

D.J. (377)

SANTIAGO, 25 MAYO 2022

RESOLUCION N° 01437 EXENTA

VISTOS: Lo dispuesto en la Ley N°19.239; en el D.S. N°86 de 2021; en la letra d) del artículo 11 y el artículo 12 del D.F.L. N°2 de 1994, ambos del Ministerio de Educación; en la Ley N°19.886 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N°250 de 2004 del Ministerio de Hacienda; en la Ley N°19.880 que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los Actos Administrativos del Estado; Resolución Exenta N°02863 de fecha 19 de agosto de 2021; Resolución Exenta 03573 de 21 de octubre de 2021; Resolución exenta N° 4281 de fecha 10 de diciembre de 2021; la Resolución Exenta N°0954 de fecha 20 de abril de 2022; comunicación electrónica de la empresa ARGAL S.A. remitiendo escrito de Recurso de Reposición y otros, con fecha 28 de abril de 2022, y; lo solicitado por el Jefe del Departamento de Obras y SSGG;

CONSIDERANDO:

1. Que, mediante la Resolución Exenta N°02863 de fecha 19 de agosto de 2021, se autorizó el llamado a Licitación Pública N°5251-76-LR21 para la realización del "Proyecto de habilitación en sede Santiago Convenio UPA-UTEM". Acto seguido, mediante la Resolución Exenta 03573 de 21 de octubre de 2021, se adjudicó dicha licitación a la empresa "ARGAL S.A." por haber obtenido el mejor puntaje en el procedimiento concursal señalado. Luego, con fecha 12 de noviembre de 2021, se celebró el contrato entre ambas partes, el que fue autorizado mediante la Resolución exenta N° 4281 de fecha 10 de diciembre de 2021.

2. Que, durante la ejecución de la obra encomendada se presentaron diferentes irregularidades que dieron paso al inicio del procedimiento de aplicación de multas y término anticipado del contrato. Dicho procedimiento contempló la notificación de un informe elaborado por el FTO en el cual se daba cuenta de los incumplimientos cometidos además de una relación detallada de los motivos por los cuales procedía tanto la aplicación de multas como el término anticipado del contrato.

Respecto a esta comunicación, la empresa evacuó sus descargos conforme al procedimiento descrito en las bases administrativas de licitación, emitiéndose, en definitiva, la Resolución Exenta N°0954 de fecha 20 de abril de 2022 mediante la cual la Universidad Tecnológica Metropolitana resolvió imponer una multa de \$20.561.645 (veinte millones quinientos sesenta y un mil seiscientos cuarenta y cinco pesos) a la empresa ARGAL S.A. en beneficio de la Universidad por infracción a lo dispuesto en el punto 8.6.1 letra a) de las Bases Administrativas de la Licitación N°5251-76-LR21 para la realización del "Proyecto de habilitación en sede Santiago Convenio UPA-UTEM". Se dispuso, al mismo tiempo, el término anticipado del contrato celebrado entre la Universidad Tecnológica Metropolitana y la empresa, de fecha 12 de noviembre de 2021, aprobado por Resolución Exenta N°04281 de fecha 10 de diciembre de 2021, por incumplimiento grave de las obligaciones contractuales por parte de la empresa. Finalmente se ordenó presentar a cobro la garantía de fiel y oportuno cumplimiento presentada por la empresa para garantizar la ejecución del contrato.

3. Que habiéndose notificado la Resolución Exenta N°0954 de fecha 20 de abril de 2022, la empresa ARGAL S.A. presentó un recurso de reposición y jerárquico en subsidio,

la suspensión del acto y la presentación de una serie de documentos para sustentar sus alegaciones. Estos recursos se presentaron dentro del plazo legal dispuesto, mediante correo electrónico de fecha 28 de abril de 2022.

4. Que las principales alegaciones de los recursos deducidos son los siguientes:

a) Oferta técnica original y plazos comprometidos

En este punto se realiza una relación de los plazos comprometidos en la oferta, precisando que el "proyecto eléctrico" "(...) inicialmente tenía una extensión de 52 días de acuerdo al esquema originalmente aprobado (...)".

b) Modificaciones al contrato

En este punto señala que durante el transcurso de la obra "(...) se solicitaron diversas modificaciones probables y otras urgentes, de acuerdo con los artículos 8.5.1 y 8.5.2 de las Bases Administrativas de este contrato. De ellas muchas no se autorizaron algunas, pero si existen algunas que fueron expresamente autorizadas por la FTO en el libro de obras a saber:

1.- Nota de Cambio N°2, retiro de cañerías de gas (anexo 3), la cual se aprueba fojas 22 del libro de obras N°1 de fecha 14 de enero de 2022 (anexo 3.a)

2.- Nota de Cambio N°6, retiro de mobiliario (anexo 4), la cual se ejecutó parcialmente y está a la espera de aprobación.

3.- Nota de Cambio N°9, cambio llaves de paso (Anexo 5), la cual se aprueba a fojas 8 del libro de obras N°2 de fecha 3 de marzo de 2022 (anexo 5.a) (...)"

Agrega que los aumentos de plazo solicitados en cada oportunidad no se dieron por mero arbitrio o dilación infundada, sino que estas fueron requeridas por razones ajenas a la voluntad de la empresa y en cada una de las actividades adicionales se especificaron los plazos adicionales en cuestión, lo que a juicio de la empresa, computa un total que sobrepasa con creces a los 25 días originalmente aprobados.

Acompaña la siguiente tabla:

Nota de cambio	Monto	Aumento de Plazo solicitado en días	Estado
Retiro Cañerías de Gas	1.029.047	15	Aprobada y ejecutada
Llaves de paso	1.517.178	2	Aprobada y ejecutada
<i>Modificación Proyecto Eléctrico</i>	<i>99.853.157</i>		<i>En revisión</i>

TOTALES 102.399.382 17

Concluye este punto, señalando que en base a estos argumentos existe una modificación autorizada por el mandante UTEM, provocando una alteración del plazo original al cual se le deben sumar 17 días a la programación original.

c) Diferencias en el desarrollo del proyecto eléctrico

La empresa afirma que este es "(...) *el principal motivo que provocó la alteración de los plazos comprometidos en el término de la obra, se relacionan con el desarrollo del proyecto eléctrico (...)*".

Afirman que con fecha 28 de noviembre de 2021 la UTEM ante sus consultas sobre el proyecto eléctrico habría señalado "(...) *que no se contaba con los antecedentes solicitados y que se hablaría con el proyectista en su oportunidad (...)*".

Continúa su relación señalando que con fecha 23 de diciembre se envió un "Requerimiento de Información (RDI) N°1" que acompaña como Anexo 7 en su presentación, donde habría consignado tras recibir el RDI eléctrico en el libro de obras la siguiente leyenda "*Con fecha de hoy se hace envío por correo del RDI eléctrico. Se deja constancia que los cambios efectuados en el proyecto original pueden general aumento del plazo para ejecuciones*".

Agrega que a partir de esta constancia la UTEM se encontraba en conocimiento de la necesidad de "clarificación del proyecto eléctrico" y "(...) *la necesidad urgente de contar con el proyecto en su totalidad y se advirtió acerca de las consecuencias que respecto del plazo podían tener lugar (...)*".

Para sustentar sus dichos cita anexos 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 17a. En todos ellos, se observan diferentes notas y constancias hechas en el libro de obras en relación al proyecto eléctrico.

d) Relevancia del proyecto eléctrico en el cambio de circunstancias

En este punto la empresa detalla lo que a su juicio fue la principal causa de la alteración de los plazos comprometidos. Afirma que el proyecto eléctrico original "(...) *sufrió importantes modificaciones del diseño originalmente aprobado, y el modelo definitivo estuvo en nuestro poder únicamente desde el día 24 de febrero de 2022, dos días después del término del contrato original y solo pudimos enviar la valorización de este proyecto el 24 de marzo de 2022. Esto es, luego de 30 días después de la fecha original del término del contrato (...)*".

Precisa que a juicio de la empresa, estas modificaciones se vería expresada en la siguiente tabla que acompañaron en la "Nota de Cambio N°10":

Partidas	Monto Original	Nota Cambio	Monto Final	Incidencia
Póliza Garantía y Trabajos Previos	7.770.267		7.770.267	1,68%
Demoliciones	11.887.212		11.887.212	2,57%
Tabiquerías	20.781.687		20.781.687	4,50%
Proyecto Eléctrico	90.983.820	99.853.157	190.836.977	41,29%

Proyecto Sanitario, Artefactos y Accesorios	26.633.360	2.546.225	29.179.585	6,31%
Climatización	61.347.648		61.347.648	13,27%
Puertas y Ventanas	20.445.351		20.445.351	4,42%
Terminación Muros, Pavimentos	108.165.962		108.165.962	23,40%
Equipamiento	11.062.619		11.062.619	2,39%
Aseo y Entrega	750.866		750.866	0,16%
TOTALES	359.828.792	102.399.382	462.228.174	100,00%

Interpretan de estos datos que "(...) el proyecto eléctrico tiene un valor de incidencia de un 42% sobre una estimación correcta y real del total de la obra, y no solo es una hipótesis sugestiva de su importancia. En consecuencia, la expectativa de concluir la obra en los términos originalmente aprobados es inviable, por lo que en el mejor de los casos el proyecto hubiese podido haber llegado al 58%, con todas las demás partidas en el más favorable de los escenarios técnicos y económicos. En consecuencia, una adición de al menos 52 días del plazo originalmente definido es la fórmula más razonable en la estimación real del término del desarrollo esperado (...)"

e) Presencia de materiales no identificados y desechos orgánicos en el lugar de la obra

En este punto la empresa reitera sus argumentos en torno "(...) hallazgo de implementos sólidos, refrigeradores, esqueletos y elementos químicos cuya identificación y retiro provocó un retraso en la partida original de ellos. Ninguno de estos objetos y sustancias fueron advertidos ni informados previamente, y resultaban absolutamente desconocidos en esta planificación temporal (...)"

Para sustentar sus dichos cita anexos 18, 19, 20, 21. En todos ellos, se observan diferentes notas y constancias hechas en el libro de obras en relación al retiro de productos y elementos químicos.

Concluye su alegación señalando que "(..) en razón de estos elementos extraños y no previstos originalmente, no se pudo acceder a todas las dependencias de la obra durante un plazo de 32 días, periodo que el mandante tampoco considera en la estimación de criterios de la Resolución exenta N°0954 (...)"

f) Otras consideraciones

En este acápite se afirma que el día 2 de febrero de 2022 el recinto no contaba con agua potable y que, en razón de aquello, se debió paralizar obligadamente las faenas según dan cuenta el anexo 22 acompañado.

Por su parte, señala que el día 04 de febrero de 2022 se habría consignado en el libro de obras por parte de la empresa que no habría agua potable desde el 01 de febrero y que, en razón de aquello, paralizaban las obras.

Producto de estas circunstancias, solicitan se consideren 2 días adicionales por tratarse de hechos ajenos a su voluntad que califica como fuerza mayor.

g) Comparativo con informe FTO y avances constatables de la obra

En este punto, la empresa afirma que existen imprecisiones del gráfico contenido en la resolución impugnada, que sustenta en los argumentos que se exponen a continuación.

En primer lugar afirma que solo el 24 de febrero tuvo por parte de la UTEM el proyecto eléctrico, ingresando el 28 de febrero el RDI N°3 eléctrica y solo el día 22 de marzo de 2022 se entregó respuesta escrita de la respectiva RDI eléctrica. Agrega que respecto a este punto se presentó la Nota de Cambio N°10 el 24 de marzo de 2022 y que, por tanto, resulta infundada la exigencia del mandante en un cumplimiento del 100% al día 22 de febrero de 2022.

Reitera que, a su juicio, el proyecto eléctrico tendría una incidencia del 42% del total de la obra, por lo que el máximo avance que podría haber alcanzado es de un 58% en el más favorable de los contextos.

Concluye que la obligación que impone el mandante es imposible puesto que exige terminar la obra el día 22 de febrero de 2022 pero sin entregar la información del proyecto eléctrico ni aprobar después el presupuesto entregado, según su concepto, diligentemente.

Puntualiza respecto a los metros cuadrados presentados en el siguiente cuadro que existen, a su juicio, imprecisiones que detalla a continuación:



Piso	M2 totales	M2 residuos con y otros	% de metros con residuos y otros	M2 libres para trabajar	% de metros libres	
4°	953,5	511,07	53,6%	442,43	46,4%	
5°	950,99	487,94	51,31%	463,05	50,69%	

En su concepto, la imprecisión de la información entregada resulta de "(...) una observación directa y objetiva a las obras a ejecutar en las oficinas, el mayor trabajo, a saber es el siguientes: demolición de tabiquería, retiro de puertas, retiro de escombros, tabiquería metalcon nueva, retiro de cañerías, apertura de vanos, empastes de muros y cielos, enlucidos de cielos, pinturas, Nivelación de pisos, Instalación de piso nuevo, Instalación de guardapolvos, Instalación eléctrica de iluminación, Instalación eléctrica de Enchufes, Reinstalación de puertas de aluminio, Nuevas puertas de aluminio, Tabiquerías de aluminio, Cortinas, Instalación de enchufes, Instalación de interruptores, Film en puertas, Señalética, Cortinas, Equipos de Clima, Etc."

Complementa señalando que en los pasillos solo se consideraba: "(...) Retiro de cielo existente, Retiro de escombros, Empaste de muros, Pintura muros, Instalación de luminarias (...)"

Finaliza estas precisiones señalando que "(...) las obras consideradas en la modificación eléctrica no aprobada y que no se podía ejecutar eran las siguientes: Bandejas Eléctricas, Canalización de alimentadores, Canalización de corrientes débiles, Aterrizaje de bandejas eléctricas (...)".

Concluye afirmando que "(...) Resulta fundamental exponer que la cantidad de m2 no representan una consideración lineal; una medida estandarizada y equitativa de los trabajos a ejecutar, por lo que no se puede inferir que teníamos en términos generales la mitad de la obra para ejecutar. Se insiste en este punto desde que el proyecto eléctrico incide en un 42% de la obra, lo que nos dejó un posible avance del 58%, pero de este, el 70% de los trabajos eran en oficina, es decir, disponíamos hasta el 17 de enero del 2022 solo de un 17% con probabilidad real de avance (...)".

h) Del detalle de la mano de Obra

Respecto a este punto el recurrente consigna la siguiente tabla a la cual realiza precisiones que se detallan a continuación.

- | | | |
|---|--------------------|-------------------------------|
| o | Diciembre de 2021: | 6 trabajadores en el listado |
| o | Enero de 2022: | 6 trabajadores en el listado |
| o | Febrero de 2022: | 13 trabajadores en el listado |
| o | Marzo de 2022: | 14 trabajadores en el listado |
| o | Abril de 2022: | 19 trabajadores en el listado |

Comienza su alegación señalando que en el mes de diciembre de 2021 habrían existido "(...) impedimentos en la ejecución de la obra por encontrarse material orgánico, mobiliario, etc., más aún existe la instrucción precisa de la FTO para no trabajar en las oficinas (...)".

A su juicio, "(...) si dejamos afuera el proyecto eléctrico, 42% de incidencia, solo sería posible ejecutar un 58%, pero de este, solo un 17% real ya que las oficinas eran la mayor fuente de las faenas (...)".

Puntualiza que solo el 17 de enero de 2022 se dispuso del 95% de las dependencias, por lo que la cantidad de trabajadores no fue factor trascendente en el avance de trabajo que se podía ejecutar.

Reitera, una vez más, que solo el 24 de febrero tuvo acceso al proyecto eléctrico y que por tal motivo no se advierte como el "(...) número de personas fue el factor relevante utilizado por el mandante para criticar o reprochar el porcentaje de avance de la obra, siendo que el 42% de la obra no se podía ejecutar por no tener el proyecto eléctrico (...)".

i) Del cuadro de Avances

Respecto a este punto el recurrente consigna la siguiente tabla a la cual realiza precisiones que se detallan a continuación.

Mes	Cantidad de trabajadores habilitados en el Libro de Asistencia	Avance previsto original(original de 70 días)	Avance previsto corregido promedio (70 días más 25 días adicionales)	Avance Real efectivo	Avance real proyectado sobre el promedio de avance real efectivo
Diciembre	6	40% (40%)	29,4% (29,4%)	10% (10%)	11,14% (11,14%)
Enero	6	34% (74%)	29,4% (58,8%)	17% (27%)	11,14% (22,28%)
Febrero	13	63% (100%)	29,4% (88,2%)	4% (31%)	11,14% (33,42%)
Marzo	14	-	11,8% (100%)	8% (39%)	11,14% (44,56%)
Abril	19	-	-	S/I	11,14% (55,7%)
Mayo					11,14% (66,84%)
Junio					11,14% (77,98%)
Julio					11,14% (89,12%)
Agosto					11,14% (100%)

Sobre estos antecedentes, la empresa señala que en su concepto existen errores e imprecisiones puesto que, según sus estimaciones, tal y como se reitera a lo largo de todo el escrito, el proyecto eléctrico representaba un 42% del presupuesto.

j) Solicitudes fundadas de la empresa Argal S.A. en torno a la ampliación del plazo

En este punto la empresa afirma que el 04 de febrero del año 2022 se habría solicitado un aumento de plazo de 59 días corridos a partir del vencimiento de la fecha original el 22 de febrero de 2022. A su juicio, dicha solicitud no fue arbitraria y obedeció a una serie de situaciones que se produjeron en la obra, ajenas a la voluntad y responsabilidad de la empresa.

A esta solicitud se habría dado respuesta señalando que se otorgaba una propuesta de aumento y cumplimiento parcializado "(...) lo cual no fue aceptado en dichos términos por ARGAL S.A (...)".

Concluye señalando que (...) Los fundamentos de la reposición interpuesta se refieren a eventos ajenos a nuestra voluntad y que notoriamente influyeron en las posibilidades de ejecución de la obra, todo lo anterior, no obstante los recursos que procedieren en caso de persistirse en la aplicación de l multas y término anticipado del contrato, y de la reserva de derechos y acciones que ARGAL S.A., realiza en este acto y para el caso de verse enfrentada a la necesidad de recurrir ante las entidades correspondientes (...)".

k) En cuanto a la aplicación de la multa definitiva

Comienza su exposición señalando que la multa a su juicio resulta del todo improcedente. Reconoce que si bien se consideró una rebaja importante en el monto sancionado originalmente, los presupuestos de la impugnación se mantienen y se han precisado de acuerdo al mérito de lo expuesto en su escrito.

Reitera que bajo su concepción existieron hechos no imputables a la voluntad de ARGAL S.A. que habrían producido retrasos en la ejecución de la obra, razón por la cual no resulta aplicable lo dispuesto en las bases administrativas para que concurra las multas por ese concepto.

Agrega que "(...) estos desafortunados eventos no son imputables ni a la UTEM ni a ARGAL S.A. ya que no hay una causalidad directa entre alguna conducta u omisión de nuestra empresa en la provocación del retardo que se imputa; precisamente por eso se solicitó el aumento de plazo; se concedió un aumento extraordinario y no se llegó a un acuerdo. Esto indica que los hechos no imputables generaron un retraso efectivo, situación que es conocida por las partes, y reconocida por parte de la UTEM. Esto se relaciona con aquellos puntos referidos y precisados a propósito del desarrollo de la modificación del proyecto de instalación eléctrica, los avances en la superficie de la obra, los hallazgos inesperados en el sitio de la obra y los demás factores ya explicados (...)".

Interpreta estos hechos bajo la "Teoría de la Imprevisión", señalando que serían hechos que se produjeron con posterioridad a la suscripción del contrato, ajena a la voluntad de las partes, y que terminan afectando la debida ejecución de lo primitivamente acordado. Afirma que resultaba imposible de prever para la empresa la ocurrencia de los hechos descritos y que terminaron afectando la ejecución del contrato.

Consigna que en el mismo informe y los antecedentes que obran en poder de la UTEM, se observa que la UTEM frente a la solicitud de aumento de plazo de ejecución y entrega, si bien no aceptó la propuesta primitiva de ARGAL S.A., efectivamente otorgó nuevas condiciones y un aumento de plazo en la ejecución y entrega de las obras.

Señala que este aumento de plazo "(...) la cual no fue aceptada por ARGAL S.A., es un antecedente fáctico que evidencia que UTEM si conocía y consideraba los hechos que provocaron el retraso de las obras. Fue debido a esto que evaluó aquellas situaciones como ajenas a las partes, y que provocaron efectivamente un retraso. De otro modo no se advierte la razonabilidad tras la decisión de UTEM de conceder un plazo de extensión, aunque fuere parcial, ante la incidencia de las modificaciones generadas al proyecto original (...)".

En base a lo anteriormente descrito afirma que concurre la "Teoría de los Actos Propios", puesto que a su juicio la modificación del plazo se contradice con la aplicación de las multas y el informe que lo sustenta.

Según esta teoría y la interpretación que hace la empresa de aquella "(...) por una parte se reconoce por UTEM la existencia de hechos, ajenos a la voluntad de las partes y que no fueron posibles de prever y que son sustanciales para reconocer un cambio de las circunstancias; sin embargo, acto seguido, UTEM cambia su conducta y pretende la aplicación de onerosas multas a la compañía que represento ARGAL S.A., con fundamento en ese mismo cambio de circunstancias que previamente habían sido justificadas en tanto imprevisibles para las partes (...)".

Finaliza solicitando la no aplicación de las multas en base a los argumentos vertidos en este punto y los demás fundamentos expuestos a lo largo del recurso.



l) En cuanto a la resolución anticipada del contrato

- Relación con el número de trabajadores

En este punto señala que respecto a la infracción del punto 8.9.1 letra f) de las bases administrativas que sanciona la falta de personal suficiente para el normal desarrollo de la obra; y el incumplimiento de los puntos e) y g) del Pacto de Integridad de las Bases, precisa que "(...) *se debe señalar que, respecto a una falta de personal suficiente o "adecuado", no se ha indicado por parte de ITO ni por la UTEM a qué se refiere específicamente con esa denominación (...)*".

Precisa que "(...) *el adjetivo "adecuado" debe hacer referencia a algo específico, siendo una calificación de una situación fáctica y técnica respecto de una ideal o comparada con otra, y que permita un contraste objetivo de lo inadecuado, irregular o deficiente. En este sentido, consideramos se emite un juicio sin existir claridad ni especificación en la indicación de cuál sería el "benchmark" o marco de referencia específico respecto del cual se está comparando la conducta empleada por ARGAL S.A. frente a ese ideal o situación comparativa (...)*".

Complementa razonando que "(...) *tanto el informe del FTO, como la resolución que impugna construyen escenarios hipotéticos, no constatables y sin definiciones empíricas, que concretamente enlacen el número de trabajadores dispuesto en la obra en contraste con los avances de la misma, respecto de los cuales tampoco se ha hecho cargo de aquellos impedimentos y retrasos consustanciales provocados por circunstancias completamente ajenas a la voluntad de la compañía que represento. En ese sentido el "avance real y efectivo y del avance real proyectado sobre el promedio" no resultan patrones conforme a derecho que, desde la perspectiva de la sanción administrativa, puedan fundar un castigo económico tan intenso como el que se pretende en esta resolución (...)*".

Continúa su razonamiento señalando respeto al pacto de integridad que se trata de una declaración para los oferentes en una licitación. Bajo esta perspectiva, a juicio de la empresa, las conductas descritas en el informe no constituyen una infracción específica. Por tal motivo atendido a que se trata de deberes generales de conducta "(...) *Por un tema técnico en la aplicación de sanciones, no se pueden acumular infracciones a deberes particulares y generales, sumando infracciones. Se enciente de suyo que una infracción particular, (de existir) incluye la infracción de un deber general. No se puede castigar dos veces el mismo hecho cuando lo que se imputa en falta es fenomenológicamente lo mismo. En ese sentido, no es posible acumular infracción de forma artificial, como pretende el FTO, para pretender dar término anticipado al contrato y de paso castigar dos veces una misma situación fáctica (...)*.

Concluye precisando que "(...) *En específico, la letra e) contempla un deber general similar al principio de buena fe, y la letra g) se refiere específicamente al proceso licitatorio respecto de la seriedad de la oferta, no al proceso de ejecución del contrato ya suscrito y adjudicado. En relación a esto es importante considerar que las modificaciones desarrolladas al proyecto, transformaron sustancialmente las condiciones aprobadas, gravitando su importancia en aquello relacionado al cumplimiento del proyecto eléctrico. Esto permite entender de manera amplia que la ejecución de este contrato, es decir del iter del pacto en comento, requería de la revisión de los términos económicos del mismo. Planteado de esa forma, y*



bajo una perspectiva de desarrollo bilateral, el ejercicio de una facultad que permite dar término anticipado a un contrato de esa naturaleza, sin una consideración suficiente objetiva a sus motivaciones, se transforma en un acto arbitrario contrario al principio de Buena Fe (...)".

m) En cuanto al cobro de la boleta de garantías

Comienza su alegación señalando que el cobro la garantía constituye un acto unilateral, arbitrario e ilegal, pues va en contra de lo que se señala en las Bases y la naturaleza jurídica de la Póliza que obra en poder de la UTEM.

Señala que a su juicio, el cobro de la boleta de garantía solo procede cuando no se cumplan las obligaciones patrimoniales del contratista y que, según ha expuesto, no existirían tales incumplimientos toda vez que, "(...) *si bien se pretende cursar una multa, y fundar una causal de término anticipado del contrato, estos presupuestos no son suficientes para ordenar el cobro de la boleta de garantía. En este sentido la Póliza de Garantía no opera como una simple cláusula penal, pues para eso están las multas que se establecen en las bases, y que son castigos o penas de orden patrimonial en beneficio del Mandante y en contra del contratista, frente a incumplimiento al contrato y las bases. Lo que se refiere a la Póliza, es una garantía que se establece y debe hacer efectiva de ultima ratio y solo en caso de que existan obligaciones pecuniarias pendientes entre las partes, como pudiesen ser obligaciones de naturaleza laboral o previsional (tal y como se indica en su nombre) (...)*".

En base a este razonamiento, solicita expresamente se deje sin efecto la ejecución de la garantía, al no existir obligaciones pendientes y actuales respecto de las cuales se deba garantizar su cumplimiento.

n) Peticiones concretas

Luego de su exposición se solicita por interpuesto el recurso de reposición, ordenar su tramitación y acogerlo, en orden a dejar sin efecto en los términos señalados la Resolución Exenta N° 0954 de fecha 20 de abril de 2022 notificada a esta parte con fecha 21 de abril de 2022, la cual resuelve imponer una multa de \$20.561.645 (veinte millones quinientos sesenta y un mil seiscientos cuarenta y cinco pesos) a la empresa ARGAL S.A., en beneficio de la Universidad Tecnológica Metropolitana, por infracción de lo dispuesto punto 8.6.1 letra a) de las bases administrativas de la presente licitación; poner término anticipado al contrato celebrado entre la Universidad Tecnológica Metropolitana y la empresa ARGAL S.A., de fecha 12 de noviembre de 2021, aprobado por Resolución exenta N° 4281 de fecha 10 de diciembre de 2021, por incumplimiento grave a las obligaciones contractuales por parte de la empresa; y asimismo presentar a cobro por la Dirección de Finanzas de esta Universidad Tecnológica Metropolitana, la garantía de fiel cumplimiento presentada por la empresa ARGAL S.A., para garantizar el fiel cumplimiento del contrato de ejecución de obras celebrado el día 12 de noviembre de 2021, solicitando que en definitiva sea enmendada dicha decisión, dejando sin efecto la imposición de multas, el término anticipado del contrato y el cobro de la boleta de garantía referida, todo ello en razón de los argumentos de hecho y de derecho que a se han expuesto en esta presentación.

o) Recurso Jerárquico en subsidio



Se deduce recurso jerárquico en subsidio del recurso de reposición interpuesto en lo principal según los mismos argumentos expuestos, dándose por reproducidos.

p) Suspensión del acto impugnado

Se solicita la suspensión del cumplimiento del acto recurrido, debido a que su ejecución podría causar un daño irreparable y hace imposible el cumplimiento de lo que se resuelve en caso que se acogiere el recurso presentado.

q) Acompaña documentos

Se adjuntan en forma de anexos los siguientes documentos individualizados:

- Anexo 1: Presupuesto Original
- Anexo 2: Carta Gantt Original
- Anexo 3: Nota de Cambio N°2 Retiro de Cañerías
- Anexo 3ª: Foja 22 Libro de obras 1, Aprueba adicional de retiro de cañerías
- Anexo 4: Nota de Cambio N°6 Retiro de Mobiliario
- Anexo 5: Nota de Cambio N°9, Llaves de paso
- Anexo 5ª: Foja 8 Libro de obras 2, Aprueba adicional Llaves de paso
- Anexo 6: Email de inquietudes iniciales
- Anexo 7: RDI N°1 Consultas proyecto eléctrico
- Anexo 8: Foja 8 Libro de obras 1, Envío de RDI N°1 a UTEM
- Anexo 9: Foja 42 Libro de obras 1, UTEM compromete entrega proyecto eléctrico
- Anexo 10: Foja 50 Libro de obras 1, Se da cuenta de no entrega del proyecto eléctrico
- Anexo 11: Foja 1 Libro de obras 2, Entrega proyecto eléctrico
- Anexo 12: Foja 2, Libro de obras 2
- Anexo 13: RDI N°3 Eléctrica
- Anexo 14: Foja 10 Libro de obras 2, UTEM compromete entrega respuesta forma escrita
- Anexo 15: Foja 12 Libro de obras 2, Se reitera a UTEM respuesta al RDI N°1, Eléctrico
- Anexo 16: Respuesta RDI N°1, Eléctrico
- 29
- Anexo 17: Email del 24,mar.2022 que hace entrega de Nota de Cambio N°10 Eléctrico
- Anexo 17ª: Nota de Cambio N°10, Modificación Proyecto Eléctrico
- Anexo 18: Foja 5 Libro de obras 1, Señala existencia Material Orgánico
- Anexo 19: Foja 6 Libro de obras 1, FTO da cuenta de existencia materiales orgánicos
- Anexo 20: Foja 10 Libro de obras 1, instruye no trabajar en donde existan químicos
- Anexo 21: Foja 13 Libro de obras 1, FTO da cuenta que aún existe elementos químicos
- Anexo 22: Fojas 38 y 39 Libro de obras 1, informa falta de agua en recintos
- Anexo 23: Foja 41 Libro de obras 1, informa falta de agua en recintos

5. Que, respecto de las argumentaciones contenidas en el recurso, así como de los antecedentes acompañados dentro de los que se encuentran: cartas, correos,

memorándums, y todo tipo de comunicaciones; los libros de obras; oficios e informes; fotografías del lugar y planos; etc. y teniendo presente las bases de la Licitación Pública N°5251-76-LR21 para la realización del "Proyecto de habilitación en sede Santiago Convenio UPA-UTEM", los principios que rigen en materia de contratación pública, contratación en general, procedimiento administrativo y al derecho público en general, es posible arribar a las conclusiones que se presentar a continuación.

Para un mejor entendimiento, nos referiremos pormenorizadamente a cada uno de los puntos expuestos en el recurso, siguiendo su misma estructura y denominación:

a) Respecto a la oferta técnica original y plazos comprometidos

Sobre este punto, es importante señalar que la oferta técnica forma parte del expediente de contratación contenido en el proceso de licitación Pública N°5251-76-LR21 denominada "Proyecto de habilitación en sede Santiago Convenio UPA-UTEM". Por este motivo, no será posible luego durante la ejecución del proyecto alegar la existencia de nuevas proyecciones o planificaciones que la modifiquen, salvo que dichas innovaciones surjan de una orden directa del mandante o bien de mutuo acuerdo entre las partes.

Así las cosas, respecto a la modificación que se habría producido debido a la ejecución del proyecto eléctrico y que es presentado en forma de una Carta Gantt, forma parte de una proyección elaborada por la empresa y no representa un documento oficial a partir del cual se pueda evaluar el retraso que se imputa.

A mayor abundamiento, es importante señalar que la oferta original presentada tiene, en virtud de la declaración efectuada por el proveedor mediante el pacto de integridad, el carácter de oferta seria en relación al servicio que se requiere y en definitiva se adjudica.

Luego, en lo que a las modificaciones se refiere y los aumentos de plazo que se derivan de aquello, la Resolución Exenta N°0954 de 2022 se refiere latamente en los considerandos 2º, describiendo todo el proceso de ejecución y modificación de los plazos originales; y en el considerando 3º, a propósito de la aplicación de multas por el retraso injustificado.



b) Modificaciones al contrato

Sobre este punto el recurrente se refiere nuevamente a las notas de cambio N°2, 6 y 9, argumentando que la aprobación de estas partidas implicaría una adición de días no imputables de retraso a efectos del cálculo de las multas por atraso.

Pues bien, sobre este punto se ha referido latamente la Resolución Exenta N°0954 de 2022, que a propósito de los mismos argumentos en torno a las obras extraordinarias y adicionales al proyecto original razonó que "(...) *Acorde a lo indicado en dichos documentos, el FTO tuvo en cuenta el porcentaje de avance real, el porcentaje de avance esperado, la incidencia del no retiro de los residuos y las zonas no afectadas por dichos residuos. De esta forma, y haciendo propios los argumentos vertidos en las cartas, mediante el presente acto administrativo se estima que es procedente otorgar a la empresa ARGAL S.A. justificadamente un plazo de 25 días para el total de la obra, de los 34 solicitados por dicho proveedor; (iv) Que a modo de conclusión, y analizados los antecedentes, se estima que existen fundamentos suficientes para otorgar un plazo de 25 días de incremento respecto del plazo de 70 días original (...)*".

Los argumentos vertidos en el recurso de reposición en torno a las modificaciones del contrato, en particular respecto de estas partidas u obras extraordinarias, ya fueron tomadas en consideración tanto por el FTO como por el Servicio al momento de adoptar la decisión contenida en la Resolución Exenta N°954 de 2022, por lo que en nada altera su razonamiento los argumentos vertidos en este punto expresados en el recurso.

Por lo demás, el recurso se limita a señalar que existieron 17 días adicionales, guarismo que se entiende comprendido en los 25 días que en definitiva se otorgó a la empresa y a partir del cual, tras su vencimiento, se dio inicio al cómputo de días de atraso imputable a la empresa.

- c) Diferencias en el desarrollo y relevancia del proyecto eléctrico en el cambio de circunstancias

El recurso califica el desarrollo del proyecto eléctrico y sus modificaciones como el principal motivo por el cual se provocaron las alteraciones en los plazos comprometidos en el término de la obra.

Sobre este punto, es importante señalar que, si bien el proyecto eléctrico presentó dificultades producto del cambio de normativa y necesidad de reforma del mismo, su actualización y entrega a la empresa se produjo de forma progresiva con el objeto de poder permitir el progreso de la obra licitada.

En este sentido, no obstante encontrarse pendiente la entrega del proyecto eléctrico actualizado, la empresa se encontraba en posición de avanzar en otras partidas que no tenían una incidencia con el mismo. Así por ejemplo ocurre con todas las partidas correspondientes a canalizaciones y cableado al interior de cada recinto pues, según lo señalado por el FTO, se les advirtió que el proyecto no sufriría variaciones en ese aspecto. De este modo, el retraso en estas partidas, independientes de la entrega definitiva del proyecto eléctrico, no pueden sustentarse en la necesidad de contar con dicho instrumento, lo que deviene en un retraso injustificado en la ejecución pues se encontraban pendientes al 07 de marzo de 2022 según lo expresado por el FTO.

Respecto a las entregas parciales del proyecto eléctrico, es del caso señalar que existe evidencia de esta circunstancia. Así por ejemplo, se observa que el 07 de febrero de 2022 fueron enviados mediante correo electrónico los primeros planos del nuevo proyecto donde se aprecia que los cambios respecto al proyecto original no eran relevantes. Más tarde, el 10 de febrero de 2022, se envió a la profesional a cargo de la obra por parte de ARGAL S.A. las aclaraciones del nuevo proyecto con énfasis en que "(...) *Los planos eléctricos de iluminación y enchufes tienen la misma distribución del proyecto original (...)*" además de indicar que en razón de lo anterior y no obstante ser aún provisorios los planos, no existen obstáculos para que la empresa ejecute las obras en base a estas indicaciones.

Posteriormente, el 23 de febrero de 2022, se entrega el proyecto eléctrico definitivo donde es posible apreciar que no se contemplan cambios relevantes a los planos entregados el día 07 de febrero de 2022, tal y como fue advertido en su momento. No existen alteraciones mayores a la distribución del cableado interior y canalización de los recintos, así como tampoco en la instalación de luminarias y tomacorrientes. De este modo, las alegaciones de la empresa en torno a que "(...) *el proyecto eléctrico original sufrió de importantes modificaciones del diseño originalmente aprobado (...)*", deben ser desechadas por no ser verosímiles.

Por otra parte, el plazo que alega la empresa en torno al "revisión y valorización" resulta del todo ajeno al procedimiento fijado por la contratación pública, ya que, no existiendo modificaciones sustanciales en el proyecto eléctrico, la oferta presentada coincidía en gran medida a las obras a ejecutar, razón por la cual no se entiende justificada la entrega recién el 24 de marzo de 2022 una nueva nota de cambio N°10, con la cuantificación de la modificación del proyecto eléctrico, así como tampoco su valorización por un monto adicional de \$99.853.157. En otras palabras, acorde con los antecedentes señalados, no aparece como plausible ni tampoco fundado el pretendido incremento por parte del proveedor de un 109% en costo de la partida del proyecto eléctrico, pasando a representar el 41,29% en relación al proyecto general, en circunstancias que en su oferta dicha incidencia solo alcanzaba el 29,9%.

Respecto a este último aspecto es importante destacar que conforme a la oferta presentada y los antecedentes requeridos, entre los que se encuentra el anexo N°8 denominado "itemizado para el proyecto de habilitación sede Santiago convenio UPA-UTEM", donde se aprecia respecto al proyecto eléctrico una valorización por la partida de ejecución por un total de \$38.793.157 y por dotación e instalación de elementos eléctricos por un total de \$22.372.436, lo que en deriva en un monto final asociado a estas labores tras la aplicación de IVA y Gastos Generales por \$90.983.820. Dicho valor representa un 29,9% del valor total de la obra adjudicada por un monto de \$359.828.792.

Por consiguiente, el recuadro presentado por la empresa en el recurso, donde valoriza la partida del Proyecto Eléctrico en la columna "monto original" por \$90.983.820.- se condice con aquello que fuera presentado en la oferta adjudicada. Luego, el monto de la Nota de Cambio, que representa un alza de 109% de la partida relacionada con el proyecto eléctrico, lo que se traduce en un incremento del 27,75% monto adjudicado, no puede ser contabilizado a efectos del "computo" de la incidencia esta partida en la obra, no tan solo porque esta modificación no fue aceptada por la Universidad, sino que también porque representa una propuesta desproporcionada al tenor de la entidad de las modificaciones que sufrió el proyecto eléctrico. Se trata pues, de un incremento artificial de la incidencia de la partida que tiene solo su origen en un acto unilateral de la empresa en la valorización de las modificaciones y que al no existir una modificación formal ni aceptación por parte de la UTEM, no puede ser considerada como un antecedente a efectos de la determinación de la incidencia del proyecto eléctrico en la obra.

De este modo, el monto que atribuye la empresa en su recurso del proyecto eléctrico por \$190.836.977 que a su juicio representa un 41,29% del total de la obra encomendada resulta inverosímil en razón de lo ya expresado. Esta conclusión, elaborada a partir de la propia oferta presentada por la empresa, lleva a determinar la incidencia del proyecto eléctrico en un valor inferior al 30%.

Así las cosas, habiéndose desechado los argumentos respecto a la entidad de los cambios en el proyecto eléctrico actualizado con relación al proyecto original que tuvo a la vista la empresa para efectuar su oferta; además de determinar la real incidencia del proyecto eléctrico en un porcentaje no superior a un 30%; es que deben ser rechazadas las alegaciones vertidas por la empresa en su recurso de reposición, por no aportar nuevos antecedentes que permitan variar la determinación adoptada por la Universidad.

- d) Presencia de materiales no identificados y desechos orgánicos en el lugar de la obra.

Sobre este punto, se estima que el recurso no aporta nuevos antecedentes a los que se tuvieron a la vista para la dictación de la Resolución Exenta N°0954 de 2022, que en su considerando 3° se refiere latamente a las razones que fueron estimadas para la ponderación de los días de retraso imputables a la empresa y aquellos que se debieron a eventos ajenos a la voluntad de esta, entre los que se encuentra justamente aquello que el recurso reitera. Por consiguiente, serán desestimadas sus alegaciones por los mismos motivos ya expresados en el acto administrativo que se impugna.

e) Otras consideraciones

Sobre este punto, cabe señalar que las circunstancias descritas en torno a la solicitud de 2 días adicionales producidos por hechos no imputables a la empresa ya fueron consideradas por la Universidad en la determinación prudencial de los días de atraso y el razonamiento expuesto en la Resolución Exenta N°0954 de 2022. Así, deberán entenderse comprendidos estos eventos en la reducción prudencial que hace la Universidad del total de 41 días de atraso que hizo el FTO y que, a la postre, se fijó en 25 días imputables a la empresa.

f) Imprecisiones denunciadas

En primer lugar respecto al gráfico de avance de obras la empresa aduce que atendido a que recién el 23 de febrero del presente tuvo a la vista el proyecto eléctrico definitivo, que estima tiene una incidencia del 42%, resulta impreciso señalar que por estas razones estuvo impedida de ejecutar un avance mayor al retratado en dicho instrumento.

En efecto, tal y como se ha verificado, existió una entrega parcial e instrucciones precisas para propiciar y permitir el avance en la ejecución de la obra al menos desde el 07 de febrero de 2022, fecha en la cual se entregaron los planos provisorios y la orden de proceder en partidas específicas cuya modificación era nula o menor. Asimismo, resultan aplicables al caso todas las consideraciones expresadas en el punto c) más arriba, respecto a las modificaciones del proyecto eléctrico y su incidencia.



Por estos motivos, no es posible considerar las alegaciones formuladas en torno al gráfico de avance de obra ni mucho menos logran desvirtuar el razonamiento expuesto en la Resolución Exenta N°0954 de 2022 elaborado en base a este.

En lo que dice relación con el cuadro de superficie de avance, la empresa reitera lo expresado en torno al porcentaje del 42% que le atribuye al proyecto eléctrico, por lo que serán desestimadas sus alegaciones por los mismos motivos expresados en el punto c) precedente.

Misma suerte corre para las consideraciones vertidas en torno a las imprecisiones alegadas en torno a los cuadros "detalle de la mano de obra" y "de cuadro de avances", donde nuevamente se articulan los argumentos en base al 42% de incidencia del proyecto eléctrico y a la imposibilidad de ejecutar trabajo alguno de forma previa a la entrega del proyecto definitivo, todo lo cual ha sido desvirtuado a lo largo del presente acto administrativo.

g) Respecto a las solicitudes de aumento de plazo formuladas por la empresa

En este acápite la empresa expresa haber solicitado un aumento formal del plazo con fecha 04 de febrero de 2022, por un total de 59 días, requerimiento que fue rechazado con fecha 09 de febrero de 2022. Adicionalmente, la Universidad comunicó una metodología de trabajo para efectos de lograr el término definitivo de las obras

restantes, con nuevos plazos y planificación, propuesta que fue "rechazada" por la empresa.

Estos aspectos fueron igualmente abordados por la Resolución Exenta N°0954 de 2022, quien *in extenso* se refiere a la determinación del plazo adicional de 59 días solicitado y las razones por las cuales fuera desestimado y, en su reemplazo, se otorgase un plazo de 25 días.

En consecuencia, habida consideración que no se entregan nuevos antecedentes ni argumentos que aquellos que tuvo a la vista la Universidad para adoptar la decisión contenida en el acto administrativo que se impugna, se desestiman las alegaciones vertidas en el recurso.

h) Alegaciones respecto a la aplicación de multa

Dado que en sus descargos el recurrente reproduce los mismos argumentos, en idénticos términos a los que se observan ahora en su recurso de reposición, no existen antecedentes ni razones adicionales que provoquen un cambio en el criterio empleado por la Universidad al tiempo de adoptar la decisión contenida en la Resolución Exenta N°0954 de 2022.

i) Alegaciones respecto a la resolución anticipada del contrato

En similares términos a los señalados en el punto anterior, se reproducen nuevamente los mismos argumentos vertidos en los descargos, ahora en el recurso de reposición salvo algunos matices.

 Uno de ellos dice relación con la afirmación que realiza el recurrente en torno a la aplicación de la sanción del término anticipado del contrato sustentada en la construcción de "(...) escenarios hipotéticos, no constatables y sin definiciones empíricas, que concretamente enlacen el número de trabajadores dispuestos en la obra en contraste con los avances de la misma, respecto de los cuales tampoco se ha hecho cargo de los impedimentos y retrasos consustanciales provocados por circunstancias completamente ajenas a la voluntad de la compañía. En ese sentido el "avance real y efectivo del avance real proyectado sobre el promedio" no resultan patrones conforme a derecho que, desde la perspectiva de la sanción administrativa, puedan fundar un castigo económico tan intenso como el que se pretende en esta resolución (...)".

En primer lugar, cabe hacer presente que los escenarios que se plantean por parte del FTO y que la resolución hace suyos, son construidos en base al avance real que se ha verificado en la obra, razón por la cual se desconocen los motivos sobre los cuales se emplean los adjetivos "hipotético", "no constatables", "sin definiciones empíricas". Muestra de lo contradictorio que resulta aquella afirmación surge del análisis de los libros de obras, instrumento destinado a registrar los eventos que se producen al interior de la misma y, entre otras cosas, a dejar evidencia del número de trabajadores que ingresan a esta. De esta forma, el número "real" de trabajadores se elabora justamente con aquellos números que la propia empresa registró en el libro de obras.

A mayor abundamiento, la Resolución Exenta N°0954 de 2022 en su considerando 3° expone la metodología utilizada para la determinación del número de trabajadores empleados efectivamente por parte de la empresa en la obra durante los meses de diciembre de 2021 al mes de abril de 2022, la determinación de los porcentajes reales de avance acumulado en la obra, y la relación que se establece entre ambos datos.

Posteriormente, el mismo considerando 3º discurre sobre la metodología mediante la cual se construye el comportamiento promedio esperado, que toma en consideración los hitos de avance de la obra, el plazo de ejecución (original y modificado) y el porcentaje de avance mensual. De esta manera, el escenario si bien es hipotético, se trata de un estándar construido en base a datos constatables, como la oferta presentada, la planificación de los hitos de avance exigidos en la obra y el plazo de ejecución que regulaba el proceso.

En consecuencia, se desechan las alegaciones respecto a la presencia de escenarios hipotéticos, no constatables y sin definiciones empíricas, tanto por los argumentos vertidos en la Resolución Exenta N°0954 de 2022 como aquello que se ha complementado en el presente acto administrativo.

Por su parte, en lo que respecta a los argumentos expresados con relación al Pacto de Integridad, el recurso de reposición reproduce en idénticos términos aquello que ya fuera señalado por la empresa en sus descargos, razón por la cual se desestimarán en virtud de que esta Universidad ya los tuvo en consideración a la hora de adoptar la decisión comunicada mediante el acto administrativo que se impugna.

j) Alegaciones en relación al cobro de la boleta de garantía

Respecto al cobro de las garantías otorgadas en el proceso el recurso aduce que se trata de un acto arbitrario e ilegal pues, en su concepto, dicha medida va en contra de lo que señala las Bases y la naturaleza jurídica de la póliza que obra en poder de la UTEM.

Puntualiza que a su juicio solo procede el cobro de dicha garantía cuando "(...) *no se cumplan las obligaciones patrimoniales del contratista. En este caso no existen incumplimientos patrimoniales, toda vez que, si bien se pretende cursar una multa, y fundar una causal de término anticipado del contrato, estos presupuestos no son suficientes para ordenar el cobro de la boleta de garantía. En este sentido, la póliza de garantía no opera como una simple cláusula penal, pues para eso están las multas que se establece en las bases, y que son castigos o penas de orden patrimonial en beneficio del mandante y en contra del contratista, frente a incumplimiento al contrato y las bases (...)*".

Respecto a las alegaciones vertidas en el recurso es preciso dilucidar dos aspectos: la naturaleza jurídica de la garantía de fiel y oportuno cumplimiento, y los presupuestos para proceder a su cobro.

Como cuestión previa, resulta importante dejar establecido que, en el caso particular de la contratación administrativa, la sanción tiene por fundamento y fin la necesidad de asegurar el cumplimiento de lo pactado. En ese sentido, "*la potestad sancionatoria de la Administración, que ejerce dentro de un escenario de contratación, es el correlato necesario de sus atribuciones de control, fiscalización y dirección puesto que de nada servirían éstas sin un instrumento de coacción efectiva que a ver valer frente al contratante privado que indebidamente incumple el contrato o afecta su fin, utilidad y objeto*"¹.

De esta manera, la UTEM, ante los incumplimiento contractuales provocados por los proveedores o contratistas, se encuentra obligada a aplicar el cobro de multas, la

¹ CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. Moraga Klenner, Claudio. Editorial Jurídica. Pág. 235

garantía de fiel cumplimiento, terminar anticipadamente el contrato o adoptar las medidas que se determinen, según sea el caso, todas las cuales deberán encontrarse previamente establecidas en las bases y en el contrato, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 79 ter del Reglamento de la ley N°19.886 de bases sobre contratos administrativos de suministros y prestación de servicios.

Así las cosas, un primer aspecto a dilucidar dice relación con la naturaleza jurídica que se tiene la garantía de fiel y oportuno cumplimiento. Ha existido un debate en torno a determinar la naturaleza de la misma, esto es, si tiene la naturaleza de cláusula penal por concepto de evaluación anticipada de los daños o si corresponde al simple ejercicio unilateral del poder público derivado del *ius puniendi* estatal.

Tal como ha sido respaldado por diversa jurisprudencia administrativa y judicial, la naturaleza jurídica de la garantía de fiel cumplimiento del contrato constituye una manifestación del *ius puniendi* del que goza la Administración en orden a sancionar conductas, en este caso, por incumplimiento contractual. Es una pena convencional provisional, pues en los casos de incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del contratista, el acreedor, en este caso la UTEM, puede ejecutar la garantía como importe mínimo del daño. Ahora bien, si el daño ocasionado por el incumplimiento es superior a la pena pactada, puede exigir el resarcimiento integral, puesto que la pretensión dirigida a la pena tiende a ser una facilidad pero no una limitación de la finalidad de indemnización. Esto no sería posible de realizar si se entendiese que la garantía en cuestión cumple las veces de cláusula penal.

En esa misma línea ha resuelto la Contraloría General, sostenido que: *"la aplicación de multas por parte de la Administración del Estado deriva del conjunto de potestades con que ésta ha sido dotada por el ordenamiento jurídico en el ámbito de los contratos administrativos, las que no son propias del ámbito contractual, de modo que a su respecto no se aplica el artículo 1552 del Código Civil"* (Dictamen N° 26.263, de 2009).

En este caso, el cobro de la boleta de garantía viene precedido por el término anticipado del contrato de prestación de servicios ocasionado por reiterados incumplimientos por parte de la empresa ARGAL S.A., a su vez, dicho término anticipado fue precedido por el cobro de multas a la empresa producto de incumplimientos, los cuales se detallan en los acápite precedentes. Por lo que, aún cuando se haya efectuado el cobro de multas, la UTEM se encuentra habilitada legalmente para efectuar el cobro de la boleta de garantía, ya sea legalmente, en virtud del citado artículo 79 ter del Reglamento de la Ley N°19.886, y en virtud de lo dispuesto por las bases de licitación y el contrato suscrito.

Un segundo aspecto a dilucidar, dice relación con los presupuestos para proceder al cobro de la boleta de garantía de fiel cumplimiento su cobro. Para el caso, la aplicación de una sanción administrativa, como es el caso del cobro de la garantía de fiel cumplimiento, debe ir precedida de un proceso previo, racional y justo. Lo que significa que la Administración debe observar y respetar estrictamente los principios generales del *ius puniendi* del Estado, entre los cuales se encuentra la tipicidad, la legalidad, la irretroactividad, la prescripción y la presunción de inocencia.

La tipicidad dice relación con que la conducta reprochable así como la sanción aplicable, estén explícitamente previstas en la ley, o en el reglamento, o previa habilitación legal contempladas en el propio texto del contrato. La boleta de garantía se emitió para garantizar el fiel, correcto y oportuno cumplimiento del contrato y las obligaciones laborales y previsionales, referido al proyecto de "Habilitación sede Santiago convenio



UPA-UTEM ID 5251-76-LR21", la habilitación legal para su cobro se encuentra dispuesto en el reglamento de la ley N°19.886, así como en las bases administrativas y en el texto del contrato.

La legalidad alude a que la aplicación de una sanción administrativa sea precedida de un proceso previo, racional y justo. Esto se ha cumplido a cabalidad, ya que de lo contrario, no podríamos encontrarnos en esta instancia, en donde la empresa, haciendo uso de su derecho a defensa, interpuso un recurso de reposición administrativa en contra de la resolución exenta N°0954 de 20 de abril de 2022 que impone el curso de una multa por infracción a las obligaciones impuestas en el contrato, el término anticipado del mismo, y el cobro de la boleta de garantía.

En cuanto a la irretroactividad, quiere decir que el poder sancionatorio de la Administración debe someterse a las normas jurídicas vigentes al momento de la infracción que se pretende penar, salvo que las nuevas disposiciones sancionatorias favorezcan al privado. En este caso, el ya citado artículo 79 ter del Reglamento de la ley N°19.886 y porque así también lo dispusieron las bases de licitación y el contrato suscrito, establece expresamente la posibilidad de la aplicación y cobro de la garantía en cuestión, la cual fue dictada con anterioridad a la ocurrencia de los hechos que importaron un incumplimiento contractual por parte de la empresa.

Por último, tenemos la presunción de inocencia, la cual le impone a la Administración, en este caso a la UTEM, la carga de probar que el contratista ha incumplido en alguna de las conductas tipificadas por el contrato como constitutivas de infracción y que es reprochable o culpable de ello. Ello ha sido cumplido por esta parte, al emitir la resolución exenta N°0954 de fecha 20 de abril de 2022.

En definitiva, el procedimiento administrativo sancionatorio del cobro de la boleta de garantía, debe necesariamente ir precedido de un procedimiento legal basado en los principios de contradictoriedad e impugnabilidad, con un reconocimiento explícito de la aplicación de cargos, descargos, resolución fundada y el derecho a interponer los recursos administrativos dispuestos en la Ley N°19.880. Conforme a lo latamente razonado, todo dicho se ha cumplido y verificado a cabalidad en el presente caso.



6. Que, en consecuencia, la UTEM se encuentra facultada para ejercer el derecho que le asiste para cobrar la garantía de fiel, correcto y oportuno cumplimiento del contrato y de las obras a ejecutar, referidas al proyecto de habilitación de la sede Santiago Convenio UPA UTEM. Esta habilitación legal se ha obtenido en virtud del término anticipado del contrato suscrito con fecha 12 de noviembre de 2021 que se resuelve mediante el presente acto administrativo, y en concordancia con lo dispuesto en las bases administrativas en el punto 8.9.2 letra "d) *En caso de que se resuelva dar término anticipado al contrato, la UTEM quedará facultada para ejecutar la garantía de fiel cumplimiento*" e igualmente en el tenor del punto 9.4 Cobro de las cauciones: *Las cauciones podrán ser ejecutadas/cobradas por la Universidad Tecnológica Metropolitana, expresamente en cualquiera de los siguientes casos: [...] b) Ocurrencia de cualquiera de las situaciones que provocan el término del contrato y que revisten el carácter de incumplimiento grave de las obligaciones del contrato.*"

7. Que con motivo de todo lo argumentado, se hace necesario rechazar el recurso de reposición administrativo interpuesto por el contratista ARGAL S.A., dando lugar así a las sanciones dispuestas en la Resolución exenta N°0954 de 2022, esto es, se curse de una multa por la suma de \$20.561.645 en beneficio de la Universidad Tecnológica Metropolitana por infracción de lo dispuesto en el punto 8.6.1 letra a) de las bases

administrativas de la licitación en cuestión; el término anticipado al contrato celebrado entre ambas partes de fecha 12 de noviembre de 2021, aprobado mediante resolución exenta N°4281 de 10 de diciembre de 2021 por incumplimiento grave a las obligaciones contractuales por parte de la empresa, y; el cobro de la garantía de fiel, correcto y oportuno cumplimiento del contrato y obras a ejecutar.

8. Que, respecto al recurso jerárquico interpuesto de forma subsidiaria en contra de la Resolución Exenta N°0954 de fecha 20 de abril de 2022, es necesario señalar que conforme a lo dispuesto en el artículo 59° de la Ley 19.880 sobre procedimiento administrativo "(...) *No procederá recurso jerárquico contra los actos del Presidente de la República, de los Ministros de Estado, de los alcaldes y los jefes superiores de servicios públicos descentralizados. En estos casos, el recurso de reposición agotará la vía administrativa (...)*", razón por la cual, en atención a la naturaleza jurídica de la Universidad creada por Ley 19.239 que la concibe como una "(...) *institución de educación superior del Estado, como organismo autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propios (...)*" debe rechazarse total y completamente.

9. Respecto de la solicitud de decretar la suspensión del cobro de la garantía de fiel cumplimiento mientras no se resuelvan los recursos presentados por ARGAL S.A. en su escrito de fecha 28 de abril de 2022, efectuado en el segundo otrosí de la presentación señalada, debe indicarse que dicha petición fue aceptada por lo que la garantía señalada procederá una vez que la presente resolución se encuentre totalmente tramitada, por tanto,



RESUELVO:

Rechácese el Recurso de Reposición interpuesto en lo principal, y el Recurso Jerárquico interpuesto subsidiariamente, ambos por la empresa ARGAL S.A. con fecha 28 de abril de 2022, en contra de la Resolución Exenta N°0954 de fecha 20 de abril de 2022, mediante la cual se puso término anticipado al contrato entre dicho proveedor y la Universidad Tecnológica Metropolitana, y mediante la cual se presentó a cobro la garantía para garantizar el fiel cumplimiento de la obra denominada "Proyecto de habilitación en sede Santiago Convenio UPA-UTEM", celebrado el día 12 de noviembre de 2021.

Regístrese y comuníquese.

DISTRIBUCIÓN:

Rectoría
Dirección Jurídica
Secretaría General
Contraloría Interna
Vicerrectoría de Administración y Finanzas
Dirección de Finanzas
Dirección de Administración
Departamento de Obras y SSGG
Dirección General de Análisis Institucional y Desarrollo Estratégico
Departamento de Abastecimiento (con antecedentes completos)
Unidad de Adquisiciones
Representante legal de empresa ARGAL S.A.
NDS
NDS/DLA/CVC

Mario
Ernesto
Torres
Alcayaga

Firmado digitalmente por Mario Ernesto Torres Alcayaga

MARISOL
PAMELA
DURAN
SANTIS

Firmado digitalmente por MARISOL PAMELA DURAN SANTIS
Fecha: 2022.06.01 10:43:19 -04'00'

UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA
METROPOLITANA

DOCUMENTO TOTALMENTE
TRAMITADO