COPIA
OF. PARTES

JUNAEB
29 DIC 2016
OFICINA DE PARTES

ORDENA DEVOLUCIÓN PARCIAL DE EXCEDENTE DE GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO EJECUTADA A LA EMPRESA FERBAS S.A, MEDIANTE RESOLUCIÓN EXENTA Nº 226/2015 Y DISPONE RELIQUIDACIÓN EN OPORTUNIDAD QUE INDICA.

03 ENE 2017

RESOLUCIÓN EXENTA Nº 2682

SANTIAGO, 14 DE DICIEMBRE DE 2016

VISTO:

Lo previsto en la ley Nº 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de Administración del Estado; en la ley N° 19.880, que Establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; en la ley N° 15.720, que crea la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas; en el decreto supremo N° 5311, de 1968, del Ministerio de Educación, que fija Reglamento General de la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas; en el decreto ley N° 180, de 1973, que declara en receso al Consejo de JUNAEB cuyas facultades otorga a su Secretario General; en la resolución Nº 190,de fecha 06 de julio de 2012, que aprueba Bases de Licitación ID 85-16-LP12; Resolución N°15 de 27 de febrero de 2013, que aprueba contrato proveniente de la licitación ID 85-16-LP12 entre JUNAEB y FERBAS S.A y en la resolución N° 1.600, de 2008, de la Contraloría General de la República, que fija normas sobre exención del trámite de Toma de Razón; y

CONSIDERANDO:

1. Que, mediante Resolución N°190 de 2012 fueron aprobadas las bases administrativas, técnicas, operativas y anexos para la contratación del servicio de suministro de raciones alimenticias para los beneficiarios de los Programas de Alimentación Escolar y Programa

de Alimentación de Párvulos para los años 2013, 2014,2015, 2016 y meses de enero y febrero de 2017, correspondiente a la licitación pública ID 85-16-LP2012.

2. Que, como resultado de la licitación, con fecha 2 de enero de 2013, JUNAEB y FERBAS S.A. suscribieron el respectivo contrato para prestar los servicios de suministro de raciones en las unidades territoriales 808, 809 y 810 de la Región del Bío Bio y 1101 de la región de Aysén, contrato que fue aprobado por Resolución N°15 de 27 de febrero de 2013.

3. Que, mediante Resolución exenta N°226 de 6 de febrero de 2015, JUNAEB puso término anticipado del contrato suscrito con FERBAS S.A por incumplimiento grave de las obligaciones contraídas, término que se concretó a partir del 28 de febrero de 2015, ordenándose la ejecución de la garantía de fiel y oportuno cumplimiento del contrato, consistente en un 5% del valor anual del mismo, otorgada por el prestador por un monto de 34.954,58 Unidades de Fomento, equivalentes a $860.900.545 a la fecha de su ejecución.

4. Que, la empresa Ferbas S.A realizó con fecha 28 de octubre de 2016 una presentación a la Contraloría General de la República, reclamando sobre montos pendientes de pago de la licitación 25/2008 y de la licitación 16/12, respecto de la cual el ente contralor envío Oficio Nº83.744, de 18 de diciembre de 2016, requiriendo informe a este servicio.

5. Que, dentro de las alegaciones planteadas por la empresa FERBAS S.A, se encuentra una relacionada con el cobro de la poliza de garantía que le fuera ejecutada con ocasión del término anticipado de contrato, efectuada mediante Resolución exenta N°226 de 6 de febrero de 2015, según se señala en el considerando 2º precedente.

6. Que, reclama la empresa que, con ocasión del término de contrato por incumplimiento de obligaciones, este servicio procedió a la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento presentada por la empresa en cumplimiento de lo dispuesto en las bases administrativas regulatorias de la licitación ID- 85-16-LP12, correspondiente a una póliza de seguro por la suma de UF 34.954,58 que a la fecha de su cobro ascendió a $860.900.545, monto que luego de imputarse al pago de los incumplimientos de obligaciones laborales y previsionales y multas impagas, su saldo debió restituirse, lo cual a la fecha aún no ha ocurrido, desconociendo la empresa incluso los conceptos efectivos en los cuales fue atribuida la caución.

7. Que, cabe destacar que el artículo 72 del decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que aprueba el Reglamento de la ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, en caso de incumplimiento del contratista de las obligaciones que le impone el contrato, la entidad licitante estará

facultada para hacer efectiva la garantía de cumplimiento, administrativamente y sin necesidad de requerimiento ni acción judicial alguna.

8. Que, es preciso señalar que las bases administrativas que rigen la licitación 85-16-LP12, en su título XXII, señalan que esta garantía, debía ser tomada por el oferente a nombre de JUNAEB con el objeto de garantizar el fiel y oportuno cumplimiento de las obligaciones contractuales, y en caso de ser procedente, para cubrir el pago de las multas que pudieren originarse durante la ejecución del contrato.

9. Que, afirma la empresa requirente que una vez cobrada la garantía no se ha informado a la empresa a que ítems fueron imputados al valor de la póliza de seguro ejecutada, en circunstancias que atendida su naturaleza, solo podía destinarse el monto ejecutado, al pago de prestaciones laborales y previsionales adeudada por la empresa y/o a multas impagas, por lo que procedería la restitución a la empresa en la proporción que exceda al incumplimiento, toda vez que, a juicio de FERBAS S.A, JUNAEB habría utilizado improcedentemente esta garantía en calidad de cláusula penal, enriqueciéndose el servicio sin causa legítima existente.

10. Que, conforme al artículo 1535 del Código Civil, por cláusula penal ha de entenderse aquélla en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o de retardar la obligación principal, siendo por tanto, puramente punitiva pues la posibilidad de pactar este tipo de pena es admitida expresamente por el Código si las partes así lo expresan (arts. 1537 y 1543 CC).

11. Que, las bases de licitación 85-16-LP12 y el correspondiente contrato suscrito por las partes, establecían la obligación del adjudicatario de entregar una garantía de fiel y oportuno cumplimiento del contrato mediante uno de los instrumentos y por el monto que ahí se especifica, pero no prescribe que respecto de esa caución, su monto será considerado como cláusula penal. En efecto, tratándose de la licitación en análisis, efectivamente la garantía de fiel cumplimiento del contrato, solo tiene dos objetivos una vez ejecutada, cuales son pagar las prestaciones laborales o previsionales adeudadas por la empresa a la fecha de término del contrato y/o la solución de las multas ejecutoriadas derivadas de la ejecución del contrato y cuyo pago se encontrara pendiente, más no la de indemnizar al servicio los perjuicios derivados del termino anticipado del contrato.

12. Que, sobre el punto reclamado por la empresa requirente, es indispensable precisar que la jurisprudencia de la Contraloría General de la República ha manifestado, por ejemplo en sus dictámenes N° 55318; 67918; 87615 todos de 2015; 64670 de 2014; 478 de 2011 y, 8.297 de 2012,- que en armonía con los principios de proporcionalidad, razonabilidad y buena fe que han de inspirar las actuaciones de los órganos de la Administración, el cobro de la garantía de fiel cumplimiento del contrato, en los casos que

corresponda, no puede exceder del monto en que se cuantifique el incumplimiento de las obligaciones y de las multas que se hayan impuesto y que no se encuentren solucionadas, de modo que, salvo que se disponga algo diferente en la regulación respectiva, se debe restituir el saldo que eventualmente resulte en favor del prestador, a fin de evitar un enriquecimiento sin causa de la contratante.

13. Que, en consecuencia, y considerando este servicio que no existe sustento normativo que justifique la percepción de la suma de que exceda el monto de las multas, corresponde en consideración a los principios enunciados restituir, el saldo que eventualmente resulte a favor de FERBAS S.A.

14. Que, a la fecha del presente acto, el estado de las multas cursadas a la empresa FERBAS S.A, durante la ejecución del contrato proveniente de la Licitación 85-16-LP12 es el siguiente:

- Monto de la garantía ejecutada $ 860.900.545.
- Monto de multas ejecutoriadas $ 206.886.758.
- Monto multas en proceso $238.248.727.
- Otros ítems en proceso por valorar: $100.000.000.

15. Que, en consecuencia, actualmente JUNAEB se encuentra en condiciones de restituir por el excedente de la garantía un monto de $315.765.060, para lo cual se dicta el presente acto administrativo

16. Que, una vez finalizado el proceso de multas del contrato proveniente de la Licitación 85-16-LP12, el cual se ha comprometido para marzo de 2017, se reliquidarán los montos por concepto de multas que correspondan pagar a FERBAS S.A y se restituirán, si procediere, los saldos a favor que existieren.

RESUELVO:

ARTICULO PRIMERO: Ordénese la devolución parcial de excedente de garantía de fiel cumplimiento ejecutada a la empresa FERBAS S.A mediante Resolución Exenta Nº 226 de 6 de febrero de 2015, por el monto de $315.765.060 (trescientos quince millones setecientos sesenta y cinco mil sesenta pesos).

ARTÍCULO SEGUNDO: Reliquídese, una vez finalizado el proceso de cobro multas del contrato proveniente de la Licitación 85-16-LP12, comprometido para marzo de 2017, los montos por concepto de multas que correspondan pagar a FERBAS S.A y restitúyanse, si procediere, los saldos a favor que existieren.

ARTÍCULO TERCERO: Impútese erogación para dar cumplimiento a la obligación antes señalada a la cuenta 21404 Garantías Recibidas.

ANÓTESE Y PUBLIQUESE EN EL BANNER DE GOBIERNO TRANSPARENTE.

CRISTÓBAL ACEVEDO FERRER
SECRETARIO GENERAL
JUNTA NACIONAL DE AUXILIO ESCOLAR Y BECAS

RDM/SBA/mjrs
Distribución:

1.- Departamento Jurídico

2.- Departamento de Administración y Finanzas

3.- Oficina de Partes