

ARTÍCULOS

Propuestas de modificaciones al Reglamento de Contratos de Obras Públicas

Proposals of modifications to the Public Works Contract Regulations

Alejandro Torres Moreno 

Dirección General de Aeronáutica Civil, Chile

RESUMEN El Decreto 75 de 2004, del Ministerio de Obras Públicas, aprobó un nuevo Reglamento para Contratos de Obras Públicas, en reemplazo del anterior de 1992, fruto de un proceso interno de esa Secretaría de Estado. La Cámara Chilena de la Construcción también realizó aportes para mejorar la competencia y los procedimientos de estudios, adjudicación y administración de los contratos. A 17 años de su entrada en vigor esta normativa evidencia el paso de los años; algunos de sus preceptos ya no responden a las necesidades que se tuvieron a la vista para su modificación ni a las de los regulados. Por ello diversos actores la analizaron y propusieron mejoras para adecuarla a los desafíos de la provisión de una infraestructura pública, oportuna y de calidad.

PALABRAS CLAVE Reglamento, contrato de obra pública, contratista.

ABSTRACT Decree No. 75 of 2004 of Ministry of Public Works approved a new Regulation for Public Works Contracts, replacing the previous one from 1992, the result of an internal process of the Ministry of Public Works. The Chilean Chamber of Construction also made contributions to improve competition and procedures for studies, adjudication and administration of contracts. 17 years after its entry into force, this regulation evidences the passing of the years; Some of its regulations no longer respond to the needs that were in view for their modification or to those of the regulated. For this reason, various actors analyzed them and proposed improvements to adapt it to the challenges of providing timely and quality public infrastructure.

KEYWORDS Regulation, public works contract, contractor.

Introducción

Para el profesor Moraga (2019: 73) obra pública es cualquier clase de bien inmueble, integrante del dominio público, inscrito a nombre del Fisco o de organismos públicos personificados.

Una definición legal la encontramos en el artículo 39 de la Ley de Concesiones,¹ y desde el punto de vista reglamentario, el numeral 14 del artículo 4 del Reglamento para Contratos de Obras Públicas entiende por tal al «inmueble, propiedad del Estado, construido, reparado o conservado por éste, en forma directa o por encargo a un tercero, cuya finalidad es propender al bien público».

El artículo 1 del Decreto con Fuerza de Ley 850 de 1997,² al definir el ámbito de competencias del Ministerio de Obras Públicas (MOP), señala que le corresponde el planeamiento, estudio, proyección, construcción, ampliación, reparación, conservación y explotación de las obras públicas fiscales. Estas obras pueden ejecutarse mediante contrato adjudicado por propuesta pública (artículo 86) o por licitación pública, nacional o internacional (artículo 87).

A partir de estas normas se ha señalado (Contador y Torres, 2019: 50) que «en Chile la provisión de infraestructura pública la hace el Estado, fundamentalmente, a través de la contratación con privados. Para ello recurre generalmente a dos tipos de contratos administrativos: el contrato de ejecución y el contrato de concesión de obras públicas. Si bien ambos proveen de infraestructura pública al Estado tienen estructuras, matices y efectos distintos».

En efecto, mientras el contrato de concesión de obra pública es «un contrato administrativo celebrado por el Estado, por intermedio del Ministerio de Obras Públicas, y un particular Concesionario, en virtud de ello, este asume la ejecución, conservación o reparación de una obra pública fiscal, a cambio del derecho de explotación de la misma, con un régimen de riesgos compartidos entre el estado y el Concesionario establecido en el contrato» (Rufián, 2018: 28), el contrato de obra pública es «un contrato que celebra el Fisco u otras entidades administrativas personificadas por el que se encarga a un tercero –usualmente una persona jurídica organizada como empresa, pero sin descartar completamente que se trate de una persona natural– la ejecución, reparación, o conservación de una obra pública, sujeto a un régimen jurídico preponderantemente pero no exclusivamente de Derecho Público» (Moraga, 2019: 72 y 73).

1. Para efectos de esa ley, se entiende por obra pública fiscal «cualquier bien inmueble construido, reparado o conservado a cambio de la concesión temporal de su explotación o sobre bienes nacionales de uso público o fiscales destinados al desarrollo de áreas de servicio, a la provisión de equipamiento o a la prestación de servicios asociados».

2. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 15.840 de 1964, Orgánica del MOP y del Decreto con Fuerza de Ley 206 de 1960, sobre construcción y conservación de caminos.

De esta definición Moraga (2019: 74) deduce sus características más representativas: solo puede ser pagada en dinero, no cabe un precio tácito o presunto respecto del contrato, el contrato es siempre solemne y la obra pública es siempre inmueble.

El numeral 15 del artículo 4 del Reglamento para Contratos de Obras Públicas define al contrato de obra pública como «un acto por el cual el Ministerio encarga a un tercero la ejecución, reparación o conservación de una obra pública, la cual debe efectuarse conforme a lo que determinan los antecedentes de la adjudicación, incluyendo la restauración de edificios patrimoniales».

De esta norma se desprenden sus elementos esenciales: actúa como mandante el MOP, las empresas e instituciones que se relacionan con el Estado por su intermedio o las autoridades de dichas reparticiones a quienes les corresponda intervenir y resolver en su representación; y debe tener por objeto la ejecución, reparación o conservación de una obra pública, incluyendo la restauración de edificios patrimoniales.

Desde el punto de vista jurídico el contrato de obra pública es un contrato administrativo, definido como uno de aquellos que se encuentran «tipificados o creados por la ley pública, aun cuando no estén regulados del todo por ella, que debe y puede celebrar la Administración para el cumplimiento de sus fines, funciones y tareas» (Moraga, 2019: 25); sujetos, por ende, a un régimen de normas de derecho público y, por lo tanto, indisponibles para la voluntad de las partes, por cuanto uno de los contratantes —el mandante— es una persona de derecho público sometida a los principios de supremacía constitucional del artículo 6 de la Constitución, que impone a los órganos del Estado el deber de someter su acción a la propia Carta Fundamental y a las normas dictadas conforme a ella, y de legalidad.

Dicho régimen está constituido por normas generales, aplicables a todo contrato administrativo (Constitución Política de la República; Ley 18.575, orgánica constitucional de bases generales de la Administración del Estado; Ley 10.336 Sobre Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República; Ley 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los órganos de la Administración del Estado; Ley 19.886 sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios; normas generales del Derecho Civil), y normas especiales, propias del contrato de ejecución de obra pública (Decreto con Fuerza de Ley 850, Reglamento para Contratos de Obras Públicas, entre otras) (Contador y Torres, 2019: 53).

Al definir su ámbito de aplicación, el artículo 1 del Reglamento para Contratos de Obras Públicas establece que dicho reglamento forma parte de todos los contratos de ejecución de obras celebrados por el MOP, sus direcciones generales y servicios, y por las empresas e instituciones que se relacionen con el Estado por su intermedio salvo aquellos casos calificados en que, por decreto supremo, se aprueben bases especiales que expresamente lo modifiquen.

Por eso, no deja de llamar la atención que, tanto la determinación de los derechos y obligaciones de las partes como la ejecución del contrato «quedan entregadas en

su regulación normativa al mencionado Reglamento [...] y no a una ley, lo que claramente resiente el principio de igualdad entre los contratantes, ya que uno de ellos (MOP) tendrá el enorme privilegio de poder modificar, a su arbitrio, uno de los elementos que forman la relación jurídica contractual entre el Estado /Administración (MOP) y el contratista» (Alarcón, 2014: 363-364).

El contrato de obra pública está sometido a la clasificación formulada por el Código Civil en sus artículos 1439 y siguientes, según la cual es bilateral, oneroso, conmutativo, solemne y principal.

Para López (2010: 105), además, sería un contrato de adhesión, por cuanto sus cláusulas, representadas por sus bases administrativas, son redactadas por una sola de las partes, la entidad licitante, limitándose el contratista a aceptarlas en bloque, adhiriendo a ellas, no pudiendo introducirle modificaciones de ninguna especie salvo que, si las bases de licitación lo autorizan expresamente, presente variantes a partes específicas del proyecto oficial que signifiquen una economía para el Fisco, cumpliendo los requisitos de calidad exigidos (artículo 79); de tracto sucesivo, por cuanto las obligaciones de las partes se van cumpliendo dentro del plazo estipulado para su ejecución; e *intuitu personae*, pues se celebra en especial consideración a las cualidades de los sujetos contratantes. La selección del contratista cobra especial relevancia a través del proceso de licitación: una vez seleccionado, el contratista no puede subcontratar parte de la ejecución de las obras (artículo 101) ni traspasar el contrato (artículo 100) sin obtener la autorización previa de la entidad licitante.

Objetivos del Decreto 75 del Ministerio de Obras Públicas, de 2004

El 1 de diciembre de 2004 fue publicado en el *Diario Oficial* el Decreto 75, Reglamento para Contratos de Obras Públicas, que entró a regir a contar del 1 de enero de 2005 para todos los procesos de licitación, ejecución, recepción y liquidación de obras públicas; además, derogó expresamente el anterior reglamento contenido en el Decreto 15 de 1992, de esa misma Secretaría de Estado.

De acuerdo con lo informado por la Dirección General de Obras Públicas, los objetivos perseguidos por el Reglamento eran los siguientes (Cámara Chilena de la Construcción, 2004: 1).

Mejorar la transparencia y equidad de todo el proceso de gestión de los contratos de obras públicas

Para ello, el artículo 25 del Reglamento para Contratos de Obras Públicas modificó el reconocimiento de la experiencia de profesionales exfuncionarios del MOP —limitándolo solo a aquellos que se hayan desempeñado en el área de construcción—,

cuantificándola de acuerdo con las funciones que hayan ejercido³ y permitió de manera excepcional —siempre que los documentos de la licitación lo establezcan y por razones justificadas por la autoridad competente— emplear el presupuesto compensado⁴ para el pago del contrato por sobre el presupuesto oficial⁵ ya que se estimó que el primero conducía a inequidades cuando cambiaban las cantidades iniciales estimadas si los costos reales del contratista eran diferentes a aquellos estimados por el MOP.

Finalmente, el Reglamento para Contratos de Obras Públicas estableció, como procedimiento de evaluación, que la oferta técnica y económica fueran por separado (artículo 76); definió la información que, como mínimo, debía incluirse en la oferta técnica y estableció un procedimiento para su evaluación (artículo 84):⁶ se analizan primeramente las ofertas técnicas por una Comisión de Evaluación; se descartan las ofertas que no cumplan con los requerimientos técnicos mínimos exigidos; luego, se abren solamente las ofertas económicas de los licitantes que cumplan con los requisitos técnicos y, finalmente, se adjudica el contrato al licitante que haya presentado la oferta más económica para el MOP. Por último, la Comisión de Evaluación emite un informe fundado sobre el rechazo de las ofertas técnicas que así lo ameriten.

Contribuir a integrar el proceso de gestión de los contratos de obras públicas

El Reglamento requiere que las obras que estén subdivididas en dos o más contratos, que se cotizan separadamente, aseguren una adecuada relación entre ellas. Para este fin, en los documentos de licitación, se debe indicar la interacción entre los contratos y precisar con qué otros proyectos interactúan, entregando toda la información que sea pertinente (artículo 2, inciso final).⁷ Además, estableció el calendario de entrega,

3. El Decreto Supremo 15 solo consideraba los años de desempeño en el MOP, amplificados de acuerdo con una fórmula que consideraba, además, la jerarquía alcanzada independiente de las funciones ejercidas.

4. Según el artículo 4 número 32 del reglamento es «La adecuación de los precios unitarios o de las partidas ofrecidos por el contratista para el contrato, y que se obtiene al aplicar a cada precio unitario o partida del presupuesto oficial, la razón entre el valor total de la oferta del proponente y el valor del presupuesto oficial».

5. Según el artículo 4 número 24 del mismo reglamento es “El estudio detallado, efectuado por el Ministerio, de las cantidades, precios unitarios y precio total previsto para una obra y que representa su opinión sobre su valor, excluido el Impuesto al Valor Agregado”.

6. El Decreto Supremo 15 no establecía un procedimiento de evaluación, dejando abierta la posibilidad que este fuera definido en las bases administrativas, lo cual atentaba contra la debida transparencia del proceso licitatorio.

7. El Decreto Supremo 15 no contemplaba disposiciones de este tipo, lo que en ocasiones suscitaba descoordinaciones técnicas en los puntos de encuentro de distintos proyectos, cuestión que, a su vez, originaba reclamos de parte de los contratistas involucrados, debiendo llegar a soluciones técnicas alejadas del óptimo, con sobrecostos que debieron ser absorbidos por el MOP, produciéndose, además,

por parte del MOP, de toda aquella eventual información que no sea posible entregar con los documentos de la licitación (artículo 15) así como un calendario de entrega de terrenos, generalmente definido por el programa de expropiaciones, asumiendo el MOP la responsabilidad por estos incumplimientos (artículos 137 y 138).⁸

Minimizar las situaciones de discrecionalidad por parte de funcionarios del Ministerio de Obras Públicas que pudieran conducir a arbitrariedades reales o aparentes

Para ello, el Reglamento enfatizó que todo acto del MOP que afecte los derechos de los contratistas inscritos en el registro, licitantes o con obras en ejecución, consten en documentos que estén debidamente fundados o con expresión de causa⁹ y que puedan ser conocidos por el afectado; por ejemplo: la suspensión de un contratista del registro; la aplicación, en las bases de licitación, de un procedimiento de evaluación de las ofertas distinto al establecido en el reglamento; el rechazo por la Comisión de Evaluación de una oferta técnica; las calificaciones a un contratista al finalizar la obra, etc.

Además, el artículo 189 del Reglamento incorporó al contrato el régimen de recursos administrativos contenido en el capítulo IV de la Ley 19.880, esto es, los recursos de reposición con jerárquico en subsidio, extraordinario de revisión y de aclaración, sin perjuicio de las vías de impugnación consagradas en disposiciones generales de nuestro ordenamiento jurídico como son los artículos 7 y 38 inciso 2 de la Constitución y 2, 4 y 10 de la Ley 18.575, y a los que pueden acudir los privados afectados por actos de funcionarios o estamentos del MOP, tanto durante el proceso de licitación

retrasos en el desarrollo de los proyectos y conflictos entre las partes involucradas; la probabilidad de ocurrencia de estos hechos aumentaba cuando se desarrollaban los diseños con fuerte desfase en el tiempo e intervención de distintos equipos profesionales lo que, sin duda, acarrea ineficiencias en la ejecución de las obras.

8. El Decreto Supremo 15 no contemplaba esta hipótesis de responsabilidad del MOP.

9. El criterio jurisprudencial contenido, entre otros, en dictámenes 499, de 2012, y 4.567, de 2015, ambos de la Contraloría General de la República, ha precisado que la fundamentación de los actos administrativos se vincula con el recto ejercicio de las potestades otorgadas a la Administración activa, toda vez que permite cautelar que estas se ejerzan de acuerdo con los principios de juridicidad —el que lleva implícito el de racionalidad—, evitando todo abuso o exceso, de acuerdo con los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, en relación con el artículo 2 de la Ley 18.575, y de igualdad y no discriminación arbitraria —contenido en el número 2 del artículo 19 de la Carta Fundamental— como, asimismo, velar porque tales facultades se ejerzan en concordancia con el objetivo considerado por el ordenamiento jurídico al conferir las, por lo que, de conformidad con los dictámenes 23.518 de 2016, 9.317 y 11.316, ambos de 2017, del mismo ente fiscalizador, no basta la mera referencia formal a los motivos invocados por la autoridad en el acto administrativo de que se trate, toda vez que ello no permite conocer, de su sola lectura, cuál fue su raciocinio para arribar a la decisión contenida en él.

como durante el desarrollo del contrato y su liquidación, estableciéndose los plazos correspondientes.

Para Moraga (2019: 563), «el sistema *ius* administrativo de revisión de las decisiones administrativas no excluye de su ámbito de aplicación los actos administrativos contractuales, es decir, aquellos que se dictan con ocasión de la preparación, celebración, cumplimiento, ejecución y terminación de los contratos que celebra la Administración. Es que no se visualiza en el ámbito contractual, que los actos administrativos que se dictan en ejercicio de potestades públicas por causa de un contrato tengan un sistema de revisión de legalidad más débil que el aplicable a cualquier acto administrativo dictado en un ambiente extracontractual».

El Reglamento también definió mejor y acotó las sanciones aplicables a los contratistas derivadas de incumplimientos que les fueran imputables (artículo 45)¹⁰ y fijó la responsabilidad del MOP ante situaciones adversas que sean causadas por razones ajenas a la responsabilidad del contratista como el atraso en la entrega de terrenos, regulada por el artículo 138.¹¹

Mejorar y agilizar las gestiones del proceso de contratación, tendiendo a simplificar trámites, con el consecuente ahorro de tiempos y costos involucrados

Con este fin, el Reglamento para Contratos de Obras Públicas eliminó el requerimiento de que los contratistas inscritos en el registro renovaran anualmente su inscripción; solo se exige la actualización anual de la información contable necesaria para determinar su capacidad económica, además de informes de la Tesorería General de la República y de la Dirección del Trabajo referentes a la inexistencia de deudas morosas y certificación de que las sociedades no han sufrido modificaciones legales (artículo 15), sin perjuicio de la obligación de informar oportunamente cualquier cambio relevante que afecte su estatus ante el registro, bajo pena de la aplicación de sanciones preestablecidas (artículo 43) y de la facultad del jefe del registro de requerir, en cualquier fecha, certificaciones al respecto. Este funcionario, además, aprueba las inscripciones y modificaciones de los contratistas, cuando corresponda, informando posteriormente a la Comisión de Registros.¹² Esta última atiende, también, las situaciones contenciosas.

Por otra parte, los cuadros y tablas que definen las especialidades y categorías del Registro de contratistas quedaron incluidos en un documento distinto del

10. En el Decreto Supremo 15 estas sanciones estaban señaladas en forma más genérica y sujetas a una mayor discrecionalidad respecto a plazos.

11. El Decreto Supremo 15 no establecía esta clase de responsabilidad del MOP.

12. El Decreto Supremo 15 dejaba en manos de la Comisión las inscripciones y modificaciones, organismo que se reúne usualmente una vez al mes, con las consecuentes demoras y uso de tiempo de los funcionarios que la integran.

Reglamento,¹³ de modo que puedan ser actualizados periódicamente por el Ministerio, agilizándose así la tramitación del respectivo acto administrativo.¹⁴

Salvo casos de excepción, el Reglamento evita exigir garantías de seriedad de las propuestas (artículo 76 número 1 letra h) las que, generalmente, son innecesarias e implican gastos evitables que tienen que ser indirectamente solventados por el Fisco; además, la falta de aceptación de una adjudicación ya está penalizada por el Reglamento mediante el término anticipado del contrato, la pérdida de la garantía que hubiere entregado el contratista y su suspensión del registro (artículo 95).

El artículo 96 del Reglamento también permite que la garantía de fiel cumplimiento del contrato sea otorgada, indistintamente, mediante boleta bancaria o póliza de seguro. Esta última es de menor costo y, a través de la Comisión para el Mercado Financiero se elaboró un modelo *ad-hoc* de póliza, que da seguridad de ejecución efectiva.

Sin embargo, la «legislación vigente no contempla los niveles de flexibilidad necesarios para que las empresas contratistas ocupen tales instrumentos de cobertura de riesgos y, en el caso de que la legislación sea más flexible, como el Reglamento de Obras Públicas, en la práctica el proceso se torna engorroso, ya que las pólizas deben ser visadas cada vez por la Fiscalía del MOP. Esto, a pesar de que existen carátulas creadas e inscritas en la SVS, por lo que implementar medidas de este tipo hace necesaria la revisión de los respectivos reglamentos de contratación y realizar las modificaciones correspondientes» (Cámara Chilena de la Construcción, 2015: 73).

Finalmente, el artículo 107 del Reglamento incentivó la presentación de variantes al proyecto, tanto a la fecha de cotización como durante el desarrollo de las obras, con un premio económico proporcional al ahorro que ellas impliquen al MOP.¹⁵

Mejorar la función de la inspección fiscal

El número 9 del artículo 4 del Reglamento para Contratos de Obras Públicas definió al inspector fiscal como el «funcionario profesional que, nombrado en forma competente, asume el derecho y la obligación de fiscalizar la correcta ejecución de las obras y el fiel cumplimiento de un contrato de construcción» y reglamentó de mejor manera el procedimiento de comunicaciones con el contratista las que se efectúan, principalmente, a través del Libro de Obras;¹⁶ entre otras precisiones, estableció las

13. Disponible en: <https://bit.ly/3MSbQHM>.

14. Bajo el imperio del Decreto Supremo 15, cualquier cambio en especialidades y categorías implicaba un cambio al Reglamento a través de la dictación del correspondiente decreto supremo sujeto al trámite de toma de razón con las consiguientes demoras en su tramitación.

15. El Decreto Supremo 15 solo premiaba las variantes propuestas durante la ejecución del proyecto.

16. Según el número 44 del artículo 4 del reglamento el Libro de Obras «contiene toda comunicación que el inspector fiscal dirija al contratista en relación al cumplimiento del contrato, además de las

acciones a tomar en caso de que el contratista vea procedente recurrir ante el inspector fiscal o su jefatura (artículo 116), fijando plazos entre la partes.

Además de lo anterior, creemos necesario mejorar la gestión de los contratos mediante el uso intensivo de tecnologías de la información, implementando una carpeta digital con toda la información relevante de cada contrato (comunicaciones, estados de pago, certificaciones, modificaciones, convenios, etcétera.), haciendo obligatorio el uso del Libro de Obras digital y del correo electrónico como medios de comunicación eficaces y expeditos entre el inspector fiscal y el contratista, en reemplazo de las tradicionales y anacrónicas anotaciones y oficios. Ello, en sintonía con la Ley 19.799 sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación de dicha firma y la Ley 21.180, de Transformación Digital del Estado, que establecen, entre otros principios, el de equivalencia funcional de los soportes, que consiste en que los actos administrativos y contratos otorgados o celebrados por medio de firma electrónica son válidos y producen los mismos efectos que si se hubieran emitido o suscrito en papel.

El Reglamento para Contratos de Obras Públicas también estableció que un funcionario competente, previo a la adjudicación del contrato, emitiera un informe de inspeccionabilidad del proyecto (artículo 82),¹⁷ en el cual se establecen las condiciones necesarias y los recursos humanos y materiales requeridos para que el inspector fiscal pueda desarrollar adecuadamente sus funciones. De esta manera, se comprometió a la superioridad a tomar conocimiento y responsabilizarse de que el inspector fiscal cuente con los recursos y el apoyo necesario para el desarrollo de sus funciones.

Incentivar una mayor competencia e idoneidad de los contratistas inscritos en el Registro General de Contratistas del Ministerio de Obras Públicas

El Reglamento precisó los requisitos de calidad profesional (artículos 30 y siguientes) y de planta profesional (artículos 36 y siguientes) exigidos a los contratistas inscritos en el registro del MOP, de modo de garantizar la idoneidad de la empresa para ejecutar faenas en las especialidades y categorías en que esté inscrito. Por ejemplo, se estableció que la calidad profesional del contratista debe demostrarse a través de la experiencia de su equipo gestor¹⁸ y no de socios o directores que pudieran tener solo

anotaciones relativas al desarrollo de un contrato de obras, tales como la resolución de adjudicación del contrato, identificación del inspector fiscal, del profesional residente, subcontratistas que participaron en la obra con sus correspondientes autorizaciones, especialistas que participaron en el contrato de obra, prevencionista de riesgos, etc. Este Libro puede sustentarse en soporte de papel o digital, según lo establezcan las Bases Administrativas del contrato».

17. Este informe no estaba contemplado por el Decreto Supremo 15.

18. Según el número 13 del artículo 4 del reglamento es el «equipo gerencial del contratista, pudiendo incluir a sus socios y directores que cumplan un rol activo en la gestión de dicha empresa».

presencia simbólica dentro de la empresa. Además, precisó mejor la cuantificación de la experiencia de los profesionales en el campo de acción de la especialidad en que pretenda inscribirse.

Para la inscripción o modificación de contratistas en el registro correspondiente, el artículo 39 del Reglamento requiere que, además de no registrar protestos comerciales no aclarados, no registren deudas laborales, previsionales o tributarias morosas. Finalmente, su artículo 11 aceptó la presentación a licitaciones de consorcios que complementen especialidades.¹⁹

Contraloría General de la República

Para efectuar un diagnóstico de la aplicación práctica del Reglamento a los contratos debemos recurrir al «Estudio sobre observaciones y recomendaciones en la ejecución de contrato de obra pública» elaborado por la División de Infraestructura y Regulación de la Contraloría General de la República en noviembre de 2016.

Dicho estudio tenía por objetivo identificar las principales anomalías que afectan la ejecución de los contratos de obras públicas, sus tendencias, orígenes, casos significativos y recomendaciones, sobre la base de las fiscalizaciones realizadas entre los años 2012 y 2015. Para ello se consideraron las observaciones relevantes²⁰ contenidas en informes de inspección, auditorías e investigaciones especiales referidas a la ejecución de contratos mencionados.

En el período fueron fiscalizados 2.291 contratos ejecutados por distintas entidades del sector público, tales como Servicios de Salud, Serviu, Municipalidades, MOP y otras, dependientes o relacionadas con los ministerios de Interior y Seguridad Pública, Defensa Nacional, Justicia, Educación (incluyendo universidades del Estado), Transportes y Telecomunicaciones, Agricultura y Deporte. La Contraloría constató 907 contratos con observaciones relevantes y formuló un total de 1.948 observaciones relevantes.

De estas cifras fueron fiscalizados 450 contratos a cargo del MOP, lo que representa un 20% del total de contratos fiscalizados; de ellos, 155 fueron observados (17% del total), en tanto que las observaciones relevantes llegaron a 295 (15% del total). Estas

19. El Decreto Supremo 15 solo permitía la presentación de consorcios en el caso de registros especiales.

20. De acuerdo con el artículo 52 de la Resolución 20 de 2015 del Reglamento de Auditorías, la Contraloría califica las observaciones como altamente complejas, complejas, medianamente complejas y levemente complejas según su magnitud, reiteración, detrimento patrimonial y eventuales responsabilidades funcionarias comprometidas, entre otros criterios.

PARA efectos de este estudio, las observaciones relevantes se determinaron en base al examen de las categorizadas como altamente complejas y complejas. Del alcance del estudio se excluyeron las fiscalizaciones asociadas a transferencias para inversión en infraestructura, subsidios, contratos de mantención y reparaciones menores.

observaciones dicen relación con incumplimientos de la normativa técnica; partidas pagadas anticipadamente; falta de permisos requeridos para las obras; irregularidades asociadas a las modificaciones de los contratos; inexistencia o insuficiencias de cauciones; falta de aplicación de multas o errores en su cálculo; deficiencias en procesos de recepción de las obras; falencias en la formulación de estados de pago; ausencia de control financiero de la inversión; falencias en procesos de diseño; deficiente inspección administrativa de la obra; falencias en los procesos de contratación; y otras como obras inconclusas y abandonadas, observaciones asociadas a plazos, retrasos en la ejecución de obras, liquidación anticipada de contratos y otros incumplimientos técnicos y administrativos.

A efectos de su análisis, la Contraloría agrupó las causas probables de estas irregularidades en cuatro grupos:

- *Antecedentes técnicos, legales y financieros.* Se detectaron falencias en las bases administrativas y/o términos de referencia, proyectos incompletos en la etapa de licitación y falencias en la coordinación de los intervinientes en la etapa de diseño.
- *Funcionarios encargados de su supervisión y control.* Se constató la falta de competencias técnicas de los inspectores fiscales, multiplicidad y desconocimiento de sus funciones²¹ y de la normativa que rige la materia.
- *Asesoría a la inspección fiscal.* Se detectó la inexistencia de criterios objetivos para determinar la pertinencia de una asesoría,²² falta de estandarización de los requisitos mínimos que deben cumplir y falencias en cuanto al control de sus funciones.
- *Control y gestión de la obra pública.* Se encontró ausencia de una estructura organizacional adecuada en materia de inversión en infraestructura, falta de experiencia de la alta dirección en materias de inversión en infraestructura, falta de procedimientos de control técnico, financiero y administrativo de las obras y falta de apoyo técnico y legal en materias asociadas a inversión e infraestructura.

21. «Desde el punto de vista reglamentario el inspector fiscal tiene las siguientes funciones: a) velar por los intereses del MOP en la construcción de obras de infraestructura; b) garantizar una correcta, completa y oportuna ejecución de la obra y c) controlar y hacer cumplir el Programa de Trabajo y las estipulaciones del contrato» (Contador y Torres, 2019: 266).

22. De acuerdo con el numeral 11 del artículo 4 del Reglamento la Asesoría de Inspección es «Persona natural o jurídica especialmente contratada, que bajo la dirección del inspector fiscal, colabora con éste en la fiscalización de un contrato de construcción».

ESTA asesoría se presta a través de un contrato de consultoría, regulado por el Decreto 48 de 1994 del Reglamento para la Contratación de Trabajos de Consultoría (MOP).

De acuerdo con los resultados obtenidos la Contraloría formuló una serie de recomendaciones de mejora, que consideran los aspectos generales y las etapas de desarrollo del contrato de obra pública, en materias de:

- *Uniformidad de la regulación*, avanzando hacia una normativa aplicable a todas las reparticiones que ejecutan obras —canalizada a través del sistema de contratación de la Ley 19.886— y al uso de bases tipo, exentas del control preventivo de legalidad de acuerdo con la Resolución 7 de 2019 —con el consiguiente ahorro de tiempo y recursos asociados—, las que conducirían a una estandarización de las regulaciones, procedimientos y criterios, al establecer reglas comunes para todos los procesos concursales que se efectúen y contratos que se celebren.
- *Actividades previas a la contratación*, como contar con proyectos con diseño acabado y situaciones atinentes resueltas, bases administrativas que comprendan todas las regulaciones del contrato, recursos humanos con experiencia adecuada a la magnitud y tipo de la obra, financiamiento suficiente, y contar con la totalidad de los antecedentes y autorizaciones requeridos para la ejecución de la obra.
- *Proceso de contratación*, el que debe ser realizado en concordancia con las disposiciones y principios que corresponden conforme a la normativa, los antecedentes del proyecto deben contar con las aprobaciones necesarias y ser concordantes entre sí, se debe verificar el cumplimiento de todas las condiciones requeridas a la empresa contratista, dar prioridad a los procesos de licitación pública —no solo por exigencias normativas, sino por los beneficios que esta modalidad presenta al incorporar una mayor cantidad de oferentes al proceso— y establecer los controles necesarios para la adecuada garantía del contrato.
- *Ejecución de la obra*, estableciendo controles —incluso aleatorios— que permitan que la responsabilidad sobre la ejecución de la obra no quede entregada únicamente a la inspección fiscal, definiendo controles de calidad —tanto de materiales como de ejecución de la obra— acordes a la naturaleza del contrato, disponiendo medidas necesarias y suficientes para la modificación de los contratos, aplicar correcta y oportunamente las multas que correspondan y considerar que la asesoría sea un apoyo real y concreto a la labor de fiscalización del contrato.
- *Recepción, liquidación y explotación de la obra*, gestionar oportunamente la recepción y liquidación de los contratos, considerando la participación de profesionales competentes en las comisiones de recepción que hayan tomado conocimiento previo del proyecto en cuestión, resolviendo, así, las observa-

ciones pendientes de subsanar a las partidas objetadas con antelación dentro del período de garantía del contrato y adoptando los resguardos que permitan dar buen término a la obra, para asegurar que se encuentra completamente terminada y ejecutada de acuerdo con el contrato, y evitar su recepción tácita (artículo 176).²³

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Otra institución pública que realizó recomendaciones de mejoras al Reglamento para Contratos de Obras Públicas fue el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. A petición de siete empresas contratistas (Icafal, Ingeniería y Construcción S.A.; Sociedad Ingeniería, Construcción y Maquinaria SpA; Constructora IS Ltda.; Inversiones Morval Ltda.; Constructora de Pavimentos Asfálticos Bitumix S.A.; Bitumix Austral S.A. y Constructora Luis Navarro SpA), inició el Expediente de Recomendación Normativa²⁴ rol 26-18.

En su solicitud, las empresas consultantes pedían que el Tribunal propusiera al Ejecutivo un cambio normativo de los artículos 11, 41 y 101 del Reglamento, toda vez que estos, en su opinión, atentan contra la libre competencia.

En lo que respecta al artículo 11, las empresas indican que, si bien, la posibilidad de adjudicarse y ejecutar obras públicas a través de consorcios ofrece ventajas tanto para el MOP como para las empresas, su redacción establece requisitos o restricciones que atentan contra la libre competencia. La primera de ellas —la obligación de constituir una persona jurídica distinta de los contratistas que conforman el consorcio, con un objeto único y que se disolverá al momento en que concluya la obra— aumenta los costos de los contratistas que forman consorcios y genera problemas legales, tales como la modificación de los contratos de los trabajadores, la obtención de los

23. De acuerdo con la jurisprudencia administrativa, la recepción tácita opera «cuando la administración, infringiendo la normativa regulatoria en la materia, inaugura y entrega al uso público una obra inconclusa, cesando la responsabilidad del contratista por problemas que aparezcan después de ocurrida aquella, salvo que estos se originen en fallas de la construcción, ejecución apartada de las especificaciones técnicas, contravención de las reglas básicas de la técnica constructiva y utilización de materiales de notoria mala calidad». Contraloría General de la República, dictamen 1.346 de 2006.

24. Entre las atribuciones que el artículo 18 del Decreto Ley 211 otorga al Tribunal se encuentra: «4) Proponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas. En todo caso, el ministro receptor de la propuesta deberá manifestar su parecer sobre ésta. La respuesta será publicada en el sitio electrónico institucional del Tribunal, de la Fiscalía y del Ministerio de que se trate».

permisos respectivos, la creación de sistemas contables y tributarios independientes, entre otros. Respecto de la segunda —aquella que sólo permite la constitución de consorcios para la complementación de especialidades—, indican que ampliar la posibilidad de crear consorcios complementando experiencia o capacidad económica permitiría la participación de empresas que, por sí solas, no podrían ejecutar la obra licitada. Esto, además, les permitiría adquirir mayor experiencia incentivando su participación. Los consultantes añaden que la solidaridad entre los socios del consorcio y las garantías que deben otorgar en conformidad al contrato permiten dejar indemne al MOP ante algún incumplimiento.

Respecto del artículo 41, exponen que establece una restricción para que empresas relacionadas puedan inscribirse, simultáneamente, en un mismo registro del Registro de contratistas del MOP. Afirman que dicha restricción les afecta ya que, algunos de ellos, están relacionados entre sí y no pueden inscribirse en el mismo registro. Explican que el Registro de contratistas es un registro de empresas que construyen obras públicas licitadas por el MOP, cuya inscripción los habilita para poder participar en las licitaciones públicas convocadas por esa Secretaría de Estado. Para que una empresa pueda inscribirse requiere acreditar capacidad económica y experiencia en la especialidad respectiva. Agregan que las empresas pueden tener interés en constituir empresas o sociedades relacionadas por diversas razones legítimas como dividirse de acuerdo con especialidades o territorio, distribuir riesgos, descentralizar su administración, entre otras, y cuestionan la finalidad de la restricción contenida en el artículo 41 del Reglamento para Contratos de Obras Públicas. Concluyen que no existe una afectación a la libre competencia con la inscripción simultánea de dos empresas relacionadas en el Registro de contratistas. Si lo que se quiere es evitar que empresas relacionadas participen en un mismo proceso licitatorio, ello podría establecerse en el Reglamento o en las bases de licitación, pero no en la inscripción en el Registro de contratistas. Exponen, además, que esta restricción constituye una barrera de entrada a la inscripción que no tiene relación con la finalidad del Registro, esto es, listar aquellas empresas que cumplen con los estándares técnicos, económicos y profesionales necesarios para ser oferente en las licitaciones públicas reguladas por el Reglamento para Contratos de Obras Públicas. Las empresas solicitan se elimine esta restricción, o bien, se modifique la norma bajo parámetros que permitan la libre competencia.

Finalmente, objetan el artículo 101 por dos razones. Primero, porque no define qué debe entenderse por subcontrato o subcontratista. Esta falta de definición ha llevado a una interpretación arbitraria del Reglamento por parte de los fiscalizadores del MOP, quienes interpretan de distinta forma qué debe entenderse por subcontrato y, por ende, cuando se está en presencia de un incumplimiento al artículo 101. A su vez, señalan que no todos los proveedores de un contratista cuentan con un registro específico para su especialidad, por lo que se verían impedidos de cumplir con la norma. Segundo, porque la exigencia de inscripción en el Registro de los subcontratistas

es absurda ya que tendría como consecuencia equiparar el régimen del contratista adjudicatario —obligado principal del contrato— con el de las empresas que proveen al contratista de algún servicio específico. La conclusión anterior se ve reforzada porque, de acuerdo con el mismo artículo, el contratista es el único responsable ante el MOP de la ejecución de la obra licitada y, según lo dispuesto por el artículo 183 letra b) del Código del Trabajo, el contratista es solidariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales. A juicio de las empresas, la ausencia de regulación sobre la materia puede significar que la empresa contratista deba poner término a contratos con empresas proveedoras de servicios, lo que redundaría en una disminución del ritmo de actividades y en un aumento de los precios para ofertar las obras. Estas circunstancias restringirían el acceso al mercado de obras públicas a empresas que, a pesar de cumplir con los estándares de calidad exigidos por el MOP, no pueden participar como subcontratistas por lo que solicitan una modificación del artículo 101 del Reglamento, para que la norma clarifique o defina qué debe entenderse por subcontratista y que se elimine la obligación del subcontratista de tener inscripción vigente en el o los registros y categorías del Registro de contratistas que procedan, según los documentos de la licitación de acuerdo con las actividades que desarrollarán.

Cámara Chilena de la Construcción

En el mismo Expediente de Recomendación Normativa, la Cámara Chilena de la Construcción junto a Constructora Conpax SpA efectuaron una presentación en la que, además de apoyar las peticiones de los anteriores solicitantes, consideraron que el Reglamento para Contratos de Obras Públicas obstaculiza innecesariamente la participación de ciertos contratistas y establece condiciones de contratación que resultan ser inciertas para los interesados en participar en las licitaciones convocadas por el MOP, las que impedirían, restringirían o entorpecerían la competencia o producirían dichos efectos.

En relación con la regulación del artículo 101 del Reglamento, señalan que la falta de definición del concepto de subcontratación ha motivado numerosos problemas a los contratistas pues los inspectores fiscales del MOP son discrecionales en su aplicación. Añaden que la obstaculización de la entrada de ciertos contratistas, además de generar condiciones de contratación inciertas, afectan también a la libre competencia. Agregan que los subcontratistas de menor tamaño ejecutan subcontratos por la vía de contratos directos celebrados con los trabajadores de la empresa de menor tamaño por el período que dure la obra. Por último, critican que el subcontratista deba estar inscrito en el Registro de contratistas y en el mismo registro y categoría que el contratista adjudicado, pues existen subcontratistas altamente calificados que pueden estar inscritos en un registro distinto del contratista que busca subcontratar una especialidad de la cual carece; y el límite máximo de 30% a la subcontratación, ya

que no existiría una justificación razonable del mismo atendido que la responsabilidad por la ejecución de las obras recae en el contratista principal.

A lo anterior, agregan la necesidad de que el reglamento establezca mecanismos de solución de controversias efectivos que permitan dar una solución oportuna a los inconvenientes propios de cada obra ejecutada en conformidad al Reglamento.

En este mismo sentido, la misma Cámara Chilena de la Construcción había expresado (2015: 96) que «a nivel internacional, desde hace varias décadas, se ha promovido la Resolución Alternativa de Conflictos [...] como el principal remedio a la costosa resolución judicial de conflictos. La ADR puede ahorrar tiempo, energía y recursos, mantener la confidencialidad y lograr certeza. Un sistema sofisticado y bien administrado para resolver conflictos puede ayudar a mantener un proyecto en movimiento, incluso cuando se presentan disputas».

Las empresas indican que, sin este mecanismo, cualquier dificultad que pueda generarse en la ejecución del proyecto impacta en los plazos y costos del contratista, afectando su decisión a participar en la licitación y el precio a ofertar. A lo anterior, agregan que los funcionarios del MOP tampoco cuentan con las herramientas necesarias para dar respuestas oportunas a los imprevistos que van sucediendo. Ante esto, los inspectores fiscales y representantes del MOP han optado por recurrir a la Contraloría o a los Tribunales de Justicia, según sea el caso, lo que extiende los tiempos de resolución de conflictos, debiendo el contratista asumir los costos asociados al período de decisión y continuar con la ejecución de la obra, lo cual, a nuestro juicio, demuestra la ineficacia de la aplicación del régimen de recursos administrativos de la Ley 19.880 al contrato de obra pública, puesto que, siendo la administración parte del contrato y autoridad llamada a resolver, difícilmente va a modificar sus decisiones previamente adoptadas por esta vía.

Por otra parte, en relación con la actuación de los tribunales ordinarios de justicia (Consejo de Políticas de Infraestructura, 2019: 16) se expresa que según «datos obtenidos de los Juzgados de la Región Metropolitana, la judicialización en los contratos de construcción, a pesar de presentar aún números bajos, muestra un importante aumento en el tiempo: las causas ingresadas en 2010 fueron 16, en tanto que en 2015 se ingresaron 70, existiendo un aumento del 337%».

Por ello, parecería aconsejable reformar la Ley 19.886 para extender su aplicación a los contratos de obra pública. Así, el Tribunal de Contratación Pública podría conocer y resolver las demandas de impugnación deducidas contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en procesos de licitación de obras públicas que tengan lugar entre la aprobación de las bases y su adjudicación,²⁵ extendiendo su

25. En la actualidad, su acotada competencia «no comprende todos los conflictos a que dé lugar la contratación administrativa en todas sus fases, desde su gestación hasta su término y ejecución, sino que la competencia del TCP únicamente comprende la primera etapa de tal contratación: la licitación; según

competencia, a la ejecución de la obra, la liquidación del contrato y al período de garantía. De esta forma se daría a los contratistas la posibilidad de acceder a una jurisdicción especializada en materia de contratación público-administrativa, como ocurre en otros ámbitos con los Tribunales Tributarios y Aduaneros o Ambientales, sustrayendo estos conflictos, altamente sofisticados, del conocimiento de los tribunales ordinarios de justicia, con el consiguiente ahorro de tiempo y recursos, para otorgar a las partes mayor certeza jurídica en su resolución y dando a este tribunal, verdaderamente, el carácter de un tribunal de contratación y no de adjudicación, como ocurre en la actualidad.

Ministerio de Obras Públicas

Mediante oficio 118, de 31 de enero de 2019, la Dirección General de Obras Públicas se opuso a las solicitudes efectuadas por las empresas. En términos generales, señaló que acogerlas implicaría anular el propósito y espíritu de las normas contenidas en los artículos 11, 41 y 101 del Reglamento para Contratos de Obras Públicas, transgrediendo los principios de especialidad, experiencia, igualdad de los proponentes y resguardo del interés fiscal. Además, los actuales preceptos evitan la arbitrariedad y la creación de barreras artificiales y, en consecuencia, promueven la libre competencia.

En relación con el artículo 11, señaló que su existencia permite aumentar la cantidad de proponentes a través de la complementación de especialidades, establece responsabilidades objetivas de la nueva empresa de giro exclusivo que se crea como consorcio y establece una responsabilidad solidaria en forma individual por las obligaciones contraídas para proteger el interés fiscal. Sobre el artículo 41 expuso que este tiene por finalidad asegurar la igualdad entre todos los licitantes y evitar eventuales acuerdos indebidos entre empresas inscritas en el Registro; afirmó que su incorporación a nivel del Registro es apropiada, toda vez que resultaría imposible controlar los aspectos antes mencionados a nivel de licitación. En lo que respecta al artículo 101, indicó que la exigencia a los subcontratistas de estar inscritos en los registros del MOP y que su contratación requiera de una autorización previa es necesaria y evidente²⁶, ya que carecería de sentido exigir dichos requisitos al contratista que se

la ley: “entre la aprobación de las bases de la respectiva licitación y su adjudicación, ambos inclusive”. Dejando, de ese modo, al margen las siguientes etapas de la contratación, desde el momento posterior a la adjudicación (como la celebración y el perfeccionamiento del contrato) hasta la terminación del mismo» (Vergara Blanco, 2016: 359).

26. Este artículo señala que el contratista puede subcontratar parte de las obras siempre que obtenga autorización previa de la Dirección contratante manteniéndose, en todo caso, como responsable de las obligaciones contraídas tanto con el Ministerio como con los trabajadores. Esto último permite aplicar al contrato de obra pública la figura de la subcontratación, introducida por la Ley 20.123 al nuevo título 7 del Libro I del Código del Trabajo que regula este régimen.

adjudica el contrato para, luego, permitir que este ceda la ejecución de la obra a una o más empresas que no están inscritas.

Por último, en relación con la petición de normar un mecanismo de solución de controversias, mediante oficio 734, de 26 de agosto de 2019, informó al tribunal que, en conjunto con el Instituto de la Construcción y la Cámara Chilena de la Construcción, la Dirección General de Obras Públicas se encontraba trabajando en un plan piloto para la implementación de este tipo de mecanismos que —dependiendo de sus resultados— podría determinar su eventual aplicación a una mayor cantidad de contratos.

Finalmente, la Fiscalía Nacional Económica evacuó un informe²⁷ sobre las solicitudes efectuadas sosteniendo, en síntesis que, de todas las planteadas, solo debiese aceptarse aquella relativa al artículo 101 para promover la subcontratación entre no competidores. Las otras no debiesen acogerse, atendidos los riesgos a la competencia asociados a su aceptación.

Decisión del Tribunal

En sentencia de 12 de marzo de 2020, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia propuso al Presidente de la República:²⁸

- Reemplazar la restricción para la inscripción en el Registro de contratistas, establecida en el artículo 41 del Reglamento para Contratos de Obras Públicas, por una prohibición de participación en una misma licitación.
- Establecer la obligación de informar, anualmente, cualquier cambio en las relaciones de propiedad y administración entre las empresas inscritas en el Registro de contratistas en los términos que señalan las letras c) y f) del artículo 41

ESTA normativa, de acuerdo con el Dictamen Ordinario número 0141/05 de la Dirección del Trabajo, «resulta también aplicable a las instituciones o empresas del Estado o aquellas en que éste tenga aportes, participación o representación, siempre que sus funcionarios o trabajadores no se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial o que, estando sujetos a un estatuto de tal naturaleza, éste no contemple disposiciones que regulen el trabajo en régimen de subcontratación. Por lo tanto, resulta aplicable al Ministerio de Obras Públicas en calidad de empresa principal para efectos de esta regulación» (Contador y Torres, 2019: 209).

27. Artículo 31, en relación con el número 4 del artículo 18 del Decreto Ley 211.

28. Comunicada al MOP mediante Oficio Ordinario 26 de 24 de marzo de 2020, reiterado por Oficio Ordinario 246 de 17 de noviembre de 2021. En respuesta a este último, la Fiscalía del MOP —Oficio Ord. número 342 de 20 de enero de 2022— señaló que «la Dirección General de Obras Públicas ha realizado una nueva propuesta de redacción de modificación del Reglamento para Contratos de Obra Pública, para cumplir con dicho cometido, cuya última versión ha sido respondida recientemente por esta Fiscalía, por lo que todavía no se encuentra afinada la redacción final de la propuesta de modificación al referido Decreto Supremo MOP N°75».

del Reglamento para Contratos de Obras Públicas, y la obligación de agregar a la presentación de la oferta en licitaciones de obras públicas una declaración jurada relativa al cumplimiento de esta normativa.

- Revisar el artículo 101 del Reglamento en el siguiente sentido:

Definir qué se entiende por subcontratación para efectos de las licitaciones para contratos de obras públicas;

Eliminar la obligación de que los subcontratistas se encuentren inscritos en el Registro de contratistas del MOP;

Establecer una prohibición de subcontratación de empresas inscritas en la misma categoría y especialidad que la empresa adjudicataria; y

Evaluar la pertinencia de elevar el porcentaje máximo de subcontratación de un contrato de obra pública.

- Incorporar al Reglamento un mecanismo de resolución temprana de controversias entre el mandante y el adjudicatario de la obra.

En el mismo sentido, con anterioridad, la Cámara Chilena de la Construcción había propuesto introducir explícitamente para los contratos de obra pública mecanismos de mediación, conciliación y arbitraje como herramientas complementarias a la solución judicial. Específicamente, proponemos diferenciar los mecanismos por tipo de proyecto, tal como hemos desarrollado en las secciones anteriores de este capítulo de conclusiones: i) para proyectos grandes y/o complejos proponemos adoptar exactamente la misma regulación de Concesiones, por ejemplo, usando el mismo panel de expertos, mismas cláusulas y contratos, ii) para proyectos estándares o menores, se recomienda explicitar mecanismos de resolución temprana (mediación, conciliación y arbitraje) y así tratar de minimizar la judicialización de las controversias y el rol de la Contraloría sobre todo en temas técnicos. Actualmente, existen instancias en Chile que pueden cumplir este rol de mediación, conciliación y arbitraje, lo que debe ser materia de un diálogo con la autoridad para llegar a un consenso (Cámara Chilena de la Construcción, 2015: 100).

Comisión Nacional de Productividad

Mediante el Oficio Ordinario 8.418 de 14 de octubre de 2019, los ministerios de Hacienda y Economía, Fomento y Turismo solicitaron a la Comisión Nacional de Productividad²⁹ el desarrollo de un estudio sobre productividad en el sector de la construcción, a fin de identificar las principales barreras de crecimiento de la productividad en ese ámbito y proponer recomendaciones de política pública para mejorar su desempeño.

Con este fin la Comisión Nacional de Productividad desarrolló un trabajo colaborativo y complementario con la Cámara Chilena de la Construcción, que permitió identificar 135 hallazgos que obstaculizan la eficiencia de la construcción y efectuar 73 recomendaciones de mejora los que, para efectos de su análisis e implementación en el contrato de obra pública, se sintetizan en la **tabla 1**:

Consejo de Políticas de Infraestructura

Surgido en 2013 como un espacio de debate y reflexión, el Consejo de Políticas de Infraestructura (CPI) reúne a académicos y profesionales del ámbito privado, dirigentes gremiales y otras personas interesadas en el tema, afines y preocupadas por el desarrollo de las infraestructuras, con el objeto de generar políticas de Estado que orienten su desarrollo de forma integral a largo plazo.

Entre sus actividades se cuenta la publicación de los Cuadernos del CPI, publicaciones temáticas elaboradas a partir de actividades de extensión como talleres, diálogos y consultas directas con expertos, altos funcionarios públicos, consultores y académicos.

En el Cuaderno número 114 «Modificaciones normativas inmediatas para un mejor desarrollo de las obras públicas en Chile» de 2019, el CPI propuso algunos cambios inmediatos orientados a agilizar el desarrollo de la infraestructura y adecuar aspectos normativos, resguardando la debida transparencia en la contratación pública. Entre ellos propone:

- La creación de una instancia formal que permita dirimir, ágilmente, la pertinencia de un determinado aumento o cambio de ingeniería e incorporar su participación en las bases de licitación respectiva; además, definir qué aumentos de plazos, por variables no atribuibles al consultor, requieren compensación del aumento de gastos generales.

29. Creada como Comisión Asesora Presidencial de Productividad por Decreto 270 de 2014, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, como un ente de carácter consultivo, independiente y autónomo, cuya misión es asesorar al Gobierno en materias de aumento de la productividad, proponiendo políticas públicas, técnicamente sustentables, que consideren la opinión de la sociedad civil.

A partir de agosto de 2021 pasó a denominarse Comisión Nacional Asesora de Evaluación y Productividad.

Tabla 1. Hallazgos que obstaculizan la eficiencia de la construcción y recomendaciones de mejora

Número	Hallazgo	Recomendación
5.3	Los antecedentes de referencia que acompañan a las bases de licitación se presentan a privados de manera tardía, lo que deriva en extensiones en la programación de la obra (tanto de la licitación como su ejecución), y en aumentos de costos frente a correcciones relevantes.	Fijar plazos máximos para el proceso de licitación y establecer criterios específicos sobre los cuales se permita una extensión del plazo modificando, para tales efectos y entre otros, el artículo 70 del Reglamento para Contratos de Obras Públicas.
5.4	Los tiempos efectivos de una licitación son superiores a los originalmente contemplados, lo que genera incertezas en torno al proceso, tanto para el Estado como para los privados, ya que desajusta los otros procesos relevantes para el desarrollo del proyecto y respecto de los plazos que el privado considera para el análisis de su oferta.	Mandarar, vía instructivo, la elaboración de un repositorio digital— disponible en la página web de cada servicio ejecutor— que contenga las preguntas y respuestas más frecuentes presentadas durante los concursos, ordenadas por temática. Además, modificar el Reglamentos para Contratos de Obras Públicas, estableciendo reuniones virtuales y anónimas de resolución de dudas, para proyectos de ejecución de alta envergadura. Por último, reflejar, en tiempo real, las correcciones realizadas a las bases y publicitarlas.
7.1	Las funciones del inspector fiscal —de fiscalización y gestión en diversas materias— son abundantes y exceden aquellas de figuras análogas en la experiencia internacional. Adicionalmente, la carga de estos funcionarios se puede ver abultada por funciones adicionales a la de inspección fiscal (caso Dirección de Vialidad).	Para acotar el ámbito de las funciones y competencias del Inspector Fiscal, se sugiere modificar el título 5 del Reglamentos para Contratos de Obras Públicas, dividiendo sus funciones entre dos funcionarios (ambos sometidos al Estatuto Administrativo en el contexto de sus funciones): uno asociado a la fiscalización del contrato y otro asociado a la gestión de este*.
7.4	En contratos a serie de precios unitarios, existen diferencias relevantes de interpretación respecto de qué se entiende por un aumento o disminución de obra, y por obras nuevas o extraordinarias, por cuanto la Fiscalía MOP señala que los cambios se asocian a obras extraordinarias. Lo anterior afecta el tiempo de tramitación de la modificación y puede amenazar la continuidad del contrato, si se exceden los montos permitidos.	En línea con los numerosos dictámenes de la Contraloría, se sugiere modificar el artículo 105 del Reglamentos para Contratos de Obras Públicas, dejando explícito que la ejecución de obras nuevas o extraordinarias en contratos de serie a precios unitarios está asociada al empleo de materiales con características diferentes a las especificadas o contenidas en los antecedentes que sirven de base al contrato. Esto, complementando las definiciones de los números 33 y 34 del artículo 4 del reglamento para que sean acordes con los artículos 102 y 105.
7.7	En cerca de un 20% de las modificaciones la tramitación del decreto supremo no conlleva valor agregado práctico, al tratarse de cambios sin compensaciones, sobre los que ya se emitió la resolución de urgencia. En promedio, esto se traduce en un año de burocracia adicional y consecuente gasto de recursos del Estado	Mejorar los procesos administrativos de modificación de los contratos, vía resolución, mandando la implementación de trazabilidad de todas etapas de las modificaciones, permitiendo acceso a todos los involucrados, incluyendo a los contratistas y modificando, así, el Reglamentos para Contratos de Obras Públicas, incorporando plazos máximos para dictar las resoluciones de modificación de contrato.

*La CChC comparte esta opinión ya que «la figura del inspector se justifica en la práctica, pues responde a una necesidad, la de fiscalizar. Por lo demás, esta función y figura, existe con los mismos objetivos y atribuciones en otros países del mundo, buscando básicamente lo mismo: procurar la correcta implementación del contrato. Su figura no es de gestión sino de control y seguimiento, las cuales son funciones distintas, con perfiles de personas distintas y con instrumentales y prácticas distintas, tal como ocurre en el Estado y en las empresas.

Una mirada más integral del problema da cuenta de la necesidad de que, al menos en proyectos de mayor envergadura, se requiere de un estamento que vele por su correcto desarrollo, desde su diseño hasta su entrega y puesta en marcha, pero esta vez desde el punto de vista de la gestión de proyecto, de su toma de decisiones y de la relación con los stakeholders de la obra. Esto es lo que se conoce como gerente de proyecto (o project manager). Así, nuestra recomendación es mantener el inspector fiscal, pero crear la figura del gerente de proyecto. En este caso es necesario tener dos cargos, dos perfiles, para dos tareas bastante distintas» (Cámara Chilena de la Construcción, 2015: 90).

- La adaptación de los contratos y roles de cada uno de los actores para resolver imperfecciones, modificaciones o ajustes de los proyectos en etapa de ejecución ya que la normativa vigente no considera la distancia en el tiempo que media entre el desarrollo de las ingenierías y la ejecución física de la obra. El impacto de esta carencia se manifiesta en costos y plazos debido a la demora para resolverlos, además del riesgo de malas prácticas en la solución de las controversias que pudieran suscitarse. Se requiere, por tanto, una modernización de la normativa que permita resolver rápida y oportunamente las variaciones de los proyectos y una definición clara de los roles y de las funciones que competen al MOP (como ente técnico) y a la Contraloría (como ente fiscalizador) en la materia, de manera tal, que el interés fiscal esté bien resguardado pero, al mismo tiempo, los proyectos no se entraben por cuestiones administrativas.
- La incorporación de ingeniería de acompañamiento durante la ejecución de la obra para complementar el diseño con que se licitó la obra y así evaluar, técnicamente y caso a caso, las necesidades reales de modificación del proyecto
- Mejorar el tratamiento normativo del Reglamento para Contratos de Obras Públicas a materias como aumentos de cantidades de obras y obras extraordinarias, disminuciones de obras o cantidades, tratamiento normativo del aumento de plazo del contrato y mejoras en la resolución de controversias. La mayoría de los proyectos de obras públicas se ejecutan en plazos mayores a los inicialmente planificados, lo que se traduce en mayores costos de la obra y un creciente grado de judicialización de los contratos. Una de las razones de esta demora es la falta de decisión oportuna de los inspectores fiscales para resolver aquellas materias o inconvenientes técnicos que ocurren durante la ejecución de una obra, motivada por el temor de incurrir en responsabilidad administrativa; especialmente, si de ello derivan sumarios administrativos o juicio de cuentas instruidos por la Contraloría. La causa de ello es la falta de actualización del Reglamento, el cual parte de una premisa equivocada: que los proyectos de ingeniería están completos y que las modificaciones para adaptarlo a la realidad del terreno —distinta a la prevista— es administrativamente inadmisibles y, de hacerse, puede generar responsabilidades para el MOP. La realidad es distinta; es común que los proyectos requieran modificaciones, ya sea por déficits detectados en ellos o por mejoras que se estiman convenientes. Esta desactualización genera tensiones entre la interpretación de la Contraloría y el criterio técnico de los inspectores fiscales que buscan resolver los problemas de las obras *in situ*. El CPI propone, entre otras soluciones, modernizar el Reglamento, incorporando los modelos de contratos de la Federación Internacional de Ingenieros Consultores, *New Engineering Contracts* u otros de amplia aceptación

en la industria internacional como los contratos de ingeniería y suministro (*Engineering and Procurement*); de ingeniería, suministros y construcción (*Engineering, Procurement and Construction*); de ingeniería, suministro y gestión de construcción (*Engineering, Procurement and Construction Management*) y diseño y construcción (*Design Build*) (Molina y Ríos, 2016: 62). De esta forma, el marco normativo sería el apropiado para evitar gran parte de las discrepancias que se producen por su interpretación y permitiría, además, que la Contraloría dirigiera su fiscalización a los aspectos relacionados con la legalidad y sujeción a las bases, dejando en manos del MOP la calificación de los aspectos eminentemente técnicos de un contrato de obra pública.

- Incorporar a los proyectos criterios de ordenamiento territorial preestablecidos, de manera de diseñar, previamente, el destino de los terrenos, dando a los Planes regionales de ordenamiento territorial³⁰ carácter obligatorio y vinculante. Además, propone incorporar en los contratos un límite al riesgo asumido por el contratista de manera tal que, si las compensaciones o plazos máximos de tramitación de permisos ambientales excedan los máximos señalados por el contrato, estos mayores costos sean asumidos por el Estado. Este también debe garantizar la colaboración institucional al momento de gestionar la evaluación ambiental, dado que se trata de ejecutar una obra pública.

Conclusiones

A lo largo de este informe hemos constatado las dificultades que, a nivel normativo, presenta el actual Reglamento para Contratos de Obras Públicas y las mejoras propuestas para superarlas.

A nuestro parecer, además de las ya expuestas, merecen especial atención los siguientes:

En primer lugar, superar la rigidez tradicional del contrato de obra pública, incorporando en el Reglamento para Contratos de Obras Públicas nuevas formas contractuales utilizadas por la industria de la construcción, a fin de vincular y estandarizar la ejecución de obras públicas a los modelos de contratos utilizados por la industria.

El MOP ha dado algunos pasos en este sentido. Por ejemplo, a través del Decreto 258 de 2010 se aprobaron las bases administrativas generales para contratos de obras

30. Incorporados a la Ley 19.175, orgánica constitucional sobre Gobierno y Administración Regional, por la Ley 21.074 de Fortalecimiento de la Regionalización del País como instrumentos que orientan la utilización del territorio de la región para lograr su desarrollo sustentable a través de lineamientos estratégicos y una macrozonificación de dicho territorio y condiciones para la localización de las infraestructuras y actividades productivas en zonas no comprendidas en la planificación urbanística, junto con la identificación de las áreas para su localización preferente.

públicas de construcción y reposición total y parcial de puentes, pasarelas y sus accesos, incluyendo su diseño definitivo. La idea de este modelo de licitación es agilizar los procedimientos asociados a la ejecución de este tipo de obras y unificar criterios en la licitación de este tipo de contratos. Para ello se contrata, de manera conjunta, el proyecto definitivo y la construcción o reposición de la estructura. Estos contratos se rigen por el sistema de serie de precios unitarios, respecto a la ejecución de las obras, y la elaboración del proyecto definitivo se paga a suma alzada, pudiendo establecerse en las bases especiales partidas a serie de precios unitarios. Estas bases se complementan con las bases administrativas especiales propias de cada licitación y contrato específico. Otro ejemplo lo constituyen los contratos de ejecución de obras por el sistema de pago contra recepción, cuyas bases administrativas generales fueron aprobadas por Decreto 108 de 2009 del MOP, que se caracterizan por incluir en la licitación, como parte de la oferta técnica, el desarrollo de los diseños, con sus especificaciones técnicas, cubicaciones y presupuesto, además de la completa ejecución de las obras.

Estos modelos presentan semejanzas con los reseñados anteriormente lo que nos lleva a concluir que sería perfectamente posible licitar, de una sola vez, tanto el diseño como la ejecución de una obra pública a través de un consorcio formado entre un consultor de ingeniería y un contratista de obra, lo cual reduciría de manera considerable el ciclo de vida de los respectivos proyectos y los conflictos derivados de separar, en distintos contratos, su diseño y posterior ejecución, como ocurrió con el contrato Construcción puente Cau-Cau y accesos, Región de los Ríos, observado por la Contraloría debido al aumento del presupuesto por problemas de diseño y posterior ejecución de la obra (2016:53). Para ello, se requiere reformar, de manera conjunta, el Reglamento para Contratos de Obras Públicas y el Reglamento para la Contratación de Trabajos de Consultoría.

Por otra parte, para suplir la falta de competencias técnicas de sus funcionarios, a través de Decreto N°197 de 2009, el MOP creó el Departamento de Capacitación y Estudios “Academia de Obras Públicas Presidente José Manuel Balmaceda Fernández” como una instancia de actualización y perfeccionamiento de los funcionarios que se desempeñan en las áreas de obras públicas mediante una preparación especializada en materias inherentes a sus funciones a través de la realización de programas de capacitación, perfeccionamiento y actualización, seminarios, talleres, conferencias y trabajos de aplicación de tecnología e investigación, entre otras. El sector privado también debiese complementar los esfuerzos del MOP para suplir la falta de competencias de sus funcionarios, difundiendo entre los contratistas y el personal de su dependencia el conocimiento de la regulación de las obras públicas a través de actividades de extensión desarrolladas por la Cámara Chilena de la Construcción, centros de estudios, universidades u otras entidades, públicas y/o privadas, de manera que todos quienes tengan participación en un contrato de ejecución de obra pública adquieran cabal conocimiento del sentido, alcance y extensión de las obligaciones que contraen con el MOP.

Otro aspecto a considerar es el excesivo centralismo en la resolución de estos contratos. De acuerdo al artículo 85 del Decreto con Fuerza de Ley 850, el Decreto 1.093 de 2003 del MOP, Reglamento de Montos de Contratos de Obras Públicas, establece el valor máximo de los contratos de estudios, de proyectos, de ejecución de obras, de sus modificaciones, liquidaciones y cancelaciones sobre los cuales corresponda resolver al Director General de Obras Públicas, a los directores de servicio u otros funcionarios que indica y reglamenta el ejercicio de estas atribuciones bajo la siguiente premisa: mientras mayor sea el monto del acto o contrato en UTM, más alta es la autoridad a la que corresponde resolver, al punto que los contratos cuyo valor exceda del máximo fijado al efecto deben ser resueltos por el MOP, todo lo cual atenta contra la celeridad que requiere la gestión de estos actos administrativos.

Sería aconsejable buscar otros criterios que permitan determinar la competencia de los funcionarios llamados a resolver; por ejemplo, la ubicación de las obras u otros que apunten al mismo fin.


Pero ninguna de las mejoras propuestas tendrá los efectos esperados si no se tiene clara que la premisa fundamental es que los contratos de construcción, dentro de los cuales se encuentran los de obras públicas, son contratos colaborativos, en los que el mandante —MOP—, por una parte, y el contratista, por la otra, están llamados a colaborar de buena fe entre sí para lograr su fin último: proveer a la ciudadanía de infraestructura pública oportuna y de calidad.

Referencias

- ALARCÓN, Pablo (2014). «Sanciones administrativas en el contrato de construcción de obra pública». En Jaime Arancibia y Pablo Alarcón (coordinadores), *Sanciones administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo*. Santiago: Thomson Reuters.
- CÁMARA CHILENA DE LA CONSTRUCCIÓN (2015). *Hacia relaciones contractuales modernas en las obras de infraestructura de uso público*. Disponible en <https://bit.ly/3QhbiOz>.
- . (2004). *Informe Jurídico de la Construcción número 12*. Disponible en <https://bit.ly/3MDIogv>.
- COMISIÓN NACIONAL DE EVALUACIÓN Y PRODUCTIVIDAD (2020). *Productividad en el sector de la construcción: Hallazgos*. Disponible en <https://bit.ly/3x8wuox>.
- . (2020) *Productividad en el sector de la construcción: Recomendaciones*. Disponible en <https://bit.ly/3tjULQi>.
- CONSEJO DE POLÍTICAS DE INFRAESTRUCTURA (2019). *Cuaderno 114: Modificaciones normativas inmediatas para un mejor desarrollo de las obras públicas en Chile*. Disponible en <https://bit.ly/3NDdGNS>.
- CONTADOR, Patricio y Alejandro Torres (2019). *Manual de contratación y ejecución de obras públicas*. Santiago: Editorial Metropolitana.

- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2016). *Estudio sobre observaciones y recomendaciones en la ejecución de contratos de obra pública*. Disponible en <https://bit.ly/3QdYbhf>.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge (2010). *Los contratos, parte general*. 5ª ed. Santiago: Legal Publishing Chile.
- MOLINA, Carlos y Víctor Ríos (2016). *Derecho de la construcción*. Santiago: O'Print Impresores
- MORAGA KLENNER, Claudio (2019). *Contratación administrativa*. 2ª ed. Santiago: Thomson Reuters.
- RUFÍAN LIZANA, Dolores (2018). *Manual de concesiones de obras públicas*. 2ª ed. Santiago: Andros Impresores
- TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA: EXPEDIENTE DE RECOMENDACIÓN NORMATIVA ROL 26-18. DISPONIBLE EN <HTTPS://BIT.LY/3NLD7X4>.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2016): «Tribunal de Contratación Pública: bases institucionales, organización, competencia y procedimiento» *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 46: 347-378.

Sobre el autor

ALEJANDRO TORRES MORENO es abogado de la Dirección General de Aeronáutica Civil. Obtuvo el grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile, y el grado de magíster en Derecho, con mención en Derecho Administrativo por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Su correo electrónico es alejandro.torres@dgac.gob.cl.  <https://orcid.org/0000-0002-1268-4185>.

La *Revista de Derecho Económico* es un esfuerzo editorial de profesores del Departamento de Derecho Económico de la Universidad de Chile y de juristas externos que presentan ideas y reflexiones surgidas de sus investigaciones. La revista publica artículos sobre aspectos jurídicos relacionados con microeconomía, macroeconomía, políticas económicas, orden público económico, libre competencia, regulación de servicios públicos, derecho del consumidor, derecho bancario, derecho del mercado de valores, derecho tributario, contabilidad, comercio y finanzas internacionales, derecho del medioambiente y recursos naturales, derecho minero, derecho de aguas, derecho de la energía, derecho internacional económico, análisis económico del derecho y otras temáticas afines.

DIRECTOR

Rafael Plaza Reveco

EDITOR GENERAL

Jaime Gallegos Zúñiga

COMITÉ EDITORIAL

José Manuel Almudí Cid, Universidad Complutense, España
Luciane Klein Vieira, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil
Rodrigo Polanco Lazo, Universidad de Berna, Suiza

COLABORADORES

Octavio Aguayo Gajardo
Macarena González Born

SITIO WEB

revistaderechoeconomico.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

jgallegos@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía
(www.tipografica.io).