

DOCTRINA

Naturaleza y análisis crítico del Reglamento para Contratos de Obras Públicas

Nature and critical analysis of the regulation for public works contract

Felipe Hermosilla Torres 

Pontificia Universidad Católica de Chile

RESUMEN La hipótesis del trabajo sostiene que la regulación del contrato de construcción de obra pública ha quedado desfasada respecto del proceso de modernización del Estado que se ha materializado, en parte, a través de la dictación de la Ley 19.880 —sobre bases de procedimiento administrativo— y la Ley 19.886 —de bases de compras públicas. La investigación centra su análisis en las principales instituciones del contrato de construcción de obra pública, a la vez que se vislumbran sus falencias y su adecuada integración en el ordenamiento jurídico.

PALABRAS CLAVE Obras públicas, contrato de construcción, jerarquía normativa, contratación pública, relación ley-reglamento.

ABSTRACT The hypothesis of the present work sustains that the regulation of the public works contracts has been relegated in the state's modernization process, which is present through the dictation of Law 19.880 of administrative procedure and Law 19.886 of public procurement. For this purpose, a detailed critique is made of the main institutions of the public works contract, their flaws and their adequate integration in the legal system.

KEYWORDS Public works, construction contract, hierarchy of regulations, public procurement, relationship law-regulation.

Introducción

La industria de la construcción es catalogada como uno de los principales motores de desarrollo y progreso de la nación. Esto se debe, en parte, al porcentaje del producto interno bruto (PIB) que representa, la cantidad de empleo que genera y el producto generado por su actividad. En efecto, todas las industrias utilizan infraestructura y las relaciones comerciales contemporáneas no podrían concebirse sin el desarrollo de construcciones que amparen su complejo mundo de interacciones (Peralta y Serpell, 1991: 1).

Si consideramos exclusivamente al Ministerio de Obras Públicas y sus obras emblemáticas, el sector público licitará entre 2022 y 2026 obras que ascienden a 13.258 millones de dólares.¹ Por su parte, las inversiones del ministerio se realizan con financiamiento directo a través de sus direcciones que encomiendan la ejecución de obras civiles y de edificación; a lo que debemos sumar la gran inversión derivada del sistema de concesiones de obra pública que, en principio, supone que los privados financien el desarrollo de infraestructura durante la fase de construcción del proyecto. Sin embargo, también es usual en las concesiones que el Estado financie parte del costo de la construcción de las obras por medio de subsidios.²

El contrato de construcción de obra pública es el mecanismo por el que se invierte mayoritariamente el presupuesto del Ministerio de Obras Públicas y, sin embargo, la normativa que lo regula está profundamente desfasada del proceso de modernización del Estado. Si se compara con el sistema de concesiones, estamos en presencia de un sistema precario, cuyas ineficiencias menoscaban la competencia en perjuicio del erario nacional.

En la primera parte se dilucidará la naturaleza del Reglamento para Contratos de Obras Públicas al determinar la potestad que lo dicta y su calidad de acto administrativo. También se observarán sus limitaciones e incompatibilidades con la ley y la Constitución, y se exhibirá la precariedad que constituye el hecho de que un reglamento sea el que establezca las condiciones de contratación de la ejecución de obras públicas con financiamiento directo al regular parte de las bases esenciales del ordenamiento jurídico.

En una segunda parte examinaremos el Reglamento para Contratos de Obras Públicas, realizando una crítica de las principales instituciones del contrato que no se condicen con nuestro sistema jurídico y sus leyes vigentes; y que exhiben claramente ineficiencias y falencias que implican riesgos que el contratista considera en la determinación del precio de su oferta en detrimento del interés fiscal (Towner y Baccharini, 2008: 8-10).

Naturaleza del Reglamento para Contratos de Obras Públicas

En el presente apartado procederemos a examinar la naturaleza del Reglamento de Contratos de Obra Pública³ a fin de determinar si el contenido de sus disposiciones se ajusta a la normativa, o si, por el contrario, extralimita su naturaleza reglamentaria. Este punto es fundamental para poder distinguir aquellas materias que pueden ser tratadas por el reglamento de aquellas que derechamente deben ser excluidas, y también para efectos de determinar qué norma prima cuando el reglamento entra en pugna con una disposición de rango jerárquico legal.

1. Véase el Plan de Infraestructura 2022-2026 del Ministerio de Obras Públicas, disponible en <https://bit.ly/3WuuVoS>. Adicionalmente, puede revisarse la partida del Ministerio de Obras Públicas en la respectiva Ley de Presupuesto.

2. Ley 21.053, de presupuestos del Sector Público para el año 2018.

3. Decreto Supremo 75, Ministerio de Obras Públicas, 1 de diciembre de 2004.

La potestad que dicta el reglamento

En relación con la potestad que permite dictar este tipo de actos, esta se ha establecido en el artículo 32 número 6 de la Constitución Política de la República de Chile, y se ha denominado potestad reglamentaria. En doctrina, se la ha definido como «la atribución especial que la Constitución o la ley dan, específicamente, a ciertos órganos o autoridades para dictar normas jurídicas generales o especiales» (Carmona, 2001: 29).

Al examinar el origen de la potestad reglamentaria, podemos indicar que esta «tiene sus antecedentes más remotos en el derecho administrativo chileno en la potestad normativa subordinada o de ejecución establecida a principios del XIX en el régimen administrativo francés, aunque rápidamente se extendió hacia ámbitos materiales autónomos —probablemente bajo la influencia de la también francesa Constitución de 1958— producto de las necesidades de regulación administrativa de sectores complejos y especializados del orden jurídico» (Ferrada, 2007: 78).

Conviene agregar que esta fuerte influencia francesa también se explica en la multiplicidad de fuentes que existían en el derecho indiano (Bravo, 1988: 6) compuesta por el derecho castellano, los derechos indígenas y el derecho específico de Indias. En efecto, el nuevo ordenamiento de la América española debió acudir al derecho común o científico, que se estudiaba en las universidades europeas, y utilizaba textos jurídicos romanos y canónicos con el objeto de crear un derecho de validez general (Bravo, 1988: 8); y en cuyo proceso las escuelas francesas tuvieron un rol fundamental al difundir el derecho romano por el continente europeo desde el siglo XII (Castro-Camero, 2010: 677; Bravo, 1988: 5).

En nuestra Constitución, el artículo 32 prescribe en su número 6 que es atribución del presidente de la República «ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes». ⁴ De tal forma, corresponde indicar que, conforme a la doctrina, el reglamento estaría limitado y encauzado por la norma de rango legal, ya que tendría por objeto complementar la ley o asegurar su ejecución (Carmona, 2001: 29). Asimismo, conviene agregar que la potestad reglamentaria deriva tradicionalmente en dos clases: la «potestad reglamentaria autónoma o extendida, que tiene lugar “en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal”, es decir, las materias que no se encuentran en el ámbito de la reserva legal» (Cazor, 1999: 75) y, por otro lado, la «potestad reglamentaria de ejecución o propiamente tal, que se traduce en “los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes”» (Cazor, 1999: 75).

Respecto del Reglamento para Contratos de Obras Públicas, observamos que este se dicta en virtud del uso de la potestad reglamentaria ⁵ en armonía con lo indicado en el

4. Véase Decreto 100, artículo 32 número 6.

5. El Decreto Supremo 75 que aprueba el Reglamento para Contratos de Obras Públicas indica en sus vistos lo siguiente: «Las facultades que me confiere el artículo 32 número 8 de la Constitución Política de la República de Chile y el DFL MOP 850, de 1997, que fija el texto actualizado de la Ley 15.840, Orgánica del Ministerio de Obras Públicas».

artículo 5 letra g) de la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas.

Además, el Reglamento para Contratos de Obras Públicas, en sus vistos, cita de manera genérica el Decreto con Fuerza de Ley (DFL) 850,⁶ y las facultades que otorga la Constitución al presidente de la República en el artículo 32 número 8 (actual número 6). Además, menciona la necesidad de actualización del Decreto Supremo (DS) 15 de 1992, que se deroga por medio de la dictación del nuevo reglamento.

En particular, el artículo 5 del DFL 850 prescribe que «corresponderá al Ministerio de Obras Públicas: [...] g) Someter a la aprobación del presidente de la República los reglamentos necesarios para el funcionamiento de los servicios a su cargo»,⁷ lo que da cuenta de materias determinadas y por tanto de los límites específicos a los que está sujeto el Reglamento para Contratos de Obras Públicas, además de las restricciones que atañen a todo acto administrativo.

En este caso estamos frente a un reglamento habilitado o autorizado por la ley, el cual es distinto del reglamento espontáneo, que se dicta sin la necesidad de intervención del legislador (Carmona, 2001: 29).

Al examinar el contenido del Reglamento para Contratos de Obras Públicas, puede observarse que este va mucho más allá de la mera ejecución de la ley, e incluso se extralimita respecto de la autorización que realiza para regular el funcionamiento de los servicios del Ministerio de Obras Públicas. Esto es consistente con la interpretación del Tribunal Constitucional, que ha señalado respecto de la potestad reglamentaria

que dicha colaboración reglamentaria exige que la ley regule los aspectos esenciales de la materia respectiva, de modo que el reglamento solo se involucre en aspectos de detalle. El legislador no puede renunciar a su deber de normar los aspectos medulares de una determinada regulación. Así como debe limitarse a regular las bases esenciales de un ordenamiento jurídico, no puede incurrir con motivo de esa tarea en una deslegalización, en el establecimiento de cláusulas abiertas o fórmulas en blanco que generen inseguridad jurídica.⁸

Y en otro fallo:

Una vez aceptado que resulta constitucionalmente lícito que un decreto puede detallar una ley que establece deberes administrativos de los administrados, ha de seguirse necesariamente que no resulta constitucionalmente obligatorio que la ley regule en todos sus detalles esos mismos deberes. En el otro extremo, tampoco resulta constitucionalmente tolerable que la ley, eluda la reserva legal y, carente de contenido, delegue en el administrador lo que la Constitución ha reservado a ella.⁹

6. Que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 15.840, de 1964, y del DFL 206, de 1960. Véase Ley 15.840, que aprueba organización y funciones del Ministerio de Obras Públicas, 9 de noviembre de 1964, y DFL 206, que fija el texto refundido de las disposiciones legales sobre conservación y financiamiento de caminos; deroga la Ley 4.851, de 11 de marzo de 1930, que fijó el texto de la ley de caminos, 5 de abril de 1960.

7. Véase DFL 850 (1998), artículo 5 letra g).

8. Sentencia rol 8.865-20 del Tribunal Constitucional, 12 de noviembre de 2020.

9. Sentencia rol 11.374-21 del Tribunal Constitucional, 29 de marzo de 2022.

Nuestra posición sostiene que el reglamento tiene una naturaleza mixta, en la que se utiliza tanto la potestad reglamentaria de ejecución como la autónoma. Finalmente, estas observaciones nos permiten establecer primitivamente limitaciones interpretativas y normativas en relación con el ámbito de aplicación y el contenido del Reglamento para Contratos de Obras Públicas.

El Reglamento como acto administrativo

El profesor Patricio Aylwin (1952: 200) indicaba que «la naturaleza de los reglamentos es cuestión controvertida», ya que el carácter general del reglamento «induce a considerarlo como acto legislativo». La dificultad para distinguir el reglamento de la ley se mantiene plenamente vigente, ya que transcurridos sesenta años persiste el conflicto.

Hoy, algunos autores distinguen al reglamento como una norma general distinta de un acto administrativo (Bermúdez, 2014: 74-75), otros juristas como Pierry indican que Chile se ha distanciado del derecho español con motivo de la dictación de la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo, y agrega explícitamente que nuestra institucionalidad ha entendido que el reglamento es un acto administrativo (Pierry, 2005: 71-78).

Al observar el derecho positivo, se debe señalar que el Reglamento para Contratos de Obras Públicas fue dictado mediante un decreto supremo, el cual es suscrito por el presidente de la República. La Ley de Bases de Procedimiento Administrativo ha definido expresamente en el artículo 3 inciso cuarto el decreto supremo como «la orden escrita que dicta el presidente de la República o un ministro “por orden del presidente de la República”, sobre asuntos propios de su competencia». De la misma forma, la ley ha dejado de manifiesto que el reglamento es un acto administrativo, al indicar expresamente en el artículo 3 inciso tercero de la Ley 19.880 que los actos administrativos tomarán la forma de decretos supremos o resoluciones (Cordero, 2010: 26).

Para explicar esta situación algunos autores han indicado que «el decreto supremo es el ropaje que utiliza en el mundo del derecho, es decir, es el continente, mientras que el reglamento es su contenido» (Cordero, 2009: 416). Esto definitivamente no excluye la posibilidad de considerar el reglamento como un acto administrativo y como norma de rango jerárquico inferior a la ley.

Nosotros sostenemos que, independiente de que la administración actúe en el ejercicio de la potestad reglamentaria, dicha actuación debe ser entendida como la concreción de un acto administrativo sujeto a las limitaciones de este tipo de acto jurídico. El profesor Bocksang (2017: 139) ha identificado muy apropiadamente que la Ley 19.880 aplica plenamente a los reglamentos. Esto ha sido ratificado en la jurisprudencia administrativa (Dictamen 1946-2014) y en publicaciones especializadas de los profesores Pierry Arrau, Cordero Quinzacara, Cordero Vega y Moraga Klenner.

Finalmente, debemos ser enfáticos en indicar que el Reglamento para Contratos de Obras Públicas es un acto administrativo, es decir, un acto jurídico emanado de la Administración del Estado, que se rige por el derecho público, de efectos generales en

armonía con el artículo 48 de la Ley 19.880, y cuyo contenido es de naturaleza reglamentaria (Pierry, 2005: 77).

Límites del Reglamento para Contratos de Obras Públicas

En el siglo pasado ya se indicaba que «si el reglamento tiene por objeto facilitar la ejecución de una ley, lógicamente está limitada por esa misma ley, cuyos términos no puede contradecir. El reglamento ha de estar en armonía con la ley a que se refiere. Pero no es este el único límite. El reglamento no puede contradecir, tampoco, las disposiciones de la Constitución ni de ninguna ley. Tales disposiciones están por encima del Reglamento, y este debe respetarlas y estar en armonía con ellas» (Aylwin, 1952: 202-203).

En efecto, se señalaba que el reglamento «tiene un triple límite: la competencia del presidente de la República; la Constitución Política y las leyes del país; y la propia ley que se trata de reglamentar» (Aylwin, 1952: 203).

Actualmente, Eduardo Soto Kloss (2012: 428) sostiene que el principio de juridicidad, al que se encuentran sujetos todos los órganos de la Administración del Estado, debe ser respetado en la dictación de un acto administrativo. Así, el reglamento que entendemos como acto administrativo debe cumplir con la titularidad legal o investidura regular; la competencia o habilitación jurídica para actuar; el debido procedimiento legal previo a la actuación administrativa; el motivo por el que actúa la administración (que no es otra cosa que la satisfacción de una necesidad pública específica, que debe adecuarse con el fin genérico del Estado de promover el bien común);¹⁰ y debe estar fundamentado racionalmente.¹¹

La fundamentación del acto, además, debe ser proporcional, conveniente y oportuna, ya que precisamente la carencia de razonabilidad en la fundamentación del acto administrativo desemboca en arbitrariedad, lo que tiene como consecuencia la nulidad del acto, y en palabras de Soto Kloss (2012: 429-432) la inexistencia de este.

A continuación, desarrollaremos con más detalle algunas de las limitaciones del reglamento conforme la pirámide normativa y, posteriormente, veremos en detalle cómo dichos límites pueden entrar en pugna con el contenido concreto del Reglamento para Contratos de Obras Públicas.

Dominio legal

Desde una óptica constitucional corresponde indicar que la potestad reglamentaria «tiene límites externos más allá de los cuales no puede válidamente incursionar. Desde el punto de vista jurídico, el primero y principal de tales límites es la “reserva de ley”. En efecto, esta última comprende un conjunto de materias en que la definición regulatoria compete exclusivamente al legislador» (Zapata, 2008: 510).

10. Véase Decreto 100, artículo 7 incisos primero y segundo; y artículo 1 inciso cuarto.

11. Véase Ley 19.880, artículo 41 inciso cuarto.

Lo anterior se entiende sin perjuicio de los reglamentos que sean dictados en virtud de la potestad reglamentaria de ejecución de las leyes, que sí pueden dictarse respecto de materias propias del dominio legal cuando estas tengan por propósito o sean convenientes para la ejecución de las leyes, puesto que la propia Constitución Política lo establece expresamente en el artículo 32 número 6.

Por otro lado, conviene aclarar cómo parte de la doctrina concilia la potestad reglamentaria autónoma con las materias reservadas a la ley. En este punto, adherimos a la tesis que entiende el dominio legal circunscrito a la función que ha de cumplir la ley.

La ley pretende regular por medio de normas generales y abstractas las bases esenciales de un sistema jurídico,¹² de manera que la potestad reglamentaria autónoma solo puede regular aquellos aspectos no esenciales del ordenamiento de que se trate. En la misma línea, la regulación de los aspectos no esenciales debe necesariamente someterse a los aspectos esenciales que regula la ley, por lo que esta última «tiene capacidad directiva sobre el denominado reglamento autónomo, el cual debe completarlo en la regulación de los aspectos no esenciales» (Cordero, 2009: 437).

Asimismo, al comprender la relación entre la potestad reglamentaria autónoma y las materias que están reservadas a la ley, podemos ver con claridad que no existe una diferencia sustantiva entre el reglamento de ejecución y el autónomo, «pues en ambos casos existe una dependencia y complemento respecto de la regulación legal» (Cordero, 2009: 437). Cabe mencionar que este criterio es compartido por la doctrina francesa, puesto que ellos han perdido la importancia de la distinción entre el reglamento de ejecución y autónomo al considerar que ambos están subordinados a la ley, sin perjuicio de continuar usando la distinción para referirse al reglamento espontáneo (Hernández, 2004: 491-493).

De esta manera, sea que entendamos el Reglamento para Contratos de Obras Públicas como un reglamento dictado en virtud de la potestad reglamentaria autónoma, de ejecución, o como una mezcla entre ambos, indistintamente dicho cuerpo normativo estará subordinado a la ley. Esta visión nos permitirá mayor claridad para efectos de analizar el contenido de la regulación del contrato de construcción de obra pública.

La ley como límite al Reglamento para Contratos de Obras Públicas

La Ley 19.880, en su calidad de «ley de bases», establece principios y pautas que deben contener los procedimientos al momento de dictar un acto administrativo en el marco de las actuaciones de los funcionarios públicos que son exigidas por el reglamento.

En el marco de un contrato administrativo, las actuaciones que realiza el Estado y sus representantes siguen siendo decisiones formales que contienen declaraciones de voluntad en el ejercicio de una potestad pública (Moraga, 2007: 13-14).¹³

12. Véase Decreto 100, artículo 63 número 20.

13. Véase Ley 19.880, artículo 3.

Así las cosas, no es admisible entender que el Estado deja de estar sujeto al principio de legalidad debido a que celebra un contrato con un particular o que está eximido del cumplimiento de los procedimientos administrativos que les son aplicables cuando actúan como contraparte contractual.

La contratación administrativa, al igual que cualquier actuación de la administración del Estado, tiene por objeto satisfacer necesidades públicas (Moraga, 2007: 13-14), y por ello no podemos entender que las actuaciones de la administración que ocurren a propósito de la contratación o las que ella misma realiza durante la ejecución del contrato sean un ejercicio privado ajeno al objetivo del bien común.

Por otro lado, el principio de juridicidad impone restricciones a la administración para celebrar contratos administrativos. En palabras de Moraga, «así como la administración se somete al principio de juridicidad durante los procesos precontractuales, también debe hacerlo durante la ejecución y la extinción del contrato administrativo en aplicación del artículo 7 de la Constitución Política» (Moraga, 2007: 201).

Si lo anterior no fuese efectivo, la doctrina no reconocería las potestades exorbitantes ni los privilegios que goza la administración en el marco de un contrato administrativo, que se justifican en el interés público, materias en las cuales existe bastante consenso en nuestro país al reconocer las prerrogativas que tiene la Administración del Estado (Bermúdez, 2014: 274-278; Moraga, 2007: 219-235).

Tampoco es admisible jurídicamente sostener que, al utilizar un procedimiento administrativo consagrado en el reglamento, pueda prescindirse de las pautas y directrices obligatorias que se consagran en la ley, puesto que el reglamento es una norma de rango inferior y, por tanto, nunca puede contradecir la norma jerárquica superior. Este criterio se ha observado en la jurisprudencia administrativa de nuestra Contraloría.¹⁴

Por otro lado, cabe hacer presente que el Reglamento para Contratos de Obras Públicas continúa utilizando la nomenclatura y en ocasiones sigue operando con los mismos procedimientos consagrados en el Reglamento para Contratos de Obras Públicas promulgado en 1965,¹⁵ es decir, continuamos utilizando un reglamento que ignoraba las garantías y los principios establecidos en la Ley 19.880, que hoy consideramos básicos en un Estado de derecho que respeta los derechos de los particulares.

Por último, sea que la autoridad esté utilizando la potestad sancionatoria, de dirección, control y supervigilancia, o esté utilizando las prerrogativas conferidas en virtud de un contrato específico, en ambos casos la Administración sigue realizando una función administrativa, que se materializa por medio de actos administrativos, que deben dar estricto cumplimiento a la ley, y que, por tanto, no pueden ignorar el procedimiento administrativo.

14. Véase como ejemplo el Dictamen 33.448, de 2008. El mismo criterio está contenido en los dictámenes 20.119, de 2006, y 39.348, de 2007.

15. Véase Decreto 1.340, de 1966.

Aplicación directa de la Ley 19.880 frente al reglamento

La Ley 19.880 tiene un carácter supletorio en virtud del artículo 1 que indica: «En caso de que la ley establezca procedimientos administrativos especiales, la presente ley se aplicará con carácter de supletoria».¹⁶

No obstante, esta supletoriedad aplica solo respecto de procedimientos administrativos especiales que estén consagrados en una norma de igual rango jerárquico, mientras que en el caso de las normas reglamentarias (rango jerárquico inferior) la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo goza de una supremacía normativa que implica su aplicación directa en la materia, tal cual como ocurre frente al Reglamento para Contratos de Obras Públicas.

Cabe enfatizar que la Ley 19.880 tiene una aplicación directa frente al Reglamento para Contratos de Obras Públicas, y no supletoria, puesto que este último cuerpo normativo es un acto administrativo que tiene jerarquía inferior a la voluntad soberana expresada en la ley. Este criterio ha sido observado en la jurisprudencia administrativa¹⁷ y ratificado en la doctrina (Jara, 2013: 72-73).

Los reglamentos no pueden regular las bases del procedimiento administrativo

De conformidad con el artículo 63 número 18 de la Constitución Política, son materias de ley las que fijan las bases de los procedimientos que rigen los actos de la administración pública, por tanto, no es posible que el Reglamento para Contratos de Obras Públicas en su calidad de acto administrativo establezca procedimientos distintos de los que la Constitución ha encomendado a la ley (Bocksang, 2011: 229).

En efecto, además de la aplicación directa de la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo respecto de las actuaciones de la Administración en el marco del contrato de construcción de obra pública, el reglamento no puede restringir el procedimiento que regula las actuaciones administrativas, ya que estas han sido encomendadas a la ley.

Por otro lado, como hemos expuesto, no es admisible sostener que el reglamento prime en virtud del principio de especialidad, puesto que este tiene un rango jerárquico inferior. De tal forma, destacamos que el principio de especialidad aplica solo respecto de normas de igual rango jerárquico, como también lo ha sostenido la doctrina italiana (Tardío, 2003: 210).

Una comprensión diferente implicaría otorgar el rango de ley a los reglamentos, al no reconocer subordinación alguna; e incluso nos llevaría al absurdo de aplicar cualquier acto administrativo por sobre la ley o la Constitución, puesto que si el acto administrativo es especial en la materia no habría nunca una transgresión a una norma de rango jerárquico superior.

16. Véase Ley 19.880 (2003) artículo 1 inciso primero.

17. Véase Dictamen 39.342, de 2007.

Finalmente, esto nos permite reforzar la idea de que la Ley 19.880 debe aplicarse directamente a los procedimientos consagrados en una norma de rango jerárquico inferior, es decir, el procedimiento establecido en la ley debe primar por sobre los procedimientos establecidos en el Reglamento para Contratos de Obras Públicas y debe considerarse en las diversas actuaciones que considera el reglamento.

Aplicación de la Ley 19.886 en obras públicas

Tradicionalmente se ha entendido durante la ejecución de los contratos de construcción de obra pública que la Ley 19.886 no tiene ninguna aplicación. De hecho, las bases administrativas de los contratos de construcción de obra pública no exhiben en los capítulos de la normativa aplicable la Ley 19.886 como parte de las disposiciones que los rigen. Ejemplo de ellos son las Bases de Licitación para la Concesiones de Establecimientos de Salud¹⁸ o el caso específico del contrato de concesión de obra pública de las Bases de Licitación Concesión AVO tramo Avenida El Salto-Príncipe de Gales.

Asimismo, Contraloría, al referirse a la normativa aplicable del contrato de construcción de obra pública, solo menciona el Reglamento para Contratos de Obras Públicas,¹⁹ aunque también ha señalado en múltiples oportunidades la procedencia de la aplicación de la Ley 19.886.

Esto puede deberse a que existe una exclusión expresa en el artículo 3 letra f) de la Ley 19.886, la cual indica que «quedan excluidos de la aplicación de la presente ley [...] e) Los contratos relacionados con la ejecución y concesión de obras públicas». No obstante, nuestra convicción es que no se ha considerado adecuadamente la normativa, puesto que este cuerpo legal es aplicable supletoriamente conforme al mismo artículo 3.

También conviene advertir que esto es aplicable al contrato de construcción de obra pública, y a muchos otros contratos de construcción licitados por los órganos de la Administración del Estado indicados en el artículo 1 de la Ley 19.886, toda vez que Contraloría ha entendido obra pública como «toda obra inmueble, financiada con fondos del Estado y destinada a cumplir una finalidad pública, requisitos que deben concurrir copulativamente».²⁰ Esto último permite sostener que la ejecución y concesión de obras públicas no es una facultad privativa del Ministerio de Obras Públicas.

En efecto, esto ha permitido que las obras de construcción que licitan otros servicios públicos sean entendidas indistintamente como obras públicas, independiente de la normativa aplicable a cada uno de ellos. De tal forma, diversos órganos de la Administración del Estado podrán encomendar la construcción y concesión de obras públicas conforme a los estatutos orgánicos.²¹ A modo ejemplar, las municipalidades

18. Véase Resolución 265, Dirección General de Obras Públicas.

19. Véase Dictamen 24.398, de 2017.

20. Véase Dictamen 38.839, de 1976.

21. Véase Dictamen 59.566, de 2004.

pueden encomendar la ejecución de obras públicas y también su concesión conforme a la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.

De tal forma, como se mencionó previamente, la exclusión del artículo 3 no es absoluta, ya que la propia Ley 19.886 indica que a los contratos relacionados con la ejecución de obras públicas y concesiones de obras públicas se les aplicará la normativa del capítulo V de la Ley de Compras Públicas y supletoriamente el resto de las disposiciones de dicha ley.²² Esta última aplicación supletoria es la que muchas veces se desconoce cuando estamos frente al contrato de construcción y de concesión de obra pública, que tienen un sinnúmero de normas jurídicas, técnicas y económicas que las regulan. Desde un punto de vista de técnica legislativa hubiese sido más apropiado indicar que la Ley de Compras Públicas aplicaría supletoriamente sin más, ya que hoy genera confusión la exclusión de la ley, que en el último inciso sostiene la aplicación directa del capítulo V y la supletoriedad de las demás disposiciones.

De tal forma, conviene advertir que la aplicación supletoria es bastante sencilla cuando existe una norma de rango legal que regula la materia, como ocurre en el caso de las concesiones de obra pública que se rigen por el DS 900 del Ministerio de Obras Públicas (MOP), de 18 diciembre de 1996, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL 164, de 1991 (Ley de Concesiones de Obras Públicas), y por el DS 956, de 1997 (Reglamento de la Ley de Concesiones), del mismo ministerio.

Sin embargo, cuando la aplicación supletoria de la Ley 19.886 opera respecto del contrato de construcción de obra pública no es evidente que exista una ley o una norma de rango legal respecto de la cual la Ley de Compras Públicas pueda operar supletoriamente.

Sobre la materia, solo existe el DFL 850 del MOP que refunde la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas y la Ley de Caminos; y en ella se trata muy sucintamente la ejecución de obras públicas al indicar como regla general en materia de contratación que se utilizará la licitación pública, mientras paralelamente señala los casos en que excepcionalmente puede acudir a otras modalidades de contratación.²³

Por tanto, si bien existe una ley que regula la contratación de obras públicas que realiza el Ministerio de Obras Públicas, esta es sumamente precaria y prácticamente permite una aplicación directa de la Ley de Compras Públicas. Asimismo, podría sostenerse que el Reglamento para Contratos de Obras Públicas es el que prima en estas materias, pero dicha norma no tiene rango legal de manera que debemos acudir primeramente al DFL 850, que prácticamente no establece regulación para luego aplicar supletoriamente la Ley 19.886, la que incluso debe primar frente al reglamento por su jerarquía normativa.

También conviene referirse al argumento que sostiene que, si el DFL 850 encomendó la dictación de un reglamento, esto haría primar al reglamento por sobre la ley. Debe destacarse esa postura, en primer lugar, porque dicho decreto solo facultó al Mi-

22. Véase Ley 19.886, artículo 3 letra e).

23. Véase DFL 850 La ejecución de las obras es tratada en los artículos 83 y siguientes, en particular el 86.

nisterio de Obras Públicas para la dictación de los reglamentos necesarios para el funcionamiento de los servicios públicos a su cargo, cuestión que se ve sobrepasada por el contenido del reglamento; y en segundo lugar, porque la ley no puede delegar en el reglamento materias que están reservadas a la ley. Ello sería inconstitucional conforme el artículo 63, considerando que las normas de contratación que establecen derechos respecto de los privados son parte de las bases esenciales de un ordenamiento jurídico.

Finalmente, conviene reiterar que si bien el artículo 5 letra g) del DFL 850 faculta al Ministerio de Obras Públicas para aprobar los reglamentos necesarios para el funcionamiento de los servicios a su cargo, ciertamente estos reglamentos deben ser armónicos con la ley, más aún cuando se trata de una ley que rige a los contratos administrativos y que establece normativa específica respecto de contratos de suministro y prestación de servicios que celebre la Administración del Estado,²⁴ lo cual se encuadra plenamente con el contrato de construcción que conforme el artículo 1.996 del Código Civil puede ser entendido como una compraventa o como un arrendamiento de servicios inmateriales.²⁵

Análisis crítico de los principales aspectos tratados en el Reglamento para Contratos de Obras Públicas

Inicio de vigencia del contrato y exigibilidad de sus obligaciones

Conforme el artículo 89 del Reglamento para Contratos de Obras Públicas, el contrato empieza a regir desde que la resolución de adjudicación ingresa totalmente tramitada a la oficina de partes del Ministerio, es decir, luego de que la resolución emitida por el servicio es tomada de razón por Contraloría General de la República de Chile y esta llega a la oficina de partes de la dirección respectiva.

La referida disposición indica que «todo contrato de ejecución de obra pública se perfeccionará y regirá desde la fecha en que la resolución o decreto que aceptó la propuesta o adjudicó el contrato, ingrese totalmente tramitado a la oficina de partes del Ministerio, de la Dirección General o de la Dirección, según proceda. La oficina de partes consignará dicha fecha en las transcripciones de los documentos correspondientes».

Esto es contrario a lo establecido en la Ley 19.880 sobre bases de procedimiento administrativo, ya que no se cumple la etapa de publicidad del procedimiento administrativo, al dotarlo de efectos respecto de terceros con anterioridad a la notificación o publicidad del referido acto administrativo.²⁶ Asimismo, de conformidad con los prin-

24. Véase Ley 19.886, artículo 1.

25. El contrato de confección de obra material puede reputarse una venta o un arrendamiento de servicios inmateriales, dependiendo de quién aportar la materia principal. En los contratos de construcción la regla general es que el mandante aporte la materia principal, que consiste en la entrega del terreno, y que implicaría que el contrato se reputa arrendamiento. Esta postura sobre el contrato de construcción privado ha sido sostenida en San Martín (2016).

26. Véase Ley 19.880, artículo 45.

cipios de jerarquía normativa el reglamento debe someterse y ajustarse a la ley, lo que no ocurre en la especie.

Esto es particularmente problemático porque el Reglamento para Contratos de Obras Públicas no distingue entre el plazo de ejecución de las obras y la vigencia del contrato de construcción de obra pública, pudiendo confundirse ambos conceptos. De tal forma, en términos generales no se entrega al contratista certeza respecto de algo tan esencial como la oportunidad en que son exigibles sus obligaciones.

El inicio del plazo de ejecución en los contratos del Serviú

El Decreto Supremo 236 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo de 2003, que aprueba las bases generales reglamentarias de contratación de obras para los servicios de vivienda y urbanización, soluciona el problema de manera sencilla y efectiva, al indicar expresamente que el plazo de ejecución de las obras se contará desde la fecha del acta de entrega del terreno. La referida norma señala en su artículo 42 lo siguiente:

El plazo de ejecución de las obras será fijado en las bases administrativas especiales de la propuesta, debiendo entenderse, a menos que expresamente se diga otra cosa, que se trata de días corridos, sin deducción por días de lluvia, o por otro fenómeno climático perjudicial, ni por feriados ni festivos y se contará desde la fecha del acta de entrega del terreno.

Si el terreno fuere proporcionado por el oferente, Serviú podrá proceder a entregarlo solo cuando éste se encuentre inscrito a su nombre según lo indicado en el artículo 49 de este reglamento.

El plazo de ejecución de las obras podrá ser prorrogado, a solicitud del contratista, en los casos contemplados en este reglamento o en el evento de emergencias climáticas, sísmicas o de otra naturaleza que constituyan fuerza mayor, la que será calificada por el director del Serviú. La prórroga se otorgará por resolución fundada del director del Serviú.

Si la ejecución de obras nuevas o extraordinarias o la modificación de las proyectadas inicialmente afectare el plazo del contrato, el Serviú, según la naturaleza de las obras, podrá ampliar el plazo del contrato de acuerdo con un nuevo programa de trabajo.

De la misma forma, las bases administrativas para contratos de obras públicas de construcción y reposición total y reposición parcial de puentes, que fueron aprobadas por medio del Decreto Supremo 258 del MOP, de 2010, solucionan el problema al indicar que el inicio de la ejecución de las obras será a contar de la autorización que otorgue el inspector fiscal. En efecto, la referida norma señala sobre la ejecución de las obras que «una vez aprobado el proyecto definitivo, el inspector fiscal autorizará el inicio de las obras y requerirá la reprogramación de las mismas. Su plazo de ejecución se contará a partir de dicha autorización de la cual quedará constancia en el libro de obras».²⁷

En definitiva, el inicio de la exigibilidad de las obligaciones del contrato es conflictiva porque transgrede la institucionalidad que rige nuestro ordenamiento, y además

27. Véase Decreto 258, artículo 16.

porque podría incentivar la presentación de plazos más holgados por parte de los contratistas que no tienen certeza del inicio de ejecución de las obras, o en su defecto, la presentación de ofertas con precios más altos que permitan hacerse cargo de incurrir en sobrecosto por concepto de aceleración de los trabajos de construcción.

Multas en el Reglamento para Contratos de Obras Públicas

En el presente apartado, examinaremos las sanciones que aplica la Administración del Estado en el marco de un contrato de obra pública, las que adolecen de defectos regulatorios al igual que los contratos regidos por la Ley 19.886. En efecto, en el contrato de obra pública estas pueden comprenderse como cláusulas penales al derivar de un incumplimiento contractual, o pueden entenderse como una manifestación del *ius puniendi* del Estado (Lledó y Pardo, 2015: 54-62).

En la jurisprudencia administrativa pasada, podíamos observar que Contraloría General de la República comprendía que estas son multas que se entienden como una manifestación de la potestad sancionatoria de la Administración del Estado. Esta postura es la propuesta en las reclamaciones de contratistas del Ministerio de Obras Públicas, que pretenden entender estas como una manifestación del *ius puniendi* del Estado para hacer efectiva una prescripción más favorable, que consiste en el plazo de seis meses.²⁸

No obstante, en la jurisprudencia administrativa reciente se observa que las multas en el marco de un contrato administrativo tienen origen en el incumplimiento de obligaciones contractuales, lo que hace aplicable el plazo de prescripción de cinco años que contempla el Código Civil en el artículo 2.515 para hacer exigible la responsabilidad contractual.²⁹

El procedimiento administrativo en la aplicación de multas

Las multas en el contrato de construcción de obra pública se regulan en el artículo 165 del reglamento, que indica que «la aplicación de las multas estipuladas en este reglamento y las dispuestas en el contrato, se efectuará por la Dirección administrativamente, previo informe del inspector fiscal, sin forma de juicio, se comunicará por escrito al contratista y ellas se deducirán de los estados de pago, de las retenciones hechas al contratista o de la garantía, si aquellas no fueran suficientes».³⁰

De tal forma, es posible observar que la norma no es clara respecto de la necesidad de iniciar un procedimiento regido por la Ley 19.880 para la aplicación de multas. Estas podrían descontarse del estado de pago más próximo sin que exista un proceso ni una

28. Véase especialmente los dictámenes 61.075 y 74.275, ambos de 2016. El mismo criterio también está contenido en los dictámenes 65.248, de 2011; 8.297 y 21.035, de 2012; 4.508, 20.033, 34.523 y 65.446, de 2013; 30.003 y 65.791, de 2014; y 50.347, de 2015.

29. Véase Dictamen 11.961, de 2018. El criterio también está contenido en los dictámenes 50.606, de 2012, y 20.033, de 2013.

30. Véase Decreto 75, artículo 165.

deliberación fundamentada, en cuyo caso estaríamos frente a la aplicación mecánica y aislada de la norma.

Esto es relevante, dado que es inadmisibles la aplicación de multas sin un procedimiento administrativo, incluso en el evento de entender que la sanción tiene naturaleza contractual (Lledó y Pardo, 2015: 53-77). En efecto, todos los órganos del Estado y todas las acciones del Estado están constreñidas por el principio de juridicidad (Reyes, 1998: 87-102). La doctrina especializada ha sostenido en el marco de los contratos administrativos que sobre la Administración recae el peso de observar el principio de juridicidad durante la licitación, ejecución, cumplimiento y terminación del contrato (Moraga, 2007: 201; Moraga, 2019: 399).

De hecho, el profesor Moraga es enfático sobre este punto, al citar a Santofimio Gamboa, y señalar que «la juridicidad alcanza, entonces, a todos “los procedimientos, actuaciones, decisiones y actos que deban proferirse con ocasión del contrato” y, para ser más precisos aún, con ocasión de cualquiera de los tres estadios cardinales de la contratación administrativa: el proceso de selección del contratante, la celebración y ejecución del contrato y, finalmente, la terminación y liquidación de este» (Moraga, 2019: 399-400).

Entonces, considerando que la aplicación de multas forma parte de la etapa de ejecución del contrato, debemos concluir que la manifestación de voluntad de la Administración que impone una multa al contratista debe ser entendida necesariamente como el ejercicio de una potestad pública, en los términos del artículo 3 de la Ley 19.880.

Tal como la celebración de un contrato administrativo exige el uso de potestades públicas, las actuaciones en representación de la Administración durante la ejecución del contrato exigen igualmente el ejercicio de la potestad pública que permitió la celebración del contrato con el objeto inmediato de satisfacer necesidades públicas. En efecto, la finalidad del Estado es promover el bien común,³¹ ello se observa en las distintas etapas del contrato administrativo (acto bilateral) y en los actos administrativos (actos unilaterales) que dicta.

Así, durante la ejecución de un contrato de construcción de obra pública, la aplicación de una multa de naturaleza contractual no exime a la autoridad de actuar en conformidad con las leyes vigentes (principio de juridicidad). De manera que, si bien adherimos a que en el marco de un contrato administrativo no se utiliza el *ius puniendi* del Estado y, por tanto, no debe iniciarse un procedimiento administrativo sancionatorio, sí debe necesariamente darse inicio a un procedimiento administrativo de acuerdo a la Ley 19.880 al ejercer una potestad pública.

Entonces, si entendemos la aplicación de cláusulas penales como una facultad que deriva del contrato administrativo y que a la vez constituye una actuación administrativa (acto unilateral), esta debe ceñirse necesariamente a la Ley 19.880, a no ser que exista una norma de igual rango jerárquico que establezca una forma distinta y específica en la que deba actuar el Estado en las relaciones con los contratistas.

31. Véase Decreto 100, artículo 1 inciso cuarto.

En ausencia de esas normas, debemos dar íntegro cumplimiento a la ley de bases de procedimiento administrativo, la que no podría transgredirse por medio de estipulaciones plasmadas en el contrato (actuación bilateral) o por medio de un acto administrativo (actuación unilateral), ya que la ley reviste una jerarquía normativa superior.

Efectivamente, la Administración está constreñida por la Constitución Política y las leyes, incluso cuando celebra contratos con privados. Entonces, en el marco de la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo, la multa debe materializarse a través de la sucesión de actos trámite vinculados entre sí, que permiten la dictación de un acto administrativo terminal.³²

Por lo demás, consideramos que no existen argumentos que permitan entender que la Administración se convierte en un particular al actuar en el marco de un contrato de construcción de obra pública, más aún cuando hay consenso en las potestades exorbitantes que goza dicha autoridad, en este y otros contratos administrativos, y las que se justifican en el interés público comprometido que explica el régimen de derecho público aplicable.

En efecto, las entidades licitantes actúan como órganos que son parte de la Administración del Estado y celebran contratos que se rigen por normas de derecho público, tal como ocurre en el derecho alemán (Moraga, 2019: 27), de manera que no es plausible sostener que los servicios públicos se abstraen de su condición de tales para dar cumplimiento o aplicación a un contrato.

Así como la interpretación del contrato debe realizarse acorde con su naturaleza y finalidad, considerando los documentos que lo integran, los principios generales del derecho y los especiales de la contratación administrativa (Moraga, 2019: 416.), de la misma forma, debe aplicarse el derecho público a las actuaciones unilaterales de la Administración, que en nuestro ordenamiento identificamos como actos administrativos.

Asimismo, la adecuada interpretación de la norma reglamentaria, que trata las multas que se aplican durante la ejecución de un contrato de construcción de obra pública, exige entender la norma, no de manera aislada, sino integrada al ordenamiento jurídico (Moraga, 2019: 421-422).

Por tanto, reiteramos que no es admisible interpretar que un reglamento permita la aplicación de multas sin dar estricta sujeción al procedimiento administrativo consagrado en la ley.

Conforme a la Ley 19.880, consideramos que el procedimiento que tiene por propósito la aplicación de una multa o sanción debe contener la apertura de un periodo de prueba que permita al interesado acompañar los instrumentos que estime necesarios a fin de dar claridad respecto de la eventual improcedencia de la misma,³³ sobre todo en materias de construcción en que los defectos pueden tener múltiples razones y la naturaleza técnica de las contingencias requiere peritajes para determinar las causas (Brady, 2016: 23).

32. Véase Ley 19.880, artículo 18.

33. Véase Ley 19.88, artículo 35.

En efecto, nuestra interpretación es que en conformidad con el artículo 35 de la Ley 19.880, en un contrato de construcción de obra pública sería indispensable la apertura del término probatorio para la aplicación de multas, ya que «cuando a la Administración no le consten los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija» debe iniciarse un término probatorio.

Por ejemplo, una inspección visual no es suficiente para que la Administración pueda determinar la causa de los defectos en una obra específica. Estos pueden deberse a múltiples causas como materiales defectuosos, metodologías constructivas deficientes o problemas de diseño. Solo la adecuada identificación técnica de los hechos permitirá una calificación jurídica para imputar responsabilidades en armonía con el contrato.

En definitiva, en materias de construcción un análisis técnico es necesario puesto que permite saber lo que ocurrió en la práctica cuando, por ejemplo, una estructura ha colapsado o ha presentado daño prematuro (Brady, 2016: 23).

Adicionalmente, si bien en conformidad con la ley el interesado podría solicitar un término probatorio o proponer las actuaciones que estime permitidas, el artículo 165 sobre aplicación de multas no contempla dicha posibilidad.

Esto provoca un menoscabo en la defensa del contratista y omite absolutamente la bilateralidad o principio de contradictoriedad consagrado en el artículo 10 de la Ley 19.880. De la misma forma, se vulnera el artículo 34 y 35 de la misma ley, ya que no se observa el inicio de un procedimiento administrativo que tenga por objeto la aplicación de una multa de naturaleza contractual y solo se aprecia la decisión sobre el asunto.

Procedimiento de impugnación de multas

Conforme el artículo 165 del Reglamento para Contratos de Obras Públicas no existe un procedimiento especial de impugnación de multas, el que podría ser sumamente útil para las partes considerando que pueden darse circunstancias en que los presupuestos que originan la multa no le son atribuibles al contratista, y en los cuales no procedería su aplicación.

Al tenor del reglamento, la aplicación de las multas es efectuada por la Dirección administrativamente, previo informe del inspector fiscal y sin forma de juicio, pero comunicándose por escrito al contratista. Esta manifestación escrita de la autoridad es, sin duda, un acto administrativo al tenor del artículo 3 de la Ley 19.880 y, como tal, puede impugnarse en conformidad con los recursos establecidos en dicha ley y en armonía con lo dispuesto en el artículo 189 del Reglamento para Contratos de Obras Públicas.

En el ámbito civil, para exigir el pago de una cláusula penal se requiere acreditar un acto, hecho u omisión imputable al constructor (Molina y Ríos, 2016: 210-214). En un contrato administrativo se debiese dictar, en primer término, un acto administrativo debidamente motivado para aplicar la multa, en el que se expresen sus fundamentos,³⁴ dando además cumplimiento a las cláusulas establecidas en el respectivo contrato.

34. Véase Ley 19.880, artículos 8, 11, 16 y 41.

De manera que, en ambos casos, se justifica la existencia de un procedimiento de impugnación de multas, ya sea mediante una estipulación acordada por las partes en el caso de un contrato privado; o en el contrato administrativo, por medio de un procedimiento administrativo establecido en la ley, por medio de una norma reglamentaria armónica con la norma de rango legal, o en las bases administrativas respectivas.

Por otro lado, como se verá en el título siguiente, el artículo 154 del Reglamento para Contratos de Obras Públicas, consagra la posibilidad de impugnar el estado de pago, lo que podría constituir una alternativa adicional a los recursos administrativos generales para invocar ante la autoridad la improcedencia de aplicar una multa que sería descontada en un futuro estado de pago en desmedro del contratista.

El procedimiento de pago de las obras

Respecto de los estados de pago, conviene apuntar que ellos son la herramienta en la que se indica el avance de las obras y el monto específico que se pagará por los trabajos realizados, y en el cual se descuentan las multas correspondientes. Este puede ser quincenal o mensual en conformidad con el reglamento,³⁵ siendo habitualmente mensual de acuerdo a muchas de las bases administrativas tipo utilizadas por el Ministerio de Obras Públicas.

En conformidad con la norma reglamentaria, el contratista debe informar el estado de pago para recibir el pago de la obra ejecutada,³⁶ el que posteriormente es firmado por el inspector fiscal y luego remitido al jefe de Departamento Nacional o el director regional.³⁷ Es este último acto el que otorga la fecha al documento, según lo prescribe expresamente el artículo 154 del Reglamento para Contratos de Obras Públicas, y la oportunidad en que comienza a correr el plazo para reclamar del contratista en caso de que se haya realizado descuentos con los que él no esté conforme.

En el artículo 154 del Reglamento para Contratos de Obras Públicas se establece la posibilidad de impugnar el estado de pago desde la fecha en que se suscribe por la autoridad y no desde la notificación al contratista, en directa contravención de la Ley 19.880. De tal forma, mientras la ley establece que «los actos administrativos de efectos individuales deberán ser notificados a los interesados conteniendo su texto íntegro».³⁸ El Reglamento para Contratos de Obras Públicas otorga un plazo de siete días para impugnar el estado de pago desde la fecha en que este se suscribe por la autoridad, ignorando el contenido del artículo 45 de la referida ley.

En efecto, el hecho de considerar el plazo para impugnar el estado de pago desde la firma de un documento por parte de un funcionario público implica una incompatibilidad con la ley, ya que esta última dota de efectos a un acto administrativo exclusiva-

35. Véase Decreto 75, artículo 153 inciso primero.

36. Véase Decreto 75, artículo 153.

37. Véase Decreto 75, artículo 154 inciso segundo.

38. Véase Ley 19.880, artículo 45.

mente desde que se cumplen las diversas etapas del procedimiento administrativo que culmina con las actividades destinadas a dar publicidad al acto. De tal forma, podemos aseverar que el artículo 154 del Reglamento para Contratos de Obras Públicas es incompatible con los artículos 51 inciso segundo y 45 de la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo.

En síntesis, la disposición reglamentaria dotaría de efectos a un acto administrativo sin previa notificación, lo que es derechamente incompatible con la ley. Por otro lado, debemos indicar que la norma reglamentaria vigente constituye un resabio del Reglamento para Contratos de Obras Públicas del año 1965,³⁹ como ocurre con muchas de sus normas que concibieron en ausencia de la Ley 19.880. En este contexto, solo podemos abogar por la derogación tácita y parcial de la norma, exigiéndose la notificación del acto administrativo para que comience a transcurrir el plazo de 7 días que señala el reglamento.

La obligación del contratista de contribuir al costo de reparación por errores de ingeniería del Ministerio de Obras Públicas

En conformidad con el artículo 150 inciso cuarto del Reglamento para Contratos de Obras Públicas, en el contrato de construcción de obra pública el contratista debe responder por los defectos provenientes de la ingeniería suministrada por el Ministerio de Obras Públicas, a no ser que oportunamente el contratista haya informado dichos defectos.

Lo anterior obliga al constructor a incurrir en costos de ingeniería, dado que debe verificar los documentos entregados por el Ministerio con el objeto de no ser responsable de los eventuales defectos que pudiese presentar el diseño elaborado por aquel. En efecto, en caso de no advertir un error de diseño, el contratista debe concurrir a la reparación de hasta un 50% del valor de las obras, dependiendo del pronunciamiento del director general de obras públicas.

De tal forma, el reglamento indica:

Si alguno de los mencionados defectos proviene de errores en los diseños suministrados por el MOP, debidamente comprobados por el inspector fiscal y el director o secretario regional correspondiente, y el contratista hubiere advertido oportunamente por escrito al inspector fiscal al respecto sin que éste hubiere tomado acciones o hubiere insistido en no corregir los mencionados errores, la reparación de los correspondientes defectos no será de cargo del contratista. En el caso de no advertencia oportuna de parte del contratista, corresponderá al director general de acuerdo con los antecedentes del caso y avalado por los informes técnicos que procedan, definir el grado de responsabilidad del contratista por no prever, detectar o informar sobre los errores de diseño; este grado de responsabilidad se reflejará en el porcentaje del costo de reparación de la obra, que será de cargo del contratista, y variará entre el 10% y el 50%.⁴⁰

39. Véase Decreto 1.340, artículo 95.

40. Véase Decreto 75, artículo 150.

Sobre este punto, debemos considerar que, por regla general, el objeto del contrato de construcción de obra pública consiste en encomendar la ejecución, reparación o conservación de una obra pública conforme los antecedentes de licitación.⁴¹ Esto implica un contrato cuya obligación principal consiste en la ejecución de una obra pública, es decir, labores de construcción, que no incorporan la confección o diseño del proyecto. En efecto, el proyecto debe ser susceptible de ser ejecutado, es decir, debe definir de forma suficiente la obra encomendada para permitir su ejecución.⁴²

Asimismo, las obras que debe ejecutar el contratista son todas aquellas contempladas en las especificaciones técnicas y en los planos correspondientes. Sin embargo, estos antecedentes «deberán ser los necesarios y suficientes para estimar los precios unitarios y las cantidades».⁴³

En ese contexto, la facultad del director general de obras públicas de decidir el nivel de responsabilidad del contratista desnaturaliza el contrato al exigir labores ajenas a la construcción y propias de la ingeniería. Al mismo tiempo, permite que exista un trato diferenciado a los particulares, al hacer responsable al contratista entre un 10% y 50% del costo de reparación de la obra, el que incluso podría no tener ninguna relación con el costo de la obra ejecutada que adolece del error de diseño, puesto que la solución técnica requerida podría ser completamente distinta a la ejecutada primitivamente.

Asimismo, un tema de interés es determinar cuándo se entiende satisfecha la obligación del contratista de dar aviso oportuno sobre el mencionado defecto de ingeniería o error de diseño. En nuestra opinión, el aviso será oportuno siempre que la comunicación se realice de conformidad con la normativa aplicable al contrato y de manera previa a la construcción de las obras cuyo diseño es defectuoso.

En definitiva, si bien esto incentiva la revisión por parte del contratista de la ingeniería que deberá materializar o construir, al mismo tiempo aumenta los precios de las ofertas, puesto que la ejecución de obras públicas requerirá un constructor que, además, tenga un equipo de ingenieros que validen el proyecto, aumentando el personal y los costos asociados.

En su defecto, si no se cuenta con ingenieros que revisen el diseño del proyecto, sería razonable esperar que los contratistas imputen al valor de las ofertas, el riesgo de pagar el costo de la reparación de las obras defectuosas por errores de diseño del Ministerio.

En ambos casos, resulta ineficiente aumentar el costo de construcción, más aún cuando usualmente el Ministerio de Obras Públicas no habrá desarrollado el diseño directamente, sino que habrá encomendado, de forma previa a la ejecución de la obra, el diseño de esta a una empresa consultora conforme el Reglamento para la Contratación de Trabajos de Consultoría del Ministerio de Obras Públicas.⁴⁴

41. Véase Decreto 75, artículo 4 número 15.

42. Véase Decreto 75, artículo 4 número 22.

43. Véase Decreto 75, artículo 2.

44. Véase Decreto 48, de 1994.

En este contexto, sería apropiado considerar los principios de Abrahamson sobre la asignación de riesgos (Gerber y Ong, 2013: 26-27) y revisar si esta política de contratación de obras públicas está duplicando servicios en desmedro del principio de eficiencia y del adecuado uso de los recursos públicos.⁴⁵

Aumentos y disminuciones de obra en el procedimiento de modificación

En primer lugar, conviene destacar que el reglamento establece expresamente la definición de aumento o disminución de obra como «la modificación de las cantidades de obras indicadas por el Ministerio en los documentos de la licitación».⁴⁶

Conforme el artículo 102 del Reglamento para Contratos de Obras Públicas, la autoridad puede, en un contrato a precios unitarios, aumentar «las cantidades de obras hasta en un 30% de la partida del presupuesto, en cuyo caso el contratista tendrá derecho a su pago, a los precios unitarios convenidos en el contrato».⁴⁷

Este límite es una garantía a favor del contratista, ya que los estudios realizados por los contratistas asignan diversos precios a las partidas conforme las cubicaciones indicadas en los antecedentes de licitación, los que considerados globalmente reflejan la propuesta económica del contratista.⁴⁸

En ese contexto, ocurre que ciertas partidas podrían tener precios elevados para el mandante, y que no sería eficiente aumentar; mientras que otras, por el contrario, tendrían precios bajos, pudiendo el mandante aumentar en principio la partida hasta en un 30% (Molina y Ríos, 2016: 156).

En cuanto al plazo, al aumentar las cantidades de obra esto irroga, por regla general, un aumento proporcional de plazo. No obstante, la autoridad puede disponer un plazo diferente (extra o infraproporcional) por medio de resolución fundada, en cuyo caso el aumento de obra y su plazo no será equivalente a la proporción del plazo total y el monto total de las obras.⁴⁹ Por otro lado, aunque existe un límite del 30% para los aumentos de obra, la autoridad, por medio de resolución fundada, puede superarlo cuando se trate de un caso calificado y en la medida en que los aumentos correspondan a complementos de la obra contratada primitivamente,⁵⁰ en cuyo caso deberán convenirse los precios con el contratista (Molina y Ríos, 2016: 156).

Además, tanto en los contratos a serie de precios unitarios como en los contratos a suma alzada está permitido por el reglamento que la autoridad disminuya las cantidades de obra contratada. En tal caso deberá disminuir el plazo en la medida que corresponda conforme el programa de trabajo.⁵¹

45. Véase DFL 1, de 2001, artículos 3 y 11.

46. Véase Decreto 75, artículo 4 número 33.

47. Véase Decreto 75, artículo 102 inciso tercero.

48. Véase Decreto 1.340, artículo 80.

49. Véase Decreto 75, artículo 102 inciso tercero.

50. Véase Decreto 75, artículo 104 inciso tercero.

51. Véase Decreto 75, artículo 102 inciso primero.

Por tanto, si las disminuciones de obra no afectan la ruta crítica del contrato no se justificaría una reducción del plazo de ejecución de las obras. Por último, en caso de materializarse la disminución, debe reducirse el precio total del contrato en una cantidad equivalente al valor de las obras que han sido disminuidas.

En el caso de tratarse de un contrato a suma alzada, para que la disminución instruida por la autoridad sea procedente, deberá ir acompañada de una modificación al proyecto y, además, las partidas que se pretende disminuir deberán estar determinadas y valorizadas a fin de ajustar el precio del contrato adecuadamente.⁵²

Es sumamente relevante que esto es reconocido expresamente por el reglamento, ya que una disminución de obras puede alterar sustancialmente la funcionalidad de la obra, al pretender construir algo diferente de lo que se concibió al momento de realizar el diseño. Por otro lado, es interesante que esto solo se haga presente en el artículo 102 inciso segundo al hablar de las disminuciones de obra en los contratos a suma alzada, y que se omita al tratar las disminuciones en los contratos a serie de precios unitarios.

En ambos debiese existir un estudio o análisis que permita entender las consecuencias de la alternación al proyecto original. En este caso las implicancias técnicas tienen consecuencias jurídicas, ya que al afectar el uso que pueda hacerse de las obras, se afecta también la finalidad perseguida por la Administración, que como sabemos es la satisfacción de necesidades públicas.

Obras nuevas o extraordinarias

En el marco de un contrato de construcción de carácter privado es controvertido si la ejecución de determinados trabajos constituye, o no, una obra extraordinaria, pero también se discute quién debe instruirla, su oportunidad de ejecución y la forma de determinar su precio (Molina y Ríos, 2016: 141).

En un contrato de construcción de obra pública también puede ser controvertido si ciertos trabajos corresponden a una obra extraordinaria, dado que por lo general la aceptación del mandante conllevará un mayor costo para él; y, por el contrario, si no se reconocen los trabajos y estos son necesarios para dar término a la obra, implicará un mayor costo para el contratista, que no podrá rehuir de su construcción. En otras palabras, la ganancia de una parte es la pérdida de la otra (Gerber y Ong, 2013: 46).

No obstante, a diferencia de un contrato entre privados en que podría no existir definición, en el contrato de construcción de obra pública el Reglamento para Contratos de Obras Públicas define el concepto y regula expresamente la contratación de obras extraordinarias en su artículo 105.

En este caso el reglamento establece expresamente la definición de obras nuevas o extraordinarias, distinguiendo si se trata de un contrato a serie de precios unitarios o a suma alzada. En el primer caso, se entenderá como «las obras que se incorporen o agreguen al proyecto para llevar a mejor término la obra contratada, pero cuyas caracterís-

52. Véase Decreto 75, artículo 102 inciso segundo.

ticas sean diferentes a las especificadas o contenidas en los antecedentes que sirven de base al contrato», y en el segundo caso como «las obras que se incorporen o agreguen al proyecto para llevar a un mejor término la obra contratada».⁵³

En cuanto al procedimiento para incorporar obras extraordinarias, el reglamento no hace distinción entre contratos a precios unitarios o a suma alzada (Molina y Ríos, 2016: 155). En el referido artículo 105 se indica que la autoridad podrá ordenar la ejecución de obras nuevas o extraordinarias, conviniendo los precios con el contratista. Asimismo, en casos de emergencia y a falta de acuerdo, la autoridad podrá instruir la ejecución de las obras pagando al contratista el costo directo, más un recargo del 30% por concepto de gastos generales y utilidad.

Debemos criticar parte de la regulación anterior, ya que las definiciones del artículo 4 número 34 utilizan la nomenclatura *obra*, lo que no es consistente con todas las obligaciones que asume el contratista durante la ejecución de los trabajos. Si bien la labor principal del contratista es realizar la construcción de una obra, existen múltiples servicios o prestaciones que no podrán encuadrarse en el concepto de obra, lo que generará nuevamente conflicto entre las partes si no existe la posibilidad de incorporar en el contrato prestaciones o servicios que son necesarios para la realización de los trabajos. Sin embargo, el concepto de *servicio* sí es utilizado al referirse a otras modalidades como el valor pro forma o la administración delegada, en el artículo 40 números 40 y 29 respectivamente, pero de todas formas es problemático porque la administración delegada no se utiliza al no entregar certeza respecto del precio (De Solminihac, 2012: 117) y el valor pro forma no permite una contratación directa.

Conviene agregar que ante las diversas modificaciones de obras que puede adoptar la Administración, además de realizar los estudios técnicos que correspondan, el contrato debe mantener en todo momento la equivalencia económica de las prestaciones que constituye «una garantía del cocontratante para lograr una igualdad entre las ventajas y las cargas que se le imponen» (Oelckers, 1980: 187).

Esto lo destacamos especialmente, ya que de seguir una interpretación formal no existiría la posibilidad de incorporar servicios o prestaciones en el marco del contrato como obras nuevas o extraordinarias, en directo perjuicio del privado. Además, por la naturaleza del contrato, es fácil que existan diferencias respecto del alcance durante la ejecución; más aún en un contrato administrativo en que existen las potestades de dirección y control. En definitiva, cuando existen potestades exorbitantes, es sencillo dirigir el contrato e incluso posible su modificación unilateral, pero es necesario recordar el derecho que surge en favor del contratista cuando estas facultades son utilizadas, lo que se vuelve problemático cuando la propia normativa es rígida y acotada respecto de lo que es factible remunerar.

Otra materia controvertida consiste en determinar si corresponde pagar al contratista la ejecución de obras ajenas al contrato primitivo, y que fueron ejecutadas sin cumplir con las formalidades propias de la incorporación o contratación de dichas obras.

53. Véase Decreto 75, artículo 4 número 34.

Esto ha sido resuelto por la doctrina especializada al sostener que independientemente de las formalidades que correspondan, en conformidad con los principios generales del derecho y las obligaciones de la administración que derivan del reglamento, las obras extraordinarias siempre deben pagarse al contratista (Molina y Ríos, 2016: 155).

En el mismo sentido, la jurisprudencia administrativa ha sostenido que la Administración está obligada a remunerar las obras ejecutadas por el contratista para evitar incurrir en un enriquecimiento ilícito que afecte la conmutatividad del contrato.⁵⁴ En nuestra opinión el pago por la ejecución de obras extraordinarias que no han sido contratadas solo procedería en la medida en que el contratista las haya ejecutado de buena fe, lo que ocurriría cuando se cumpla copulativamente lo siguiente: i) el contratista ha dado aviso oportuno de la necesidad de las obras; ii) las obras producen un beneficio para el desarrollo del proyecto; y iii) son indispensables para dar continuidad a los mismos.

Entonces, si las obras no se realizasen se produciría un perjuicio al incrementarse el costo total que debiese soportar el mandante, por la paralización de las obras o por los defectos que tendría la obra encomendada al no haber ejecutado estas obras nuevas o extraordinarias. Por tanto, la ejecución de estas evitaría la realización de una obra defectuosa o las paralizaciones y el consecuente impacto en el cronograma de trabajo, que aumentan los costos del contratista por un hecho que le es ajeno y que, en efecto, debe ser soportado por el mandante dada la distribución de riesgos que existe en el contrato de construcción (Rodríguez, 2018: 43-44).

Las variaciones de precio que se produzcan por causas sobrevinientes deben ser soportadas por el mandante, salvo una asignación expresa de dichos riesgos al contratista por medio del contrato. Esta distribución natural del riesgo es consistente con la normativa que regula el mandato en el Código Civil, la que aplica supletoriamente al contrato de construcción (Rodríguez, 2018: 43-44).

De la misma forma, si siguiéramos la aplicación supletoria de las normas del mandato al contrato de construcción, el mandante está obligado a reembolsarle al mandatario los gastos razonables causados por la ejecución del mandato y a indemnizarle las pérdidas en que haya incurrido sin culpa y por causa del mandato.⁵⁵

Responsabilidad del contratista por daños que sufra la obra durante la etapa de construcción dependen de una decisión de la autoridad

Conforme el artículo 150 inciso primero del Reglamento para Contratos de Obras Públicas, el contratista durante la ejecución de un contrato de construcción de obra pública deberá responder por cualquier accidente que deteriore la obra o cause pérdidas de materiales. El referido inciso señala: «Los accidentes que deterioren o derriben la obra, o que ocasionen pérdidas de materiales, serán soportados exclusivamente por el contratista, a menos que la Dirección General califique el caso como extraordinario y

54. Véase Dictamen 16.210 y 34.595, ambos de 2010.

55. Véase Código Civil, artículo 2.158.

ajeno a toda previsión, o que la obra haya sido recibida provisoria o definitivamente». Por su parte, el artículo 134 inciso tercero también trata la materia y señala:

Dentro del mismo contexto, todo daño de cualquier naturaleza, incluyendo fuerza mayor o caso fortuito, que por razones ajenas al MOP, sufran las obras durante el período de construcción, será de exclusiva responsabilidad del contratista y deberá ser reparado a su costa y cargo, teniendo presente la facultad de éste de tomar los seguros que estime pertinentes. Cualquier costo eventualmente no cubierto por el seguro, incluyendo deducibles, será igualmente de cargo del contratista. Lo anterior es sin perjuicio de la facultad del director general, de calificar casos como extraordinarios y ajenos a toda previsión, como lo señala el artículo 150 de este Reglamento.

En definitiva, la regla general respecto de la responsabilidad del contratista consiste en responder por todo daño que sufran las obras durante el periodo de construcción, sin importar su naturaleza. Entonces el contratista responderá de los daños y deberá realizar las reparaciones que correspondan desde el inicio de las obras y hasta la recepción provisoria, a partir de la cual responderá únicamente de su propia mala construcción o por el empleo de material deficientes que haya proporcionado.⁵⁶

Esta regla es parcialmente consistente con lo establecido en el contrato de concesión de obra pública, que admite que el Estado concurre al pago de perjuicios derivados del caso fortuito o la fuerza mayor:

Las obras se efectuarán a entero riesgo del concesionario, incumbiéndole hacer frente a cuantos desembolsos fueren precisos hasta su total terminación, ya procedan de caso fortuito, fuerza mayor, o de cualquier otra causa. El Fisco no será responsable de las consecuencias derivadas de los contratos que celebre el concesionario con los constructores o suministradores. No obstante, el Fisco concurrirá al pago de los perjuicios que irroque el caso fortuito o la fuerza mayor, si así lo establecieren las bases de la licitación.⁵⁷

Sin embargo, la regla general respecto de la responsabilidad por daños durante la construcción, puede ser alterada en el contrato de construcción de obra pública, ya que el director general de obras públicas tiene la facultad de calificar un evento como extraordinario y ajeno a toda previsión, en cuyo caso el contratista no responderá de los daños que haya sufrido la obra.

La norma reglamentaria dispone: «Los accidentes que deterioren o derriben la obra, o que ocasionen pérdidas de materiales, serán soportados exclusivamente por el contratista, a menos que la Dirección General califique el caso como extraordinario y ajeno a toda previsión, o que la obra haya sido recibida provisoria o definitivamente».⁵⁸

Si bien esto podría parecer positivo, es nocivo, considerando que el reglamento deja la puerta abierta para incurrir en un trato arbitrario respecto de los contratistas del

56. Véase Decreto 75, artículo 150 inciso tercero y 172 inciso segundo.

57. Véase Decreto 900, de 1996, artículo 22.

58. Véase Decreto 75, artículo 150.

Ministerio, ya que no existen criterios establecidos que permitan a los contratistas estudiar su propuesta adecuadamente, con el ánimo de generar ofertas económicas competitivas que imputen en el precio cuándo serán responsables y cuándo no lo serán. De hecho, en un absurdo, ante un mismo evento un contratista podría ser responsable y ser obligado a reparar con el consecuente mayor costo, mientras otro contratista en una situación equivalente podría no asumir costo alguno según la forma en que se haya utilizado esta facultad del director general.

En definitiva, es necesario un sistema justo y previsible para generar mejores precios, y eso permitirá generar mayor valor para el Estado en el desarrollo de infraestructura y en la provisión de servicios en general. Esto se logra *ex ante* por medio de un análisis de asignación de riesgos que considere el proyecto concreto, y no luego de adjudicado el contrato, oportunidad en la que el precio ya debiese incorporar los riesgos y prestaciones asociadas a su cumplimiento.

Liquidación en el contrato de construcción de obra pública

El artículo 184 del Reglamento para Contratos de Obras Públicas al tenor de la Constitución

Como ya adelantábamos, la Constitución Política establece en su artículo 63 las materias que están reservadas a la potestad legislativa y que por tanto están expresamente excluidas de la potestad reglamentaria autónoma. De la misma forma, en el artículo 184 del Reglamento para Contratos de Obras Públicas encontramos buenas razones para entender que el reglamento se extralimita respecto de las materias que podría tratar al abordar materias expresadamente reservadas al legislador.

En particular, no consideramos admisible que sea la propia autoridad a través de un acto administrativo la que regule los plazos que los particulares tendrán para hacer efectiva la responsabilidad contractual del Estado derivada de sus propios incumplimientos, o que ella misma limite la posibilidad de impugnar los actos administrativos en plazos más acotados que los consagrados en la ley, como se pretende al establecer que la liquidación podrá ser reclamada solo durante el plazo de noventa días, y que posteriormente se entenderá aceptada en caso de que no se haya impugnado.

En primer lugar, el numeral primero del artículo 63 de la Constitución Política permite sostener que, dado que la responsabilidad contractual y su respectiva prescripción extintiva ha sido objeto de codificación civil, esta no puede alterarse por vía de reglamento, como se pretende en el referido artículo. Esto cobra más sentido si consideramos que las reglas civiles son las que aplica la jurisprudencia al momento de otorgar indemnizaciones a favor de contratistas que celebran contratos con la Administración del Estado.

Asimismo, podría sostenerse que la contratación pública está incluida en aquello que denominamos bases de los procedimientos que rigen los actos de la administración pública, en cuyo caso el artículo 184 del Reglamento para Contratos de Obras Públicas entraría en pugna con el numeral 18 del artículo 63 de la Constitución Política,

y derivaría del hecho de que esta materia solo puede ser regulada por ley. En efecto, la selección del contratista se realiza por medio de una licitación pública que constituye un procedimiento administrativo consagrado en la ley.

De la misma forma, podemos agregar conforme el mismo artículo de la carta fundamental que «salvo las excepciones que considera la propia Constitución, a la ley le corresponde regular los diversos aspectos de la vida social en sus bases esenciales (artículo 63 número 20 de la Constitución), mientras que los aspectos no esenciales, complementarios, de desarrollo o detalle quedan entregados al reglamento (artículo 32 número 6)» (Cordero, 2009: 437).

En conformidad con lo anterior, consideramos que los derechos que tienen los particulares al momento de contratar con el Estado son precisamente de aquellos aspectos esenciales en todo ordenamiento jurídico. De manera que todas las restricciones reglamentarias a aquellos derechos ya consagrados en el ordenamiento, por medio de una norma de rango legal, son contrarios a la Constitución y, en este caso particular, contrarios a la Ley 19.880.

Por ejemplo, la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo contempla la posibilidad de solicitar la invalidación del acto administrativo dentro del plazo de dos años, lo que no coincide con los noventa días que otorga el reglamento para impugnar la liquidación del contrato, desconociendo su naturaleza de acto administrativo.

Por otro lado, la doctrina ha sostenido que «toda restricción de la esfera de libertad de los ciudadanos está sujeta al consentimiento expreso de sus representantes, de manera que el Ejecutivo sin ese consentimiento (ley), nada puede hacer por sí solo» (Cordero, 2009: 437). Esta idea nos permite observar cuáles son los límites del reglamento y por qué es inadmisibles concebir una limitación de carácter reglamentario a las acciones ordinarias que existen en materia contractual en el Código Civil.

En definitiva, no es factible establecer restricciones que limiten los derechos establecidos en la ley por medio de la dictación de actos administrativos, puesto que en este caso implican una vulneración de la garantía constitucional de acceso a la justicia al entorpecer el ejercicio de las acciones que harían responsable a la autoridad, sin perjuicio de la posibilidad y conveniencia de que existan procedimientos especiales instaurados por ley.

En la misma línea, el legislador ha pretendido en el artículo 54 de la Ley 19.880 resguardar el derecho fundamental a la tutela judicial, sin que sea necesario agotar la vía administrativa para acudir a los tribunales ordinarios de justicia como ocurre en el derecho español (Ferrada, 2011: 256). Menos razonable sería entonces que nuestra institucionalidad permita que un acto administrativo restrinja el acceso a la justicia y la posibilidad de exigir la aplicación del principio de reparación integral del daño.

Finalmente, conviene advertir que el procedimiento administrativo que da lugar al acto administrativo que liquida el contrato debiese necesariamente incorporar un periodo de prueba en atención a la naturaleza del procedimiento, que examina cuestiones técnicas que muchas veces son complejas y requieren la participación del contratista para asegurar una bilateralidad en el proceso que evite una arbitrariedad de la Admi-

nistración del Estado. Esto último podría estar presente en muchas ocasiones, ya que en los contratos de construcción tradicionales el beneficio de una parte es proporcional al detrimento de la otra parte (Gerber y Ong, 2013: 32-53) y estas lógicas no son ajenas a las condiciones presentes en el contrato de construcción de obra pública.

Responsabilidad contractual del Estado y las acciones del contratista

En nuestro país, en el marco de contratos administrativos se reconoce el derecho del contratista a solicitar una indemnización de perjuicios por los incumplimientos de la autoridad, lo que se funda en normas de derecho público y particularmente en el artículo 6 y artículo 38 inciso segundo de la Constitución Política.

Ahora bien, en la práctica judicial se puede observar cómo se ha otorgado aplicación directa a las disposiciones de derecho civil al indicar que, tratándose de un contrato administrativo, son aplicables los principios generales del derecho que estarían inmersos en los preceptos civiles. Esto ha llevado a acoger demandas de indemnización de perjuicios en contra del Estado aplicando normas de responsabilidad civil contractual.⁵⁹

Hoy nos parece claro, pero en el pasado la propia Corte Suprema erró al examinar una acción entablada luego de transcurridos los noventa días de plazo consagrados en el reglamento, al indicar que

la liquidación del contrato se tuvo por aprobada en conformidad a lo que dispone el artículo 182 del Reglamento para Contratos de Obras Públicas, Decreto 15/92, MOP, motivo por el cual el reproche en cuanto a la demora y los supuestos perjuicios que ese retardo podría haber ocasionado al actor, no puede ser oído, pues no fue reclamada ante la Justicia Ordinaria de conformidad con lo establecido en el inciso 5 de la norma antes referida.⁶⁰

Entender que un acto administrativo puede constreñir los plazos de prescripción consagrados por la ley en desmedro de los particulares constituyó un grave error, al incurrir al menos en una vulneración a la garantía constitucional de acceso a la justicia establecida en el artículo 19 número 3 de la Constitución Política, toda vez que se impide al particular utilizar una acción indemnizatoria luego de transcurridos noventa días desde que la autoridad dictó la liquidación del contrato, acto que es unilateral y que además no nace de una aplicación rigurosa del procedimiento administrativo instaurado en la ley.

59. Véase *Ingeniería Civil Vicente S.A. con Fisco de Chile*, Corte Suprema, 27 de mayo de 2013, (casación en el fondo); *Cml. con Fisco de Chile*, Corte de Apelaciones de La Serena, 4 de septiembre de 2015, (apelación y casación en la forma); y *OHL con Fisco de Chile*, Corte Suprema, 30 de agosto de 2016, (casación en la forma y en el fondo).

60. Véase *Empresa Constructora Alvial con Fisco de Chile*, Corte Suprema, 23 de octubre de 2014, (casación en el fondo). Cabe hacer presente que la norma reglamentaria examinada excluía expresamente la acción ante la justicia ordinaria, y que actualmente la norma vigente no se refiere a ella, utilizando una nomenclatura genérica que indica que, una vez aceptada la liquidación, el contratista no podrá efectuar reclamo o recurso posterior.

No obstante, esto ya no es materia controvertida puesto que la norma vigente ya no contiene el antiguo tenor del artículo 182 que establecía expresamente que «el contratista que no ha aceptado la liquidación podrá reclamar de ella ante la justicia ordinaria, dentro del plazo de tres meses contados desde la fecha de tramitación de la resolución pertinente».⁶¹

En la actualidad la norma se limita a establecer que «el contratista que no haya aceptado la liquidación podrá reclamar de ella, dentro de un plazo de 90 días contados desde la fecha de tramitación de la resolución pertinente. Transcurrido ese plazo, la liquidación se entenderá aceptada por el contratista».⁶² De tal forma, el reglamento no limita la posibilidad de acudir a la justicia ordinaria, a diferencia de lo que pretendía el Decreto Supremo 15, de 1992, aunque no se observa la misma claridad respecto de las acciones que establece la Ley 19.880.

Principales indemnizaciones reglamentarias en el contrato de construcción de obra pública

A continuación procederemos a examinar las indemnizaciones más relevantes que contempla el reglamento para Contratos de Obras Públicas con el objeto de observar si la técnica reglamentaria es armónica con nuestro sistema jurídico y para establecer si constituyen instituciones adecuadas para la prevención de controversias en contratos de construcción.

Indemnización de gastos generales por aumento de plazo

La regulación dispone que si hubiese un aumento de plazo del contrato instruido por la autoridad se indemnizarán al contratista los «mayores gastos generales proporcionales al aumento de plazo en que se incurra», considerándose que el gasto general del proyecto corresponde al 12% del valor total de la propuesta.⁶³

De tal forma, para determinar el monto del gasto general que deberá pagar la Administración conforme el artículo 147 del Reglamento para Contratos de Obras Públicas, es necesario multiplicar el 12% del valor total de la propuesta por el plazo total del contrato. El resultado de la operación anterior será equivalente al valor del gasto general diario, y si este último monto es multiplicado por la cantidad en que aumenta el plazo de ejecución, tendremos como resultado la indemnización a que tendría derecho el contratista.

Esta situación establecida en el reglamento pretende compensar al contratista por un mayor plazo en obra, dado que los costos considerados para la ejecución del proyecto prevén un plazo determinado. En efecto, al aumentar el plazo se modifica las consideraciones que dieron lugar a los precios del contratista y evidentemente incrementan los costos del constructor.

61. Véase Decreto 15, artículo 182.

62. Véase Decreto 75, artículo 184.

63. Véase Decreto 75, artículo 147.

Particularmente, en un proyecto de construcción se entiende como gasto general aquellos costos mensuales de un proyecto que no están asociados al costo directo en que se incurre para ejecutar obra y, por tanto, se incurre en ellos mientras transcurre el tiempo sin necesidad de estar realizando trabajos.

Para profundizar, corresponde indicar que el gasto general incluye principalmente los costos del personal que no ejecuta directamente la construcción del proyecto como, por ejemplo, los profesionales de la obra, prevencionistas de riesgos, topógrafos, administradores de obra, auditores, abogados, jefe de talleres, contadores, mecánicos, eléctricos, y todos aquellos profesionales o técnicos necesarios para la obra que no se consideran en la materialización inmediata de la construcción (De Solminihaç, 2012: 175).

Por otro lado, también incluye los costos de instalación de faena, que incorporan cuanto diga relación con el montaje y funcionamiento de oficinas, incluyendo, a modo de ejemplo, gastos de servicios públicos, policlínico, gastos de secretaría, movilización de profesionales, plantas de hormigón, plantas de asfalto, galpones, bodegas, residencias para los trabajadores, dependencias para la Inspección Fiscal en caso de un contrato de obra pública, etcétera (De Solminihaç, 2012: 175).

Inclusive, los gastos generales también consideran el equipamiento, que se refiere al valor de vehículos, fletes, equipos de laboratorio, topografía, computación y comunicaciones. Es importante destacar que no deben confundirse con aquellos desembolsos propios de la maquinaria utilizada para la materialización de una obra de manera directa o inmediata, como lo sería una retroexcavadora o una pavimentadora, que se entiende como parte del costo directo del precio unitario (De Solminihaç, 2012: 175-176).

También existen los gastos generales indirectos, que se refieren a la contribución monetaria prorrateada de cada obra para pagar los costos de la oficina central de la empresa, el costo financiero de la obra, seguros, los gastos propios de la confección y presentación de la propuesta, garantías exigidas por la licitación, costos notariales asociados al proceso licitatorio, etcétera (De Solminihaç, 2012: 176-177).

En definitiva, la determinación de los gastos generales es compleja puesto que abarca un sinnúmero de conceptos que hacen posible la ejecución de un proyecto de infraestructura, pero en cualquier caso son trazables y determinables para estudiar una oferta o verificar el daño efectivo derivado de un aumento de plazo.

Sin embargo, y a pesar de esta realidad, nuestra normativa reglamentaria es bastante rígida y no permite reparar el daño efectivamente causado al aumentarse el plazo de ejecución de los trabajos, puesto que considera la reparación de un gasto general ficticio que, en innumerables oportunidades, solo compensa parcialmente los daños y, prueba de ello, son las demandas en contra del Fisco que se han generado recientemente.⁶⁴

64. Véase *OHL con Fisco de Chile*, 2016. En esta sentencia se otorga una indemnización de perjuicios a favor del contratista de conformidad con las normas de derecho civil en el marco de un contrato de construcción de obra pública a suma alzada. Además, se reconoce la procedencia de indemnizar los gastos generales del contratista en consideración de su sobreestadía en terreno por causas imputables a la Administración. Conviene hacer presente que el fallo resuelve una controversia respecto de un contrato de

En ese contexto, una interpretación que sostenga que en el contrato de construcción de obra pública son exclusivamente procedentes las indemnizaciones reglamentarias, prescindiendo de las indemnizaciones de carácter civil, ciertamente contravendría nuestro ordenamiento al vulnerar, entre otros, el principio de reparación integral del daño.

Sobre este punto, la Corte Suprema consagró que, en materia de contratos de construcción de obra pública, rige el principio de reparación integral del daño con el límite de los perjuicios directos y previsibles establecido en el artículo 1.558 del Código Civil. De esta forma, la Corte Suprema se inclinó por desechar la posición que sostiene que en los contratos de obra pública la norma reglamentaria limitaría el régimen de responsabilidad contractual del Estado consagrado en la ley.⁶⁵

En efecto, sostener que la indemnización reglamentaria constituye un límite implicaría que la Administración incurra en un enriquecimiento ilícito al no remunerar al contratista por el trabajo efectivamente realizado. Asimismo, desde una perspectiva de derecho público la modificación de las condiciones de contratación se justifica en las potestades exorbitantes de la Administración, dando lugar imperativamente a la íntegra indemnización del contratista para así mantener inalterada la ecuación financiera del contrato (Moraga, 2007: 258-259).

En caso contrario se ignorarían las directrices de nuestro sistema civil compensatorio, que sostiene que todo daño debe ser reparado; en efecto, la doctrina es manifiesta al señalar que «ante el incumplimiento del contrato el ordenamiento jurídico debe propender a satisfacer no solo la prestación insatisfecha del acreedor, sino también lograr una reparación íntegra de los daños y perjuicios causados» (Pizarro, 2010: 301).

En definitiva, para comprender la indemnización de gastos generales que establece el reglamento de manera armónica debemos entender que esta no priva al contratista de la indemnización consagrada en el Código Civil, puesto que, como ya se ha señalado, prima la reparación integral del daño, que implica reconocer y resarcir los costos efectivos en que ha incurrido el contratista con motivo del aumento del plazo de ejecución de los trabajos por causas que, por cierto, le son ajenas.

En nuestra opinión, y sobre todo considerando la diversidad de gastos generales que puede tener cada proyecto, es recomendable consagrar mecanismos flexibles que permitan constatar y resarcir el daño efectivamente causado en virtud de los incumplimientos de la entidad licitante para no incurrir en los altos costos que derivan de la litigación.

Indemnización por falta de entrega de terreno

En el marco de un contrato de construcción de obra pública, el reglamento contempla indemnizaciones cuando se afectan las condiciones primitivas del contrato. Por ejemplo,

construcción de obra pública que se rige por el Decreto 15 del MOP, de 1992, es decir, una versión similar pero previa de la vigente.

65. Véase *OHL con Fisco de Chile*, 2016, foja 32.

si el terreno no está disponible para la ejecución de los trabajos por causas ajenas al contratista y esto le provoque atrasos en relación con su cronograma, se indemnizarán los daños sobre la base de los gastos directos justificados que verifique el inspector fiscal.⁶⁶

Ciertamente, si se mantienen recursos en obra y no es factible ejecutar obra que dará lugar a la remuneración, hay un daño manifiesto al contratista que despilfarrará recursos en maquinaria y mano de obra mientras transcurre el plazo de ejecución, pero sin dar avance a los trabajos, y por ende sin recibir pagos que serían proporcionales al avance de las obras.

Por lo demás, el contratista deberá volver a incurrir en los referidos costos de construcción cuando el terreno esté disponible y recibirá la misma remuneración contemplada inicialmente a pesar de que sus gastos fueron mucho mayores.

No obstante, esta situación tan perjudicial podría resolverse conforme la regulación del contrato de construcción de obra pública si se configuran los supuestos que permiten otorgar la indemnización reglamentaria relativa a la falta de entrega de terreno que compense el daño efectivamente causado.

Si bien esta norma tiene la flexibilidad necesaria para otorgar una reparación integral del daño causado al contratista, de un análisis exhaustivo se observa que el mayor inconveniente consiste en que el inspector fiscal es quien debe verificar los «gastos directos justificados». De tal forma, este último deberá constatar los daños que exponen la responsabilidad del propio servicio, lo que podría no establecer los incentivos apropiados.

En definitiva, la normativa no es suficiente para resolver los conflictos más comunes en estas materias, como lo es la falta de entrega de terreno⁶⁷ (Gerber y Ong, 2013: 16-17) que, ya sea parcial o total, igualmente genera daños a los contratistas al impedir un trabajo continuo y repercute en menores rendimientos que los estudiados por el contratista en conformidad con los antecedentes de licitación entregados por el Ministerio de Obras Públicas.

Por otro lado, cabe destacar que la normativa establece que «en los documentos de licitación se establecerá el calendario de entrega de toda aquella eventual información que por su naturaleza no pueda ser entregada antes de la adjudicación, la que en ningún caso deberá ser tal, que afecte a la estimación de precios y cantidades, así como la responsabilidad del MOP en caso de incumplir con dicho cronograma de entrega».⁶⁸

Asimismo, la normativa del contrato de construcción de obra pública admite expresamente, en el artículo 137, entregas parciales de terreno que no tendrían derecho a indemnización, en la medida en que las bases administrativas fijen el calendario de entrega de los terrenos y del trazado con sus diversas modalidades. En efecto, esto debe formar parte de las bases administrativas para permitir al contratista informarse de las condiciones del terreno, lo que a su vez generará que las ofertas de los contratistas

66. Véase Decreto 75, artículo 138.

67. En el derecho anglosajón se utiliza el término *latent conditions* para referirse a cualquier diferencia en las condiciones del terreno que no pudo ser previsto por el contratista al momento de la licitación.

68. Véase Decreto 75, artículo 2 inciso segundo.

consideren adecuadamente la estimación de los precios y cantidades por los trabajos requeridos.⁶⁹

Solución de controversias en el contrato de construcción de obra pública

Sistema de resolución de controversias en el Reglamento para Contratos de Obras Públicas

Conforme el propio reglamento, se contempla la aplicación de los recursos administrativos contemplados en la Ley 19.880 respecto de los actos administrativos dictados por la Dirección durante la licitación o vigencia del contrato de construcción de obra pública.⁷⁰ Esto no es ninguna novedad al considerar que de acuerdo al ámbito de aplicación de la Ley 19.880, los ministerios y los servicios públicos no están exentos de cumplir con el procedimiento administrativo consagrado en la ley, ni tampoco del procedimiento de impugnación ante la autoridad administrativa que surge de la interposición de los recursos administrativos.

Aunque el artículo 189 del reglamento establece que los contratistas pueden hacer valer los recursos que establece la Ley 19.880 durante la licitación y la vigencia del contrato de obra pública,⁷¹ la normativa no identifica con claridad quién es el superior del inspector fiscal; a diferencia de lo que ocurre en el sistema de concesiones de obra pública, en el que se establece expresamente ante quién se debe interponer el recurso administrativo.⁷²

Esto genera un problema en el contrato de construcción de obra pública, ya que un mismo tema podría ser conocido por la Dirección Nacional o Regional dependiendo de las decisiones políticas que se adopten en un determinado momento, y además podría propender a que los contratistas busquen múltiples instancias para revertir las decisiones desfavorables a sus intereses.

En el Reglamento de la Ley de Concesiones se indica con claridad que el recurso de reposición se entabla ante el inspector fiscal del contrato, pero que la apelación se interpondrá ante el director general de obras públicas,⁷³ lo que de conformidad con las modificaciones a Ley de Concesiones hoy se refiere al director general de concesiones de obras públicas.

De tal forma, una posible mejora al reglamento podría implicar que las apelaciones contra las decisiones del inspector fiscal sean conocidas por la Dirección Nacional res-

69. Véase Decreto 75, artículo 137 inciso segundo y artículo 2.

70. Véase Decreto 75, artículo 189.

71. Véase Decreto 75, artículo 189: «Los recursos que hicieren valer los proponentes o el contratista respecto de los actos administrativos dictados por la Dirección durante la licitación o vigencia del contrato de obra pública, se someterán a las disposiciones contenidas en el Capítulo IV de la Ley 19.880 de Bases de Procedimientos Administrativos».

72. Véase Decreto 956, de 1999, artículo 42.

73. Véase Decreto 956, artículo 42.

pectiva. Este tratamiento permitiría una adecuada revisión de las reclamaciones que interpongan los contratistas y aseguraría un proceso que otorgue mayores garantías de imparcialidad frente a las reclamaciones.

Asimismo, corresponde indicar que a diferencia de lo que ocurre con el sistema de concesiones de obra pública, el reglamento no contempla un panel técnico que permita resolver tempranamente controversias durante el desarrollo del proyecto, por medio de una recomendación experta para las partes. Esto va en contra de la tendencia internacional de países con mayor avance en estas materias, que observan en los *disputes boards* (Radovic, 2017: 73-79.) o en los mecanismos de resolución temprana de controversias, una herramienta eficiente que otorga soluciones oportunas que permiten el adecuado desarrollo del proyecto, y sin el alto costo que implica la litigación una vez que la construcción de las obras ha finalizado.

En efecto, en el marco del desarrollo de un contrato de construcción es necesario contar con un mecanismo de resolución de controversias que resuelva los conflictos que puedan presentarse durante su ejecución, considerando especialmente la naturaleza de la industria que ha mostrado ser especialmente conflictiva (Gerber y Ong, 2013: 13-14). Hoy las mejores prácticas sobre resolución de disputas en construcción sostienen que debe existir un cambio de enfoque, dando prioridad a la prevención por sobre la resolución de disputas tardía que implican un mayor costo (Gerber y Ong, 2013: 90-91).

Por otro lado, debemos considerar que esta situación presente en derecho comparado no es exclusiva (Gerber y Ong, 2013: 4), también ha sido observada por la doctrina nacional al indicar que la construcción sería un sector muy proclive a la conflictividad, sin importar el tipo de proyecto ni la jurisdicción. Sosteniendo incluso que existiría una grave pérdida de confianza en los actores de la industria (Radovic, 2017: 74).

Entonces, considerando que es probable que existan divergencias entre las partes durante la ejecución de las obras, es problemático que el reglamento no prevea herramientas para resolver esas diferencias. A modo ejemplar, la Contraloría General de la República ha sostenido que «la autoridad administrativa no se encuentra normativamente habilitada para disponer el pago de la compensación a que alude (mayores costos que se habrían ocasionado por las deficiencias del proyecto respectivo)».⁷⁴ Esto revela la falta de flexibilidad que tiene un reglamento para regular un contrato que, por la naturaleza de las prestaciones, se enfrentará innumerables veces a situaciones no previstas al momento del llamado a licitación.

Asimismo, en aplicación del principio de juridicidad y por tratarse de un contrato que se rige por el derecho público, tampoco podría realizarse ningún pago que no se considere expresamente en la legislación o en el contrato administrativo.

En efecto, conforme el Reglamento para Contratos de Obras Públicas solo procederían indemnizaciones, compensaciones o pagos que han sido establecidos previamente en él. En nuestra opinión, y pese a la nomenclatura del reglamento que califica estos

74. Véase Dictamen 40.689, de 2013.

pagos como indemnizaciones, consideramos que estas por su naturaleza son cláusulas penales en favor del contratista. Estas son la indemnización de gastos generales,⁷⁵ la indemnización por paralización de obra,⁷⁶ la indemnización por término anticipado,⁷⁷ la indemnización por disminución de obra⁷⁸ y la indemnización por falta de entrega de terreno.⁷⁹

Nuevamente, a diferencia del sistema de concesiones de obra pública —que establece la posibilidad de acudir a una comisión arbitral compuesta por expertos que forman parte de una nómina creada al efecto—, en los contratos de construcción de obra pública se debe acudir a la justicia ordinaria, que no tiene una estructura especializada para resolver el tipo de conflictos que ocurren en estas materias.

En efecto, fuera del ámbito administrativo no existe una jurisdicción especial para conocer de las controversias que se susciten durante la vigencia de un contrato de construcción de obra pública, puesto que la ley no lo ha considerado. Por tanto, el conocimiento de estas materias corresponde a los tribunales ordinarios conforme el procedimiento establecido para los juicios de hacienda en el Código de Procedimiento Civil.⁸⁰

Esto podría considerarse una falencia dado que la especialidad requerida en estas materias exige una aproximación multidisciplinaria (Gerber y Ong, 2013: 115), como ocurre, por ejemplo, con las materias que conoce el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o, en un caso más próximo, en las discrepancias técnicas y económicas que conoce el Panel Técnico de Concesiones. Los mecanismos de resolución de controversias especializados traen beneficios a la industria y a la Administración del Estado, ya que otorgan certeza en el tiempo, lo que aumenta la competencia y por ello permite ofertas más convenientes al interés fiscal. La incertidumbre que podría causar la ausencia de instancias especializadas puede reflejarse en aumento de los precios de los contratistas ante el riesgo percibido por la industria.

Este mismo fenómeno podría ocurrir con contratos que no distribuyen claramente los riesgos o que los distribuyen de forma inadecuada, como ocurre en una visión clásica del contrato administrativo, que sitúa a la autoridad en una posición de superioridad que se traduce en un traspaso total del riesgo sin mediar un análisis económico. Hoy parece menester incorporar herramientas propias de la administración de proyectos y de las ciencias económicas, y hacer un análisis que considere los incentivos que promuevan ofertas más económicas para dar cumplimiento al principio de eficiencia que rige a los órganos de la Administración del Estado.

En definitiva, los esfuerzos en estas materias deberían apuntar a buscar un equilibrio en la asignación de los riesgos para promover un óptimo que asegure precios

75. Véase Decreto 75, artículo 147.

76. Véase Decreto 75, artículo 148 inciso tercero.

77. Véase Decreto 75, artículo 148 inciso cuarto.

78. Véase Decreto 75, artículo 102.

79. Véase Decreto 75, artículo 138.

80. Véase Ley 1.552, de 1902, artículo 748 y siguientes.

más convenientes; si bien en ocasiones esto implicaría asumir ciertos riesgos que hoy asumen los privados, también permitiría como política pública un gasto más eficiente del presupuesto fiscal en su conjunto.

Resolución de controversias en los tribunales ordinarios

A pesar de las falencias con que cuenta el reglamento, podemos señalar que la jurisprudencia examina estos contratos en la dirección correcta. En efecto, la Corte Suprema ha reafirmado el criterio conforme el cual el contratista debe ser indemnizado por los mayores costos y gastos en los que incurra derivado de un incumplimiento contractual del mandante.⁸¹

Asimismo, la jurisprudencia ha delimitado las obligaciones propias del contrato de construcción a suma alzada al indicar que en él se conviene la ejecución de una obra determinada en un plazo y precio prefijado, pero que ello no implica que el contratista deba asumir los efectos de los incumplimientos del mandante.⁸²

La jurisprudencia se ha pronunciado sobre el Reglamento para Contratos de Obras Públicas, señalando que no tiene mecanismos para reconocer pérdidas de productivas,⁸³ lo que deja en evidencia una falencia destacada en esta investigación al no regular una afectación al contratista de común ocurrencia y requerir necesariamente entablar una acción de indemnización de perjuicios.

La jurisprudencia también ha reconocido conceptos propios de la técnica y los procesos de la construcción, al señalar que el programa de trabajo como uno de los elementos fundamentales del contrato de construcción, ya que este describe «cómo, en qué orden y en qué periodo se ejecutarán cada una de las partes que componen la obra».⁸⁴ También ha definido el término de productividad, entendiéndolo como el indicador que «relaciona la cantidad de recursos utilizados (personas o maquinarias) con la cantidad de producción obtenida (obra física)».⁸⁵

En el mismo sentido, la Corte Suprema ha sostenido que todos los cambios en un proyecto de construcción tienen un efecto en los costos y en el plazo. Tradicionalmente, estos serían el costo directo y plazo del cambio de proyecto; y el «impacto que el cambio puede tener sobre las obras no cambiadas o los trabajos originalmente contratados, debido a atrasos, interrupciones, cambios de la secuencia constructiva, falta de recursos».⁸⁶

Conviene destacar que la Corte Suprema ha definido los gastos generales como

aquellos costos indirectos (equipo profesional, maquinaria y dependencias, entre otros) en que incurre la constructora por el mero hecho de estar presente en la obra

81. Véase *OHL con Fisco de Chile*, foja 7.

82. Véase *OHL con Fisco de Chile*, foja 29.

83. Véase *OHL con Fisco de Chile*, foja 10.

84. Véase *OHL con Fisco de Chile*, foja 8.

85. Véase *OHL con Fisco de Chile*, foja 11.

86. Véase *OHL con Fisco de Chile*, foja 12.

durante el transcurso de la construcción. Así, los ítems pertenecientes al gasto general corresponden a aquellos costos que no pueden ser asignados exclusivamente a una partida específica, y que, a su vez, no han sido considerados para determinar los costos directos de cada una de las partidas del presupuesto de la Constructora.⁸⁷

Además, la jurisprudencia ha señalado el plazo y la magnitud de la obra como los elementos que determinan el monto total del gasto general.⁸⁸ En efecto, mientras más tiempo esté una empresa constructora en terreno, mayor será el gasto general en que incurra y mientras menos tiempo esté la empresa en faena, menor serán sus gastos generales totales.

En ese contexto cabe mencionar que, si en el marco de un contrato de construcción se aumenta la obra contratada, incrementará el valor de los seguros (gastos generales indirectos) (De Solminihac, 2012: 176-177) y podría aumentar la necesidad de contar con personal profesional o maquinaria adicionales a los contemplados para las obras proyectadas primitivamente.

Para aclarar más el concepto que recoge la jurisprudencia, podemos señalar, por ejemplo, que si una empresa constructora construye menos obra que la considerada previamente en un mismo plazo, la empresa recibirá una remuneración menor que, tradicionalmente, será proporcional al avance de la obra, habiendo mantenido, por regla general, el mismo desembolso por sus gastos generales. Esto es perfectamente aplicable al contrato de construcción de obra pública en que la remuneración se realiza conforme estados de pago quincenales o mensuales.⁸⁹

Por otro lado, si la misma empresa en el mismo proyecto construye más obra en el mismo plazo tendrá una remuneración equivalente al avance de la obra al tiempo que mantiene el gasto general por ese lapso, siendo más eficiente en su productividad y obteniendo por tanto una mayor utilidad.

En cuanto al costo directo, este aumentará al ejecutar mayores cantidades de obra y se reduce al disminuir cantidades de obra, ya que el referido costo se refiere al de los materiales y mano de obra utilizados inmediata e ineludiblemente para la materialización de obras determinadas.⁹⁰

Finalmente, la Corte Suprema ha indicado que las modificaciones a un proyecto original a destiempo alteran el programa de trabajo y extienden los plazos de ejecución de la obra. Esto implica indefectiblemente un aumento de los costos del contratista, entre ellos, los gastos generales y gastos financieros.⁹¹ En ese contexto, debemos señalar que el costo o gasto financiero corresponde en realidad a una especie de gasto general indirecto.

Adicionalmente, conviene agregar que la jurisprudencia ha seguido reconociendo la procedencia de indemnizar los gastos generales frente a incumplimiento de la au-

87. Véase *OHL con Fisco de Chile*, fojas 18-19.

88. Véase *OHL con Fisco de Chile*, foja 19.

89. Véase Decreto 75, artículo 153.

90. Véase *OHL con Fisco de Chile*.

91. Véase *OHL con Fisco de Chile*.

toridad que prolongue el plazo de ejecución total de las obras frente a una acción de indemnización de perjuicios de naturaleza civil.⁹²

Conclusiones

El Reglamento para Contratos de Obras Públicas es un acto administrativo y como tal constituye una norma de rango jerárquico inferior a la ley. Asimismo, ha podido observarse que el reglamento ha sido dictado en virtud de una delegación de la ley con un objeto acotado, el cual se refiere al funcionamiento interno de los servicios públicos dependientes del MOP. No obstante, al examinar el contenido del reglamento nos parece claro que este ha sido dictado utilizando la potestad reglamentaria de ejecución y autónoma en conjunto.

El reglamento mantiene normas anteriores a la dictación de la Constitución vigente, a la Ley 19.880 y a la Ley 19.886. Esto genera que el reglamento presente normas que son incompatibles con la ley vigente, que por ende debiésemos entender derogadas o en su defecto interpretar armónicamente a la luz de las leyes vigentes.

Respecto de los contratos de construcción de obra pública licitados por el Ministerio de Obras Públicas, la normativa establecida en el DFL 850 MOP es bastante escasa y la mayor parte del contenido de la normativa está incorporada en el DS 75. Esto otorga especial importancia a la Ley 19.886 y 19.880, que son aplicables en estos contratos. De hecho, en nuestra opinión es factible sostener que dichas leyes priman por sobre el Reglamento para Contratos de Obras Públicas, debido a que este último tiene un rango jerárquico inferior, aunque es indispensable en este mismo ejercicio considerar el mencionado DFL 850, que teniendo rango legal prima conforme el principio de especialidad.

Se ha demostrado que existe un error de técnica legislativa o reglamentaria al dejar que la normativa que regula el contrato de construcción de obra pública sea tratada principalmente por un reglamento, puesto que su contenido actual plasmado en una norma inferior vulnera la ley y además transgrede el dominio legal al pretender regular las bases esenciales del ordenamiento jurídico por medio de un acto administrativo.

El procedimiento administrativo es especialmente necesario durante ciertos hitos de la ejecución del contrato de construcción de obra pública, dadas las materias sumamente técnicas y conflictivas (Gerber y Ong, 2013: 4) en las que existen intereses discordantes entre el patrimonio fiscal y los derechos del contratista, requiriéndose las diversas etapas que se consagran en nuestro ordenamiento para la dictación de un acto administrativo que se ajuste a derecho y otorgue garantías al particular. En efecto, existe un riesgo de arbitrariedad en el contrato de construcción de obra pública, toda vez que la administración deberá admitir responsabilidad e incurrirá en un mayor gasto fiscal cada vez que reconozca los legítimos derechos del contratista.

92. Véase *Duarte con Serviu VI Región*, Corte Suprema, 30 de julio de 2018, (casación en la forma y en el fondo).

Tanto la aplicación de multas como la liquidación del contrato son actuaciones de la Administración del Estado que exigen la iniciación de un procedimiento administrativo que tenga como resultado la dictación de un acto administrativo terminal en conformidad con la Ley 19.880, a fin de interpretar las disposiciones reglamentarias en armonía con el ordenamiento jurídico vigente.

El reglamento contiene normas dictadas con anterioridad a la publicación de la Ley 19.880, lo que generaría normas reglamentarias que si se aplican formalmente implicarían un acto administrativo nulo. Esto ocurre con el artículo 89 que otorga efectos al acto administrativo que adjudica el contrato sin haberse realizado la notificación al interesado y, por ende, sin cumplir con la etapa de publicidad en el *iter* de la formación del acto administrativo, que exige el artículo 51 inciso segundo de la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo.

Existen riesgos distribuidos de manera ineficiente en el contrato, como ocurre al hacer responsable al contratista por defectos de ingeniería cuando él está encargado exclusivamente de labores de construcción. Asimismo, existen facultades que pueden ser reconocidas por los contratistas como un riesgo que imputan al precio de su oferta, incrementando el valor de las obras. Esto ocurre, por ejemplo, con la facultad del director general de obras públicas que permite declarar daños como extraordinarios y ajenos a toda previsión, en cuyo caso el contratista no responde por ninguno de los daños que hayan sufrido las obras.

Las «indemnizaciones reglamentarias» (cláusulas penales) no constituyen una reparación real del daño por las limitaciones de la propia normativa y en ocasiones se vuelven impracticables considerando que la aplicación de la cláusula penal va asociada necesariamente al reconocimiento de responsabilidad por parte de la entidad licitante. En ese contexto, el contrato de construcción de obra pública carece de mecanismos de prevención de controversias y de la flexibilidad necesaria para enfrentar los desafíos propios de la naturaleza de las prestaciones del contrato.

En el contrato de construcción de obra pública tampoco existen herramientas adecuadas para compensar la improductividad que pueda sufrir un contratista en el marco de la ejecución de su contrato, lo que nuevamente promueve la conflictividad. Por otro lado, la única alternativa que permite cierta flexibilidad es la posibilidad de incorporar obras extraordinarias que permiten pactar los precios entre la autoridad y el contratista, lo que podría promover situaciones irregulares si se usa esta herramienta para compensar al contratista por cambios de circunstancias en la ejecución de las obras.

En la jurisprudencia reciente ha existido un avance relevante en la comprensión de los procesos y técnicas propios de la construcción, expresado en una mejor consideración del contrato de construcción de obra pública, por ejemplo, al incorporar conceptos como el cronograma de trabajo y los gastos generales del contratista. Estos últimos son utilizados para justificar el daño causado al contratista mientras se ratifica en nuestra jurisprudencia la aplicación del principio de reparación integral del daño en los contratos administrativos.

En definitiva, se ha demostrado que existe desfase e incongruencia en la normativa que regula el contrato de construcción de obra pública con el resto del ordenamiento jurídico, puesto que las disposiciones del reglamento son incompatibles con múltiples normas de rango legal que fueron dictadas con posterioridad. Esto hace sumamente necesaria la actualización del reglamento con ese enfoque, aunque en nuestra opinión sería recomendable una ley de contratación de obras públicas que resuelva las falencias de la regulación actual, permita la contratación uniforme de infraestructura por parte del Estado y genere en el mediano plazo mayor eficiencia en el uso de los recursos públicos al incentivar ofertas más económicas de los contratistas.

Referencias

- AYLWIN, Patricio (1952). *Manual de Derecho Administrativo*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BERMÚDEZ, Jorge (2014). *Derecho Administrativo General*: 3.^a ed. Santiago: Editorial Thomson Reuters.
- BOCKSANG, Gabriel (2011). «La dilación excesiva de los procedimientos administrativos sancionatorios: A horcajadas entre decaimiento y nulidad». En Rodrigo Delaveau y Silvia Baeza (editores), *Sentencias destacadas 2010* (pp. 225-252). Santiago: Libertad y Desarrollo.
- . (2017). «El deterioro del control jurisdiccional sobre los decretos supremos». En Arturo Fermandois y Sebastián Soto (editores), *Sentencias destacadas 2016* (pp. 121-147). Santiago: Libertad y Desarrollo.
- BRADY, Sean (2016). «The roles of technical engineering experts in construction disputes». *Construction Law International*, 11 (2): 19-25. Disponible en <https://bit.ly/3yPjuif>.
- BRAVO, Bernardino (1988). «El derecho indiano y sus raíces europeas: Derecho común y propio de Castilla». *Anuario de Historia del Derecho Español*, 58: 5-80. Disponible en <http://bit.ly/3uihP6k>.
- CARMONA, Carlos (2001). «Tres problemas de la potestad reglamentaria: Legitimidad, intensidad y control». *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, 3: 5-80. Disponible en <https://bit.ly/3TuN3NN>.
- CASTRO-CAMERO, Rosario (2010). «*Ius commune*: Fundamento del derecho común europeo e iberoamericano. Breve aproximación». *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 43 (128): 671-700. Disponible en <https://bit.ly/3sbealf>.
- CAZOR, Kamel (1999). «La potestad reglamentaria autónoma en la constitución chilena». *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile), 10 (1): 75-79. Disponible en <https://bit.ly/3gjkEfp>.
- CORDERO, Eduardo (2009). «El sentido actual del dominio legal y la potestad reglamentaria». *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 32 (1): 409-440. Disponible en <https://bit.ly/3TdCm2y>.
- . (2010). «Las normas administrativas y el sistema de fuentes». *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte), 17 (1): 21-50. Disponible en <https://bit.ly/3TdBc73>.

- DE SOLMINIHAC, Hernán (2012). *Procesos y técnicas de construcción*: 5.ª ed. Santiago: Ediciones UC.
- FERRADA, Juan Carlos (2007). «Las potestades y privilegios de la Administración Pública en el régimen administrativo chileno». *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile), 20 (2): 69-94. Disponible en <https://bit.ly/3CAGuT6>.
- . (2011). «Los procesos administrativos en el derecho chileno». *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 36: 251-277. Disponible en <https://bit.ly/3TsmsS9>.
- GERBER, Paula y Brennan Ong (2013). *Best practice in construction disputes: Avoidance, management and resolution*. Chatswood: LexisNexis.
- HERNÁNDEZ, Francisco (2004). «La evolución de la potestad reglamentaria en el constitucionalismo francés: Mitos y realidades». *Revista de la Administración Pública*, 163: 465-494. Disponible en <https://bit.ly/3ERqzCx>.
- JARA, Jaime (2013). «La Contraloría General de la República y su contribución al surgimiento y evolución del procedimiento administrativo en Chile». *Revista de Derecho Público*, 78: 63-77. Disponible en <https://bit.ly/3EVzF19>.
- LLEDÓ, Camilo y José Pardo (2015). «Sistema de sanciones por incumplimiento en los contratos públicos de suministro y prestación de servicios: La incerteza como un problema de política pública». *Revista de Derecho Público*, 82: 53-77. Disponible en <http://bit.ly/3gzBja6>.
- MOLINA, Carlos y Víctor Ríos (2016). *Derecho de la construcción*. Santiago: Editorial O'Print.
- MORAGA, Claudio (2007). *Contratación administrativa*. Santiago: Editorial Jurídica.
- . (2019). *Contratación administrativa*: 2.ª ed. Santiago: Thomson Reuters.
- OELCKERS, Oslvado (1980). «Los riesgos y el equivalente económico en el contrato administrativo de obra pública». *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 4: 179-210. Disponible en <https://bit.ly/3CLrh1F>.
- PERALTA, Ana y Alfredo Serpell (1991). «Características de la industria de la construcción». *Revista Ingeniería de Construcción*, 11: 5-21. Disponible en <https://bit.ly/3ScvHnX>.
- PIERRY, Pedro (2005). «Concepto de acto administrativo en la Ley de Procedimiento Administrativo: El reglamento. Dictámenes de la Contraloría General de la República». *Revista del Consejo de Defensa del Estado*, 13: 71-78. Disponible en <https://bit.ly/3ghOqBl>.
- PIZARRO, Carlos (2010). «La responsabilidad contractual en el derecho chileno: Función y autonomía». En Carlos Pizarro y Alvaro Vidal (editores), *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños* (pp. 229-312). Bogotá: Editorial Universidad de Rosario.
- RADOVIC, Marcela (2018). «¿Es el Panel Técnico de Concesiones un real ejemplo de *dispute board* en Chile?». En Juan Figueroa, *Derecho de la construcción: Análisis dogmático y práctico*. Santiago: Der Ediciones.

- REYES, Jorge (1998). «El principio de juridicidad y la modernidad». *Revista Chilena de Derecho*, número especial: 85-102. Disponible en <https://bit.ly/3TyiZRm>.
- RODRÍGUEZ, María Sara (2018). «Cargas de colaboración y distribución de riesgos en el contrato de construcción». En Juan Figueroa, *Derecho de la construcción: Análisis dogmático y práctico*. Santiago: Der Ediciones. También disponible en <https://bit.ly/3eEa9mv>.
- SAN MARTÍN, Lilian (2016). «Contrato para la confección de obra material: Naturaleza jurídica y otros problemas dogmáticos». *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte), 13 (2): 145-179. Disponible en <https://bit.ly/3s858FG>.
- SOTO KLOSS, Eduardo (2012). *Derecho administrativo: Temas fundamentales*: 3.^a ed. Santiago: Legal Publishing.
- TARDÍO, José Antonio (2003). «El principio de especialidad normativa (*lex specialis*) y sus aplicaciones jurisprudenciales». *Revista de Administración Pública*, 162: 189-225. Disponible en <https://bit.ly/3s71PyG>.
- TOWNER, M. y D. Baccharini (2008). «Risk pricing in construction tenders: How, who, what». *Australasian Journal of Construction Economics and Building*, 8 (1): 1-11. Disponible en <https://bit.ly/3SawNRa>.
- ZAPATA, Patricio (2008). *Justicia constitucional: Teoría y práctica en el derecho chileno comparado*. Santiago: Editorial Jurídica.

Sobre el autor

FELIPE HERMOSILLA TORRES es licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y abogado por la Universidad Adolfo Ibáñez. Además, es magíster en Derecho Privado por la Universidad Adolfo Ibáñez y magíster en Derecho Regulatorio por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Actualmente se desempeña como director del Diplomado de Derecho de la Construcción en la Pontificia Universidad Católica de Chile, profesor de Contratación Administrativa en el Magíster de Derecho Regulatorio de la misma universidad y como *legal counsel* en GHD S. A. Su correo electrónico es ahermosilla@uc.cl.  <https://orcid.org/0000-0002-1450-9460>.

REVISTA DE DERECHO PÚBLICO

La *Revista de Derecho Público* es publicada desde 1963 por el Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Aparece dos veces al año. Su propósito es la difusión de los avances del derecho público nacional e internacional y la socialización de artículos de investigación inéditos de la comunidad académica nacional e internacional.

DIRECTORA

Ana María García Barzelatto

SECRETARIO DE REDACCIÓN

Felipe Peroti Díaz

fperoti@derecho.uchile.cl

SITIO WEB

revistaderechopublico.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

publico@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