

EN LO PRINCIPAL: SOLICITA PRONUNCIAMIENTO EN VIRTUD DE SUS FACULTADES LEGALES; **PRIMER OTROSÍ:** ACOMPAÑA DOCUMENTOS; **SEGUNDO OTROSÍ:** INDICA DOMICILIO PARA LOS EFECTOS DE NOTIFICACIÓN.

Santiago, 17 de septiembre de 2019

SOLICITANTES: MARCELA VIVIANA SILVA NIETO

RAFAEL FERRADA HENRIQUEZ

PAULA PEÑA MUÑOZ

ORGANISMO PÚBLICO INVOLUCRADO: ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE MAIPÚ.

SR. CONTRALOR GENERAL DE LA REPÚBLICA

MARCELA SILVA NIETO, concejal de la I. Municipalidad de Maipú, **RAFAEL FERRADA HENRIQUEZ**, abogado y **PAULA PEÑA MUÑOZ**, abogada que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley N°18695, Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, en adelante LOCM y lo dispuesto en la Ley N° 10.336, Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en adelante LOCCGR, solicitamos que se determine la responsabilidad disciplinaria de la ilegalidad decreto alcaldicio N° 3521-2019 de 3 de septiembre de 2019 y la orden de compra 2770-317-CM19, la que

transgrede el principio de probidad administrativa, en virtud de lo artículos 8° de la Constitución Política, artículo 82 de la Ley 18.883 y artículo 62 de la Ley 18.575; en consideración a los argumentos que pasamos a exponer a continuación :

I. BREVES CONSIDERACIONES DE HECHO.

1.- Que la I. Municipalidad de Maipú adjudicó por trato directo el 3 de septiembre, mediante el decreto alcaldicio N° 3521-2019, la orden de compra N° 2583-2122-SE19, a la empresa “IDEAS4YOU SPA”, por \$2.207.450, para la compra de 700 empanadas y bebidas individuales para la actividad de izamiento del pabellón nacional.

Según los considerandos de dicho decreto, el trato directo se basa en la letra g) del artículo 8° de la Ley N° 19.886, en relación al artículo 10 N° 7 letra j, del Reglamento de dicha ley, es decir, que la compra no supere las 100 UTM.

CONSIDERANDO:

1.- Que, mediante el Memorándum N°76 de 30 de agosto de 2019, de Compras de Alcaldía, que cuenta con el Visto Bueno de la Administradora Municipal, se ha solicitado la contratación directa con **FLORISTERÍA Y BANQUETERIA IDEAS4YOU SPA, RUT. 77.053.631-6**, con el objeto de adquirir 700 empanadas con carne picada y 700 bebidas light en formato individual de 350 c.c., para la actividad denominada “**Izamiento del Pabellón Nacional**”, que se realizará en la Plaza Monumento el día martes 03 de septiembre de 2019 a las 11:00 horas. El monto de la contratación es de **\$2.207.450.- (dos millones doscientos siete mil cuatrocientos cincuenta pesos) IVA incluido.**

2.- Que, la Ley N° 19.886 en su artículo 8° señala que “procederá la licitación privada o el trato o contratación directa en los casos fundados que a continuación se señalan: **(letra g)** Cuando, por la naturaleza de la negociación, existan circunstancias o características del contrato que hagan del todo indispensable acudir al trato o contratación directa, según los criterios o casos que señala el Reglamento de esta Ley”.

3.- Que, el artículo 10 del Reglamento de la citada ley señala que “La licitación privada o el trato o contratación directa proceden, con carácter de excepcional, en las siguientes circunstancias N° 7: Cuando por la naturaleza de la negociación existan circunstancias del contrato que hagan del todo indispensable acudir al trato o contratación directa, de acuerdo a los casos y criterios que se señalan a continuación: **(letra j)** Cuando el costo de evaluación de las ofertas, desde el punto de vista financiero o de utilización de recursos humanos, resulta desproporcionado en relación al monto de la contratación y ésta no supera las 100 unidades tributarias mensuales”.

2.- Que el mismo día, la misma empresa “IDEAS4YOU SPA”, presentó una cotización por tres actividades, en relación a la venta de empanadas y bebidas, correspondiendo a 7.700 unidades:

		Santiago, 03 de Septiembre de 2019		
EVENTOS, FLORISTERIA, BANQUETERIA, BELLEZA COTIZACION				
I MUNICIPALIDAD DE MAIPU		JUAN REYES		JREYESR@MAIPU.CL
Se Extiende la siguiente cotizacion de acuerdo solicitud del Cliente Actividades protocolares enmarcadas en fiestas patrias 2019				
		Cantidad	PU	Total
ACTIVIDAD SABADO 07 DE SEPTIEMBRE				
Desfile Ciudad Satelite		3.000	\$ 2.650	\$ 7.950.000
ACTIVIDAD VIERNES 13 DE SEPTIEMBRE				
Te Deum ecumenico por la patria y aut.		3.000	\$ 2.650	\$ 7.950.000
ACTIVIDAD JUEVES 19 DE SEPTIEMBRE				
Foto Oficial Recepcion y desfile Escuela		1.700	\$ 2.650	\$ 4.505.000
SUB-TOTAL				\$ 20.405.000

Que el día 10 de septiembre, se la adjudicó por trato directo a través de la orden de compra N° 2770-390-SE19, por \$24.281.950, la que no cuenta con el decreto alcaldicio correspondiente publicado que autoriza y justifica dicha compra en el portal de mercado público, donde se establece en la orden de compra correspondiente, que la misma fue realizada con cargo a gastos de representación. (ver link <http://www.mercadopublico.cl/Portal/Modules/Site/AdvancedSearch/ViewAttachmentPurchaseOrder.aspx?qS=tSeF6J3TfVCeYK7WQ8KFeg==>).

3.- Cabe señalar, que la empresa “Ideas4you” fue inscrita en el registro de Comercio del Conservador de Bienes raíces de Santiago el día 6 de agosto de 2019, fojas 62397 n° 30512, es decir, habría sido creada un mes antes, lo cual demuestra la falta de experiencia de la misma para adjudicarse dicho trato directo por un monto abultado, en relación al mercado.

II. EL DERECHO

1. **Fraccionamiento.**

Que el mismo día que el Municipio dictó el decreto alcaldicio 3521-2019 que autoriza un trato directo con la empresa “Ideas4you”, la adjudicataria emitió una cotización por un monto de \$24.565.500, que fue adjudicada el día 10 de septiembre a través de la orden de compra N° 2770-390-SE19, por \$24.281.950, es decir, solo con 7 días de diferencia.

Que el artículo 7° inciso final de la Ley N° 19.886 nos dice que: “La Administración no podrá fragmentar sus contrataciones con el propósito de variar el procedimiento de contratación”.

Que, al haber fraccionado la compra, en dos tratos directos, busca vulnerar el Art. 65 de la Ley Organica de Municipalidades (LOM), la cual señala que necesitara aprobación del Concejo: “i) Celebrar los convenios y contratos que involucren montos iguales o superiores al equivalente a 500 unidades tributarias mensuales, y que requerirán el acuerdo de la mayoría absoluta del concejo”.

Siendo que la suma de 500 UTM, corresponde \$24.565.500, monto ínfimamente inferior a la orden de compra 2770-390-SE19, a la cual si sumamos el trato directo del decreto alcaldicio N° 3521-2019, supera las 500 UTM, existiría un fraccionamiento al tratarse del mismo proveedor y el mismo servicio, el cual tuvo por objeto vulnerar el procedimiento de contratación establecido en la LOM.

2. **Gasto de representación.**

Que la orden de compra 2770-390-SE19 de 10 de septiembre fue imputado a los gastos de representación de la I. Municipalidad de Maipú. Según la cotización de la empresa adjudicada, presentada el 3 de septiembre,

dichas empanadas y bebidas serían utilizadas para los fines expuestos en el numeral 2 del ítem I, señalado anteriormente.

Contraloría ha indicado en su jurisprudencia administrativa a través diversos dictámenes (N° 9503 de 2009, 26.050 de 14 de octubre de 2010, 94412 de 2016), que estos gastos corresponden a:

“Gastos de Representación, Protocolo y Ceremonial. Son los gastos por concepto de inauguraciones, aniversarios, presentes, atención a autoridades, delegaciones, huéspedes ilustres y otros análogos, en representación del organismo.

Con respecto a manifestaciones, inauguraciones, ágapes y fiestas de aniversario, incluidos los presentes recordatorios que se otorguen en la oportunidad, los gastos pertinentes sólo podrán realizarse con motivo de celebraciones que guarden relación con las funciones del organismo respectivo y a los cuales asistan autoridades superiores del Gobierno o del Ministerio correspondiente.

Comprende, además, otros gastos por causas netamente institucionales y excepcionales, que deban responder a una necesidad de exteriorización de la presencia del respectivo organismo.

Incluye, asimismo, gastos que demande la realización de reuniones con representantes o integrantes de entidades u organizaciones públicas, privadas, de otros poderes del Estado, y/o con expertos y autoridades nacionales o extranjeras, que se efectúen en las Secretarías de Estado, con concurrencia de funcionarios y asesores cuando así lo determine la autoridad superior.”

Entonces, para que puedan ser utilizado como gasto de representación debe tener relación con las funciones del servicio o Municipio, más la presencia de autoridades de gobierno. Pero en este caso, la misma se utilizó como una forma de fraccionamiento.

Que, la calidad esencial de dichos gastos es su excepcionalidad. Sin embargo, en el presente caso se utilizó en tres actividades sucesivas. Además, señala la cuenta contable 215-22-12-003, del Clasificador Presupuestario, aprobado por el decreto N° 854, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que los mismos deben haber sido utilizados para aniversarios o inauguraciones. Según la cotización, las actividades no se encuentran dentro de esta categoría, al ser dos desfiles y una actividad de Te Deum.

Además, no existe un decreto alcaldicio correspondiente que justifique la misma como gasto de representación en la página de mercado público. Por lo cual, con esto se infringen diversos principios de los actos administrativos como:

- a. Motivación. El artículo 11 de la ley 19.880 señala que: “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.”. Además, el artículo 41 señala que “Las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada.”.
- b. Principio de Transparencia y de Publicidad. El art. 16 de la Ley de procedimiento administrativo, señala que el procedimiento administrativo se realizará con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él.

3. Principio de probidad.

Que la conducta descrita realizada por la autoridad infringe gravemente el principio de legalidad y juricidad, desarrollada latamente, tanto a nivel constitucional como legal.

La Constitución Política de la República, consagra dichos principio en sus artículo 6 y 7, que establece:

“Artículo 6º.- Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.”

Mientras que el artículo 7º señala que:

“Artículo 7º.- Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.”

A su vez, en lo pertinente el artículo 1 de la Ley N°18.883, que aprueba el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales indica que: *“El estatuto administrativo de los funcionarios municipales se aplicará al personal nombrado en un cargo de las plantas de las municipalidades. **A los alcaldes sólo le serán aplicables las normas relativas a los deberes y derechos y la responsabilidad administrativa..**”* En el mismo sentido, los incisos 1º y 2º del artículo 40 de la Ley 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades, indica que: *“El estatuto administrativo de los Funcionarios Municipales regulará la carrera funcionaria y considerará especialmente el ingreso, los deberes y derechos, **la responsabilidad administrativa** y la cesación de funciones, en conformidad con las bases que se establecen en los artículos siguientes. **Para los efectos anteriores, se entenderá que son funcionarios municipales el alcalde, las demás personas***

que integran la planta de personal de las municipalidades y los personales a contrata que se consideren en la dotación de las mismas, fijadas anualmente en el presupuesto municipal”.

Que, ya establecido el alcance de las normas relativas a los deberes, derechos y la responsabilidad administrativa de los Alcaldes, corresponde señalar que, la ley 18.883, establece como obligaciones especiales del alcalde en su artículo 61 el de control jerárquico de legalidad, donde corresponde a primera autoridad comunal:

“a) Ejercer un control jerárquico permanente del funcionamiento de las unidades y de la actuación del personal de su dependencia, extendiéndose dicho control tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones;”

Con esto, podemos determinar expresamente que el Alcalde debe controlar la legalidad de las actuaciones de la Municipalidad.

Que esta idea se encuentra ratificada en el artículo 58 letra g) del mismo cuerpo legal, que establece como obligación el de observar estrictamente el principio de probidad administrativa regulado en la ley N° 18.575, conocida como Ley Orgánica de Bases de la Administración del Estado (LOBAE). En este sentido, dicha Ley regula en su artículo 62 las conductas que contravendrían el principio antes aludido. Dentro de estos, se aplica al caso el numeral 8, que establece que constituye vulneración a la probidad administrativa el contravenir los deberes de eficiencia, eficacia y legalidad que rige el desempeño de los cargos públicos, con grave entorpecimiento del servicio o del ejercicio de los derechos ciudadanos. Especialmente, es dable señalar el numeral 7, que señala como infracción al principio de probidad, el “Omitir o eludir la propuesta pública en los casos que la ley la disponga”. Precisamente, el fraccionamiento para eludir las licitaciones públicas infringe dichos principios.

III. CONCLUSIÓN.

Es así como podemos afirmar que la conducta ejecutada por la Sra. Alcaldesa acarrea responsabilidad administrativa disciplinaria, al actuar culpablemente al infringir a sabiendas la prohibición de fraccionamiento, el principio de juridicidad, motivación, transparencia, omitiendo el control de legalidad respectiva, infringiendo consigo el principio de probidad al no observar una conducta honesta y leal de la función o cargo, al realizar dicho fraccionamiento para no cumplir con la obligación de aprobar a través del concejo el acto administrativo respectivo.

POR TANTO, y conforme a las normas jurídicas señaladas, la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República y los antecedentes jurídicos y fácticos que se expusieron en el presente escrito, se solicita al Contralor General de la República que dictamine

1. Que la Sra. Alcaldesa de la I. Municipalidad de Maipú, Cathy Barriga, ha infringido el principio de prohibición de fraccionamiento, probidad, de juridicidad y de control jerárquico, al haber adjudicado por contratación directa a la empresa “Ideas4you”, a través del decreto alcaldicio N° 3521-2019 de 3 de septiembre de 2019 y la orden de compra 2770-390-SE19 de 10 de septiembre de 2019, para vulnerar las normas procedimentales de contratación administrativa, del artículo 65 letra i de la ley orgánica de Municipalidades, declarando que ambos actos son ilegales y deben ser invalidados;
2. Que, en cualquier caso, a causa de la ilegalidad recién señalada, el contratista sólo tiene derecho a que le sean reparados los daños

producidos por la actuación ilegal de la municipalidad, y no el precio señalado en los mismos actos.

3. Que ordene instruir un Sumario Administrativo respecto de la Sra. Alcaldesa y los funcionarios que resulten responsables, de acuerdo al artículo 51 de la Ley Orgánica de Municipalidades.

PRIMER OTROSÍ: Solicito a Usted, tener por acompañados los siguientes documentos:

1. Orden de compra 2583-2122-SE19 de 3 de septiembre de 2019.
2. Decreto alcaldicio 3521 de 3 de septiembre de 2019;
3. Memorándum 76 de 30 de agosto de 2019 de encargado de compras de Alcaldía;
4. Certificado factibilidad 1704;
5. Cotización de 3 de septiembre de la empresa “Ideas4you” respecto a actividades protocolares;
6. Orden de compra N° 2770-390-SE19, de 10 de septiembre de 2019;
7. Certificado de factibilidad N° 1738;

SEGUNDO OTROSÍ: Solicito a Usted que para efectos de la presente solicitud y de sus correspondientes notificaciones, éstas sean practicadas en domicilio de calle Primera Transversal N°1940, edificio de Concejales. A su vez, solicito se practique la notificación al correo electrónico rferradah@gmail.com.