V de esa ley, como asimismo, el resto de sus preceptos en forma supletoria, lo que no refleja cabalmente la redacción del primer párrafo de la cláusula segunda y el N° 15 de la cláusula quinta.

Seguidamente, en torno a lo estipulado en los párrafos tercero y cuarto de la cláusula segunda y, en el numeral cuarto, párrafos cuarto, quinto y sexto, de la cláusula quinta, es conveniente manifestar -conforme con lo establecido en el inciso cuarto del artículo 16 de la ley N° 18.091 y con el objeto de no incurrir en referencias incompletas o inexactas de los requisitos esenciales que contempla la normativa legal y reglamentaria aplicable a los contratos de ejecución de obras públicas- que sería procedente que las especificaciones que el Gobierno Regional estime necesario se incorporen en las bases administrativas que compete elaborar a la unidad técnica, se enuncien en términos genéricos y no con el detalle consignado en los mencionados acápite, esto es, a vía ejemplar, garantías, retenciones, multas y otras sanciones, ofertas que exceden el monto presupuestario disponible, los que deben guardar concordancia con la normativa que rige a la unidad técnica.

Respecto de lo dispuesto en el párrafo quinto de la cláusula segunda, corresponde anotar que el eventual excedente de fondos asignados a un proyecto de inversión se determinará una vez que aquél haya sido ejecutado, de modo que tales recursos deberán ser reasignados, si correspondiere, entre otros ítems y asignaciones del subtítulo 31 del presupuesto de inversión del Gobierno Regional, con sujeción a lo establecido en el artículo 19 bis del decreto ley N° 1.263 de 1975, en su reglamento aprobado por el decreto N° 814 de 2003, del Ministerio de Hacienda, y en el Oficio Circular N° 3 de 2009, de la citada Secretaría de Estado, cuyo

numeral 6.8.1, sobre contratación de iniciativas de inversión, párrafo final, previene que cuando algún estudio básico, proyecto programa de inversión sea adjudicado por un monto menor al costo total de la recomendación de MIDEPLAN, el Servicio deberá ajustar el costo total a ese monto en el BIP, de tal manera que las eventuales modificaciones al contrato tendrán como referencia ese nuevo valor.

Asimismo, y contrariamente a lo indicado en el referido párrafo, cabe precisar que en conformidad con lo dispuesto en el aludido numeral 6.8.1, párrafo primero, ningún estudio básico, proyecto o programa de inversión podrá ser adjudicado por un monto que supere en más del 10% el valor de la recomendación favorable de MIDEPLAN, y en caso que las ofertas superen dicho porcentaje el proyecto deberá volver a esa Secretaría de Estado para su revaluación. Ello, sin perjuicio que la licitación sea declarada desierta por exceder las ofertas el monto máximo asignado al proyecto, según se establezca en las bases administrativas.

Además, es del caso observar lo señalado en el inciso final de la cláusula en comento, toda vez que, atendida la naturaleza del convenio en análisis, no compete a la unidad técnica autorizar al mandante en los términos que indica.

En lo que concierne a las obligaciones del mandante consignadas en la cláusula tercera, N°s 1 y 3 es del caso anotar que corresponde al Gobierno Regional el pago de las facturas y no su cancelación, acción ésta que implica anular o dejar sin efecto un instrumento que da cuenta de una obligación. Cabe destacar, además, en relación al N° 3 indicado, que el Gobierno Regional pondrá a disposición de la unidad técnica, solamente el total de los fondos destinados al pago de los gastos administrativos derivados de las funciones encomendadas a dicho organismo que se acordarán previamente, ello, con arreglo a lo prevenido en el inciso sexto del artículo 16 de la ley N° 18.091.

Por otra parte, corresponde agregar que las modificaciones al convenio mandato tipo a que alude la cláusula tercera, N° 2, deberán aprobarse mediante un acto administrativo totalmente tramitado, en conformidad con lo establecido en la resolución N° 1.600 de 2008, de la Contraloría General.

En lo que atañe a lo estipulado en la cláusula cuarta, N° 1, sobre facultades del mandante, debe tenerse presente que por tratarse de un convenio mandato completo e irrevocable, compete a la unidad técnica resolver sobre las ampliaciones de los plazos establecidos en los contratos que celebre, siempre que la normativa aplicable y las bases administrativas generales, especiales y técnicas lo autoricen, y en las situaciones de caso fortuito o fuerza mayor debidamente acreditadas a juicio del organismo técnico, sin perjuicio de la información que deba proporcionar al mandante.

A su vez, se advierte que entre las obligaciones de la unidad técnica detalladas en la cláusula quinta, se ha omitido indicar la oportunidad y la documentación que ésta deberá remitir al mandante para que proceda a dar curso a los estados de pago, tales como, la o las facturas originales emitidas por el contratista a nombre del Gobierno Regional; un resumen y detalle del estado de pago respectivo, con el desglose de cada una de las partidas y especificaciones sobre el estado de avance de la obra, firmado por el inspector técnico y por la Unidad Técnica; el detalle de los anticipos, retenciones y multas si las hubiere; los certificados de recepción provisoria y definitiva; el certificado de la Dirección del Trabajo que acredite que el contratista no registra reclamos, denuncias, deudas previsionales ni remuneraciones pendientes en relación a los trabajadores del proyecto, entre otros, con el objeto de resguardar debidamente el uso de los recursos públicos.

En relación con lo dispuesto en el N° 1 de la cláusula quinta, sobre obligaciones de la unidad técnica, es útil considerar que para el debido ejercicio de las facultades de supervisión y fiscalización que competen al mandante, la unidad técnica deberá remitir en su oportunidad, copia de las bases administrativas generales, especiales y técnicas, según corresponda; de las aclaraciones y respuestas entregadas a los oferentes; del acta de apertura de la licitación; de las garantías que exija la normativa aplicable a la contratación para la ejecución de la obra pública de que se trate; del informe de evaluación y del acta de adjudicación; del contrato

celebrado con el adjudicatario y del decreto alcaldicio fundado que autorice, si procediere, la licitación privada o el trato directo, en conformidad con la normativa legal aplicable a la materia de que se trata.

En el N° 5 de la aludida cláusula, corresponde reemplazar el vocablo “cancelación” por “pago” atendido lo expresado sobre el particular en el texto del presente oficio.

Luego, respecto de las modificaciones de las cantidades contratadas y aumento de obras complementarias o extraordinarias no presupuestadas en el contrato, a que se refiere el N° 11 de la cláusula en examen, corresponde tener presente lo señalado en el párrafo cuarto del numeral 6.8.1 del Oficio Circular N° 3 de 2009, del Ministerio de Hacienda, en orden a que de presentarse la necesidad de ejecutar obras extraordinarias o situaciones no previstas, que hagan ineludible la modificación de los contratos, esto podrá efectuarse por la institución correspondiente de acuerdo a sus disponibilidades presupuestarias, siempre que los montos adicionales involucrados no superen el 10% del valor de la recomendación favorable de MIDEPLAN. Si dichas necesidades de recursos adicionales superan tal porcentaje, el proyecto deberá ser reevaluado y contar con una nueva recomendación favorable de ese Ministerio, que se analizará con carácter de urgencia.

A su turno y contrariamente a lo señalado en el N° 18 de la cláusula quinta, deberá considerarse lo establecido en el artículo 16 de la ley N° 18.091, en orden a que el mandante rendirá cuenta global de los recursos destinados a gastos administrativos, a la Contraloría General de la República, con el recibo que le haya otorgado el mandatario. Sólo este último quedará obligado a rendir cuenta documentada de dichos gastos al Organismo Contralor, en conformidad con las disposiciones de la resolución N° 759 de 2003, de esta Entidad Fiscalizadora, o las normas que la reemplacen.

Por otra parte, sobre la vigencia del convenio mandato estipulada en la cláusula octava y, consecuentemente, de las facultades del mandante y de las obligaciones de la unidad técnica, cumple con hacer presente que dicho acuerdo regirá a partir de la fecha de notificación a la unidad técnica de la total tramitación de la resolución del Gobierno Regional que apruebe el respectivo convenio mandato y hasta el total cumplimiento del mandato encomendado, lo que se ha omitido estipular en los términos indicados en las cláusulas cuarta, N° 2, y quinta, N° 1, respectivamente.

En relación con la cláusula décima, corresponde manifestar que la personería de quienes suscriban, en su oportunidad, el respectivo convenio mandato, deberá acreditarse mediante la referencia a los actos administrativos que den cuenta de la calidad que invisten, por lo que el convenio mandato tipo debe abstenerse de individualizar a las autoridades que comparecen, como acontece en la situación en estudio, respecto del Intendente y Presidente del Gobierno Regional, siendo dable anotar que las partes fijan su domicilio para todos los efectos legales, en la comuna de Temuco y no como se indica.

Cabe observar, asimismo, que el convenio mandato tipo deberá insertarse íntegramente en el cuerpo de la resolución que lo aprueba, conforme lo exige el artículo 6°, inciso segundo, de la resolución N° 1.600 de 2008, de la Contraloría General, exigencia que no se cumple en la especie, incluido el Anexo 1 que menciona la cláusula quinta N° 10 como parte integrante del convenio.

En otro orden de consideraciones, es del caso señalar que se ha omitido acompañar los oficios circulares N°s 11 de 2000, de ese Gobierno Regional y 27 de 2000, cuyo origen no se indica, y el acuerdo del Consejo Regional adoptado en sesión ordinaria N° 94 de 2005, a que aluden las cláusulas tercera y quinta, antecedentes que resultan necesarios para determinar la procedencia de su aplicación a la materia en examen.

Además, es útil hacer presente, que por tratarse de un convenio tipo procede dejar el espacio en blanco para incluir, en su oportunidad, la identificación de la asignación respectiva, el código BIP, el año o los años presupuestarios que correspondan y la individualización de las

partes que lo suscriben.

Finalmente, es del caso agregar que la resolución que apruebe en su oportunidad la celebración de un convenio mandato específico deberá consignar en la imputación del gasto, la asignación de inversión respectiva, creada por resolución del Gobierno Regional que identifique los proyectos de inversión para el año presupuestario correspondiente.

Ramiro Mendoza Zúñiga
Contralor General de la República
