



GESTIÓN DE CONTRATOS
RHC/JCE/MLS

RESOLUCIÓN EXENTA N° 2221

ANT.: Resolución Exenta N° 1653 de fecha 23 de Julio de 2013, que aplica multa a LABORATORIOS D&M PHARMA LTDA., por incumplimiento de las obligaciones nacidas de las Bases Administrativas aprobadas por Resolución Afecta N° 164 de fecha 15.07.2011.

MAT.: Rechaza recurso de reposición interpuesto por LABORATORIOS D&M PHARMA LTDA., en Proceso Administrativo RIT 220 ID 5599-164-LP11.

SANTIAGO, 04 JUL 2014

VISTOS: Lo dispuesto en la Ley N° 19.880 que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; los intereses y necesidades de la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud; las facultades que me confieren el D.F.L. N° 1, de 2005, publicado en Diario Oficial de fecha 24.04.2006, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2.763/1979, que reorganiza el Ministerio de Salud y crea los Servicios de Salud, el Fondo Nacional de Salud, el Instituto de Salud Pública de Chile y la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud; la Ley N° 19.886 que fija las Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios y su respectivo Reglamento; lo dispuesto en el Capítulo XII punto 3.4 (2) de las Bases Administrativas aprobadas por Resolución Afecta N° 164 de 15.07.2011; Oficio Ordinario N° 8103, de fecha 13.11.2012; escrito de reposición de LABORATORIOS D&M PHARMA LTDA. de fecha 06.08.2013; los Decretos N° 78/1980, 131/1980 y 31/2014, todos del Ministerio de Salud; y

CONSIDERANDO:

1°.- Que mediante Resolución Exenta N° 1653, de fecha 23 de Julio de 2013, la Central de Abastecimiento del S.N.S.S., en adelante e indistintamente CENABAST, aplicó multa a LABORATORIOS D&M PHARMA LTDA., por atraso en la entrega del producto que corresponden a la Orden de Compra N° 4500005591, de 2.887 unidades de FLUMAXOL HFA 250/25 INH. 120 DO CAJ 1 FRA, para el mes de Julio de 2012, equivalente a \$541.439- (quinientos cuarenta y un mil cuatrocientos treinta y nueve pesos) de acuerdo al punto 3.4 (2) contenido en las Bases Administrativas del antecedente.

2°.- Que mediante escrito de fecha 06 de Agosto de 2013, LABORATORIOS D&M PHARMA LTDA., interpone recurso de reposición, solicitando que la multa aplicada sean dejada sin efecto, en base a los siguientes argumentos:

- Que la resolución exenta N° 1653, que se funda en lo que importa, el considerando 4° que establece la aplicación de la excepción de contrato no cumplido invocada por el proveedor y rechazada por este organismo público. Impugnando dicha resolución en atención a que a su entender esta infringe gravemente los principios del debido proceso administrativo, y se basa en una interpretación errónea de las normas vigentes y otorga una calidad que no tienen a antecedentes enunciados en los vistos de la resolución recurrida.
- La interpretación del artículo 1552 del Código Civil. La interpretación de la excepción de contrato no cumplido invocada por esta parte, pues primero señala que no procede, luego decir "...es verdad también que en los supuestos en los cuales el incumplimiento de la administración sobrepasa los límites razonables, el contratista podría dejar de cumplir el contrato..." pero, lo anterior solo podría justificarse ante un incumplimiento estimado como "grave" por parte de este servicio. Pero la verdad es que la norma dispone en el artículo 1552, que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos. Mandato legal, que no pone condición alguna para su aplicación, menos, distingue entre incumplimiento e incumplimiento grave y donde el legislador no distingue, no corresponde al intérprete distinguir, conforme las normas de hermenéuticas aplicables.

- Por otra parte, resulta insólito que por una parte, pese a que se han cumplido con todas las obligaciones del contrato, habiendo hecho entrega de todos los productos, se nos aplique todo el rigor de las bases administrativas, pero cuando se trata de cumplir con sus propias obligaciones, estas parecen no existir, infringiendo de esta manera no solo las propias bases administrativas, pero cuando se trata de cumplir con sus propias bases administrativas, sino que el deber de todo funcionario público de actuar conforme los artículos 3, 4 y 11 de la Ley N° 18.575.
Esto se manifiesta claramente en el reconocimiento expreso de una deuda de más de 311 millones, que por cierto a la autoridad no le parece suficientemente grave, sin siquiera allanarse a cumplirlo en la forma y tiempo debidos, así como tampoco se informa el inicio de sumarios correspondientes a tal infracción, conforme lo establece el estatuto administrativo vigente para todos los funcionarios públicos de la república de Chile.
- En cuanto a los principios del debido proceso administrativo. En la medida que la administración está habilitada por el ordenamiento jurídico para adoptar decisiones susceptibles de provocar detrimentos en la esfera patrimonial de los particulares afectados, es claro que resulta necesario, cuando menos, articular mecanismos que garanticen el acierto y legalidad de la resolución finalmente adoptada. Así, el procedimiento administrativo tiene como objeto poner término al secreto y evitar la arbitrariedad. La única manera de hacer efectiva esta finalidad garantista, viene dada por la posibilidad de que el sujeto agraviado pueda exponer su propio punto de vista, con anterioridad a la conclusión de las actuaciones del procedimiento, creando instancias adecuadas para el ejercicio y salvaguarda de los derechos subjetivos públicos.
- Esto solo constituye una expresión regulada del derecho de petición establecido por el constituyente. En ese marco conceptual se dictó la Ley N° 19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos de los Órganos de la Administración del Estado, la cual prescribe un campo de acción expedito, dotando al Estado de procedimientos adecuados, a los cuales se debe someter la realización de todos los actos administrativos en los cuales se contiene una declaración de voluntad pública y establece los distintos mecanismos de garantías de los derechos de los particulares.
- Lo anterior implica que la administración debe adoptar las medidas necesarias para lograr el pleno respeto a los principios de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento, y expresar concretamente los hechos y fundamentos de derecho en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos.
- Invita al correcto cumplimiento de las funciones de buen gobierno por parte de la administración y sus funcionarios, y evita la consolidación de actuaciones subjetivas, generadoras de desviación de fin o poder, donde las prerrogativas administrativas chocan frente a la propia regulación constitucional, tratándose de los derechos y garantías fundamentales que gozan las personas.
- Dentro de este marco legal el proveedor ejerció legítimamente su derecho a formular descargos, pero al parecer la autoridad sanitaria solo interpreto los antecedentes aportados en su propio beneficio, dejando de lado elementos de relevancia fundamental, como las normas vigentes y obligatorias, como se puede observar de la simple lectura de la resolución que se impugna.

3°.- Que en cuanto a los argumentos que señala el proveedor y que fueron suficientemente analizados en la resolución N° 1653 de fecha 23 de Julio de 2013; es necesario precisar que el contrato que el proveedor ha incumplido es un contrato de naturaleza administrativa, pues su finalidad es la satisfacción de necesidades públicas, en este caso el abastecimiento de medicamentos y demás elementos o insumos necesarios para la ejecución de acciones de salud a los organismos y personas que integran el Sistema Nacional de Servicios de Salud, de manera que la aplicación de principios del derecho civil no pueden sostenerse en los términos que el proveedor indica.

En este sentido, es pertinente señalar que de acuerdo a la Ley 19.886, los contratos administrativos, entre ellos el Contrato de Suministro de productos farmacéuticos suscrito por CENABAST, son el resultado de un proceso licitatorio sujeto al régimen jurídico de Derecho Público que comprende las bases de la correspondiente licitación y la Ley 19.886 y su respectivo reglamento. De la sola lectura de estos textos normativos se advierte que ninguno de ellos establece expresamente la posibilidad de que



el contratante de la Administración del Estado pueda excusarse de cumplir con la entrega de bienes o la prestación de servicios esenciales para satisfacer un fin público orientado al bien común, como consecuencia del eventual retraso de la Administración del Estado en el pago de la contraprestación.

El ordenamiento jurídico ha contemplado otro tipo de resguardos en favor de los contratantes de la Administración del Estado, para garantizarles el pago cierto del precio por la entrega oportuna de sus bienes o la prestación de sus servicios, pero en ningún caso los ha autorizado para suspender el cumplimiento oportuno de sus obligaciones, pues aquello ocasionaría inconvenientes a la comunidad en general, no al Estado en su calidad de contratante particular.

4°.- No obstante lo antes señalado, la Contraloría General de la República ha sostenido en diversos dictámenes, que la excepción de contrato no cumplido previsto en el artículo 1552 del Código Civil, definida por la doctrina como aquella que corresponde al deudor en un contrato bilateral para negarse a cumplir su obligación mientras la otra parte no cumpla o no se allane a cumplirla

Enseguida, cabe señalar que para que opere dicha institución, se requiere la concurrencia de ciertos elementos o requisitos que suponen la acreditación de hechos controvertidos, referidos al cumplimiento de las obligaciones de las partes en un contrato bilateral, lo que supone necesariamente la intervención de un órgano jurisdiccional.

Al respecto, cabe hacer presente que la reiterada Jurisprudencia Administrativa emanada del órgano contralor, contenida en Dictámenes N° 42.922, de 2007, 32.657, de 2008 y 02663, de 2009 entre otros, señala que todas las materias que dicen relación con la interpretación de disposiciones contractuales o el cumplimiento de obligaciones emanadas de un contrato, constituyen por su propia naturaleza, controversias que revisten el carácter de litigiosas.

A mayor abundamiento, agrega 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 a su respecto no se aplica el artículo 1552 del Código Civil.

5°.- Que respecto a que el proveedor señala que ha cumplido con todas las obligaciones del contrato, resulta insólito que por una parte, pese a que se han cumplido con todas las obligaciones del contrato, habiendo hecho entrega de todos los productos, se aplique todo el rigor de las bases administrativas, pero cuando se trata de cumplir con sus propias obligaciones, estas parecen no existir, infringiendo de esta manera no solo las propias bases administrativas, pero cuando se trata de cumplir con sus propias bases administrativas, sino que el deber de todo funcionario público de actuar conforme los artículos 3, 4 y 11 de la Ley N° 18.575; no es dable lo señalado por la recurrente, la aplicación de la multa impuesta al proveedor encuentra su fundamento en las obligaciones expresas asumidas por las partes en el contrato de suministro referido, aprobado por Resolución Exenta N° 1113, de fecha 04 de abril de 2012 y las Bases Administrativas aprobadas por Resolución Afecta N° 164, de fecha 15 de julio de 2011.

Ahora bien, dentro del ámbito de aplicación de las multas, agregan dichas Bases Administrativas en el Capítulo XII De las Sanciones por Incumplimientos y deducciones. Número 1.2 que "Todo incumplimiento del proveedor al contrato facultara a CENABAST para aplicar una o más de las sanciones que se indican a continuación, sin perjuicio de los otros derechos que le correspondan, en especial, el de hacer efectivas las garantías que tenga constituidas el proveedor".

No obstante lo anterior, las Bases Administrativas y el Contrato celebrado entre CENABAST y el proveedor dispone en forma explícita que frente al incumplimiento, atraso en la entrega de los bienes adjudicados, CENABAST aplicará la sanción señalada en el Catálogo de Sanciones, debido a que el proveedor entregó el producto adjudicado con 08 días de atraso a lo estipulado. CENABAST en presencia de determinadas circunstancias debe actuar en el sentido prescrito por la norma, dando cumplimiento estricto de las bases, no otorgándole estas o el contrato la discrecionalidad para elegir el camino más conveniente para la recurrente.

Por su parte, los Dictámenes N° 8.297 y 21.035, ambos de 2012, y N° 4.508, de 2013, entre otros, todos de la Contraloría General de la República, ha precisado que el fundamento que origina la multa es un incumplimiento contractual. Más bien se trata de la consecuencia jurídica de una situación expresamente prevista en las bases y en el contrato, correspondiendo a la mera ejecución de las estipulaciones de tales acuerdos de voluntades, por lo que se configuran los supuestos que obligan a la Administración a la aplicación de estas y no implica el ejercicio del ius puniendi o potestad sancionatoria del Estado.



6°.- Que en cuanto al reconocimiento expreso de la deuda, que por cierto a la autoridad no le parece suficientemente grave, sin siquiera allanarse a cumplirlo en la forma y tiempo debidos, así como tampoco se informa el inicio de sumarios correspondientes a tal infracción, conforme lo establece el estatuto administrativo vigente para todos los funcionarios públicos de la república de Chile; no es correcto lo señalado por el proveedor, CENABAST se encuentra llana a cumplir con sus obligaciones, además todos nuestros esfuerzos están destinados a regularizar completamente las deudas y para ello está en permanente contacto con los proveedores con el objeto de sincerar, transparentar y comprometer pagos regulares en virtud de nuestra recaudación. Por otra parte, no se advierte ante la situación de retardo en el pago por parte de este organismo, acción alguna tendiente a hacer efectivo dicho pago ni a obtener la resolución al contrato de la especie por incumplimiento de este servicio, por lo que se infiere de manera

7°.- Que respecto a los principios del debido proceso administrativo. En la medida que la administración está habilitada por el ordenamiento jurídico para adoptar decisiones susceptibles de provocar detrimentos en la esfera patrimonial de los particulares afectados, es claro que resulta necesario, cuando menos, articular mecanismos que garanticen el acierto y legalidad de la resolución finalmente adoptada. Así, el procedimiento administrativo tiene como objeto poner término al secreto y evitar la arbitrariedad. La única manera de hacer efectiva esta finalidad garantista, viene dada por la posibilidad de que el sujeto agraviado pueda exponer su propio punto de vista, con anterioridad a la conclusión de las actuaciones del procedimiento, creando instancias adecuadas para el ejercicio y salvaguarda de los derechos subjetivos públicos; CENABAST con la finalidad de dar cumplimiento a sus fines institucionales, desarrolla habitualmente diversos procesos de compras, mediante llamados de licitaciones para la adquisición de medicamentos, los cuales se rigen de conformidad a la Ley N° 19.886 y su reglamento contenido en el D.S. N° 250/2004 del Ministerio de Hacienda.

Ahora bien, con el motivo de cumplir de manera más eficiente y oportuna, se aprueban Bases Administrativas, a través de las cuales se reglan los procesos de compra y su adjudicación, las que, de conformidad al numeral 9.5 de la Resolución N° 1600/2008, de la Contraloría General de la República, son previamente sometidas al Trámite de Toma de Razón para el control de legalidad. Sobre el particular, las bases administrativas facultan a CENABAST para que ante todo incumplimiento del proveedor al contrato, aplique una o más sanciones contenidas en el Capítulo XII De las Sanciones por Incumplimiento y Deducciones, que entre otros establece el procedimiento formal para la aplicación de multas, al cual esta institución se ha sometido íntegramente.

Como puede advertirse, CENABAST ha actuado de conformidad con la normativa vigente en materia de compras públicas, a los instrumentos licitatorios que regularon el proceso, a los cuales la recurrente se sometió voluntariamente y a toda la normativa aplicable a la Administración Pública. Actuando dentro del marco de competencia entregado, estableciendo con antelación ante el incumplimiento de los contratos el fundamento de sus actuaciones, esto a través del procedimiento especial de aplicación de multas consignado en las Bases Administrativas respectivas y reproducido en los contratos de adquisición. Procedimiento que contempla como inicio la comunicación de los incumplimientos al proveedor para que en el plazo de 5 días hábiles presente sus descargos por escrito, dictándose el correspondiente acto administrativo que se pronunciara sobre los hechos, la sanción y su cuantía a través de una resolución fundada, la que es debidamente notificada al proveedor. Respecto de esta decisión, señala el procedimiento de aplicación de sanciones, procederán los recursos que al efecto dispone la Ley 19.880, situación que ha ocurrido en la especie, pues el principio de estricta sujeción a las Bases Administrativas obliga a esta institución a ceñirse a ellas y a los procedimientos establecidos para dar cumplimiento a los contratos administrativos.

8°.- Que no se aportan antecedentes suficientes que permitan justificar el incumplimiento del proveedor, y que además éste no ha desconocido el incumplimiento materia de este proceso sancionatorio, por lo que procede desestimar el recurso administrativo interpuesto en contra de la Resolución Exenta N° 1653, de fecha 23 de Julio de 2013.

RESUELVO:

1°.- **RECHÁZASE** el recurso de reposición interpuesto por **LABORATORIOS D&M PHARMA LTDA.**, en contra de la Resolución Exenta N° 1653 de fecha 23 de Julio de 2013, que aplica multa por atraso en la entrega de productos, que corresponde a la Orden de Compra N° 4500005591 de FLUMAXOL HFA 250/25 INH. 120 DO CAJ 1 FRA, el mes de Julio de 2012, por las razones expuestas en los considerandos previos.



2°.- **CONFÍRMASE** la Resolución Exenta de CENABAST N° 1653, de fecha 23 de Julio de 2013, que aplica multa de \$541.439.- (quinientos cuarenta y un mil cuatrocientos treinta y nueve pesos).

3°.- **ANÓTESE** la presente resolución al margen de la Resolución Exenta N° 1653 ya citada.

4°.- **COMUNÍQUESE** en caso de que las multas no sean enteradas en caja, la Unidad de Contabilidad, dependiente del Departamento de Administración y Finanzas procederá a descontar su monto de la(s) factura(s) cuyo pago se encontrare(n) pendiente(s). De no ser suficiente el monto de ésta(s) para cubrir las multas, la citada Unidad procederá a efectuar el cobro de la boleta de garantía de fiel cumplimiento del contrato respectivo.

5°.- **NOTIFÍQUESE**, la presente Resolución a LABORATORIOS D&M PHARMA LTDA., por oficina de partes de CENABAST, al domicilio del proveedor y de su representante, establecidos en el contrato respectivo y también al indicado en recurso.

ANÓTESE, NOTIFÍQUESE Y ARCHÍVESE


EDGARDO DÍAZ NAVARRETE
DIRECTOR (PT)
CENTRAL DE ABASTECIMIENTO DEL S.N.S.S.

Distribución:

- Dirección
- Departamento de Administración y Finanzas
- Unidad de Tesorería
- Unidad Gestión de Contratos
- Oficina de Partes
- LABORATORIOS D&M PHARMA LTDA