



VISTOS:

1. La Ley N° 19.886, Bases sobre Contratos Administrativos de Suministros y Prestación de Servicios.
2. Las facultades que me confiere la Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades y sus Modificaciones.
3. Bases Administrativas, bases especiales, oferta, y contrato construcción casetas sector Paniahue oriente código Beep 30075996-0.”.

CONSIDERANDO:

1.-Por oficio ordinario número 88 de fecha 17 de diciembre de 2019 del Director de Obras Municipales se notificó multas por un monto de 138.085.282 pesos por atrasos en el término del contrato de la obra Construcción Casetas Sanitarias Sector Paniahue Oriente código Beep 30075996-0.

2.-El oficio ordinario número 88 señala que las bases administrativas generales (13.3.2) y la Bases Administrativas especiales (22.1), establecen una multa diaria de uno por mil del monto del contrato original con sus modificaciones, por atraso en el término de la obra. Señalan las bases administrativas generales que la multa deberá calcularse a partir de la fecha de término de contrato (27 de septiembre del 2018) hasta la fecha en que el contratista comunique por escrito el término de las obras y solicite la recepción provisoria correspondiente (lo que sucedió precisamente el 25 de febrero del 2019).

3.-El oficio ordinario número 88 de fecha 17 de diciembre de 2019 se funda en el *“Informe de los incumplimientos administrativos del contrato CCS Varios Sectores Paniahue, Santa Cruz”* de fecha 28 de mayo del 2019, emitido por profesionales de ESSBIO S.A., que cumplen labor de asesoría técnica en la obra Construcción Casetas Sanitarias Sector Paniahue Oriente Código BIP 30075996-0, que señala que corresponde aplicar una multa a la empresa SERVAP S.A. por incumplimiento en el plazo de término de contrato, por 151 días de atraso contados desde la fecha pactada para el término, 27 de septiembre del 2018, y la fecha de solicitud de recepción provisoria, 25 de febrero del 2019.

4.-Don Carlos Durandean Stegmann en representación de SERVAP S.A. presentó dentro de plazo recurso de apelación establecido en bases administrativas, en contra del oficio ordinario número 88 del 17 de diciembre de 2019 del Director de Obras Municipales, que aplicó una multa de 138.085.282 pesos, solicitando que se dejara sin efecto la multa o en subsidio que ésta sea rebajada. Señala como argumento a su favor que el retraso en el término de la obra se debe a tres razones que no le son imputables, y que pasamos a resumir.

4.1.-N° 1: Señala que hay un atraso causado por la acción de terceros de 195 días, que llevó a una demora de la recepción de parte de SERVIU.

Señala que consta en el libro de obras 14 anotaciones, a las que se hará referencia, en que se solicitó la intervención del mandante para tomar medidas frente a la acción y daño de terceros que ingresaban con camiones pesados de 36 y 60 toneladas sin autorización al callejón Los Toros provocando daños estructurales a la carpeta del proyecto de pavimentación construida con capacidad de soporte sólo de 8 toneladas; atrasando de esta manera la recepción SERVIU, ya que impedían la reparación de las observaciones.

Señala que la pavimentación del callejón de Los Toros ya estaba terminada conforme a la anotación de 3 de mayo de 2018 folio 44 del libro de obra n° ocho efectuada por la asesoría

de inspección técnica de Obras, ESSBIO, que señala: que *se aprecia trabajos de terminación en cuanto a hormigones en acceso a callejón Los Toros.*

Señala que era obligación de la municipalidad de Santa Cruz, establecer las medidas para evitar que vehículos con tonelaje superior al permitido circularan por el camino pavimentado, no siendo en consecuencia responsabilidad de la empresa el atraso consecuencia del deterioro del camino.

Señala que la primera comunicación por medio del libro de obras sobre el pavimento es del 3 de mayo de 2018 en que la asistencia técnica señala que se aprecia terminación callejón Los Toros. A continuación, aparecen una anotación del 9 de mayo de 2018 en que la empresa solicita la visita del inspector fiscal. Luego aparece una anotación del 29 de junio de 2018 que señala que existe tránsito de maquinaria pesada con sobrepeso de vecinos que rompe carpeta e impide reparación. La misma anotación se repite el mes de julio, agosto, y septiembre del 2019. En el mes de diciembre hay una anotación en que se señala que el SERVIU solicita certificado al mandante para que se haga responsable por el ingreso de sobrepeso a la pavimentación. Luego hay anotación del 3 de diciembre en que se efectúa la misma solicitud al mandante. Luego el 27 de diciembre de 2018 hay anotación que señala que se constituye comisión SERVIU para recepción en visita de obra para la segunda semana de enero. El 10 de enero el Director de Obras entrega certificado y luego se constituye la recepción SERVIU en terreno. Con fecha 24 de enero de 2019 se recepciona trabajo sin observación faltando el certificado por el cual la municipalidad se responsabiliza, tantas veces solicitado.

Termina el apelante señalando que desde el registro número uno del 29 de junio de 2018 al registro número 13 del 10 de enero de 2019 del libro de obras, transcurrieron 195 días que no son imputables al contratista, pues la demora se debe a hechos que son anteriores al 27 de septiembre del 2018, esto es la falta de cuidado de la comunidad en relación al proyecto de pavimentación del pasaje Los Toros, y a la falta de fiscalización de parte de la municipalidad impidiendo el ingreso de camiones con tonelaje superior al permitido, todo lo que quedó registrado el libro de obras y fotografías, lo que impidió recepcionar oportunamente a SERVIU.

4.2.-Nº2: Señala que hay un atraso de 45 días sin justificación en la autorización de las conexiones domiciliarias de los beneficiarios al alcantarillado de ESSBIO que es la asesoría técnica de obras.

Señala la apelante que respecto a las obras de redes sanitarias ESSBIO el 6 de junio de 2018 se constituye en terreno la comisión ESSBIO para recibir y recepcionar las obras haciendo varias observaciones en terreno, las que fueron levantadas el 13 de agosto de 2018 e informadas por libro nueve folio 33, esperando la revisión de parte de ESSBIO.

Señala que con fecha 20 de agosto de 2018 mediante carta número 11/2018 ante la nula respuesta de Essbio se solicita la intervención del alcalde en que se indica que hasta esa fecha aun no se autorizaba a conectar la unidades domiciliarias al alcantarillado público, no habiendo motivo aparente. Se reitera intervención del alcalde con fecha 20 de septiembre de 2018 mediante oficio número 29/2018

Señala que conforme al libro de obras en reunión del 28 de septiembre de 2018, folio 48, se fija una segunda visita para el 1 de octubre de 2018 de ESSBIO. A partir de esto señala el apelante que habrían **45 días de atraso** de las obras para permitir la conexión a las Unidades domiciliarias, atraso causado por negligencia de parte de ESSBIO.

4.3.-Nº 3: Señala que hay **53 días de atraso** no imputables por demora en respuesta de parte de la comisión a descargos del contratista a observaciones de la comisión en incongruencias con las especificaciones técnicas en relación a la construcción de las casetas sanitarias. Esto a pesar de que el año 2015 se aprobó construcción de caseta piloto sin observaciones; lo que ratificado sin observaciones el año 2017.

Señala el contratista que el 13 de noviembre de 2018 de acuerdo con el libro de Obras número 10, folio 12 se constituyó la Comisión receptora de las casetas sanitarias, y se observó una incongruencia entre especificaciones técnicas y lo construido en terreno, específicamente en los estucos exteriores de casetas de acuerdo con norma técnica casetas, solicitándose al contratista que se pronunciara ante esta situación. El 14 de noviembre el contratista presenta

descargos en folio 14, afirmando que esta situación no se observó respecto a la caseta piloto de la señora Virginia Urzúa Toro construida y aprobada en diciembre del 2015, por el mandante; al respecto la caseta piloto es el modelo constructivo de las demás casetas. El 12 de octubre se dejó constancia en el libro 7 folio 30 que las casetas se encuentran construidas, pero no se observa ningún detalle.

Señala que en cinco oportunidades se solicitó por SERVAP por medio del libro de obras una respuesta a los descargos, en relación a la incongruencias planteada por la Comisión, recibiendo esta recién el 9 de enero de 2019; por lo que se generó un total de 57 días de atraso, que no serían imputables al apelante.

5.-Agrega el contratista en su recurso, que el inciso cuarto del número 22 de las bases administrativas especiales establece que las infracciones serán advertidas en el libro de Obras indicando el plazo de solución. Al respecto señala que no consta en el libro de obras por parte de la inspección técnica ni de la asesoría técnica incumplimiento de parte del contratista ni plazos para su solución. Y agrega que en cambio SERVAP sí dejó constancia en el libro de obra de los atrasos no imputables.

6.-Señala además que todos estos atrasos no imputables llevaron a que en una reunión mantenida en la municipalidad con la inspección técnica y la asistencia técnica se acordara verbalmente una extensión del plazo más allá del 27 de septiembre de 2018. Del resultado de esta reunión señala que dejó SERVAP constancia en el libro de Obras número nueve folio 48 de fecha 27 de septiembre de 2018. Esta constancia es mencionada innumerables veces por SERVAP en el libro de obras, como en cartas dirigidas a las autoridades superiores del municipio, inspección técnica de obras y asesoría técnica de obras, no recibiendo ninguna respuesta al respecto.

7.-Señala además que la falta de constancia en el libro de obras de incumplimientos y plazos para su ejecución demuestran que el acto administrativo que aplica las multas carece de fundamento jurídico y fáctico.

8.-Señala además que el informe de los incumplimientos administrativos del contrato de fecha 28 de mayo del año 2019 emitido por profesionales ESSBIO es arbitrario extemporáneo y no se funda en la obligación antes señalada de que los incumplimientos constaran en el libro de obras estableciéndose el plazo de ejecución.

Señala además que no se le dio oportunidad a la empresa para presentar descargos frente al informe de ESSBIO

9.-Agrega además que la multa de 138.085.282 pesos viola el principio de proporcionalidad en cuanto que no se consideró los elementos de: existencia de intencionalidad, reiteración, naturaleza de los perjuicios causados ni tampoco la reincidencia de parte del infractor; conforme a los cuales se habría establecido otra sanción.

10.-Se acogerá la apelación sólo en cuanto se rebaja la multa señalada al monto que se señalará en la parte resolutive, conforme a los siguientes fundamentos de hecho y de derecho que se pasan a exponer en los siguientes considerandos:

11.- PROBLEMAS EN CALLEJON LOS TOROS.

Efectivamente existe una situación no imputable a la empresa SERVAP, que corresponde al daño a la pavimentación del callejón Los Toros, provocada por vehículos que ingresaron sin autorización, de un tonelaje superior al considerado por las características técnicas del proyecto, lo que demoró la recepción de dichas obras por parte de SERVIU. Conviene señalar que ya el **3 de mayo de 2018**, conforme al libro de Obras nº 8 folio 44, ESSBIO, en su calidad de asesoría técnica, señaló que los trabajos de pavimentación en el Callejón Los Toros se encontraban terminados, lo que lleva a que el 9 de mayo (libro de obra nº 8 folio 45) se solicite por la dicha empresa la visita de la inspección fiscal. Posterior a ello, se aprecian en el libro de obras ocho anotaciones de parte de la misma empresa, entre el 29 de junio y el 27 de noviembre en que se hace referencia al tráfico de maquinaria pesada que rompe carpeta. Revisado el libro de obra, no se aprecian anotaciones de parte del Inspector Técnico ni de la Asesoría Técnica que señalen que dichos hechos no sean efectivos, ni tampoco se indican

medidas que se estén adoptando para evitar su ocurrencia. Es mas, las anotaciones efectuadas por la empresa SERVAP aparecen firmadas por los señalados sin reparos, por lo que debemos concluir que efectivamente ingresaron vehículos de alto tonelaje no permitido destruyendo la carpeta del Callejón Los Toros, demorando su recepción y el término de ejecución de las obras en su totalidad.

Conviene señalar que los particulares no tienen facultades para restringir el tránsito de vehículos; correspondiendo dicha labor a los funcionarios municipales y Carabineros. Con dicho objeto la municipalidad instaló una señalética estableciendo la prohibición del ingreso de camiones de más de 8 toneladas. Por ello debemos considerar la situación denunciada por la empresa SERVAP como fuerza mayor, conforme al artículo 45 del Código Civil.

Con fecha 24 de enero de 2019 se efectúa la recepción de parte de SERVIU de los trabajos sin observación, conforme señala el libro de obra 10 folio 32 por anotación de la empresa constructora y firma de ESSBIO e ITO municipal.

A partir de esto debemos considerar que existe un periodo no imputable a la empresa SERVAP desde el 3 de mayo del 2019 hasta el 24 de enero de 2019 en relación a la recepción del Callejón Los Toros.

12.- DEMORA EN LA RECEPCIÓN DE PARTE DE ESSBIO A LAS REDES SANITARIAS, Y DEMORA EN LA ENTREGA DE LAS OBSERVACIONES. SE LEVANTAN OBSERVACIONES EN AGOSTO DEL 2018 Y RECIÉN SE REVISAN EL 1 DE OCTUBRE: TRANSCURREN 45 DÍAS SIN JUSTIFICACIÓN.

Revisado el Libro de Obras nº 8 folio 49 se aprecia que el **6 de junio de 2018** se constituyó la Comisión de ESSBIO a las 15.45 horas para revisar y recepcionar las obras y la infraestructura P.E.A.S., de las redes sanitarias de las obras, haciendo observaciones en el terreno; en dicho folio se señala por último que se esperará aviso y comunicación para solicitud de comisión y levantamiento de observaciones. Luego consta en el libro de obras nº 9 folio 33 con fecha 13 de agosto que la empresa SERVAP informa que ha cumplido con las observaciones, salvo *"una observación realizada a la cámara de inspección nº 9, que indica desplazar anillo de cámara a su eje, observación que no se puede subsanar hasta que se asegure que no ingresarán camiones sobrepeso y medida a dicho callejón en folio anterior"*. Se aprecia que la única observación que restaba levantar estaba vinculada a la situación del tránsito de vehículos de alto tonelaje mencionado en el considerando anterior.

Con posterioridad existen cartas dirigidas al alcalde y anotaciones en el libro de obra en que la empresa SERVAP solicita que se constituya la Comisión de ESSBIO para revisar el cumplimiento de las observaciones, lo que sucede recién el **1 de octubre de 2018**. En consecuencia, se aprecia que existe un periodo que no sería imputable a la empresa SERVAP, en que a pesar de haber solicitado la constitución de la Comisión ESSBIO, por haber cumplido con la observaciones, esta no se presentó, demorando los tiempo de terminación de la obra. Es razonable pensar además, que esta demora no imputable puede haber afectado el cumplimiento de otras etapas de la construcción.

13.- SITUACIÓN CASSETAS.

Se aprecia al revisar libro de obras Nº 10, folio 12 que el 13 de noviembre del 2018 la comisión receptora revisa las casetas sanitarias, señalando que existiría una incongruencia entre lo construido y las especificaciones técnicas. Luego recién el 9 de enero del 2019, conforme el tenor del Libro de obras nº 10 folio 27, la comisión especifica en qué consisten estas incongruencias, afirmando que se requiere incorporación de estuco térmico. No es razonable que después de dos meses se indicara el tipo de incongruencia; ello se debió señalar en el momento en que se reunió la comisión con fecha 13 de noviembre del 2018. Por su parte la empresa SERVAP solicitó en 3 ocasiones que se señalara en que consistían las incongruencias denunciada, esto es, el 14 de noviembre, el 27 de noviembre, 3 de diciembre y 26 de diciembre todas del 2018, conforme libro de obra nº 10 folio 18, 20 y 24, respectivamente. Por tanto efectivamente existe un periodo de 57 días en que no se entregó al contratista la información de que debía ser corregido, a pesar de la solicitud de este; no obstante la observación se debió haber especificado el mismo día 13 de noviembre del 2018, conforme al inciso cuarto del número 22 de las bases administrativas especiales que establece que "las infracciones serán advertidas al contratista por la Inspección Técnica de Obra y/o su Asesoría Técnica a través del libro de Obras, indicando el plazo de solución".

El 21 de enero del 2019 SERVAP informa de la aplicación de estuco térmico en folio 33 del Libro 10.

Conviene agregar que el 12 de octubre del 2017 se deja constancia en el libro 7 folio 30, que las 7 casetas están construidas, sin especificar a dicha fecha las incongruencias de parte del contratista, en los términos exigidos por el inciso cuarto del número 22 de las bases administrativas especiales .

En este punto es relevante considerar que la existencia de la anotación del 12 de octubre del 2017 genera de forma natural una legítima confianza de que la obra fue realizada conforme a las especificaciones técnicas; la actuación de la administración en esta materia es entregar la información de cualquier incongruencia técnica de forma pronto, y no esperar más de un año para establecer que la construcción tenía incongruencias que se podrían haber denunciado en el mes de octubre del 2017.

14.- Conviene hacer presente que en el folio 18 del libro 9, existe una anotación del 27 de septiembre del 2018 en que la empresa SERVAP comunica al ITO municipal que en reunión con ITO municipal, director de Obras, asesoría técnica ESSBIO y contratista SERVAP se estableció que el Mandante extendería el plazo de entrega, que finalizaba el mismo día. Dicho folio aparece firmado por ITO Municipal y por representante de ESSBIO. Sin embargo no existe ninguna mención a de parte del inspector técnico respecto al aumento de plazo. Se aprecia luego en Folio 18 del mismo libro, de fecha 27 de noviembre del 2018 que la empresa insiste respecto al pronunciamiento sobre el aumento de plazo supuestamente acordado. Al respecto conviene hacer presente que se hubiese esperado de parte del mandante un pronunciamiento respecto a si era o no efectivo el acuerdo de establecer un aumento de plazo; en cambio no existe pronunciamiento al respecto, sin perjuicio que se firman los folios en que se hace referencia al aumento de plazo. No obstante ello, para establecer un aumento de obra se requería un decreto municipal que estableciera tal medida, por lo que no se considerará el reclamo del apelante en este punto.

15.-A partir de lo señalado en los considerandos anteriores se aprecian situaciones que no son de responsabilidad de la empresa SERVAP y que justifican parte del atraso, y que corresponde a los siguientes periodos: desde el **3 de mayo del 2018** hasta el **24 de enero de 2019** en relación a la recepción del Callejón Los Toros; el **6 de junio de 2018** y el **1 de octubre de 2018** que transcurre entre que se constituye comisión ESSBIO y la fecha en que se revisa el cumplimiento de observaciones; **13 de noviembre del 2018** al **25 de enero del 2019** en que se cumplió con estuco térmico de casetas sanitarias; en relación a este periodo el 12 de octubre del 2017 existe mención a la construcción de las casetas en el libro de obras por parte del ITO sin hacer referencia a problemas de estuco.

Se hace presente que no se acreditó por la empresa SERVAP que todas las partidas de las obras, sin considerar el callejón Los Toros y el estuco de las casetas sanitarias debidamente justificado en su atraso, habrían estado terminadas al 27 de septiembre del 2018. En este sentido la obra en su totalidad sí presentó atrasos no justificados en partidas que no estuvieron terminadas en la fecha establecida para el término de la obra, por ejemplo, la terminación del sumidero de aguas lluvias al ingreso del Pasaje Los Toros, el cual se ejecutó en febrero de 2019. Conviene agregar que la justificación planteada por SERVAP relativa a la destrucción de pavimentación solo atañe al callejón Los Toros; se debe tener presente que SERVIU observó también temas en Calle y Pasaje Horacio Muñoz, trabajos que solo se terminaron en enero de 2019. Por ello se puede afirmar que la empresa SERVAP no cumplió con todos los plazos de construcción, por lo que no se puede acoger la apelación en todas sus partes.

No obstante lo anterior, conforme al principio de proporcionalidad, debemos tener presente al momento de establecer la multa, que la obra se ejecutó y fue recepcionada con fecha 9 de mayo del año 2019, y que hasta la fecha no existen denuncias de parte de los vecinos relativas a un defecto de construcción o mal funcionamiento de los sistemas sanitarios. Por tanto, estamos ante una obra que está prestando un servicio efectivo a un sector de escasos recursos de la comuna de Paniahue, y que había permanecido ajeno al progreso sanitario del resto de la zona urbana de la comuna.

A partir de lo expuesto, considerando los atrasos no imputables y el principio de proporcionalidad, se considerará como exento de multa el periodo de atraso que va desde el 27 de septiembre del 2018 y el 9 de febrero del año 2019. En consecuencia, se reducirá la multa a un monto equivalente a 15 días de atraso.

16.- Como la fecha efectiva del término de la obra fue el **24 de febrero del año 2019** en que se solicitó la recepción provisoria de la obra, se considerará que el atraso imputable al contratista es del 9 al 24 de febrero de 2019 lo que suma un total de 15 días. Las bases administrativas generales (13.3.2) y la Bases Administrativas especiales (22.1), establecen una multa diaria de uno por mil del monto del contrato original con sus modificaciones, por atraso en el término de la obra, por lo que la multa total ascenderá a 12.112.971 pesos.

17.- La aplicación de multas corresponde a una sanción que se inscribe dentro del derecho administrativo sancionador. Señala el Profesor Jorge Bermúdez Soto, en el libro *Derecho Administrativo General*, Tercera Edición Actualizada, editorial Thomson Reuters, a propósito de la aplicación del principio de culpabilidad en materia administrativa que *"es necesario determinar si existe responsabilidad en el hecho que vulnera el ordenamiento jurídico y si existen circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito que permitan eximir de responsabilidad."* Luego en la página 344 señala el mismo autor que será *"el administrado el que tendrá que probar que actuó diligentemente para no resultar responsable de la sanción administrativa, o bien que concurrió un caso fortuito o fuerza mayor que lo exime de responsabilidad."*

18.- Conforme a lo anterior, podemos afirmar que a la empresa SERVAP no le resulta imputable **parte del periodo de atraso** del término de la obra, por cuanto este **se debió en parte** a la acción de terceros que destruyeron parte del pavimento del Callejón de Los Toros, la demorada de parte de Comisión ESSBIO de constituirse para la revisión del cumplimiento a las observaciones, y a la falta de especificación el 13 de noviembre del 2018 de la incongruencia en la construcción de las casetas, por parte de la comisión de recepción; todas situaciones que constituyen un caso de fuerza mayor que **exime de responsabilidad parcialmente**.

DECRETO

EXENTO N° 1145

1° SE ACOGE PARCIALMENTE EL RECURSO DE APELACIÓN en contra del ordinario exento N° 88 del 17 de diciembre del 2019, y en consecuencia se rebaja la multa aplicada por concepto de atraso de la obra, de \$138.085.282 por 151 días de atrasos, hasta un monto de **12.112.971** de pesos **por 15 días de atraso**, por el periodo que va desde el 9 al 24 de febrero del 2019.

2° EFECTÚESE LA APLICACIÓN DE LA MULTA referida al último estado de pago.

3° PROCEDASE AL PAGO correspondiente, y efectúese la devolución de las retenciones **que corresponda** conforme a las bases administrativas-

ANÓTESE, COMUNÍQUESE, PUBLÍQUESE Y ARCHÍVESE.



FERMIN GUTIÉRREZ RIVAS
Secretario Municipal



GUSTAVO WILLIAM AREVALO CORNEJO
Alcalde