

ASESORIA JURIDICA  
INT.331

**RESUELVE RECURSO DE REPOSICION Y JERARQUICO  
QUE INDICA EN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO  
SANCIONATORIO EN CONTRA DE LA CONTRATISTA  
CONSTRUCTORA OSCAR NUÑEZ S.P.A.**

SANTIAGO, **12 DIC 2012**

CON ESTA FECHA SE HA DICTADO LA SIGUIENTE:

RESOLUCION EXENTA N° 2616 /

**VISTOS:** Las disposiciones de la Ley N° 19.880, que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado; el D.S. N° 236 (V. y U.) de 2002, que aprueba Bases Generales Reglamentarias de Contratación de Obras para los Servicios de Vivienda y Urbanización; el D.S. N° 127, (V. y U.), de 1977, que aprueba el Reglamento del Registro Nacional de Contratistas del Ministerio de Vivienda y Urbanismo; el D.S. N° 397 de 1976 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo; el D.S. N° 189 (V. y U.) de 2010; lo dispuesto por la Resolución N° 1600, de 2008 de la Contraloría General de la República, y

**CONSIDERANDO:**

1.- Que por Resolución Exenta N° 1859 de 15 de Septiembre de 2012, de esta Secretaría Ministerial, se dispuso la eliminación de la sociedad Constructora Oscar Núñez S.P.A., inscrita en el Registro Nacional de Contratistas del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, en razón de haber infringido el artículo 28 inciso 2° del D.S. N° 127 (V. y U.) de 1977, al no haber informado, en Propuesta Pública N° 91/11 convocada por el Servicio de Vivienda y Urbanización de la Región de Valparaíso, para el "Mejoramiento Subida Alessandri, entre 15 Norte y Rotonda Santa Julia, Comuna de Viña del Mar"; la totalidad de los contratos de obras ejecutados de acuerdo al artículo 28 del D.S. N° 236 (V. y U.) de 2002, que aprueba las Bases Generales Reglamentarias de Contratación de Obras para los Servicios de Vivienda y Urbanización.

2.- Que en virtud del artículo 46 de la Ley N° 19.880 que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, la Resolución Exenta N° 1859 de 14 de Septiembre de 2012, fue legalmente notificada.

3.- Que con fecha 02 de Octubre de 2012, y dentro del plazo legal establecido, la contratista interpuso Recurso de Reposición Administrativo y Jerárquico en subsidio en contra de la Resolución Exenta N° 1859 de 14 de Septiembre de 2012 de esta Secretaría.

4.- Que la recurrente fundamentó su acción, en aseverar haber dado cumplimiento a todas las disposiciones que informaron el proceso licitatorio N° 91/11 convocado por el Servicio de Vivienda y Urbanización de la Región de Valparaíso, tanto el D.S. N° 236 (V. y U.) de 2002, que aprueba las Bases Generales Reglamentarias de Contratación de Obras para los Servicios de Vivienda y Urbanización, como las Bases Administrativas Especiales de la Propuesta Pública N° 91/11. Asimismo, la recurrente manifestó haber presentado en tiempo y forma el Formulario N° 17, mediante el cual declaró la totalidad de contratos que se encontraban en ejecución en conformidad con el artículo 28 del D.S. N° 236 (V. y U.) de 2002. A este respecto, se debe hacer presente que tanto el D.S. N° 236 (V. y U.) de 2002, como las Bases Administrativas Especiales, contemplan la observancia del requisito de informar mediante el Formulario N° 17° *la nómina de contratos de obras de cualquier naturaleza que la contratista se encuentre ejecutando.*"



5.- Se debe precisar que el Art. 28 del D.S. N° 236 (V. y U.)

de 2002, dispone lo siguiente:

*“Para participar en una licitación, cada proponente deberá presentar al Servicio de Vivienda y Urbanización, a lo menos **con siete días de anticipación a la fecha de apertura de la propuesta**, los siguientes documentos:*

*“Nómina de contratos de obras de cualquier naturaleza que esté ejecutando sea para instituciones públicas, municipalidades o entidades privadas, con indicación del monto actualizado del contrato y del valor también actualizado de lo que queda por realizar en el caso de las primeras y mencionando el permiso municipal correspondiente, cuando se trate de obras privadas”.*

En tanto, el punto 10, letra a) de las Bases Administrativas Especiales establece:

*“Para participar en la Licitación, cada proponente deberá presentar al SERVIU Región Valparaíso, a lo menos **con siete días de anticipación a la fecha de apertura de la propuesta**, los antecedentes que señala el Art. 28 del D.S. N° 236/02”, a saber:*

*Formato Tipo N° 17°: “Hoja de Declaración con la Nómina de contratos de obras de cualquier naturaleza que está ejecutando.”*

De acuerdo a las normas citadas, tomando en consideración que la fecha de la apertura de la propuesta fue el día 21 de Octubre de 2011, **el plazo que tenían los proponentes para presentar el Formato N° 17 vencía inevitablemente el 14 de Octubre de 2011.**

En este contexto, la recurrente, si bien ingresó el Formulario N° 17 dentro del plazo establecido, éste, presentó inexactitudes en el contenido de su información, ya que no daba cuenta de la totalidad de las obras que la contratista estaba ejecutando a la fecha. Situación que generó que la comisión evaluadora al revisar técnicamente las ofertas válidamente presentadas, reparara en el incumplimiento de la constructora.

Acto seguido y dada la petición de la repartición, la Constructora Oscar Núñez SPA. rectificó dicho formato, presentándolo al Servicio de Vivienda y Urbanización esta vez informando la totalidad de las obras. No obstante lo anterior, la rectificación fue presentada **habiendo transcurrido en exceso el plazo estipulado tanto en el Art. 28 del D.S. N° 236 (V. y U.) de 2002, como en las Bases Administrativas Especiales.**

Por lo anteriormente expuesto, la recurrente mal puede aseverar haber dado cumplimiento al proceso licitatorio, por cuanto, en primer término acompañó el Formulario N° 17 con inexactitudes en su contenido, y en segundo término, si bien posteriormente procedió a su rectificación y presentación al servicio, dicho formulario fue acompañado habiendo transcurrido en exceso el plazo establecido tanto en la norma reglamentaria, como en las Bases Administrativas Especiales.

A mayor abundamiento, el punto 2° de las Bases Administrativas Especiales dispone que éstas, se rigen por las disposiciones del D.S. MINVU N° 236/02. A su vez, el inciso 4° de las mismas Bases establece que:

*“Todas las disposiciones legales y reglamentarias precitadas se suponen conocidas por los oferentes y forman parte integrante de estas Bases”.*

Esta disposición contiene el Principio rector del Derecho Público en materia de contratación cual es el Principio de Estricta Sujeción a las Bases Administrativas. En relación a este principio, la Contraloría General de la República se ha pronunciado mediante Dictámenes N° 4.718 y N° 62.483 de 08 de Noviembre de 2000 y 20 de Diciembre de 2004 respectivamente, que en síntesis, disponen que:

*“Toda licitación se rige por dos principios rectores de derecho público, cuales son: la estricta sujeción a las bases administrativas y la igualdad de los participantes. Fundamentándose el primero en el hecho de que las cláusulas de las bases administrativas deben observarse de modo irrestricto y constituyen la fuente principal de los derechos y obligaciones, tanto de la administración, como de los oponentes, de manera que su transgresión desvirtúa todo el procedimiento...”*

6.- Que la recurrente manifiesta que la comisión evaluadora al advertir las inexactitudes en el Formato N° 17, se limitó mediante correo electrónico a requerir su actualización. Sobre esta alegación, cabe expresar que el hecho de que la repartición haya solicitado la actualización de la documentación y/o haya requerido documentación adicional, no es determinante para la aplicación de la sanción, debido a que la contratista ya había transgredido el inciso 2° del artículo 28 del D.S. N° 127 (V. y U.) de 1977 con anterioridad al requerimiento que hiciera el Servicio de Vivienda y Urbanización de la Región de Valparaíso. La infracción a la disposición mediante la cual se le aplicó la sanción, se produjo al momento que la contratista **informó al Servicio de Vivienda y Urbanización de la Región de Valparaíso en forma parcial las obras que se encontraban en ejecución.**

7.- Que la acción de Reposición impetrada por la contratista no hace alusión alguna a la infracción por la cual se aplica la sanción ni a la permanencia de su inscripción en el Registro Nacional de Contratistas del Ministerio de Vivienda y Urbanismo.

A este respecto, en primer término, se debe precisar que el acto infraccional por el cual se sancionó a la recurrente se encuentra tipificado en el inciso 2° del artículo 28, disposición que se relaciona con el artículo 45, ambas disposiciones del D.S. N° 127, (V. y U.) de 1977. Que en ellas, se establece que se procederá a la eliminación del Registro Nacional de Contratistas del Ministerio de Vivienda y Urbanismo al contratista que proporcionare a éste, o a las instituciones a que se refiere el artículo 2° (entre ellas, los Servicios de Vivienda y Urbanización Regionales y Metropolitano); informaciones que adolezcan de inexactitud o bien, presentare documentos adulterados. Que en atención a lo anteriormente expuesto, cualquier acción administrativa impetrada por la contratista, cuyo fin fuera desvirtuar lo dispuesto por Resolución N° 1859, debería necesariamente haber hecho referencia y haber fundamentado su acción en la disposición que aplicó dicha sanción, es decir en el **inciso 2° del artículo 28 del D.S. N° 127, (V. y U.) de 1977.**

Lo que no ocurre en la especie en el Recurso de Reposición interpuesto, ya que expresamente la recurrente no hace alusión alguna a la disposición que aplicó la sanción y en su defecto, solicita en su parte petitoria dejar sin efecto Resolución Exenta N° 1859 de 14 de Septiembre de 2012, declarando en su lugar haber dado fiel cumplimiento a las disposiciones, pertinentes a la materia, contenidas en el D.S. N° 236 (V. y U.) de 2002.

8.- Que según el artículo 29 del D.S. N° 236 (V. y U.) de 2002, el contratista que desee participar en una propuesta, debe acreditar su capacidad económica disponible, la que corresponde al 15% del valor del presupuesto estimativo de las obras, de acuerdo al artículo 18 del D.S. N° 127 (V. y U.) de 1977.

En la Propuesta Pública N° 91/11, la Capacidad Económica Disponible mínima exigida, comprendía el 25% del monto disponible, es decir el 25% del valor calculado en conformidad al artículo 18 de la norma reglamentaria, alcanzado un monto de: **\$2.100.131.419.**

Que de acuerdo a las Planillas de Cálculo de la Capacidad Económica elaboradas por el Servicio de Vivienda y Urbanización de Valparaíso, en conformidad al Formulario N°17 inicialmente presentado por la recurrente, la capacidad económica disponible de la Constructora Oscar Núñez S.P.A. alcanzaba a \$2.276.190.780, a diferencia de la calculada a partir del Formulario N°17, ya rectificado por la recurrente, la que sólo alcanzaba a la suma de \$ 1.717.933.539.

En atención a lo expresado, se debe hacer presente que de acuerdo al Formulario N°17 inicialmente presentado, la recurrente daba cumplimiento a las Bases Administrativas, ya que su capacidad económica disponible superaba la exigida y que luego de la rectificación del aludido formulario su capacidad económica disponible resultaba inferior a la exigida en las Bases Administrativas, por lo que en estricto rigor si hubiera presentado inicialmente el rectificado Formulario N°17, su oferta hubiera resultado rechazada por incumplimiento a las Bases Administrativas.



9.- Que la recurrente en su presentación, da por supuestos ciertos hechos, los que carecen de todo fundamento legal. Manifiesta que el Servicio de Vivienda y Urbanización de Valparaíso *“tuvo por subsanados los posibles errores y omisiones contenidos en el formato N° 17 inicialmente presentado”*. Funda su aseveración en el hecho que la recurrente no fue informada de la infracción supuestamente cometida y que el Servicio de Vivienda y Urbanización de Valparaíso, después de cuatro meses y con posterioridad de haber declarado desierta la licitación, procedió a comunicar a la SEREMI de Vivienda y Urbanismo de la misma región, la citada infracción.

En atención a lo manifestado, se debe hacer alusión al inciso 2° del artículo 28 del D.S. N° 236 (V. y U.) de 2002, que aprueba las Bases Generales Reglamentarias de Contratación de obras para los Servicios de Vivienda y Urbanización, que dispone:

*“La omisión de cualquier obra en la nómina de contratos que esté ejecutando el proponente, sea que la obra omitida se realice por contrato directo, subcontrato, participación en consorcios o cualquier otro sistema que de alguna manera limite su capacidad económica, o la indicación de montos diferentes a los reales, podrá ser causal suficiente, a juicio del SERVIU, para rechazar o no considerar la oferta presentada. **Este hecho se comunicará a la RENAC para que se apliquen las sanciones que procedan.**”*

Ahora bien, en este contexto, el Servicio de Vivienda y Urbanización de Valparaíso, carece de facultades para subsanar los supuestos errores cometidos por los oferentes, tomando en consideración que en todo proceso licitatorio, es *“conditio sine qua non”* dar cumplimiento a la totalidad de la normativa que regule tanto el proceso de licitación en sí, como la adjudicación, una vez finalizado el anterior. De manera tal, que los oferentes que participaron en la Propuesta Pública N° 91/11 deberían haber procedido conforme a lo dispuesto en el artículo 28 del D.S. N° 236 (V. y U.) de 2002, que aprueba Bases Generales Reglamentarias de Contratación de Obras para los Servicios de Vivienda y Urbanización y efectivamente haber dado cumplimiento a la disposición, no encontrándose en caso alguno la repartición pública llamada a *“subsanan los posibles errores u omisiones”* cometidos por los oferentes en el contenido de la documentación por ellos presentada.

10.- Con ocasión que la recurrente manifiesta su constante buena fe en su actuar, justificando que las obras que inicialmente no fueron informadas en el Formulario N° 17, fueron omitidas debido a que se encontraban próximas a su terminación, o bien paralizadas por motivos ajenos a ella; se debe expresar que el Formulario N° 17 *“Hoja de Declaración Artículo 28 D.S.N° 236 (V. y U.) de 2002”* que debe completar y **suscribir la contratista**, dando cuenta de los contratos de obra que mantiene vigentes a la fecha, indica textualmente:

1° INFORMACION SOBRE CONTRATOS VIGENTES DE LA FIRMA CONTRATISTA:

*“Las informaciones solicitadas en los cuadros que se indican acerca de las obras contratadas, y los saldos de obras de las mismas deberán ser absolutamente fidedignas. La omisión de cualquier obra que esté ejecutando el oferente o la indicación de montos diferentes, a las reales, podrá ser causal suficiente a juicio de, la autoridad que corresponda, para no considerar o rechazar una propuesta que presente y para que se apliquen las sanciones correspondientes”*.

En conjunto con lo expuesto, la División Jurídica del Ministerio de Vivienda y Urbanismo de la Región Metropolitana, mediante Ord. N° 130 de 29 de Agosto de 2012, en respuesta a consulta formulada por esta Secretaría, en orden a la posibilidad de considerar la responsabilidad subjetiva en la aplicación de la sanción establecida en el artículo 45 D.S. N° 127, (V. y U.), de 1977, entendiéndose por tal, la existencia o *inexistencia de dolo en la conducta del infractor*, precisó que: *“no parece justificado considerar la responsabilidad subjetiva en la comisión del acto infraccional, sobre todo considerando que no hay gradualidad en la sanción”*. Agregó que atribuirse la facultad para evaluar la subjetividad en el actuar de una persona, implicaría convertirse en una suerte de tribunal. Finalmente esta División, concluyó que: *“Las infracciones tipificadas en el artículo 28 del D.S. N° 127, (V. y U.), de 1977, se configuran con la mera ejecución de la conducta descrita, no siendo necesario recurrir a elementos no objetivos para determinar la procedencia de la aplicación de la correspondiente sanción.”*

11.- Que en el Recurso de Reposición presentado, la recurrente no acompaña antecedentes nuevos o desconocidos por esta autoridad que permitan concluir que la sociedad Constructora Núñez S.P.A no ha infringido el inciso 2° del artículo 28 en relación con el artículo 45, ambos del D.S. N° 127 ( V. y U.) de 1977.

12.- Que por escrito de fecha 06 de Noviembre de 2012, ingresado ante esta Secretaría, el representante legal de la recurrente solicita se tenga presente al resolver ciertas consideraciones relativas a supuestas faltas de fundamento y contrariedades de derecho respecto de la resolución recurrida. Funda su pretensión en el artículo 10° de la Ley N° 19.880, norma legal que hace referencia al principio administrativo de contradictoriedad y que en su inciso 2° faculta a cualquier persona que tenga interés en ello para alegar supuestos defectos de tramitación que podrían haber afectado el procedimiento, especialmente defectos que supongan paralización, infracción de los plazos establecidos u omisiones de trámites procedimentales. Agrega la norma citada, que el ejercicio de esta facultad se debe realizar en cualquier estado de tramitación del procedimiento administrativo, hasta antes de la dictación de la resolución definitiva.

Asimismo, la recurrente afirma en su presentación que la resolución recurrida es ilegal e arbitraria, debido a que ésta no analizó ni ponderó las argumentaciones que justificaron su conducta en orden a informar parcialmente las obras que se encontraban en ejecución, haciendo referencia al pronunciamiento de la División Jurídica del Ministerio de Vivienda y Urbanización, en el sentido que las infracciones que se encuentran tipificadas en el artículo 28 del D.S ( V. y U.) de 1977, se configuran con la mera ejecución de la conducta, no siendo necesario recurrir a elementos no objetivos para determinar la procedencia en la aplicación de la sanción.

A este respecto es imperioso hacer referencia a los conceptos de arbitrariedad e ilegalidad administrativa. El acto arbitrario se podría conceptuar como "aquél que adolece de arbitrariedad". Por su parte, según el Diccionario de la Lengua Española (RAE 22° Edición), arbitrariedad éste es el "*Acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho*".

Por su parte una Resolución Exenta es, un acto administrativo, vale decir, una decisión formal emanada de un órgano de la Administración del Estado, que contiene una declaración de voluntad, realizada en el ejercicio de una potestad pública. Ello, conforme a la definición dada por el Artículo 3° de la Ley N° 19.880.

En atención a las consideraciones precedentemente expuestas la Resolución Exenta N°1859 de 14 de Septiembre de 2012 de esta Secretaría de ninguna manera podría ser calificada como "arbitraria", ni "ilegal", por cuanto el único interés que hubo en su pronunciamiento, fue **dar cumplimiento a su deber legal de hacer cumplir las disposiciones legales y reglamentarias.**

Que es dable destacar que tanto la recurrente, como la División Jurídica del Ministerio de Vivienda y Urbanismo mediante Ord N° 130 de 29 de Agosto de 2012, aluden al mismo Dictámen N° 14.571 de 2005, de la Contraloría General de la República. A mayor abundamiento, la recurrente transcribe el texto del órgano contralor y comparte su criterio al afirmar que en aquellos casos en que no existe un texto legal claro e inequívoco resulta posible la aplicación por analogía de instituciones correspondientes a otras ramas del derecho para resolver situaciones no regladas expresamente, criterio que comparte la División Jurídica de nuestro Ministerio "**en la medida que se trate de situaciones no regladas expresamente en que no exista un texto legal claro e inequívoco,**" que no es el caso materia de este procedimiento, dado que existe norma reglamentaria expresa en el aludido artículo 28 del D.S N° 127 (V. y U) de 1977.

Que en síntesis, la recurrente argumenta que el actuar doloso no fue acreditado en el procedimiento sancionatorio, situación que se contradice con el Dictámen que la misma recurrente formula como defensa de sus argumentos, por lo que sus argumentaciones carecen de todo sustento legal.

13.- Que dados los razonamientos consignados en los considerandos que anteceden y normas reglamentarias reseñadas, dicto la siguiente,

**RESOLUCIÓN:**

1. Recházase en todas sus partes Recurso de Reposición impetrado por la sociedad Constructora Oscar Núñez S.P.A., de conformidad con lo referido precedentemente.

2. Al primer otrosi de su presentación, téngase por interpuesto Recurso Jerárquico respecto a la Resolución Exenta N° 1859 de 14 de Septiembre de 2012, por no haber sido acogido Recurso de Reposición Administrativo. Elévense los antecedentes para el Sr. Ministro de Vivienda y Urbanización para su conocimiento y decisión.


3. Al segundo: como se pide.

4. Al tercer: téngase presente.

5. Al cuarto: No ha lugar y en su reemplazo se resuelve: Notifíquese a la contratista por carta certificada de acuerdo al artículo 46 de la Ley N°19.880 que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado.

Anótese, regístrese y comuníquese.



  
**JORGE VERA TOLEDO**  
**ARQUITECTO**  
**SECRETARIO MINISTERIAL METROPOLITANA**  
**DE VIVIENDA Y URBANISMO**  
**SUBROGANTE**

JUR/yam.

Distribución:

- Contratista (carta certificada)
- Constructora Oscar Núñez S.P.A.
- Alférez Real N° 1369, comuna de Providencia
- Director Nacional del Registro de Contratistas MINVU.
- Director SERVIU Región Metropolitana
- Director SERVIU Región Valparaíso
- Archivo SEREMI
- Jefe Planes y Programas SEREMI
- Ley de Transparencia Art. 7/g
- Asesoría jurídica
- Oficina de Partes