

SERIE DOCUMENTOS DE POLÍTICA PÚBLICA

HACIA RELACIONES CONTRACTUALES MODERNAS EN LAS OBRAS DE INFRAESTRUCTURA DE USO PÚBLICO

GERENTE DE ESTUDIOS : Javier Hurtado C.
ECONOMISTA JEFE - SUBGERENTE : Marcela Ruiz-Tagle O.

HACIA RELACIONES CONTRACTUALES MODERNAS EN LAS OBRAS DE INFRAESTRUCTURA DE USO PÚBLICO

Marcelo Villena
Ph.D. ECONOMÍA

*Estudio encargado por la Cámara Chilena de la Construcción
con el objetivo de contribuir al desarrollo de políticas públicas.*

CONTENIDO

CAPÍTULO I	
Introducción	4
CAPÍTULO II	
Demanda del sector público por obras públicas	8
CAPÍTULO III	
Contratos y procesos licitatorios: una perspectiva económica	14
CAPÍTULO IV	
Los contratos de obra pública en Chile: perspectiva jurídica	20
CAPÍTULO V	
Descripción de los mecanismos actuales de contratación de obra pública	42
CAPÍTULO VI	
Variables críticas en la contratación de obras públicas	54
CAPÍTULO VII	
Regulación de la participación público-privada para el desarrollo de infraestructura pública: algunos ejemplos internacionales	64
CAPÍTULO VIII	
Hacia un modelo moderno de contratación de infraestructura pública en Chile	74
Referencias	104



INTRODUCCIÓN

En los últimos años se han producido diversas situaciones que advierten posibles debilidades en los actuales mecanismos de regulación y modalidades de contratación en el sector de infraestructura pública: obras abandonadas, quiebras, proyectos con reclamaciones y presentación de ofertas económicas muy por debajo de los presupuestos oficiales, entre otras.

Un importante antecedente al respecto lo constituye el “Estudio Sobre Conflictividad Contractual en Empresas Socias de la Cámara Chilena de la Construcción”¹, cuyos resultados fueron dados a conocer en enero de 2015. En dicho estudio se entrevistó a 43 empresas socias de la CChC, del subsector infraestructura: en primer lugar, se detectó que un alto porcentaje de los contratos de infraestructura pública presentaron divergencias (42% entre 2011 y 2013), existiendo en la totalidad de ellas variaciones en los

montos estipulados inicialmente (en promedio, cercanas al 25% del valor original). Adicionalmente, un 97% de las empresas que acusaron divergencias declaran que ocurrieron variaciones en los costos.

Las divergencias en los contratos se originan, además, por modificaciones en el proyecto y/o alcance y/o condiciones técnicas, atrasos en las entregas y/o terrenos, cambios de metraje y/o cantidades, tipo de contrato y/o precio unitario a suma alzada, reducciones de contratos, aceleración del proyecto y mecánica de suelos.

Entre las principales causas identificadas para originar estas divergencias se mencionaron interferencias del mandante u otros contratistas en la ejecución, falta de inclusión de métodos de solución inmediata de divergencias, falta de estipulación de mecanismos de reevaluación de precio, atrasos en los pagos

por parte del mandante, falta de evaluación de los riesgos asociados al contrato, falta de negociación del contrato, desconfianza entre las partes contratantes, precio final de la obra no se ajustaba al valor real de ella, entre otras.

Respecto a las consecuencias de estas divergencias, el 86% de los casos tuvo efectos negativos. Este resultado es transversal a todos los segmentos de estudio.

Ante esta evidencia, resulta de interés profundizar sobre cuáles son los principales factores incidentes y generar propuestas que permitan una mayor eficiencia en este tipo de obras.

De este modo, en el presente estudio se buscó identificar y analizar los diferentes factores que regulan la contratación de empresas en Chile para la ejecución de obras de infraestructura pública, y su efecto en la eficiencia con la que opera dicho mercado, como tam-

bién realizar una comparación sobre el actual entorno regulatorio con las mejores prácticas internacionales en este ámbito. Finalmente, y a partir de lo anterior, se buscó generar recomendaciones y propuestas de cambios factibles de implementar. El estudio se focaliza en los contratos de infraestructura pública no concesionados, considerando el caso de los contratos de concesiones como un modelo alternativo para estudiar.

Para el desarrollo de la investigación se consideraron tres fuentes primarias de información: *focus groups* y encuestas a socios de la CChC del área de infraestructura pública y entrevistas a *stakeholders*.

En los *focus groups*, se expuso a los participantes diferentes aspectos que, de acuerdo a los antecedentes, pudiesen representar variables críticas en la adjudicación y ejecución de contratos de obras públicas (no se con-

sideraron obras concesionadas). Las entrevistas, por su parte, se focalizaron en ex ministros, jefes de servicios y altas autoridades contraloras. Por último, la encuesta se aplicó a socios del área de infraestructura pública de la CChC.

Así, la estructura del informe es la siguiente:

En primer término, se presenta un capítulo con la demanda del sector público en el sector obras públicas, desde una perspectiva de la inversión pública total, además de contratos registrados en el Banco Integrado de Proyectos (BIP) del Ministerio de Desarrollo Social para proyectos de infraestructura pública². A continuación, se realiza una descripción de los principales conceptos normativos relevantes en el ámbito del estudio y se describen los mecanismos actuales de contratación de obra pública, específicamente del MOP, SERVIU, FNDR y Concesiones.

En la sección 6, a modo de apoyo para los capítulos que lo preceden, se describen desde el punto de vista económico los procesos de licitación y mecanismos de adjudicación más utilizados, que se mencionan en la literatura.

Posteriormente, se presentan los resultados de la encuesta aplicada, para continuar con un capítulo en que se detallen las variables críticas encontradas en la contratación de obra de infraestructura pública, análisis que emana del levantamiento de información primaria y secundaria llevado a cabo. En la sección siguiente se exponen casos internacionales sobre la regulación de la contratación privada para el desarrollo de infraestructura pública.

Finalmente, se presentan las principales conclusiones y recomendaciones del estudio.



DEMANDA DEL SECTOR PÚBLICO POR OBRAS PÚBLICAS

A continuación, se presentan algunos conceptos básicos sobre inversión pública, las instituciones públicas involucradas que son necesarias de tener en cuenta, así como también algunas cifras que nos permiten dimensionar la importancia de este rubro en la economía.

2.1 INVERSIÓN PÚBLICA

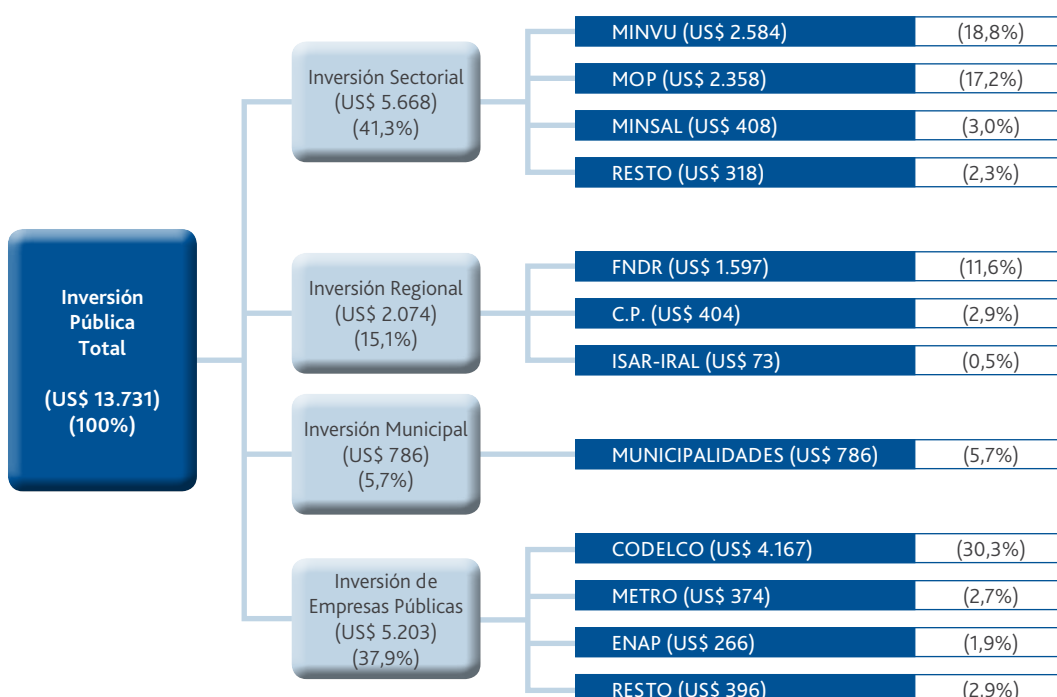
La inversión pública en Chile, se clasifica según el tipo de institución que la ejecuta³.

- i. **Inversión Sectorial.** Es la inversión ejecutada por los ministerios (incluidos sus servicios). La Inversión Pública Sectorial corresponde a aquella registrada por la Serie de Inversión Pública Regionalizada y la DIPRES.
- ii. **Inversión Regional.** Es aquella inversión ejecutada por instituciones de carácter territorial (Gobiernos Regionales, Gobernaciones y Municipios) o por Ministerios o Servicios Públicos con presencia en regiones, siempre que la fuente de financiamiento sea de carácter regional.
- iii. **Inversión Municipal.** Es la Inversión ejecutada por los municipios con fondos propios.
- iv. **Inversión de Empresas Públicas.** Es la inversión realizada por las empresas en que el Estado es dueño, accionista mayoritario, o bien puede designar o hacer designar a su directorio o administración. Abarca más de 30 Empresas Públicas.

En la siguiente figura se presentan los componentes de la inversión pública total y a quién corresponde su ejecución, así como la estructura de la inversión pública del año 2013 en millones de dólares y en porcentaje. A nivel institucional, resalta la relevancia de Codelco, empresa que ejecuta casi un tercio de la inversión pública total, así como del MINVU, del MOP y del FNDR, quienes ejecutaron el 48% de la inversión pública del país. La mayor parte de este porcentaje

corresponde a obras de infraestructura de uso público, lo que analizaremos en detalle en la siguiente sección.

FIGURA 1 Inversión Pública 2013, por componente e institución ejecutora (en MM USD y %)⁴



Fuente: Informe Anual de Inversión Pública 2013, Ministerio de Desarrollo Social.

2.2 CONTRATOS DE INFRAESTRUCTURA PÚBLICA REGISTRADOS EN EL BIP

De acuerdo al registro de contratos del BIP, entre 2011 y 2013 se contabilizaron 3.392 contratos de infraestructura pública, de los cuales la mitad fue suscrito por 93 contratistas, de un total de 610 registrados. Es decir, el 15% de los contratistas registrados ejecutó aproximadamente 1.700 contratos entre 2011 y 2013⁵.

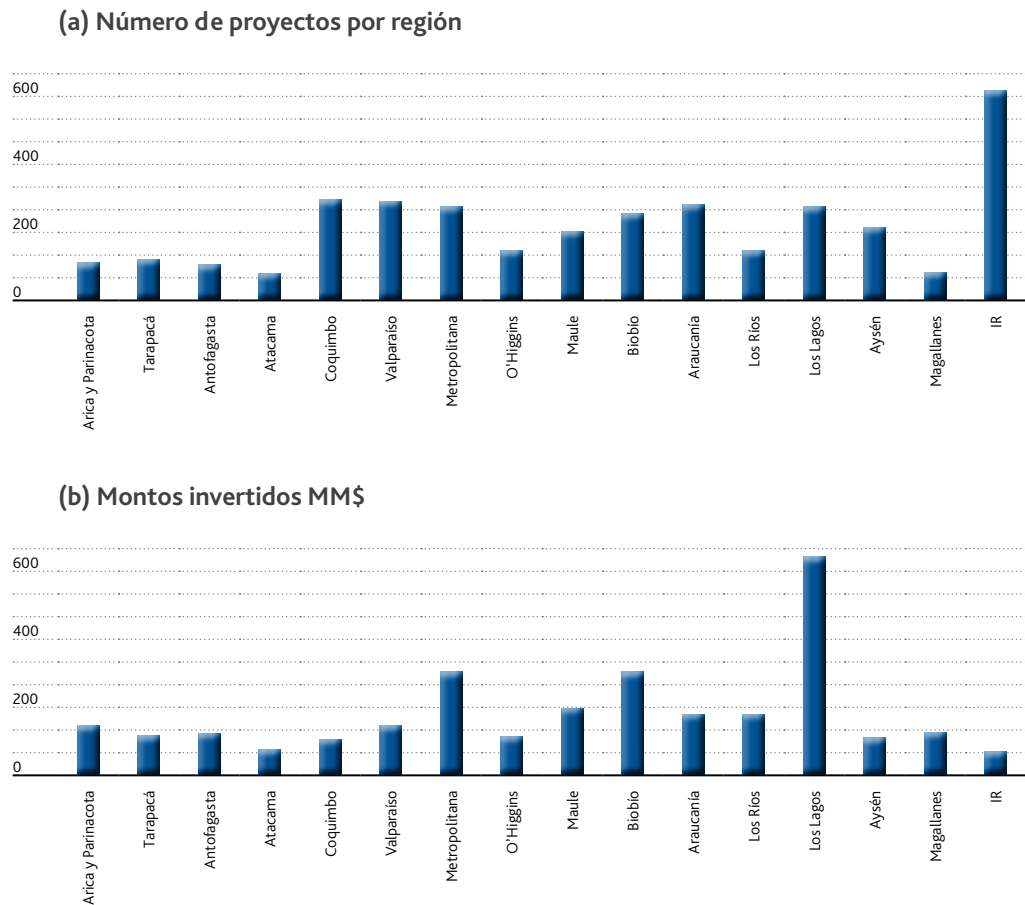
4 MINVU: Ministerio de Vivienda y Urbanismo; MOP: Ministerio de Obras Públicas; MINSAL: Ministerio de Salud; FNDR: Fondo Nacional de Desarrollo Regional; ISAR: Inversión Sectorial de Asignación Regional; IRAL: Inversión Regional de Asignación Local.

5 No se consideran concesiones ni inversiones de empresas públicas.

A su vez, la inversión asociada a dichos contratos alcanzó los MM\$2.924.195, de los cuales un tercio fue adjudicado a 13 contratistas, mientras que los dos tercios restantes fueron adjudicados a otros 59.

A nivel regional, las regiones de Coquimbo, Valparaíso y Metropolitana abarcaron la mayor cantidad de proyectos, respectivamente. Sin embargo, considerando los montos, estos se invirtieron principalmente en las regiones de Los Lagos, Bío-Bío y Metropolitana.

GRÁFICO 1 Número de proyectos (a) y montos invertidos (b) a nivel regional (2011-2013)

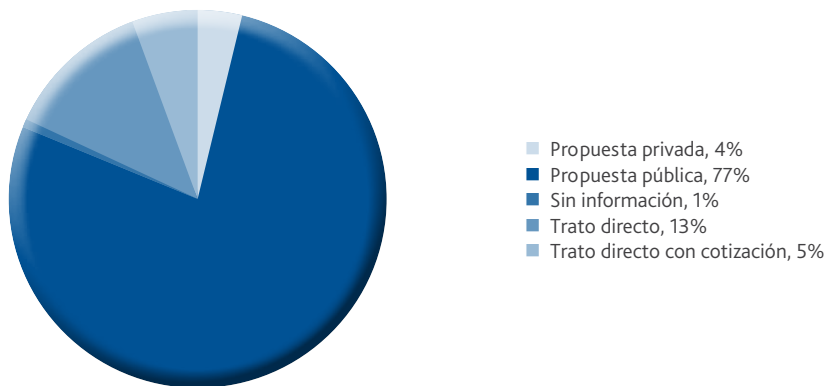


Fuente: Elaboración propia sobre la base del registro de proyectos BIP 2011-2013.

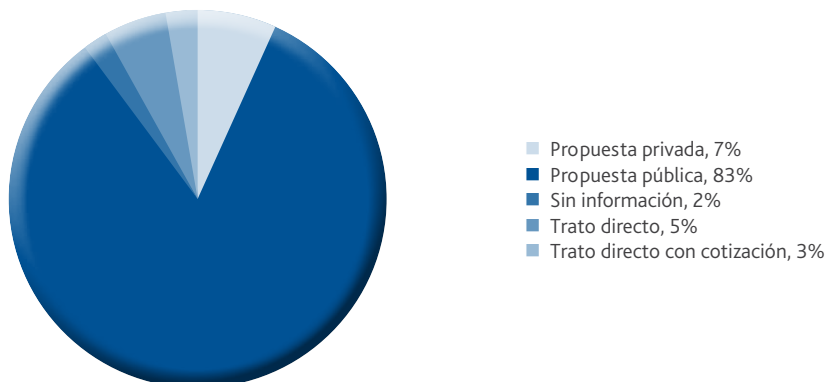
En relación al tipo de contratación, un 77% de los contratos correspondió a licitaciones públicas, equivalentes a un 83% de los montos involucrados, mientras que un 18% de las contrataciones se realizaron mediante la modalidad de trato directo (trato directo + trato directo con cotización), equivalentes al 8% de los montos invertidos.

GRÁFICO 2 Proporción de proyectos BIP por tipo de contratación (2011-2013)

(a) Número de proyectos



(b) Montos

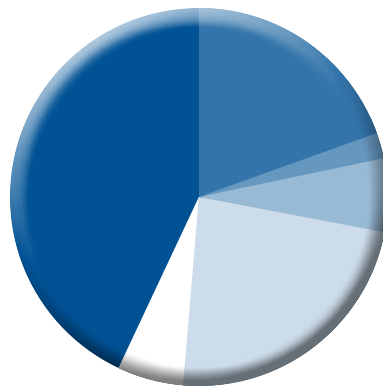


Fuente: Elaboración propia en base al registro de proyectos BIP 2011-2013.

Los servicios que generaron más contratos dentro de la cartera de proyectos del BIP en infraestructura pública fueron Vialidad (43% de los contratos, correspondientes al 80% de los montos), Obras Hidráulicas (23% de los contratos y 7% de los montos) y Agua Potable Rural (20% de los contratos, correspondientes al 4% de los montos).

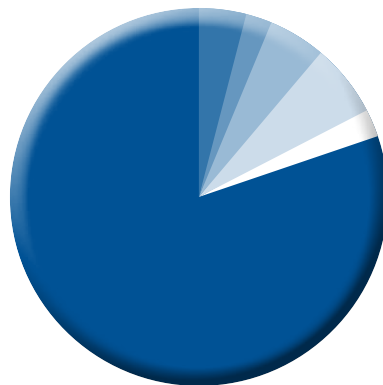
GRÁFICO 3 Proporción de proyectos BIP por servicio, por número (a) y monto (b) (2011-2013)

(a) Número de proyectos



- Dirección de Vialidad, 43%
- Agua Potable Rural, 20%
- Dirección de Aeropuertos, 2%
- Dirección de Arquitectura, 6%
- Dirección de Obras Hidráulicas, 23%
- Dirección de Obras Portuarias, 6%

(b) Montos



- Dirección de Vialidad, 80%
- Agua Potable Rural, 4%
- Dirección de Aeropuertos, 2%
- Dirección de Arquitectura, 5%
- Dirección de Obras Hidráulicas, 7%
- Dirección de Obras Portuarias, 2%

Fuente: Elaboración propia sobre la base del registro de proyectos BIP 2011-2013.

Un porcentaje menor de los proyectos y montos correspondieron a los servicios Administración Sistema Concesiones y Dirección General de Aguas (5 proyectos para el periodo 2011-2013, por un monto total de MM\$86,7).

Es importante señalar que, aun cuando el manejo normal de contratos de este tipo acarrea problemas en su ejecución, y a pesar de la magnitud de los montos de inversión en este ámbito de proyectos, no existe estadística pública ni indicadores conocidos sobre el cumplimiento de los contratos, plazos, renegociaciones, sobre costos, problemas de diseño, judicialización, etc.



CONTRATOS Y PROCESOS LICITATORIOS: UNA PERSPECTIVA ECONÓMICA

A fin de comprender de mejor manera los conceptos y análisis que se realizan en el presente estudio, se presenta a continuación una breve revisión de la literatura sobre los conceptos asociados a la economía de los contratos y procesos licitatorios.

3.1 LA ECONOMÍA DE LOS CONTRATOS

La Teoría de los Incentivos y el Diseño de Contratos (o Economía de la Información) estudia aquellas situaciones en las que unos agentes tienen más información que otros. Dado que es de esperar que los agentes con ventajas informativas traten de sacar partido de ellas, esta área de la economía analiza las consecuencias que la asimetría en el reparto de la información tiene sobre la forma en que los agentes se organizan y sobre la eficiencia de las relaciones que establecen.

De acuerdo a Ricketts (2002), cuando el Estado decide realizar la construcción y/o concesión de una obra de infraestructura surgen diversos problemas, contratando para ello una empresa privada. El autor afirma que estos problemas se presentan cuando las transacciones se caracterizan por poseer una estructura de información asimétrica, es decir que una de las partes está mejor informada que la otra, lo que genera importantes costos de transacción.

En general, los problemas con información asimétrica se clasifican en dos grandes categorías, cuando esta asimetría existe antes del inicio de la relación contractual o si la asimetría surge durante la relación contractual (después de firmar el contrato). El primer tipo de situaciones se denominan de "selección adversa" y el segundo de "riesgo moral"⁶.

6 Se considera el caso más sencillo en el que la relación involucra a dos individuos: el "principal" y el "agente". El principal es quien establece el contrato y el agente quien dispone de información privada.

Uno de los primeros problemas que enfrenta el contratante (en este caso el Estado) es que desconoce las habilidades y confiabilidad del contratista. Esta dificultad se la reconoce como "selección adversa" o "información oculta". Y se presenta también cuando la información permanece oculta ex-post y el contratante no puede diferenciar los servicios que ha recibido. El mercado de seguros es el ejemplo clásico de situación económica en la que algunos agentes tienen mucha más información que otros sobre variables que son relevantes para su relación.

Por otro lado, aunque la información de todos los participantes sea la misma en el momento en que establecen una relación, o firman un contrato, puede aparecer un problema informativo cuando uno de ellos obtiene a posteriori información privada, toma una decisión o realiza una acción que no es observable (o demostrable ante terceros) por el otro participante. Este problema se denomina "riesgo moral" o "acción oculta". En nuestro caso, la cuestión es que el Estado, aun luego de haber cerrado un trato con una determinada empresa, desconoce si esta ha cumplido totalmente con sus obligaciones, o incluso, si está realmente actuando en defensa de los intereses del Estado.

Mientras que con la información oculta, el problema era que, ex-ante, el contratante puede poseer información deficiente acerca de las cualidades de una contratación potencial, o sobre las dificultades que experimenta el contratista, la dificultad ahora es observar o inferir las acciones de la empresa.

La imposibilidad de observar las acciones de la empresa se agrava cuando el resultado de sus acciones es afectado por factores externos. Aquí el problema es la dificultad en distinguir qué parte de los resultados son consecuencia de decisiones tomadas por la empresa o del estado de la naturaleza.

La solución al riesgo moral, o dicho de otra manera, el problema de cómo proveer incentivos para el esfuerzo a la empresa contratista, es un tema central en el diseño contractual. Para analizar esta cuestión en el contrato de obra pública se recurrirá a la teoría del agente-principal, identificando al Estado (E) y a la firma contratista (F) en cada uno de esos roles, respectivamente. En primer lugar, se profundizará en el marco teórico aplicable a este tópico y luego se analizarán las cláusulas contractuales relacionadas con el mismo.

Un supuesto razonable para un contrato bajo análisis es considerar que la empresa contratista es aversa al riesgo y el Estado es neutral a él. Esto es así debido a la diferencia de tamaño de ambas partes. Un contrato eficiente debería distribuir el riesgo entre las partes para proveer incentivos adecuados a la empresa.

Por otro lado, en la concesión de una obra pública, en su versión básica, el Estado encarga a una empresa su construcción, mejora o mantenimiento, debiendo la firma recuperar parcial o totalmente la inversión mediante la explotación del activo, a través del cobro de una tarifa a los usuarios. Un ejemplo consiste en la concesión de un camino, donde la empresa lo construye, mejora o mantiene, explotando posteriormente la obra a través del cobro de un peaje a los usuarios. Uno de los aspectos cruciales de esta definición es que la inversión es financiada con fondos privados, a diferencia del caso anterior en el cual era asumida por el Estado. Por otro lado, el repago de dicha financiación proviene de la explotación del mismo proyecto, o sea con los fondos proporcionados por los usuarios de la obra o servicio en cuestión. También cabe la posibilidad que el Estado tome a su cargo total o parcialmente los pagos, liberando de ellos a los consumidores.

Las diferencias entre la contratación y la concesión de obra pública son similares a la distinción que Laffont y Tirole (1993) hacen entre "*procurement*" y "*regulation*". Si bien, ellos reconocen que las taxonomías son de algún modo siempre arbitrarias, en general se habla de *procurement* (o adquisición) cuando la empresa provee un bien o servicio al Estado y de *regulación* cuando una firma suministra un bien a los consumidores en representación del Estado. Es decir, en ambos casos la empresa es la que produce y vende los bienes o servicios, pero en la definición de adquisición el comprador es el Estado, mientras que en la regulación los compradores son los usuarios de los servicios.

Resumiendo, la relación entre el Estado y contratistas de obra puede ser representada como una de relación del tipo agente-principal. Un *cost-plus contract* implica que los excesos de costos en que incurre la empresa son pagados por el Estado. En ausencia de observabilidad, no se generan incentivos al contratista para aportar esfuerzo, constituyéndose, en consecuencia, el riesgo moral en un problema serio. Además, cuando la información sobre costos está asimétricamente distribuida, genera a la empresa el incentivo para subestimarlos con el fin de adjudicarse el contrato. Por otro lado, un *fixed-price contract* implica que la empresa afronta todo el riesgo en cuanto a los costos y el Estado simplemente paga una suma fija por los servicios prestados. Con empresas neutrales al riesgo, este sería un contrato óptimo desde el punto de vista de la provisión de incentivos para el esfuerzo.

La teoría del agente-principal permite comprender el *trade-off* entre los beneficios de la distribución del riesgo y los incentivos para el esfuerzo. De acuerdo a Dutto y Beltrán (2012), dada la mayor aversión al riesgo de la firma, justificada principalmente en su menor tamaño en relación al Estado, no es recomendable un contrato a precio fijo puro, sino más bien un contrato intermedio entre este y el de costos. Ello facilitaría una distribución de riesgo más eficiente, sin sacrificar completamente los incentivos para el esfuerzo.

3.2 PROCESOS DE LICITACIÓN Y MECANISMOS DE ADJUDICACIÓN

El concepto de licitación abarca una amplia gama de mecanismos, donde la diferencia entre ellos depende principalmente de la relevancia de la o las variables económicas como criterio de asignación. En un extremo se encuentran las subastas, mecanismos en los cuales típicamente solo se considera la variable económica al momento de definir el ganador. Este es el caso de muchos de los contratos de obras de infraestructura pública. En el otro extremo están los *beauty contest*, mecanismo en que se evalúa a un determinado agente económico que presenta una oferta en una licitación, conforme a una serie de factores, como pueden ser experiencia, calidad, seguridad, entre otros, siendo el precio solo un factor más de las variables evaluadas. Este último es un mecanismo de asignación que involucra discrecionalidad, pudiendo existir incentivos a la corrupción y mayores costos de supervisión por parte de quien licita.

Entre estos dos extremos existen formatos mixtos, llamados mecanismos de *scoring rule*, donde se consideran factores técnicos y económicos a través de un puntaje que pondera ambos factores. Gana aquella oferta con mayor puntaje y diferentes ponderadores favorecerán aspectos técnicos o económicos según la decisión del licitador.

Resulta difícil establecer la "superioridad" de un mecanismo de asignación por sobre otro. Es posible argumentar, por una parte, que las subastas son mecanismos de asignación que presentan propiedades deseables. Por ejemplo, a través de ellas se puede perseguir objetivos de optimalidad y eficiencia⁷. Se trata de procesos más transparentes que los mecanismos alternativos porque permiten revelar información y son capaces de simular características de mercados competitivos.

Es importante destacar además que, aunque una subasta se base en criterios económicos, esto no implica que aspectos técnicos y/o de calidad estén ausentes del proceso de asignación. Existen diversas maneras prácticas de incorporar variables técnicas sin debilitar las propiedades de las subastas, por ejemplo a través de sistemas de precalificación sobre la base de criterios y/o estándares técnicos preestablecidos (Harrison y Muñoz, 2011)⁸, tal como se usa en el sistema de contratación de obras públicas en Chile.

7 Se entiende por eficiencia como la propiedad de asignar el objeto a quien lo valora más y como optimalidad a la maximización de la recaudación esperada.

8 Harrison, R. y Muñoz, R. (2011) Política de competencia en procesos de licitación de bienes y recursos. In: La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Santiago de Chile. <http://www.tdlc.cl/UserFiles/P0001/File/LIBROS EDITADOS POR EL TDLC/La libre competencia en el Chile del Bicentenario.pdf>

En general, el proceso de una licitación se puede esquematizar en cuatro componentes principales: el licitador, el mecanismo de asignación, un licitante representativo y una eventual autoridad relacionada. La relación entre estas partes se resume en la figura a continuación.

FIGURA 2 Esquema de análisis de procesos licitatorios



Fuente: Harrison y Muñoz (2011).

En términos comparativos, mecanismos de asignación como los *beauty contest* o los de *scoring rule*, parecen presentar varias desventajas frente a las subastas: son más lentos y costosos, se prestan para una alta discrecionalidad (pudiéndose incluso estar en riesgo de actos de corrupción), el mecanismo de evaluación es más difícil de transmitir, distorsionan las asignaciones de recursos de un licitante en el desarrollo de su propuesta u oferta pues esta responde estratégicamente al mecanismo de evaluación, no revelándose la información deseada por el licitador. En este tipo de procesos, ex post el licitador puede tener dificultades para identificar cuál es la mejor de todas las propuestas, lo que conduce a un problema de transparencia y confianza en el mecanismo y es especialmente complejo cuando el licitador debe realizar procesos licitatorios

con frecuencia, como son los casos del MOP y SERVIU. Los problemas de captura de un licitador público se podrían agudizar, puesto que el ganador de la licitación puede ganar con una propuesta diseñada estratégicamente para tal efecto, para una vez adjudicada intentar convencer a la autoridad de la necesidad mutua de modificaciones, algo que al parecer se estaría convirtiendo en una práctica habitual en las contrataciones de obra pública en Chile, principalmente por parte de empresas extranjeras.

Por otro lado, el desarrollo teórico de las subastas, amparado en la teoría de juegos, las ha validado como mecanismo de asignación cuando el diseño del objeto puede ser mínimamente definido. En suma, la elección de un mecanismo alternativo a una subasta debe ser justificada sobre la base de que los beneficios superan las desventajas de tal elección (Harrison y Muñoz, 2011).

IV

LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA EN CHILE: PERSPECTIVA JURÍDICA⁹

Luego de revisar la teoría respecto a los contratos desde un punto de vista económico, se lleva a cabo una breve revisión relativa a los contratos de obra pública en Chile y sus alcances desde un punto de vista jurídico.

4.1 ALGUNAS DEFINICIONES RELEVANTES

Con el propósito de comprender adecuadamente el contexto regulatorio de la participación privada en el desarrollo y la ejecución de obras de infraestructura pública, es necesario tener en consideración el siguiente glosario de términos descrito por la legislación y doctrina aplicables a las distintas herramientas jurídicas que permiten formalizar dicha participación:

- **Obra Pública:** cualquier inmueble, propiedad del Estado, construido, reparado o conservado por este, en forma directa o por encargo a un tercero, cuya finalidad es propender al bien público¹⁰.
- **Contrato de Obra Pública:** acto mediante el cual un Servicio de la Administración encarga a un tercero la ejecución, reparación o conservación de una obra pública, la cual debe efectuarse conforme a lo que determinen los antecedentes de la adjudicación¹¹.
- **Contrato de Concesión de Obra Pública¹²:** contrato administrativo, esto es, de derecho

9 Basado en Contraloría General de la República, División de Infraestructura y Regulación Subdivisión Jurídica, http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/ShowProperty/BEA%20Repository/Portal/Actualidad/Actividades/Capacitaciones/13012012/Contrato_de_obra_publica.pdf

10 Art. 4 N° 14 DTO 75-2004. Reglamento para contratos de obra pública del Ministerio de Obras Públicas (RCOP) y, Art. 2 DTO 236-2003, Bases generales reglamentarias para contratos de ejecución de obras que celebren los servicios de vivienda y urbanización.

11 Art. 4° N° 15 DTO 75-2004 y, Art. 2° DTO 236-2003.

12 El artículo 1° de la Ley de Concesiones de Obra Pública (LCOP) establece ciertos elementos y características que forman parte de la concesión de obra pública, señalando que: "La ejecución, reparación, conservación o explotación de obras públicas fiscales, por el sistema establecido en el artículo 87 del decreto supremo N° 294, del Ministerio de Obras Públicas, de 1985, las licitaciones y concesiones que deban otorgarse, ya se trate de la explotación de las obras y servicios; del uso y goce sobre bienes nacionales de uso público o fiscales, destinados a desarrollar las áreas de servicios que se convengan; de la provisión de equipamiento o la prestación de servicios asociados, se regirán por las normas establecidas en el presente decreto con fuerza de ley, su reglamento y las bases de la licitación de cada contrato en particular, que el Ministerio de Obras Públicas elabore al efecto.

público, celebrado entre el Estado y un tercero particular –denominado concesionario–, donde este se obliga a realizar una obra a su cuenta y riesgo cuyo pago no será efectuado directamente por el Estado, sino por ciertos administrados (usuarios de la obra) durante el tiempo que dure la explotación de la misma obra por parte del concesionario¹³.

- **Licitación:** procedimiento mediante el cual se solicitan a proponentes inscritos en el Registro de Contratistas del MOP, o precalificados si es el caso, cotizaciones para la ejecución de una obra pública¹⁴.
- **Propuesta privada:** la oferta efectuada por un proponente a petición del Ministerio, en una licitación privada, solicitada por escrito a tres o más contratistas de la especialidad¹⁵.
- **Trato Directo:** forma de contratar la realización de una obra sin llamar a licitación, conviniéndose con un contratista inscrito en el registro respectivo, los precios, plazos y normas que regirán el contrato, el cual debe ceñirse a este reglamento¹⁶.
- **Administración Delegada:** forma de contratar en virtud de la cual un contratista toma a su cargo la ejecución de una obra, reintegrándosele, previa comprobación, el desembolso en que incurrió en su realización, más el honorario pactado por sus servicios¹⁷.
- **Registro General de Contratistas:** Nómina de contratistas inscritos en el Registro General establecido en el Título II de este Reglamento, que están facultados para optar a la construcción de las obras que realiza el Ministerio.
- **Idea de Iniciativa Privada:** conjunto de documentos que, en virtud de lo dispuesto en Art. 2° del DS MOP N° 900 de 1996, presenta un particular, de acuerdo con lo señalado en el Reglamento de la Ley de Concesiones de Obra Pública¹⁸.

Sin perjuicio de que la legislación específica contempla un extenso glosario de términos, estimamos que el descrito previamente otorga la base para el análisis de los aspectos jurídicos de la participación privada para el desarrollo de proyectos de infraestructura pública.

4.2 CARACTERIZACIÓN DE LA OBRA PÚBLICA EN CHILE Y NORMATIVA APLICABLE

En la regulación vigente chilena no existe un concepto unitario de obra pública. Algunos criterios para la determinación del concepto se pueden extraer del Art. 4 N° 14 del RCOP (ya citado previamente) y del Art. 39° de la LCOP que señala:

13 Moraga, Claudio (2007); Contratación Administrativa, pp. 40-42.

14 Art. 4 N° 25 DECRETO 75-2004. y, Art. 2° DECRETO 236-2003.

15 Art. 4 N° 27 DECRETO 75-2004. y, Art. 2° DECRETO 236-2003.

16 Art. 4 N° 28 DECRETO 75-2004. y, Art. 2° DECRETO 236-2003.

17 Art. 4 N° 29 DECRETO 75-2004. y, Art. 2° DECRETO 236-2003.

18 Art. 3° DTO 956-1997. Reglamento de Concesiones de Obra Pública del Ministerio de Obras Públicas (RCCOP).

(...) se entenderá por obra pública fiscal a cualquier bien inmueble construido, reparado o conservado a cambio de la concesión temporal de su explotación o sobre bienes nacionales de uso público o fiscales destinados a desarrollar áreas de servicios.

Por su parte, la Contraloría General de la República ha definido la obra pública *"como la obra inmueble construida por el Estado con finalidad pública. Finalidad pública implica satisfacción inmediata y directa con intereses de la colectividad o que la obra preste utilidad general"*¹⁹.

Uno de los principales elementos de una obra pública definida en los términos legales y jurisprudenciales antes descritos es la finalidad pública de la obra encomendada por el Estado, lo que ha permitido ir desarrollando diversas modalidades de ejecución de las obras y distintos mecanismos de contratación para la asignación de proyectos de participación público privada.

En este contexto, el modelo chileno de contratación de obra pública se caracteriza por tener dos etapas esenciales: i) la fase de construcción de la obra pública (que comprende su planificación, asignación, construcción y, tratándose de la concesión de obra pública, de su explotación) y, ii) la fase de explotación o uso público, cumpliendo así con la finalidad o destino para el cual se incentiva la participación de los privados en tales proyectos.

Como veremos más adelante, las etapas previamente señaladas pueden variar según si se trata de una obra pública concesionada o no concesionada. Sin embargo, es posible considerar de antemano que una obra pública puede gestionarse (planificarse, licitarse y delegar su construcción) por medio de distintos órganos del Estado, como el Servicio de Vivienda y Urbanismo (SERVIU); las municipalidades y el Ministerio de Obras Públicas (MOP). Lo anterior da a lugar a distintas normas aplicables a los contratos de obra pública, tales como:

- DFL N° 850 Ley Orgánica Constitucional del MOP (LOCMOP). Regula la organización y funciones del ministerio. Entre ellas se contemplan: expropiación de bienes para las obras que se ejecuten (Art. 3° a), pronunciarse sobre planes y proyectos de ejecución de obras (Art. 4°) y dictar normas para la coordinación de los servicios que dependen de él (Art. 4°), entre los que se encuentran la Dirección General de Aguas (DGA), la Dirección de Vialidad y la Dirección de Obras Portuarias, entre otras funciones que detalla esta ley.
- Decreto N° 75, de 2004, del Ministerio de Obras Públicas, que aprobó el "Reglamento para Contratos de Obras Públicas (RCOP). De acuerdo con su Art. 1°, se entiende que el reglamento forma parte integrante de todos los contratos de obra pública que se celebren por el MOP, sus servicios dependientes o las instituciones que se relacionen con el Estado por su intermedio.

- Decreto N° 900, que fija texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del DFL MOP N° 164, de 1991 Ley de Concesiones de Obras Públicas (LCOP). Regula las bases mínimas para las licitaciones, los requisitos de perfeccionamiento del contrato concesional, los derechos y obligaciones mínimos del concesionario, así como la suspensión y extinción de la concesión. Se regula también la situación de expropiaciones y servidumbres necesarias para llevar a efecto la obra.
- Decreto Supremo MOP N° 956 de 1997, Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas (RLCOP). Complementa la ley de concesiones y, al igual que en el caso del reglamento para contratos de obras públicas, este cumple un rol fundamental ya que se entiende incorporado a todos los contratos concesionales celebrados por el MOP.
- Decreto N° 236, de 2002, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, que aprobó las “Bases Reglamentarias de Contratación para los Servicios de Vivienda y Urbanización”, (Reglamento SERVIU). Regula en algunos aspectos la contratación de obras públicas por parte del SERVIU.
- Ley N° 19.886, Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios (LBCSPS), de aplicación supletoria (Art. 3°, letra e).

Si bien en todos los casos nos encontraremos frente a la regulación de una obra pública, cada una de ellas tiene diversos regímenes jurídicos y particularidades en sus distintas fases, como en el financiamiento, en la construcción o ejecución, en la administración o bien, en cuanto a la titularidad final de la obra.

Al respecto, podemos notar la clara diferencia que existe entre la construcción de un conjunto de viviendas sociales y una carretera que une dos ciudades. En ambos casos estamos frente a obras públicas, sin embargo, su planificación, financiamiento, ejecución o construcción y administración difiere sustancialmente.

4.3 PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN DE OBRAS PÚBLICAS

La realización de una obra pública, ya sea a través de un contrato o un contrato de concesión de obra pública, se rige por ciertos principios jurídicos que se pueden encontrar en la legislación vigente.

Por ejemplo, el Art.2° del RCOP señala que “*para contratar cualquier obra deberá existir previamente (...) planos (...) con el visto bueno de la misma autoridad que adjudicará el contrato. Quedarán incluidas en el contrato todas las obras contempladas en las especificaciones técnicas y en los planos correspondientes*”, lo que ratificaría la necesidad de que exista una planificación y autorización previa para el desarrollo de cualquier proyecto de obra pública.

Asimismo, de acuerdo con el Art. 17° de la LCOP *“la puesta en servicio de la obra será autorizada por el Ministerio de Obras Públicas previa comprobación de su ajuste a los proyectos y demás especificaciones técnicas aprobadas”*, lo que implica que antes de ejecutar las obras las especificaciones técnicas del proyecto deben estar aprobadas.

En cuanto a la adjudicación de un contrato de obra pública, la regla general es la Licitación Pública, salvo situaciones excepcionales que permitan el ordenamiento vigente.

Así se puede apreciar en el Art. 69° del RCOP, el cual señala que las bases administrativas indicarán las especialidades requeridas para licitar, y sus respectivas categorías, lo cual se complementa con el Art. 4° N°25 del RCOP que establece: *“la licitación es el procedimiento mediante el cual se solicitan a proponentes inscritos en el Registro de contratistas del MOP, o precalificados si es el caso, cotizaciones para la ejecución de una obra pública”*.

Por su parte, el Art. 9° de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE), dispone que los contratos administrativos se celebrarán previa propuesta pública, en conformidad a la ley. El procedimiento concursal se rige por los principios de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo y de igualdad ante las bases que rigen el contrato. La licitación privada procederá, en su caso, previa resolución fundada que así lo disponga, salvo que por la naturaleza de la negociación corresponda acudir al trato directo.

A su vez, el Art. 5° de la LBCSPS, dispone que la Administración adjudicará los contratos que celebre mediante licitación pública, licitación privada o contratación directa. La licitación pública será obligatoria cuando las contrataciones superen las 1.000 Unidades Tributarias Mensuales, salvo lo dispuesto en el Art. 8° de la LBCSPS.

Excepcionalmente, la normativa permite acudir al trato directo o licitación privada²⁰:

- a) Art. 8° de la Ley N° 19.886.
- b) Art. 86° del Decreto con Fuerza de Ley N° 850, de 1997, del Ministerio de Obras Públicas, que contiene el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 15.840, Orgánica de esa Secretaría de Estado.

20 El Art. 6°, Ley de Presupuestos para el Sector Público especifica:
La propuesta o licitación pública será obligatoria respecto de los proyectos o programas de inversión y de los estudios básicos cuando el monto total de estos, contenido en el decreto o resolución de identificación, sea superior al equivalente en pesos de 1.000 UTM respecto de los proyectos y programas de inversión, y de 500 UTM en el caso de los estudios básicos, salvo las excepciones por situaciones de emergencia contempladas en la legislación correspondiente.
Tratándose de los incluidos en las partidas Ministerio de Obras Públicas y Ministerio de Vivienda y Urbanismo, las referidas cantidades serán de 10.000 Unidades Tributarias Mensuales para los proyectos y programas de inversión y de 3.000 de tales unidades en los estudios básicos. Cuando el monto del respectivo contrato fuere inferior a los señalados en el inciso precedente, la adjudicación será efectuada conforme al procedimiento establecido en el Decreto Supremo N° 151, de 2003, del Ministerio de Hacienda.

- c) Art. 3º, Reglamento SERVIU.
- d) Art. 8º de la Ley 18.695, Ley Orgánica de Municipalidades.
- e) Decreto N° 151, de 2003, del Ministerio de Hacienda.

Finalmente, un elemento aún más importante de la contratación de obra pública es la posibilidad de modificar los contratos, la que se encuentra consagrada en el Art. 19º inciso 3º de la LCOP que señala: *“el Ministerio de Obras Públicas podrá modificar las características de las obras y servicios contratados a objeto de incrementar los niveles de servicio y estándares técnicos establecidos en las bases de licitación, o por otras razones de interés público debidamente fundadas. Como consecuencia de ello, deberá compensar económicamente al concesionario cuando corresponda, por los costos adicionales en que este incurriere por tal concepto”*.

De esta forma, la Administración del Estado cuenta con ciertas facultades discrecionales que le permiten ajustar el objetivo de las obras adjudicadas a la finalidad pública que se persigue en todo proyecto de obra pública, cuyo destino es el beneficio de todos los miembros de la sociedad.

4.4 PRINCIPALES MODALIDADES DE CONTRATACIÓN

El contrato de obra pública (o de ejecución de obra pública) es aquel que tiene por objeto la construcción, reparación o conservación de un bien inmueble de obras públicas por cuenta de la Administración a cambio de un precio. Según el Art. 4º N°15 del RCOP, esto es *“un acto por el cual el ministro encarga a un tercero la ejecución, reparación o conservación de una obra pública, la cual debe efectuarse conforme a lo que determinen los antecedentes de la adjudicación incluyendo la restauración de edificios patrimoniales”*.

Para este tipo de contratos²¹, existen dos modalidades de contratación:

a) **Contrato a suma alzada**

Aquel en que la oferta es a precio fijo²² por lo que las cantidades de obras se entienden inamovibles, salvo aquellas partidas especificadas en los documentos de licitación cuya cubicación se establezca a serie de precios unitarios y cuyo valor corresponde a la suma de las partidas fijas y a la de los precios unitarios, si los hubiere.

21 Esta sección se aboca a la modalidades de contratación de obra pública no concesionada, pues más adelante realizaremos un análisis comparativo del marco regulatorio vigente de estas y las obras públicas concesionadas.

22 Señala el artículo 4 N° 30 RCOP que una oferta a suma alzada es: “La oferta a precio fijo, en la que las cantidades de obras se entienden inamovibles, salvo aquellas partidas especificadas en los documentos de licitación cuya cubicación se establezca a serie de precios unitarios, y cuyo valor total corresponde a la suma de las partidas fijas y a la de precios unitarios, si los hubiere. El valor total del contrato podrá estar afecto a algún sistema de reajuste, de acuerdo a lo estipulado en el artículo”.

b) Contrato a Serie de Precios Unitarios

Aquel en que la oferta es a serie de precios unitarios fijos²³ aplicados a cubicaciones provisionales de obras establecidas por el Servicio y cuyo valor total corresponde a la suma de los productos de los referidos precios por dichas cubicaciones. Los precios unitarios se entenderán inamovibles y las cubicaciones se ajustarán a las obras efectivamente realizadas, verificadas por el Servicio, de acuerdo a los documentos de la licitación.

4.5 VIGENCIA Y PLAZO DE LOS CONTRATOS**a) Vigencia**

De acuerdo con el Art. 89° del RCOP, el contrato de ejecución de obra pública rige, y por ende se encuentra vigente, desde la fecha en que la resolución o decreto que aprobó la resolución, o decreto que aceptó la propuesta, o adjudicó el contrato, ingrese totalmente tramitado a la oficina de partes respectiva.

El Art. 90° del RCOP dispone que una vez tramitado por la Contraloría General de la República el decreto o resolución que apruebe un contrato de ejecución de obra pública, sus modificaciones o liquidación, tres transcripciones de ellos deberán ser suscritas ante notario, por el contratista de la obra en señal de aceptación de su contenido, debiendo protocolizarse ante el mismo notario uno de los ejemplares.

El Art. 43° del reglamento del SERVIU previene que los contratos a que se refiere se celebrarán, modificarán y liquidarán conforme al procedimiento establecido en el Art. 46° del Decreto N° 355, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, según el cual los contratos para la ejecución de obras del SERVIU, como también sus modificaciones y liquidaciones, se celebrarán suscribiendo el contratista, ante notario, tres transcripciones de las resoluciones pertinentes, debidamente tramitadas por la Contraloría General de la República, debiendo protocolizarse ante el mismo notario uno de dichos ejemplares.

b) Plazo

De acuerdo con el Art. 160° del RCOP, el plazo que se estipula en el contrato para la ejecución de la obra, se entenderá en días corridos, sin deducción de días lluvias, feriados y

23 Señala el artículo 4 N° 31 RCOP que una oferta a serie de precios unitarios es: "La oferta de precios unitarios fijos aplicados a cubicaciones provisionales de obras establecidas por el Ministerio, y cuyo valor total corresponde a la suma de los productos de los referidos precios por dichas cubicaciones. Los precios unitarios se entenderán inamovibles y las cubicaciones se ajustarán a las obras efectivamente realizadas, verificadas por la Dirección, de acuerdo a los documentos de licitación. Estos precios podrán estar afectos a algún sistema de reajuste, conforme a lo estipulado en el artículo 108".

festivos y se contará desde el día siguiente de la fecha en que la resolución que lo adjudicó, ingrese tramitada a la oficina de partes. Las bases administrativas podrán fijar normas diferentes respecto al cómputo del plazo.

El Art. 81° del reglamento SERVIU dispone que el contratista deberá iniciar los trabajos después de la entrega del terreno, en el plazo que indiquen las bases administrativas especiales.

De acuerdo a la regla general del Art. 48° del Código Civil, todos los plazos de días, meses o años se entenderá que han de ser completos; y correrán además hasta la medianoche del último día del plazo.

4.6 PRINCIPALES GARANTÍAS

Las garantías más comunes exigidas en los contratos de obra pública son:

- a) Garantía de seriedad de la oferta, Art. 76° letra h) del RCOP. Es una garantía que puede ser exigida por la autoridad mediante la emisión de una boleta bancaria. Si las bases no determinan el monto de la boleta, se entenderá que corresponde al 2% del monto del presupuesto total o estimado.
- b) Garantía de fiel cumplimiento del contrato. Art. 96° del RCOP y Art. 50° del Reglamento del SERVIU. El contratista cuyo contrato se acepta debe entregar una garantía del fiel cumplimiento del contrato, la que puede ser una boleta bancaria o una póliza de seguro. Las bases administrativas pueden fijar los plazos y montos. De no fijarse en esos términos, se entiende que la garantía debe ser extendida por 24 meses por un 3% del valor del contrato y, otra por un 5% del valor del contrato por 18 meses más que la vigencia del contrato para obras menores.
- c) Garantía Adicional. Art. 98° del RCOP y Art. 52° del Reglamento del SERVIU. Cuando la propuesta es inferior en más de un 15% del presupuesto oficial o de un 20% (según lo señalado en el Art. 79° del RCOP), se podrá exigir una garantía adicional en boleta bancaria o póliza de seguro.
- d) Garantía de correcta ejecución de las obras. Art. 126° del Reglamento del SERVIU.
- e) Retenciones. Art. 158° del RCOP. Corresponde al valor de retención por cada estado de pago parcial, reteniendo hasta un 5% del total del contrato.
- f) De responsabilidad ante terceros. Art. 134° del RCOP (facultativo) y Art. 51, Reglamento SERVIU. Corresponde a la cobertura por los daños de cualquier naturaleza que son de cargo del contratista, lo que deberá ser cubierto por un seguro de responsabilidad civil ante terceros.

4.7 MODIFICACIONES

Las principales modificaciones que se admiten en los contratos de obras públicas son:

- a) **De plazo**
 - Por iniciativa del contratista.
 - Por iniciativa de la autoridad respectiva.

- b) **Modificaciones de obras por concepto de aumentos, disminuciones y obras extraordinarias**
 - De acuerdo con el Art. 102° del RCOP, en los contratos de series de precios unitarios, el Ministerio podrá disminuir las cantidades de obras contempladas, reduciendo al mismo tiempo el plazo de ejecución de la obra, si procede de acuerdo al programa de trabajo, teniendo derecho el contratista a una indemnización igual al 10% de la disminución.
 - Asimismo, el Ministerio podrá, además, aumentar en los contratos a serie de precios unitarios las cantidades de obras hasta en un 30% de cada partida del presupuesto, en cuyo caso el contratista tendrá derecho a su pago, a los precios unitarios convenidos en el contrato.
 - Los Art. 103°, 104° y 105° del RCOP regulan situaciones excepcionales o extraordinarias en las que pueden autorizarse aumentos de obras conforme a las necesidades identificadas por el Ministerio.

4.8 ESTADOS DE PAGO

- a. **Forma de Emisión**

El Art. 154° del RCOP, establece que los estados de pagos en contratos a suma alzada o a precios unitarios serán informados por el contratista cuando se hayan ejecutado por lo menos las cantidades de obras que se establezcan en las bases y que consten en un avance de obra firmado y fechado por el inspector fiscal. Los estados de pago deberán llevar la firma del inspector fiscal y del Jefe del Departamento Nacional correspondiente, o del Director Regional, así como del contratista o un representante oficial de este.

El estado de pago será fechado el día que firme el Jefe de Departamento Nacional o el Director Regional.

b. Forma de pago de acuerdo a la modalidad de contratación

De acuerdo con el Art. 154° del RCOP:

- En los contratos a serie de precios unitarios, los estados de pago se formularán por las cantidades de obras efectivamente ejecutadas y a los precios del presupuesto convenido en el contrato.
- En los contratos a suma alzada se pagarán de acuerdo con el desarrollo de la obra y en el porcentaje que el valor de los trabajos ejecutados represente dentro del valor total del contrato y a los precios del presupuesto convenido en el contrato, si el presupuesto oficial está formulado por cantidades de obra.

c. Naturaleza jurídica de los estados de pago

De acuerdo al Art. 154° del RCOP, los estados de pago serán considerados como abonos parciales que efectúa el Fisco al contratista, a cuenta del valor de la obra que está realizando.

Por su parte el Art. 115° del Reglamento del SERVIU dispone que los estados de pago serán considerados como abonos que efectúa el SERVIU durante el curso de los trabajos, y que tendrán solo el carácter de anticipos concedidos al contratista a cuenta del valor de la obra. Agrega la disposición que en ningún caso se considerarán estos anticipos como la aceptación por parte del SERVIU de la cantidad y calidad de obra ejecutada por el contratista y a la cual corresponde el respectivo abono.

4.9 RECEPCIÓN DE OBRAS Y SUS CONSECUENCIAS

De acuerdo con el Art. 166° del RCOP, una vez terminados los trabajos, el contratista solicitará por escrito la recepción de la obra al inspector fiscal quien deberá verificar dicho término y el fiel cumplimiento de los planos y especificaciones del contrato, con la debida certificación de calidad de las obras que se indique en el proyecto y en el plazo mencionado en el mismo. Constatado lo anterior, deberá comunicarlo a la Dirección por oficio, en un plazo no superior a 5 días, indicando la fecha en que el contratista puso término a la obra. Esta se entenderá como el día en que el contratista terminó de construir el 100% de las obras contratadas.

Esto da lugar a distintos tipos de recepción de obras:

a) Recepción Provisional (Art. 166° a 175° del RCOP), cuyos requerimientos son:

- constatación de incumplimientos en la verificación.
- recepción provisional con reservas.

- efectos derivados de la recepción provisional.
 - devolución de retenciones y garantía adicional.
 - mantención de la garantía de fiel cumplimiento.
 - explotación de la obra.

b) Recepción Definitiva

Se efectúa en la misma forma y con las mismas solemnidades que la provisional, después que haya transcurrido el plazo de garantía.

c) Recepción de obras encomendadas por el SERVIU

Se encuentran reguladas en los Art. 123° a 131° del Reglamento SERVIU.

d) Efectos derivados de la explotación de la obra

- devolución de la garantía de fiel cumplimiento.
- inicio de explotación de las obras.

4.10 LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO

De acuerdo con el Art. 184° del RCOP, la liquidación del contrato se hará por la Dirección conforme a las resoluciones adoptadas por ella, con sujeción estricta a este reglamento. Su aprobación se hará sin perjuicio de que el contratista pueda hacer valer por su parte los recursos que procedan ante la Contraloría General de la República.

En su aspecto contable, constituye un balance que opera con la anuencia de la voluntad de las partes, en lo referente a diversos aspectos (trabajos ejecutados, obras extraordinarias, pagos efectuados y reajustes aplicados) y en su aspecto jurídico se concreta en un finiquito.

La liquidación del contrato en obras encomendadas por el SERVIU se encuentra regulada en el Art. 130° del Reglamento del SERVIU.

4.11 MULTAS Y SANCIONES AL CONTRATISTA

De acuerdo con el Art. 165° del RCOP, la aplicación de las multas estipuladas en este reglamento y las dispuestas en el contrato, se efectuará administrativamente por la Dirección, 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.

Esta facultad se extiende a diferentes circunstancias que dan origen a distintos tipos de multas:

- a) por atraso²⁴.
- b) por incumplimiento de instrucciones del inspector fiscal²⁵.
- c) otras multas²⁶.

Algunas de las principales razones por las que se sanciona a los contratistas son:

- por incumplimiento de obligaciones ante el Registro General de Contratistas (Art. 43° del RCOP) e inhabilidad para presentar ofertas lo que perdurará hasta que subsane su incumplimiento.
- suspensión al contratista del Registro por incumplimiento de contrato a propuesta de la Dirección afectada (Art. 43° y 152° del RCOP).
- suspensión del Registro cuando a juicio de la Comisión de Registro General haya cometido faltas o infracciones graves o reiteradas a lo establecido en el Reglamento de obras, o por otros motivos que en su opinión lo aconsejen (Art. 44° del RCOP).
- por mala calificación en la gestión del contratista.
- por no cumplimiento oportuno de suscripción o protocolización de transcripciones del decreto o resolución que aprueba el contrato (Art. 95° del RCOP).
- por no presentación o renovación de la boleta bancaria o póliza de seguro (Art. 96° y 158° del RCOP).
- por presentación de documentación falsificada.
- eliminación del Registro a contratistas extranjeros, en el caso que invoquen la protección de sus gobiernos o entablen reclamaciones por la vía diplomática (Art. 119° del RCOP).
- incumplimiento de obligación de reparar obras cuando no han sido terminadas, puede ser causal de suspensión (Art. 167° del RCOP).
- si durante el período de garantía el contratista no subsana, en el plazo indicado, los defectos de construcción que presente la obra y que le son imputables, puede ser causal de suspensión (Art. 173° del RCOP).

24 Artículo 163 del RCOP.

25 Artículo 111 del RCOP.

26 Cabe consignar la existencia de otras multas, resultando ya excesivo referirse a ellas, teniendo presente con todo, las de carácter técnico que, de acuerdo al inciso segundo del Art. 135° RCOP, deben quedar claramente establecidas en las bases, exigencia que puede afirmarse es de carácter general, cualquiera sea la reglamentación a la que se encuentre sometido el contrato.

- en la recepción definitiva, si hay defectos imputables al contratista, este debe repararlos a su costa en el plazo que a proposición de la comisión establezca la Dirección. Si el contratista no hiciera las reparaciones en el plazo fijado, puede ser causal de suspensión (Art. 176° del RCOP).

4.12 SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA

De acuerdo al Art. 189° del RCOP, cualquier recurso intentado por los proponentes o el contratista respecto de los actos administrativos dictados por la Dirección durante la licitación o vigencia del contrato de obra pública contra la Dirección General de Obras Públicas, se someterá a las normas del título IV Ley de Bases de Procedimientos Administrativos.

4.13 SOBRE EL TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

El Tribunal de Contratación Pública es un órgano judicial colegiado, integrado por seis jueces letrados. Tres de ellos, ejercen sus funciones en calidad de titulares y los restantes como suplentes. Los jueces del Tribunal de Contratación Pública deben ser nombrados por el Presidente de la República, previa formación de una terna, una para cada cargo, elaborada al efecto por la Corte Suprema.

El Tribunal cuenta con una Secretaría dirigida por un Ministro de Fe que deberá ser abogado y poseer cinco años de ejercicio profesional. Este funcionario será de la exclusiva confianza y subordinación del Tribunal. Además, forman la dotación del Tribunal, tres abogadas que desempeñan la labor de relatoras del Tribunal y cuatro funcionarios administrativos que apoyan las labores de la Secretaría del Tribunal.

Dado que la regla general para la asignación de contratos de obra pública es la licitación, la competencia de este órgano jurisdiccional es relevante en todas aquellas demandas de impugnación que se deduzcan contra:

- a) actos u omisiones ilegales o arbitrarios, ocurridos en procedimientos administrativos de licitación en que puedan incurrir los organismos públicos regidos por la Ley N°19.886 y que tengan lugar entre la aprobación de las bases de la respectiva licitación y su adjudicación, ambos inclusive, y

- b) la decisión de la Dirección de Compras y Contratación Pública de rechazar o aprobar la inscripción de un proveedor en el Registro de Contratistas que lleva dicha dirección.

Durante el transcurso del juicio, el Tribunal podrá decretar, por resolución fundada, la suspensión del procedimiento administrativo de licitación pública o privada en que recae la impugnación.

En caso de acogerse la demanda, el Tribunal declarará la ilegalidad y/o arbitrariedad del acto u omisión impugnado y ordenará las medidas que sean necesarias para restablecer el imperio del derecho. Entre otras medidas se adoptan las siguientes: declarar la nulidad de los actos ilegales, retrotraer la licitación al estado en que esta se encontraba al momento de cometerse la ilegalidad y reconocer el derecho a indemnización cuando no se puede anular el acto ilegal.

El procedimiento judicial se regula en el Capítulo V de la LBCSPS. En todo lo no previsto en dicho cuerpo legal, se aplica supletoriamente los preceptos de los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil, razón por la cual se consideran hábiles todos los días, salvo los domingos y festivos. Las impugnaciones deberán adoptar la forma de demanda judicial, razón por la cual requieren de patrocinio de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión. La demanda podrá ser interpuesta por toda persona natural o jurídica, que tenga un interés actualmente comprometido en el proceso licitatorio.

La demanda se interpondrá directamente ante el Tribunal de Contratación Pública que tiene su sede en Santiago. No obstante, cuando el domicilio del interesado estuviese ubicado fuera de la ciudad de asiento del Tribunal, la demanda podrá presentarse en la Oficina de Partes de la Intendencia o Gobernación Provincial respectiva. En este caso el intendente o gobernador, según corresponda, deberá remitir al Tribunal el escrito de demanda y documentos que correspondan el mismo día, o a más tardar el día siguiente hábil, contado desde su recepción. Sin perjuicio de lo anterior, deberá fijarse un domicilio en la ciudad de Santiago para los efectos de la notificación de las resoluciones del juicio.

La demanda deberá presentarse dentro del plazo de diez días hábiles, contado desde que el afectado haya tenido conocimiento del acto u omisión contrario a derecho o desde su publicación. Dicho libelo deberá contener la mención de los hechos que constituyen el acto u omisión ilegal o arbitraria, la identificación de las normas legales o reglamentarias que le sirven de fundamento y las peticiones concretas que se someten al conocimiento del Tribunal.

Acogida la demanda a tramitación, se requerirá un informe del organismo público demandado, el que tendrá un plazo de diez días hábiles para evacuarlo. Si lo estima procedente, una vez recibido el informe, el Tribunal abrirá un término probatorio de diez días hábiles. Vencido dicho término, se citará a oír sentencia, debiendo dictarse el fallo en el plazo de diez días hábiles.

La sentencia definitiva se pronunciará sobre la legalidad o arbitrariedad del acto u omisión impugnado y ordenará, en su caso, las medidas que sean necesarias para restablecer el imperio del derecho. Contra la sentencia que dicte el Tribunal procederá un recurso de reclamación, del cual deberá conocer la Corte de Apelaciones de Santiago.

4.14 CONTRATACIÓN DE OBRAS DE INFRAESTRUCTURA PÚBLICA NO CONCESIONADA Y CONTRATACIÓN DE OBRAS DE INFRAESTRUCTURA PÚBLICA CONCESIONADA

La metodología para el análisis de los instrumentos jurídicos utilizados para el desarrollo de proyectos de infraestructura pública mediante la participación privada admite una extensión vinculada a las distintas modalidades de adjudicación de proyectos según se defina caso a caso por el Estado/Administración en virtud de la legislación vigente.

En este contexto, nos encontraremos con dos grandes modalidades de proyectos a ser asignados que describiremos como "Contratación de Obras de Infraestructura Pública No Concesionada" y "Contratación de Obras de Infraestructura Pública Concesionada".

La "Contratación de Obras de Infraestructura Pública No Concesionada" corresponde a todas aquellas situaciones en que la normativa vigente permite al Estado/Administración contratar con un particular la ejecución, reparación o conservación de una obra pública sin que exista explotación de la obra con posterioridad a su ejecución.

En las secciones anteriores del presente capítulo, hemos desarrollado extensamente los aspectos relevantes que la Ley regula para los contratos de obra pública no concesionada, sin embargo, nos resta tomar tales aspectos y evaluarlos a la luz de la normativa más moderna con que Chile cuenta en la materia, i.e. la legislación que rige la contratación de obras públicas concesionadas.

Como hemos señalado previamente, la contratación de obras de infraestructura pública en general, según el Art. 4° n°15 del RCOP, corresponde a "un acto por el cual el Ministro encarga a un tercero la ejecución, reparación o conservación de una obra pública, la cual debe efectuarse conforme a lo que determinen los antecedentes de la adjudicación, incluyendo la restauración de edificios patrimoniales".

Tratándose de cualquier contrato de obra pública que no corresponda a la concesión, hemos indicado que la regla general de adjudicación es la licitación pública, salvo situaciones excepcio-

nales²⁷ que permita el ordenamiento jurídico vigente. Por ejemplo, el Art. 5° de la Ley N° 19.886, “la Administración adjudicará los contratos que celebre mediante licitación pública, licitación privada o contratación directa. La licitación pública será obligatoria cuando las contrataciones superen las 1.000 Unidades Tributarias Mensuales, salvo lo dispuesto en el Art. 8° de esta Ley”.

Por otra parte, la “Contratación de Obras de Infraestructura Pública Concesionada” corresponde a todas aquellas situaciones en que la normativa vigente permite al Estado/Administración contratar con un particular la ejecución, reparación o conservación de una obra pública, permitiendo su explotación con posterioridad a su ejecución.

En este contexto, la única modalidad de adjudicación es la licitación pública, la que puede ser efectuada por iniciativa de la autoridad (MOP) o por iniciativa de los privados. Para estos casos, los contratos de concesión se rigen por²⁸:

- DS MOP N° 294, de 1984, que fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 15.840, Orgánica del Ministerio de Obras Públicas y del DFL N° 206, de 1960.
- DFL MOP N° 164, de 1991, Ley de Concesiones de Obras Públicas y sus modificaciones contenidas en la Ley 19.252 de 1993 y 19.460 de 1996, cuyo Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado fue fijado en el DS MOP N° 900, de 1996.
- Reglamento de Concesiones.
- las correspondientes bases de licitación y sus circulares aclaratorias.
- la oferta técnica y económica presentada por el adjudicatario de la concesión, en la forma aprobada por el MOP.
- el decreto de adjudicación respectivo.

De esta forma, si bien cada modalidad de contratación de obras de infraestructura pública tiene sus propias características, ambas tienen en común (con algunas excepciones) que la asignación de un proyecto es realizada mediante un “proceso de licitación”. De acuerdo con el Art. 3° de la LCOP²⁹ “la adjudicación del contrato y el otorgamiento de la o las concesiones correspondientes, serán precedidas de las siguientes actuaciones, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley N°15.840:

- a) aprobación, por el Ministerio de Obras Públicas, de las bases de licitación, y
- b) selección del adjudicatario de la licitación por los mecanismos previstos en la ley y sus normas complementarias”.

27 Diversas situaciones excepcionales pueden encontrarse en los siguientes textos legales: Art. 8° de la Ley N° 19.886; Art. 86 del DFL N° 850, de 1997, del Ministerio de Obras Públicas, que contiene el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 15.840, Orgánica de esa Secretaría de Estado; Art. 3° del DTO 236-2003, Reglamento de contratación de obras para los SERVIU; Decreto N° 151, de 2003, del Ministerio de Hacienda.

28 Véase artículo 2° DTO 956-1997, RCCOP.

29 DTO 900-1996 del MOP.

Para los contratos de obra pública no concesionada, el Art. 1º del RCOP³⁰ señala que: “Los contratos se adjudicarán por licitaciones públicas, en las cuales podrán participar los contratistas inscritos en los registros del Ministerio que se determinen en las bases administrativas”.

En este sentido, la licitación pública es el procedimiento para la selección de contratistas o inversionistas de una obra pública con el cual se pretende garantizar tanto la igualdad de los particulares así como la obtención por la Administración de las condiciones más ventajosas y menos onerosas para los particulares. Este procedimiento deberá cumplir con los estándares fijados en la Ley de Bases de Procedimientos Administrativos, Ley N°19.880 de 2003.

Con el objetivo de conducir el análisis hacia posibles problemáticas regulatorias del sector, corresponde a continuación realizar una comparación de los elementos esenciales que forman parte del sistema de adjudicación y ejecución de contratos de obras de infraestructura pública.

4.15 COMPARACIÓN ENTRE MECANISMOS DE ADJUDICACIÓN, EJECUCIÓN Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN CONTRATOS DE OBRAS DE INFRAESTRUCTURA NO CONCESIONADA Y OBRAS DE INFRAESTRUCTURA PÚBLICA CONCESIONADA

Desde un punto de vista formal y práctico, los procesos de adjudicación de contratos de obra pública en general y de contratos de obra pública concesionada disienten en varios aspectos que contribuyen a que los particulares cuenten con más o menos incentivos a participar de los procesos de licitación pública respectivos y a cumplir adecuadamente las condiciones pactadas en el contrato adjudicado.

Como se observa en la tabla siguiente, las características de la adjudicación de contratos mediante procesos de licitación, la ejecución y cumplimiento de tales contratos y los mecanismos de solución de controversias, se diferencian en varios aspectos para ambas modalidades de contratación en estudio.

TABLA 1 Elementos y características de las modalidades de contratación de infraestructura pública

Elementos y características de las modalidades de contratación	Obras de Infraestructura Pública en General (No concesionada)	Obras de Infraestructura Pública Concesionada
	Mecanismo de adjudicación (Licitación)	
Tipo de licitación	Pública sin iniciativa privada	Pública con y sin iniciativa privada
Otras modalidades de adjudicación	Licitación Privada, Trato Directo	No tiene
Autorización de la licitación	Autoridad que corresponda	Son autorizadas por el MOP
Requisitos de participación	Inscripción vigente en registros respectivos	No les afecten impedimentos ni inhabilidades
Tipos de ofertas	Técnicas y económicas	Técnicas y económicas
Modalidades de las ofertas económicas	Administración delegada, precios unitarios, suma alzada, o combinación de estos dos últimos	No contempla
Capacidad económica del oferente	Sobre 10% del valor del proyecto	Se exige en términos generales según complejidad del proyecto
Garantías del proceso de licitación	De seriedad de la oferta	De seriedad de la oferta
Organismo que evalúa las ofertas	Comisión de Evaluación conformada por 3 profesionales	Comisión de Evaluación conformada por profesionales representantes del MOP
Adjudicación	La realiza la autoridad que corresponda	La realiza el MOP
Mecanismos de ejecución y cumplimiento de los contratos		
Garantías del contrato de adjudicación	Garantía de fiel cumplimiento del contrato; Garantía adicional	Garantía de explotación y Garantía de construcción
Seguros	Póliza de seguro cuando el monto de la propuesta aceptada fuere inferior en más de un 15% del presupuesto oficial. Garantía o póliza de seguro que cubra daños a terceros	Pólizas de seguro que cubran la responsabilidad civil por daños a terceros y los riesgos catastróficos que puedan ocurrir durante el período de concesión.
Posibilidad de subcontratación de las obras	Sí, pero solo parte de ellas	Sí, con limitaciones contenidas en las bases de licitación
Contempla aumentos o variaciones en las obras de ejecución del contrato	Sí, pero no más del 35% valor inicial del contrato y siempre por disposición de la autoridad	Sí, siempre que no implique modificación en las condiciones económicas del contrato y las modificaciones, superando el 20% del presupuesto oficial de la obra, sean de interés público
Posibilidad de suscripción de convenios complementarios para la modificación de obras	No	Sí, si la obra resultare insuficiente para la prestación del servicio
Mecanismos de fiscalización y solución de controversias		
Mecanismo de fiscalización	Inspección fiscal	Inspección fiscal
Resolución de controversias por interpretación del contrato	Son resueltas y tramitadas por la autoridad que adjudicó el contrato conforme a las normas de la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo	Panel Técnico (emite opinión sobre aspectos técnicos o económicos sobre la ejecución del contrato de concesión) y Comisión Arbitral o Corte de Apelaciones de Santiago

Fuente: Elaboración propia según textos legales vigentes. DTO 75-2004 del MOP y DTO 956-1997 del MOP.

En primer lugar, el mecanismo de adjudicación para la contratación de infraestructura pública concesionada contempla posibilidades de iniciativa privada que no se identifican en el otro mecanismo. El sistema de concesión de obras de infraestructura pública, por lo tanto, se basa en la posibilidad de que las personas naturales o jurídicas podrán postular ante el Ministerio de Obras Públicas la ejecución, reparación o conservación de obras públicas, a cambio de su explotación, mediante el sistema de concesión. La presentación de este tipo de alternativas permite al postulante gozar de ciertos premios en el puntaje asignado durante el proceso de licitación para la adjudicación, por lo que, dando cumplimiento a los requisitos legales y considerándose que su iniciativa es representativa del interés público, los particulares cuentan con mayores incentivos a participar del sistema de concesión de infraestructura pública.

Por otra parte, como se observa en el artículo 1° del RCOP (aplicable a la contratación de obras de infraestructura pública en general), podrán participar de las licitaciones públicas los contratistas inscritos en los registros del Ministerio de Obras Públicas³¹ y en el Registro Nacional de Contratistas del MINVU³², según sea el caso. Entre los requisitos que deben cumplir los contratistas para inscribirse en el registro respectivo se encuentran:

- a) experiencia
- b) capacidad económica
- c) calidad profesional y
- d) personal profesional

Al respecto, no se identifica una disposición similar para participar de los procesos de licitación para obras de infraestructura pública concesionada, ya que para estos casos el requisito de estar registrado se aplica a la etapa de ejecución de la obra concesionada, lo que implicaría un mayor nivel de flexibilidad para determinar en las bases de licitación los requisitos de participación en el proceso de adjudicación.

Desde este punto de vista, los procesos de licitación de infraestructura pública concesionada presentarían al menos dos herramientas relevantes que otorgarían cierto grado de flexibilidad para incluir mayor o menor participación de los particulares en el desarrollo de tales proyectos, los que no se identifican en los procesos de licitación de obras de infraestructura pública en general.

31 Esto conforme a las disposiciones del Título II del DTO 75-2004 del MOP.

32 Esto conforme a las disposiciones del artículo 3° del DTO 236-2003 del MINVU.

En segundo lugar, con posterioridad a la adjudicación del contrato de obra pública no concesionada, la ejecución del proyecto debe ser llevada a cabo por la empresa a la que se le adjudica el contrato de obras de infraestructura pública. Para el caso de obras públicas no concesionadas, esta ejecución puede ser llevada a cabo a través de un consorcio de empresas que, de acuerdo con lo señalado en el artículo 11 del RCOP, esté formado por dos o más contratistas inscritos en el Registro, que complementen especialidades, siempre que una vez que se adjudique el contrato formen una sociedad, dentro del plazo de 60 días a contar de la fecha de ingreso del respectivo acto administrativo totalmente tramitado, a la oficina de partes del Servicio correspondiente. Por su parte, de acuerdo con el artículo 30 del RCCOP, el requisito de ejecución solo puede ser cumplido mediante una sociedad concesionaria constituida en conformidad a todas las normas de una Sociedad Anónima Abierta, salvo que las bases de licitación digan otra cosa.

En este contexto, sin perjuicio de la empresa o conjunto de empresas que ejecute las obras adjudicadas, todo contrato de adjudicación (para cualquier tipo de obras) contempla la entrega de ciertas garantías que den certeza de la correcta ejecución y cumplimiento de las disposiciones del contrato. Para el caso de contratos de obra pública concesionada, las garantías consideradas son las de construcción³³ y explotación y, para el caso de contratos de obra pública no concesionada, las garantías consideradas son la de fiel cumplimiento del contrato (que puede extenderse mediante boleta bancaria o póliza de seguro)³⁴ y, en casos excepcionales, una garantía adicional³⁵.

Una importante diferencia entre los distintos tipos de garantía exigidas se encuentra en la fijación de la cuantía respectiva y sus plazos de vigencia. Como regla general, para el caso de obras públicas no concesionadas dicha cuantía y plazos se encuentran prefijados por el RCOP pudiendo ser modificados en las bases de licitación respectiva y, para el caso de obras públicas concesionadas, la cuantía y plazos son fijados en las bases de licitación. Al respecto, el grado

33 "La garantía de construcción tiene por objeto asegurar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario durante la etapa de construcción. Esta garantía reemplazará la garantía de seriedad de la oferta y el plazo, forma y cuantía de la misma será establecido en las bases de licitación; en todo caso el plazo de la garantía no podrá ser inferior al señalado en las bases de licitación para la etapa de construcción de la obra, más 3 meses". Artículo 34 del RCCOP.

34 "Artículo 96. El contratista cuyo contrato se acepta deberá presentar como garantía de fiel cumplimiento del contrato, dentro del plazo que se indica en el inciso 2º del artículo 90, a la orden del Director o del Secretario Regional, según se adjudique la propuesta a nivel nacional o regional, una boleta bancaria o bien una póliza de seguro, conforme a lo dispuesto en el artículo 109 del D.F.L. MOP N° 850 de 1997, por una cantidad equivalente al 3% del valor del contrato y cuya vigencia será el plazo de este aumentado en 24 meses para el caso de obras mayores, y por una cantidad equivalente al 5% del valor del contrato y con una vigencia del plazo de este aumentado en 18 meses para obras menores, fijándose dicho valor expresado en Unidades de Fomento". Artículo 96 RCOP.

35 "Artículo 98. Se exigirá garantía adicional a la de fiel cumplimiento del contrato, que consistirá en una boleta bancaria o una póliza de seguro, expresada en Unidades de Fomento en la forma señalada en el artículo 96, cuando el monto de la propuesta aceptada fuere inferior en más de un 15% del presupuesto oficial, o de un 20% en el caso de la alternativa a que se refiere el artículo 79, salvo que en las bases administrativas se estipule un porcentaje diferente". Artículo 98 RCOP.

de flexibilidad en la fijación de cuantía y plazos podría ser un elemento que contribuye a que los contratos de obra pública concesionada estén adecuados a las características reales de una propuesta de iniciativa privada o de autoridad, en términos tales que las garantías sean reflejo de los requisitos técnicos y económico-financieros de la obra adjudicada y, de la experiencia de los licitantes³⁶.

Asimismo, de acuerdo con el artículo 36 del RCCOP³⁷, se establece la obligación de que la Sociedad Concesionaria adjudicada tome pólizas de seguros que, previamente descritas en las bases de licitación, cubran las responsabilidades originadas por perjuicios causados a terceros durante la ejecución de las obras y su explotación. Para las empresas contratistas de obras públicas no concesionadas, la Ley no contempla dicha obligación.

En tercer lugar, en cuanto a los mecanismos de fiscalización, los contratos de obra pública concesionada y no concesionada contemplan lo que se denomina "inspección fiscal". En los términos del artículo 110 del RCOP, el inspector fiscal es el profesional funcionario, nombrado por la autoridad competente, a quien se le haya encargado velar directamente por la correcta ejecución de una obra y, en general, por el cumplimiento de un contrato. Para las obras concesionadas, el inspector fiscal cuenta con atribuciones de fiscalización que se aplican durante la etapa de construcción y explotación de la obra. Su labor es financiada por el MOP, el que está encargado de establecer los correctos incentivos al desempeño de la labor de inspector descrita en el RCOP y RCCOP.

Respecto de los mecanismos de solución de controversias, los contratos de obra concesionada se caracterizan por permitir la intervención de al menos dos instituciones relevantes para la correcta interpretación del contrato y la solución de controversias entre los particulares y el Estado/Administración. Así, de acuerdo con el artículo 36º de la LCOP, "las discrepancias de carácter técnico o económico que se produzcan entre las partes durante la ejecución del contrato de concesión, podrán someterse a la consideración de un Panel Técnico a solicitud de cualquiera de ellas" y, de acuerdo con el artículo 36 bis de la LCOP, "las controversias o reclamaciones que se produzcan con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de concesión o a que dé lugar su ejecución, podrán ser llevadas por las partes al conocimiento de una Comisión Arbitral o de la Corte de Apelaciones de Santiago".

36 Así lo dispone el artículo 13 del RCCOP, que señala: "Previo al llamado a licitación pública nacional o internacional de un proyecto o de un conjunto de proyectos, el MOP podrá efectuar un llamado a precalificación de licitantes, cuando a su juicio la obra u obras revistan especiales características de complejidad, magnitud o costo".

37 El Artículo 36 RCCOP dispone que "la sociedad concesionaria deberá tomar pólizas de seguro que cubran la responsabilidad civil por daños a terceros y los riesgos catastróficos que puedan ocurrir durante el periodo de concesión. Las sumas percibidas producto de los seguros por catástrofes serán destinadas a la reconstrucción de la obra, salvo que las partes acuerden destinarlas a otros fines u obras propias del contrato de concesión".

Estas instituciones abocadas a la solución de controversias entre los particulares y el MOP no se observan como una alternativa en los contratos de obra pública no concesionada, lo que traslada los conflictos de interpretación del contrato y su ejecución a un entorno de carácter administrativo caracterizado por la interacción entre el MOP, los contratistas adjudicados y el inspector fiscal encargado de informar sobre los aspectos relacionados con la correcta ejecución del contrato.

V

DESCRIPCIÓN DE LOS MECANISMOS ACTUALES DE CONTRATACIÓN DE OBRA PÚBLICA

Como fue visto anteriormente, los contratos del MOP, MINVU y FNDR, que representan aproximadamente el 50% de la inversión pública, corresponden al principal foco de nuestro estudio. En esta sección se revisan detalladamente sus mecanismos actuales de contratación y también los procedimientos establecidos en los contratos de Concesiones.

5.1 MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (MOP)

Las licitaciones en el MOP se rigen por el Reglamento para Contratos de Obras Públicas, DS MOP N°75, como también, dependiendo del tipo de contrato, por las Bases Administrativas Generales y Especiales del contrato correspondiente.

El proceso licitatorio consta de una evaluación técnica y una evaluación económica, en un proceso que comienza con la calidad de inscrito en el Registro de Contratistas del MOP de cada postulante.

Registro General de Contratistas del MOP. Esta etapa, si bien no forma parte propiamente tal del proceso de licitación de un proyecto, es obligatoria para todo contratista que desee ser parte de estos procesos. Este registro se subdivide en Registro de Obras Mayores y Registro de Obras Menores. El primero se subdivide a su vez en Montaje y Obras Civiles, las cuales poseen tres y veinte registros particulares, respectivamente. Para pertenecer a algunos de estos registros se debe acreditar experiencia en determinadas especialidades, según el registro particular al cual se desea postular. En el caso del de Obras Menores, son 22 los registros particulares existentes y también se debe acreditar experiencia en determinadas especialidades. A su vez, los registros se dividen en 3 categorías y pertenecer a alguna de ellas depende de la capacidad económica y calidad profesional del equipo gestor del contratista. Cabe mencionar que existe equivalencia de registro desde el de Obras Mayores al de Obras Menores.

Los requisitos mínimos para acceder a dicho registro son los siguientes:

- no tener documentos protestados
- pago de derecho de inscripción
- antecedentes
- experiencia acreditada
- acreditar no tener deudas laborales o previsionales, ni con el Fisco
- acreditar una capacidad económica mínima (CEM)³⁸, equivalente al 15% de los límites superiores señalados en el artículo 28º del Reglamento

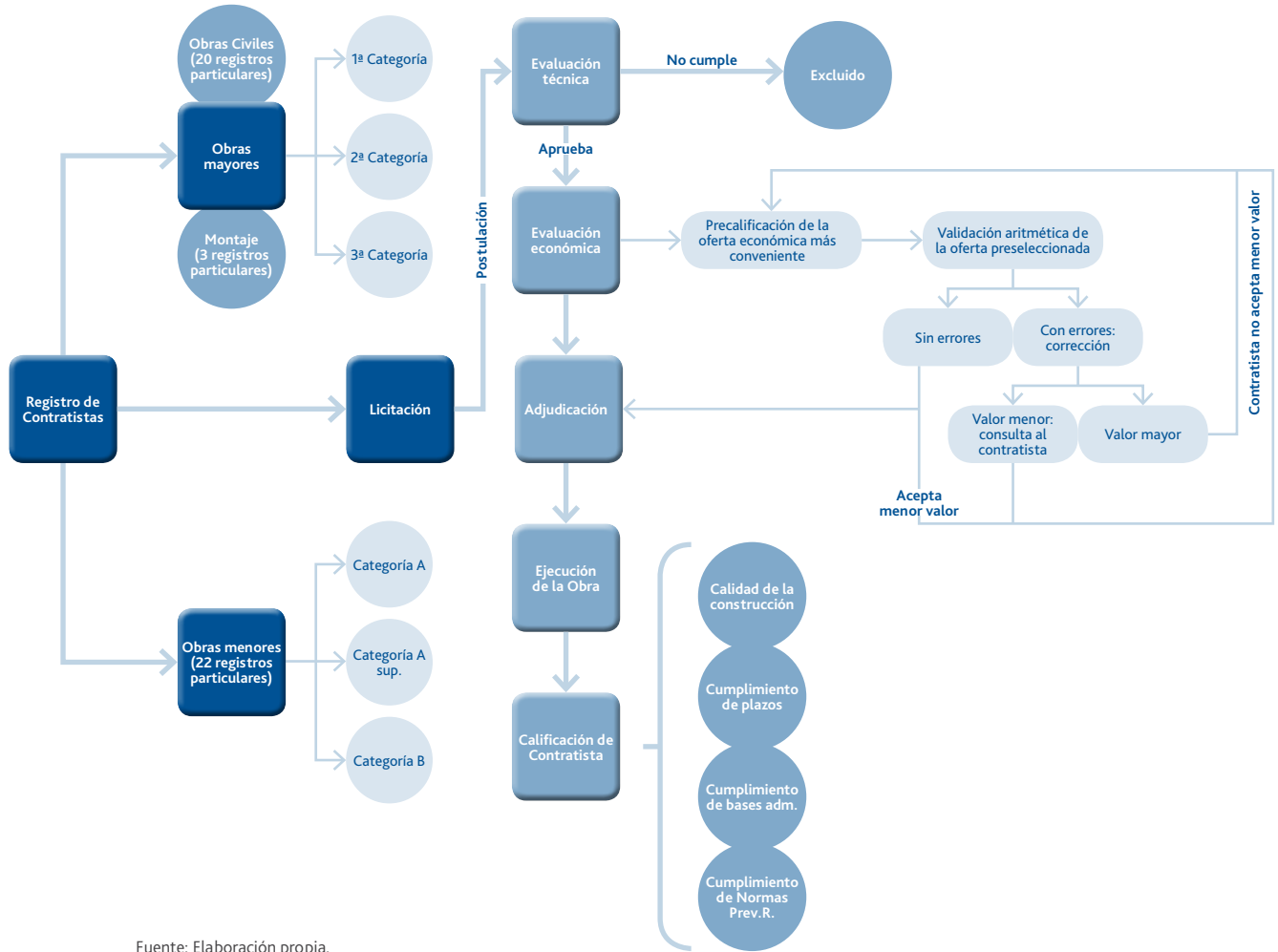
Se otorga la posibilidad a los contratistas de formar Consorcios, complementando especialidades, debiendo formar una sociedad una vez adjudicado el contrato, dentro de 60 días contados desde la fecha de ingreso de acto administrativo totalmente tramitado. Se excluyen de esta posibilidad los contratistas con nota inferior a 5,5 en cualquier contrato con el MOP en los últimos 2 años.

Se debe tener en cuenta que un contratista no puede inscribirse en más de una categoría de un mismo Registro, sea como persona natural o como integrante del equipo gestor de una sociedad constructora. Tampoco procede la inscripción en un mismo registro de contratistas con uno o más socios, directores, o profesionales comunes. Idéntica prohibición existe para las sociedades que sean socias o accionistas de otras sociedades, o cuyo uso de razón social corresponda a una misma persona y para aquellas personas que tengan el uso de la razón social.

Revisión y Evaluación Oferta Técnica. Es la primera etapa del proceso de licitación y corresponde a la revisión de la Oferta Técnica. La Comisión de Evaluación verifica la correcta presentación y cumplimiento de los requisitos técnicos solicitados a los proponentes en las bases de licitación. La falta de alguno de ellos implica la descalificación del contratista. Existen requisitos mínimos que deben ser presentados (Artículo 76, DS MOP N°75) y otros que dependen del tipo de proyecto. Dentro de los requisitos está la nómina de la totalidad de obras iniciadas o por iniciarse, declaración de revisión de antecedentes, visita a terreno y conformidad, programa de trabajo, análisis de precios unitarios, programa ocupacional de la mano de obra que generará el contrato, entre otros. Cabe mencionar que, de acuerdo al reglamento general de las licitaciones, no se determinan qué aspectos deben ser evaluados obligatoriamente, dando la libertad a las bases específicas de los proyectos, si se evalúa o no y de qué forma.

38 La CEM fluctúa desde 3.000 a 180.000 UTM, dependiendo de la categoría.

FIGURA 3 Proceso de contratación del MOP



Fuente: Elaboración propia.

Evaluación Oferta Económica. En esta etapa solo se evalúa a los contratistas que técnicamente están aprobados y tiene como fin seleccionar la oferta económica más conveniente. Esta evaluación se divide en dos etapas. La primera de ellas es la precalificación de la oferta económica más conveniente para el MOP, en la que se escoge la oferta de menor valor. Si el contrato es a precio unitario, se puede realizar con o sin análisis de variaciones eventuales de cantidad de obras. La segunda y última etapa corresponde a la validación aritmética de la oferta preseleccionada, donde se revisa la existencia de errores en los productos de las cantidades de obras. En el caso de que estos no existan, la oferta precalificada es la adjudicada. En el caso contrario, los errores

son corregidos y se verifica el valor final de la oferta. Si se obtiene un valor corregido menor al presentado originalmente, prevalece el menor y se consulta al oferente si mantiene o no su oferta. De mantenerla se adjudica el contrato, de otro modo se retorna a la primera etapa. Si es mayor se vuelve al proceso de precalificación.

Calificación del contratista. Con el objeto de servir de antecedente al momento de adjudicar un contrato, el Departamento de Registros de la DGOP lleva una Hoja de Vida de cada contratista inscrito en la cual se consigna, fundamentalmente, toda observación relativa al cumplimiento de los plazos, bases administrativas y especificaciones. El proceso de calificación se realiza una vez terminada la obra, evaluándose los siguientes aspectos: calidad de construcción (A); cumplimiento de plazos (B); cumplimiento de las bases administrativas (C=0,1) y cumplimiento de normas de prevención de riesgos y accidentabilidad (D=0,1). Las ponderaciones de A y B dependen de las bases, pero ambas deben sumar 0,80. Además, A no debe ser menor que 0,65. La nota obtenida puede ser apelable y es considerada para futuras sanciones o estímulos, como bajas o ascensos de categorías o suspensiones (Artículos 45, 46 y 179, DS MOP N°75). Esta evaluación la realiza el inspector técnico de la obra quien fiscaliza su desarrollo y recepción.

5.2 SERVICIO DE VIVIENDA Y URBANIZACIÓN (SERVIU), MINISTERIO DE VIVIENDA Y URBANISMO

Las licitaciones de este servicio se rigen según las bases generales reglamentarias de contratación de obras para los Servicios de Vivienda y Urbanización, DS N°236 (V. y U.). Lo que corresponde al registro de los contratistas y constructores se rige por DS N°127 (V. y U.) y DS N°63 (V. y U.).

Registro Nacional de Contratistas. Al igual que en el MOP, este registro no forma parte del proceso de licitación propiamente tal, sin embargo, todo oferente que desee participar de alguno de los procesos de licitación debe estar inscrito en él. El registro se divide en distintas categorías, las cuales delimitan el tipo de proyecto al que pueden postular los contratistas. Para registrarse debe cumplir con dos tipos de requisitos: técnicos y económicos. Los rangos que poseen estos determinan la categoría a la cual puede pertenecer el contratista. Como requisitos técnicos se consideran el o los títulos profesionales o técnicos de las personas naturales o jurídicas que postulan y la experiencia en m² construidos en obras similares a las que hace objeto cada licitación. Como requisito económico se debe presentar la acreditación de un capital mínimo. A su vez, el SERVIU cuenta con el Registro de Constructores, el cual tiene como primer requisito pertenecer al Registro de Contratistas, por lo tanto, se asume que cumple con los requisitos solicitados por este registro, como también se solicita la acreditación de experiencia en construcción de viviendas SERVIU.

Revisión de Requisitos Técnicos. Esta es la primera etapa del proceso. Una vez que son abiertas todas las ofertas se procede a realizar la revisión de los documentos técnicos solicitados, tales como la planificación general de la obra, el cronograma general, la programación financiera y la lista de trabajos a subcontratar, entre otros. El listado de documentos mínimos está determinado en el DS N° 236, (V. y U.) y deben estar correctamente estipulados en las bases de licitación, así como también pueden ser requeridos otros documentos dependiendo del proyecto. La falta de alguno de estos implica la descalificación del oferente.

Evaluación Técnica. Esta etapa no está presente en todas las licitaciones. Solo en casos particulares se exigen requisitos especiales, los cuales dependen principalmente de la complejidad del proyecto y son determinados por la unidad de origen del proyecto³⁹. En esta evaluación se consideran características técnicas tales como la calidad de insumos, los sistemas tecnológicos a implementar, entre otros. Estas características son analizadas por la comisión evaluadora, otorgando un puntaje, el que a su vez corresponde a un porcentaje de la evaluación final. Tanto las ponderaciones como los criterios de evaluación se encuentran estipulados en las bases de licitación.

Evaluación de Oferta Económica. Una vez que el licitante aprueba la revisión de requisitos técnicos y la evaluación técnica, si se ha requerido de esta última, su oferta económica será revisada. En caso contrario, nunca será abierta. En esta etapa se revisa la oferta económica y el presupuesto detallado, donde se aplica, en algunos casos, el cálculo del Puntaje Precio⁴⁰, o simplemente se ve el costo total de la oferta y este es ponderado por el porcentaje del puntaje final asignado a esta evaluación.

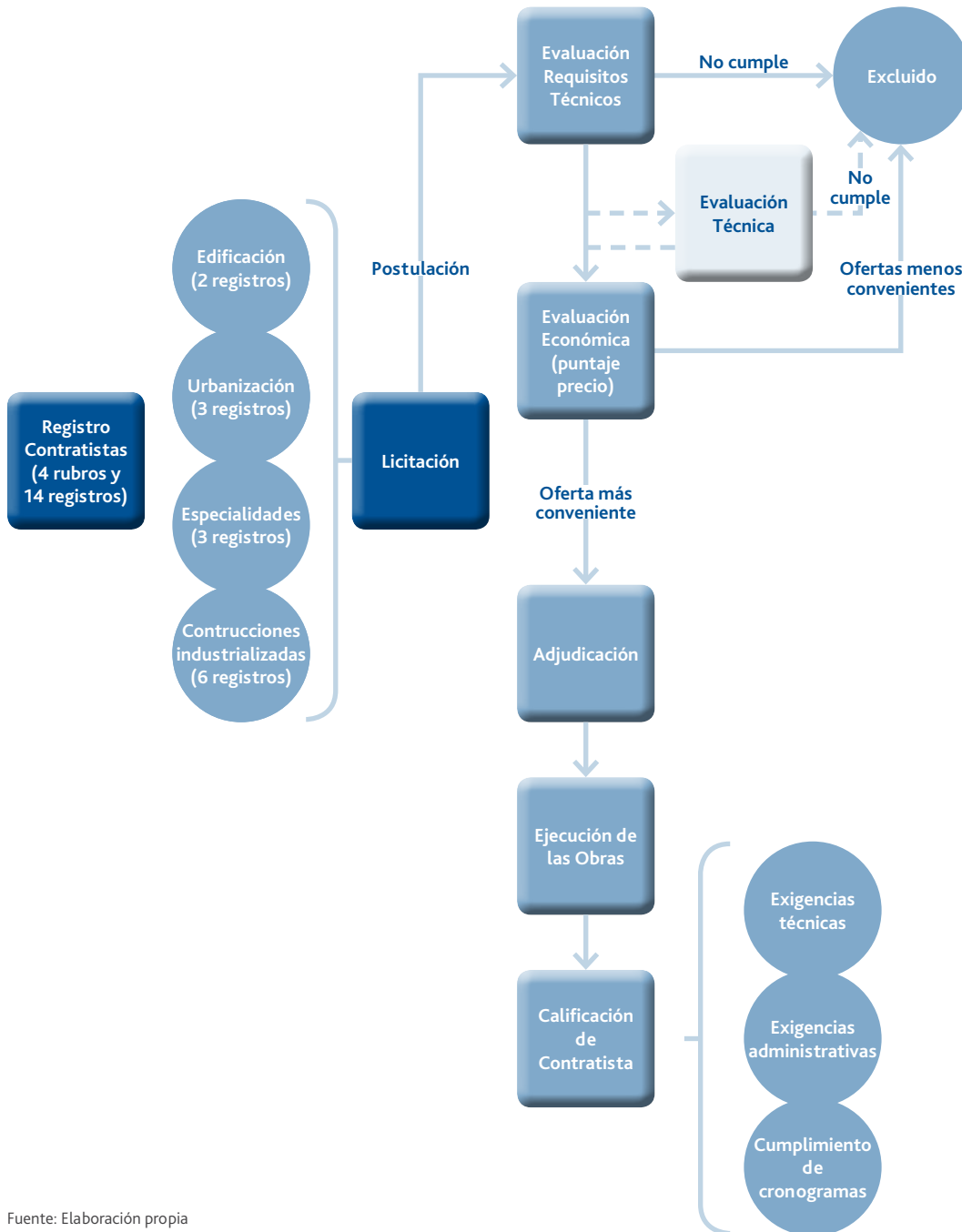
Adjudicación. Una vez revisadas las ofertas económicas, estas son ordenadas de menor a mayor puntaje, siendo adjudicada la ejecución del proyecto (por parte del SERVIU) a la oferta de menor valor. En caso que se considere evaluación técnica, se selecciona la que posea un mayor puntaje final. Este acto es notificado a través del sistema de compras públicas.

Calificación. El SERVIU, a través de las Comisiones Receptoras designadas, califica al contratista durante la ejecución y recepción de la obra, según lo establecido en el Título VII del DS N°127 (V. y U.) y en las respectivas bases de licitación. Se evalúan aspectos tales como las exigencias técnicas, administrativas y de plazo contractual. Esta calificación final tendrá incidencia en el registro de contratistas, existiendo la posibilidad tanto de subir o bajar de categoría, así como de ser suspendido o destituido del registro.

39 La unidad de origen corresponde al departamento o área que ha desarrollado el proyecto y encargado el proceso de licitación al área de licitaciones del SERVIU.

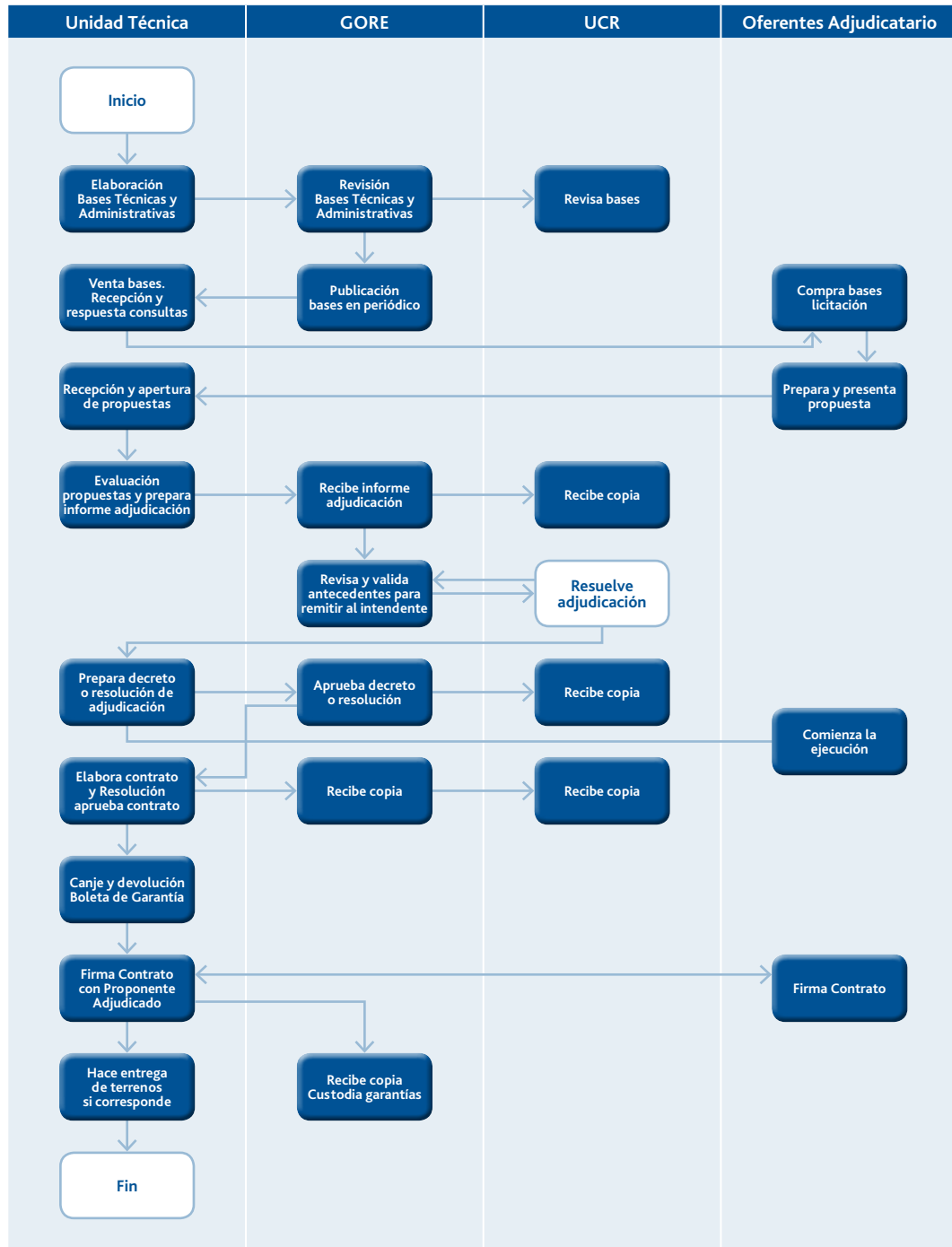
40 $\text{Puntaje Precio} = (\text{Oferta menor valor} / \text{Oferta en evaluación}) * 100$.

FIGURA 4 Proceso de contratación del SERVIU



Fuente: Elaboración propia

FIGURA 5 Proceso de contratación de proyectos FNDR



Fuente: Manual de Operación FNDR.

5.3 FONDO NACIONAL DE DESARROLLO REGIONAL (FNDR)

El proceso de licitación o cotización de un proyecto va desde que se generan las Bases de Licitación (o documento técnico, en el caso de las cotizaciones) hasta que se contrata (o compra) a un contratista/consultor. Este proceso puede ser externo como interno al GORE (por ejemplo, cuando el GORE es Unidad Técnica).

La Ley 19.886 (Artículo 7°) establece tres mecanismos de adjudicación de contratos: licitación pública, licitación privada o contratación directa.

Para el proceso de adjudicación, el GORE revisa los antecedentes y si son validados, procede a remitirlos al Intendente, quien debe ratificar al oferente propuesto.

El Intendente puede: ratificar, rechazar, solicitar más antecedentes, solicitar revisión del proponente adjudicado o declarar la licitación desierta. El procedimiento es el siguiente:

- **Elaboración de Bases**

Responsable: Unidad Técnica-Municipio-SUBDERE.

Descripción: En conjunto con las Bases Técnicas también se especifican las Bases Administrativas que contemplan:

Normas Generales: Contiene los conceptos de la licitación y los documentos exigibles que se deben presentar en la apertura. Estos aspectos son comunes a tipos de proyectos, por ejemplo, obras.

Normas Especiales: Contiene el calendario, el Formato de las Solicitudes de Boleta de Seriedad de la Oferta, las Multas por atraso, entre otros. Estas normas son específicas para cada proyecto y pueden modificar o especificar con mayor detalle las normas generales.

- **Generar Bases Técnicas**

Responsable: Unidad Técnica-SUBDERE-Municipio.

Descripción: Una vez que el proyecto ha sido aprobado por el CORE, se informa a la UT respectiva que se puede comenzar con la confección de las Bases de Licitación. En las bases técnicas aparece la descripción de los Términos de Referencia del proyecto.

- **Revisión Bases Administrativas**

Responsable: Gobierno Regional.

Descripción: Una vez que la Resolución de Asignación de Fondos ha sido ingresada a Contraloría (según información proveída por la SUBDERE), se da aviso a la UT correspondiente para que envíen las Bases de Licitación al GORE para su revisión.

Las Bases Administrativas son revisadas por un analista del Departamento de Gestión de Proyectos quien verifica el calendario de la licitación, las boletas de garantía exigidas y los antecedentes adjuntos a la licitación. En este punto se pueden generar observaciones o aprobar las bases.

Se revisa que los documentos exigidos y los procedimientos establecidos en las bases sean concordantes con el tipo de proyecto a licitar.

- **Publicación**

Responsable: Gobierno Regional.

Descripción: Si las Bases son aprobadas, se procede a la publicación del calendario de la licitación en el diario. Normalmente, los diarios de publicación son el Diario Oficial y uno de circulación nacional y/o local.

Al mismo tiempo, es necesario realizar la publicación en el sistema Chile Compra.

- **Venta de Bases, Consultas y Aclaraciones**

Responsable: Unidad Técnica.

Descripción: La UT lleva a cabo el proceso de venta de bases con la duración establecida en las bases de licitación. Se realizan visitas a terreno en caso que las bases de licitación así lo estipulen y en la fecha que establezca el calendario de licitación.

Durante un período establecido en el calendario de la licitación, los oferentes proceden a realizar consultas a la UT correspondiente.

Posteriormente, la UT tiene un plazo para generar las aclaraciones a esas consultas, que son agrupadas en un documento de Aclaraciones que debe ser puesto a disposición de los oferentes.

- **Recepción de Propuestas y Apertura**

Responsable: Unidad Técnica.

Descripción: En la fecha y hora establecidas en las Bases de Licitación, se realiza el acto de Recepción y Apertura de Propuestas, donde son aceptados los proponentes que cumplan con los requisitos de documentación establecida. En este mismo proceso se recibe la Boleta de Garantía por seriedad de la oferta de cada uno de los oferentes.

- **Evaluación de Propuestas**

Responsable: Unidad Técnica-Gobierno Regional.

Descripción: Se evalúan las propuestas, asignando un ranking de proponentes que considera aspectos técnicos y administrativos. El primero en el ranking pasa a constituirse en el "Oferente Adjudicado Propuesto". La UT prepara un informe de evaluación técnica y un informe de adjudicación que será enviado vía oficio al GORE.

- **Adjudicación**
Responsable: Intendente Regional-Unidad Técnica-Gobierno Regional.
Descripción:
 - i. El GORE revisa los antecedentes y, si son validados, procede a remitirlos al intendente, quien debe ratificar el oferente propuesto.
 - ii. El intendente puede: ratificar, rechazar, solicitar más antecedentes, solicitar revisión del proponente adjudicado o declarar la licitación desierta.
 - iii. Luego la Unidad Técnica genera el Decreto o Resolución de Adjudicación que ratifica al proponente seleccionado. Se envía una copia de este informe al GORE.
 - iv. Posteriormente, la UT correspondiente procede a realizar la confección del Contrato y de la Resolución que lo acompaña.
 - v. Para el caso de proyectos donde la UT es el GORE, se procede a enviar un Memorando al Departamento Jurídico para proceder a la confección de ambos documentos.
 - vi. Desde la fecha de la Resolución de Contrato, el adjudicado está autorizado para comenzar con los trabajos o servicios.
 - vii. En el caso de los municipios se realiza un Decreto de Aprobación de Contrato.

- **Canje y Devolución de Boleta de Garantía**
Responsable: Unidad Técnica.
Descripción: El proponente adjudicado debe proceder a realizar el canje de la boleta, llenando la solicitud para recuperar la Boleta de Garantía de Seriedad de la Oferta y entregando la Boleta de Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato.
A los proponentes que no fueron adjudicados, se les devuelve su Boleta de Garantía por Seriedad de la Oferta.

- **Firma del Contrato**
Responsable: Unidad Técnica-Proponente adjudicado.
Descripción: Se procede a la firma del contrato entre ambas partes (UT y Proponente Adjudicado). Se debe enviar copia del Contrato al GORE (Cuando no es UT).

5.4 COORDINACIÓN DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS, MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS

Las licitaciones de obras concesionadas se rigen por un marco legal establecido en la Ley y Reglamento de Concesiones de Obras Públicas, DS MOP N°900, el cual estipula los procesos a ser desarrollados y los aspectos mínimos que son analizados al momento de realizarse las licitaciones, así como también por el Reglamento para Contratos de Obras Públicas, DS MOP N°75. No

obstante, cada licitación posee sus propias bases donde se determinan los aspectos generales y específicos a ser evaluados con sus respectivas ponderaciones.

Proceso de Precalificación. Esta etapa está presente en licitaciones que, a juicio del MOP, contengan obras que revistan especiales características de complejidad, magnitud o costos. Se evalúan requisitos económicos, como la certificación de un patrimonio contable mínimo y requisitos de experiencia (m² construidos) en construcción en determinadas áreas. Los montos y m² construidos varían según el proyecto, como también la existencia de ambos requisitos o de otros. Una vez que los interesados cumplan con lo especificado en las respectivas bases, estos pasan a ser parte del Registro Especial Internacional, REI⁴¹.

Evaluación Técnica. Esta etapa se presenta en todas las licitaciones de obras concesionadas y tiene por objetivo evaluar la Oferta Técnica entregada por cada licitante. Los antecedentes que conforman la Oferta Técnica se dividen en Antecedentes Generales y Antecedentes Técnicos, los cuales dependen de las características del proyecto y se encuentran estipulados en las respectivas bases de licitación. En el primer grupo de antecedentes se presentan documentos como la Identificación del Licitante o Grupo Licitante, la Garantía de Seriedad de la Oferta, entre otros, para los cuales se revisa el cumplimiento o no de estos. Como antecedentes técnicos se solicitan documentos tales como la aceptación de estudios referenciales, el plan de operación, entre otros, los cuales son evaluados con notas entre 1 y 7 por la Comisión de Evaluación. Ambas evaluaciones son realizadas y ponderadas según lo estipulado en las respectivas bases, obteniéndose de esta forma el puntaje de Evaluación Técnica. Cabe mencionar que en el caso de no existir proceso de precalificación, es en esta etapa en la cual se solicitan los antecedentes económicos, legales y técnicos.

Evaluación de la Oferta Económica. En esta última etapa solo son considerados los licitantes con ofertas técnicas aceptables⁴². Se evalúan aspectos como la estructura tarifaria, el plazo de concesión, los subsidios del Estado, el puntaje total o parcial obtenido en la calificación técnica, otros servicios adicionales, el premio al postulante⁴³, entre otros aspectos (Artículo 7, DS MOP N°900). Las ponderaciones de cada uno de ellos dependen del tipo de proyecto y los objetivos de este, las cuales se encuentran en las respectivas bases de licitación. La suma de los puntajes ponderados, de cada aspecto, corresponde al Puntaje Final del oferente.

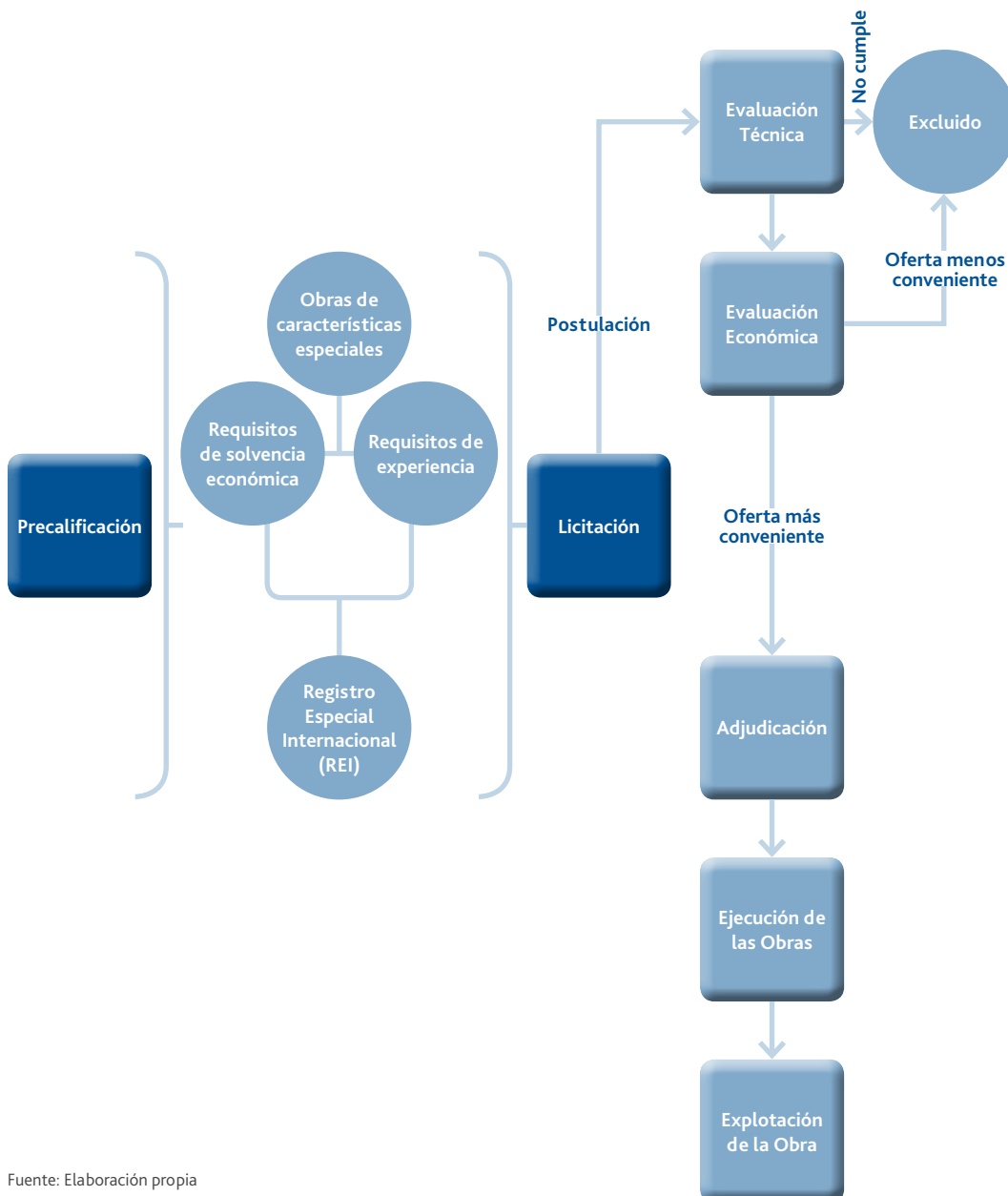
41 El Registro Especial Internacional corresponde a un registro particular de concesionarios que posee la Coordinación de Concesiones del MOP para proyectos de hospitales, aeropuertos y cárceles. La permanencia en el registro es, por lo general, de carácter indefinido.

42 Como ofertas técnicas aceptables se entienden aquellas que cumplan con lo establecido en el Artículo 25, DS MOP N°900.

43 El Premio al Postulante corresponde a una bonificación al momento del cálculo del puntaje final para los postulantes que hayan dado origen a la licitación.

Adjudicación. Finalmente, el licitante que obtenga el mayor puntaje será notificado de este y consultado por la validación de su adjudicación, la que, una vez aceptada, será publicada en el Diario Oficial.

FIGURA 6 Proceso de contratación de obras concesionadas del MOP



Fuente: Elaboración propia

VI

VARIABLES CRÍTICAS EN LA CONTRATACIÓN DE OBRAS PÚBLICAS

Los capítulos anteriores se abocaron a generar un marco conceptual necesario para comprender de mejor forma los problemas existentes actualmente en las relaciones contractuales entre el Estado y los privados en el sector infraestructura.

Así, el levantamiento de factores críticos surgió como un insumo necesario para la detección de las malas prácticas en las relaciones contractuales de obras de infraestructura de uso público, lo que entregará pautas y perfiles para la posterior propuesta de recomendaciones y buenas prácticas.

En el presente estudio, se consideraron tres fuentes primarias de información: *focus groups* con empresarios, entrevistas a *stakeholders* y encuestas a los socios del área de infraestructura pública de la CChC.

En los *focus groups* se expuso a los participantes diferentes aspectos que, de acuerdo a los antecedentes, pudiesen representar variables críticas en la adjudicación y ejecución de contratos de obra pública (no se consideraron obras concesionadas), generándose cierto consenso entre los participantes respecto a cuáles son las variables más relevantes que condicionan las relaciones contractuales entre las partes. Los resultados por cada tema se presentan a continuación.

La encuesta consistió en realizar una consulta por internet a los socios de la CChC del área de infraestructura pública.

A continuación, se tratan las principales variables críticas encontradas en las relaciones contractuales entre el Estado y los privados para suministrar obras de infraestructura pública.

6.1 OCURRENCIA DE ALTERACIONES EN LOS CONTRATOS

Un punto en el que existe casi total coincidencia en las empresas que participaron del presente estudio, es que es muy difícil que un proyecto se concrete de acuerdo a lo proyectado, por lo que la mayoría de los contratos van a estar sujetos a alteraciones. Algunos empresarios incluso estiman que entre el 80% y 90% de los contratos tienen modificaciones relativamente complejas. No obstante, en la encuesta realizada a socios del sector infraestructura de la CChC, estos cuantifican en 40% los contratos con el MOP con alteraciones durante su ejecución. En el caso del MINVU, este porcentaje solo alcanza un 5%, mientras que en las licitaciones financiadas por el FNDR esta cifra llega a un 15%.

El primer punto relevante sobre este tema es que la gestión y manejo de estas alteraciones tiene un costo financiero (no considerado originalmente en los flujos de las empresas) que debe ser absorbido por cada una de las firmas que se encuentren involucradas en dichas alteraciones, como por ejemplo, capital inmovilizado por retrasos en los pagos. Además, existe un costo de oportunidad que también debe considerarse, ya que se altera el cronograma original y la carga horaria que se había comprometido con los profesionales contratados.

Algunos representantes de empresas tienen incluso la impresión de que los mandantes asumen que, mientras más modificaciones existan sobre la marcha al contrato (correcciones a las obras, nuevos diseños, etc.), mejor puede resultar el proyecto, lo que denotaría que no han internalizado el problema que se genera para las firmas con dichas modificaciones a los contratos. La idea contemplada por las empresas es que lo mejor es "entrar y salir de un proyecto lo más rápido posible", ya que el negocio no está en modificar contratos de manera sistemática.

Aunque las modificaciones a los contratos provocan retrasos que cambian la programación inicial (pueden variar en promedio entre 3 a 8 meses), en cierta forma los contratistas obtienen algún grado de beneficio con ello, ya que les reportan ingresos adicionales. Todo depende en qué momento se incorporen las modificaciones.

Además, las empresas deben hacer notar que un proyecto es susceptible de mejorar, ya que si no manifiestan dichas aprehensiones, puede resultar en un hecho perjudicial no solo para ellos (ya que si existe una falla durante el uso de la obra pública, el prestigio de su firma se verá dañado), sino que también para el Estado (por la falla se culpará a la autoridad, además de los perjuicios económicos para las arcas fiscales), y para la empresa adjudicataria del proyecto que externalizó los servicios de construcción.

Así, los problemas y modificaciones surgen, de acuerdo a las empresas, debido a que se licitan proyectos mal formulados, en donde las firmas al final terminan haciendo ingeniería y otras tareas no contempladas dada la mala formulación de las bases.

Además, los socios señalan que es común que las bases de licitación incluyan exigencias que no se condicen con los montos disponibles. Se planteó el caso de proyectos que han estado en carpeta por un tiempo lo suficientemente extenso como para que las condiciones de entorno (sociales, demográficas, ambientales, económicas, etc.) hayan cambiado significativamente, pero los términos de referencia del proyecto no se adecuan a esas variaciones. Y a pesar, de que se debe considerar, que es durante el periodo en que la licitación se encuentra abierta en el cual podrían evitarse muchos problemas en la ejecución de la obra, por ejemplo, a través de los mecanismos de preguntas y respuestas entre los licitantes y los mandantes.

Esto ocurre generalmente cuando por razones administrativas, alguna unidad debe gastar los recursos disponibles, de modo de cumplir con los indicadores de ejecución presupuestaria que se les han establecido.

Las modificaciones a los contratos surgen, de este modo, de proyectos mal formulados, lo cual está en directa relación con el gasto que se realizó en el anteproyecto. A menores gastos realizados en dicha etapa, mayores serán las modificaciones esperadas. Luego, cuando hay modificación de contrato la obra se detiene, lo que acarrea todos los perjuicios ya descritos anteriormente.

Así, las empresas constructoras se han organizado para poder considerar el tema de las alteraciones en los contratos (retrasos, montos comprometidos, etc.), fundamentalmente porque los mandantes al parecer no tienen conciencia de que ellos tienen que invertir en los proyectos, para así esperar menores problemas durante la ejecución del contrato.

En general, la competencia es fuerte en licitaciones de obra pública (8 a 10 oferentes) y ha ido en aumento debido a que la minería ha comenzado a disminuir su actividad durante el último tiempo. De esta forma, cualquier empresa puede postular, por lo que en una misma licitación pueden competir oferentes de gran peso y otros muy pequeños. Incluso se adjudican estudios a empresas que ni siquiera tienen sucursal en Chile, por lo cual algunos empresarios plantean que casi no existen barreras de entrada para este tipo de licitaciones.

Respecto a las bases de licitación, existe la convicción de que las bases tipo del MOP para obras de infraestructura pública son adecuadas, llevando vigentes un periodo bastante largo sin mayores alteraciones (ocho años). Sin embargo, en el SERVIU las bases son diferentes en cada región y solo en la Región Metropolitana hay bases tipo. Los gobiernos regionales, que

son un actor relevante, y las municipalidades tampoco tienen bases tipos. De esta forma, sería bueno reglamentar la homologación de las bases ya que, por ejemplo, podrían existir muchos tipos de contratos diferentes para una empresa que atiende a diferentes municipios a lo largo del país.

Sin embargo, antes de esos ocho años, había una menor rigidez en la tramitación de la toma de razón de los contratos, demorándose la Contraloría en promedio 5 días en validar su adjudicación. En el presente, hay ocasiones en que el visado de las adjudicaciones demora hasta 6 meses, preferentemente por exceso de burocracia o porque los presupuestos no están aprobados. Esto es a causa del MOP más que de Contraloría, ya que según mencionaron los participantes, esta última entidad señala que quienes diseñaron los contratos hicieron de mala forma las gestiones ante ellos para la toma de razón.

A pesar de que las bases tipo establecen un mecanismo que agiliza los trámites, a su vez modifica ciertos reglamentos del contrato que posteriormente el adjudicatario no puede cumplir.

A pesar de lo anterior, no se considera recomendable modificar las actuales bases tipo, principalmente las del MOP. Es más, los contratos que se realizan, por ejemplo, en el área de la salud, los cuales se consideran muy deficientes, debiesen tender a ese tipo de reglamentación. Cada servicio de salud tiene sus propias bases, requerimientos, equipo de trabajo, etc., por lo que los empresarios que trabajan en ese sector deben tratar con una variedad de contrapartes, cada una con su estilo.

Otro aspecto destacado como mala práctica es que en algunas situaciones la rentabilidad social es manejada a costa de reducir de manera arbitraria las partidas de inversión (por ejemplo, cubicaciones, movimiento de tierras, etc.).

Por otro lado, a pesar de que hace más de dos décadas que se incorporó la idea de que los actores del proceso (MOP, contratistas, empresas constructoras) deben ser colaboradores en los procesos de ejecución de los proyectos, en la práctica dicha dinámica no se ha dado. Por el contrario, lo que ha primado es el resguardo de los intereses individuales en desmedro del resto, al punto que lo que prima es un nivel de desconfianza entre los involucrados que confirma el refrán “todos saben que los otros saben que yo sé que me quieren engañar”. Este hecho que forma parte de la conciencia colectiva de los agentes claramente no apunta en la dirección correcta, ya que, por ejemplo, no se conforma una visión país.

Dada la experiencia del sector, se considera no deseable demandar al Estado en medio de un contrato, por lo cual resulta mucho más conveniente terminar el proyecto, independiente de los problemas encontrados durante su ejecución.

6.2 REGISTRO DE CONTRATISTAS

El Registro de Contratistas del MOP se percibe como una instancia necesaria, ya que actúa como una base de datos que reúne información relevante de las firmas y que, además, actualiza su comportamiento histórico, siendo útil para segmentar aquellas firmas que serán invitadas a licitaciones. De esta forma, se constituye en un mecanismo regulador que obliga en cierta medida a las empresas a manifestar un compromiso con sus acciones, ya que si estas experimentasen una falla, error o delito durante la ejecución de un proyecto, pudiesen ser eliminados de este registro, o bien su historial de comportamiento sería afectado de manera negativa. Sin embargo, estos Registros debiesen aglutinar otros antecedentes a fin de facilitar la presentación de las propuestas (títulos de los profesionales, por ejemplo).

En este mismo sentido, los participantes de la encuesta realizada a socios de la CChC consideran baja la incidencia del Registro de Contratistas en las falencias en el sistema de contratos. Del mismo modo, no es visto como un obstáculo de importancia para postular y adjudicarse un proyecto.

Esta herramienta, a diferencia del registro del MINVU, se considera muy buena, ya que considera balances, auditorías y otros ítems para dimensionar la capacidad del contratista, pero paradójicamente no evalúa si es un buen contratista. Además, las unidades técnicas muchas veces no consideran dichos antecedentes (aunque tener una nota bajo 6 es una mala señal para la firma), los cuales tampoco se encuentran en una red en línea, siendo común que en las licitaciones soliciten antecedentes que ya se encuentran incorporados en el registro, por lo que genera a los proponentes costos adicionales preferentemente en tiempo necesario para completar o reproducir dichos antecedentes.

El registro además posee mecanismos de protección en cuanto que no es posible que una empresa que haya incumplido un contrato cambie de nombre e ingrese al registro sin historial, ya que queda registrado el comportamiento de los integrantes de la empresa anterior (la que presentó la falla). Pero también permanecer en el registro tiene un costo que no se condice con algunas licitaciones en que se segmenta por tamaño a los potenciales adjudicatarios en el momento de la apertura de las ofertas, existiendo situaciones en que una firma se entera en ese momento de que no puede ejecutar una obra, debido a restricciones en su tamaño como empresa o la capacidad económica que presente. Sin embargo, ello es aún mejor que en el MINVU, ya que en esa entidad existen otros criterios e interpretaciones diferentes que no hacen atractiva la participación en sus licitaciones para algunos contratistas y empresas.

Ahora bien, una opción alternativa es el sistema de contratación en los Estados Unidos, donde no hay registros, pero se garantiza el 100% de la obra, lo que no obstante, elevaría de manera

significativa los montos de la garantía de fiel cumplimiento, quedando, de esta forma, muchas empresas imposibilitadas de actuar en el mercado, lo que llevaría a la concentración.

Un aspecto interesante a explorar sería la constitución de la figura del consorcio en todas las obras que se desee, mecanismo que en el presente solo permite complementar experiencia, aunque también su objetivo es mitigar riesgos, ya que se amplía el equipo y se fortalece la liquidez de los ejecutores. Incluso se plantea participar en consorcio con entidades que incluso no estén registradas, por ejemplo, un fondo de inversión. Este fondo finalmente hace una calificación de riesgo del contratista, lo que le entrega al MOP información relevante para la evaluación.

En términos generales, la percepción sobre el Registro de Contratistas del MOP es positiva y se ve como necesario, lo que no quita el hecho de que se generen algunas malas prácticas. Por ejemplo, incluir en el equipo de trabajo a un funcionario del MOP que se encuentre jubilado, con un extenso Currículum Vitae, aumenta puntaje en la evaluación.

Finalmente se acota que, para ciertos proyectos de gran magnitud, como por ejemplo el puente sobre el Canal de Chacao, debieran abrirse registros especiales que aseguren la idoneidad de la firma, lo cual en cierto modo se da en la práctica, ya que de hecho hay precalificaciones.

6.3 LICITACIÓN Y MECANISMOS DE ADJUDICACIÓN DE PROYECTOS

Se ha mencionado que la evaluación de las ofertas por parte de los mandantes en las licitaciones de infraestructura pública se basa fuertemente en el precio propuesto, sin darle el peso necesario a otros ítems que agregan valor a la propuesta.

Aunque hay quienes plantean que el mecanismo de adjudicación de precio mínimo es adecuado, mientras la propuesta técnica sea coherente, en general se plantea que podría incluirse una evaluación multicriterio, con puntaje adicional por innovación, serviciabilidad o desempeño, pero que solo podría tener cabida en la actualidad en el MOP, ya que es muy difícil plantearlo a nivel de FNDR o municipios, debido a la discrecionalidad que algunos aseguran, existe en estas últimas entidades.

De cualquier modo, el tema de la innovación en las propuestas es complicado, en cuanto los contratos tipos no consideren dicha figura como un ítem. El MOP, a juicio de los entrevistados, tiende a complicarse con dicha alternativa, ya que no conocen su funcionamiento o no están seguros de que solucionará el problema para el cual se diseñó. Así se introduce un alto factor de riesgo, por lo que no los considera o bien puede llevar a descalificación a la forma que lo

propone, ya que no se encuentra normado en el reglamento tipo (como sugerencia se planteó la idea de presentar dos sobres, uno con innovación y otro a menor costo). Esto conlleva a que la internalización de la innovación supone un cambio cultural en los agentes mandantes y, en parte, en los oferentes y ejecutantes, lo cual supondría establecer ciertos incentivos económicos. Una alternativa de corto plazo sería que los proponentes de medidas que conlleven soluciones innovadoras, asuman el riesgo por su implementación y resultados, en términos de disponer garantía por el cumplimiento.

A nivel internacional, se señala el caso de España donde se ha solicitado a los organismos relacionados a obras de uso público que las ofertas económicas no superen el 30% del puntaje final. En Estados Unidos, en algunos estados, la evaluación de las propuestas dura cerca de un año. Durante los tres primeros meses precalifican a ciertas empresas y en los otros meses se trabaja el proyecto con los oferentes calificados.

Además, según los socios, debieran precalificarse a pocas empresas para obras especiales, las cuales pueden formar consorcios con empresas más especializadas. También, se plantea conceder las obras en que las municipalidades estén licitando, dado que no tienen las capacidades técnicas, como por ejemplo, el caso de la Municipalidad de Concepción, con la licitación de las obras del Estadio Ester Roa o del Puente Chacabuco. En este aspecto, es tremendamente importante fortalecer las confianzas entre los sectores público y privado de manera de alinear los objetivos entre los agentes y trabajar en el desarrollo de mejores proyectos de manera sostenida.

Existen dudas en cuanto a los contratos con municipalidades, debido a que cada una puede licitar en forma independiente con sus propias reglas, lo cual se considera inadecuado. Según los empresarios, debiese normarse el FNDR con modificaciones en ciertas glosas presupuestarias, lo que permita fijar condiciones. De cualquier modo, los alcaldes son independientes y pueden licitar de la forma en que lo estimen conveniente y sin rendirle cuentas más que al concejo municipal, pero no al MOP.

Este problema no es exclusivo de las municipalidades, sino que se repite en otros organismos, tales como los Servicios de Salud que licitan las obras asociadas a hospitales y otros centros de salud.

Por ello, a juicio de los empresarios, debiesen agilizarse los procesos de cambio de glosas presupuestarias por medio de una normativa. Se le entregan recursos presupuestarios a las municipalidades, por medio del FNDR, pero debe cumplir todos los puntos de la glosa. Para ello sería deseable involucrar a DIPRES, de modo que exija rendimientos de los recursos a los alcaldes (por ejemplo, con evaluaciones ex post, que les pongan presión a las autoridades comunales para usar eficientemente los recursos asignados). Un ejemplo es la Contraloría que tiene esa práctica.

De esta forma, se entregaría una visión integral, por medio del establecimiento de hitos que frenará, en cierto modo, el crecimiento del FNDR en perjuicio de los fondos sectoriales.

6.4 GARANTÍAS Y SEGUROS

Es fundamental para algunos socios que en las bases de licitación se exijan los seguros, los cuales, además, presentan menores garantías que las boletas bancarias. La idea es que todos tengan la misma exigencia. En el área de concesiones, dichas exigencias están bien cubiertas.

Si un número mayor de oferentes toma los seguros (si son obligados por las bases o se les sugiere), ello tendería a bajar los valores de las boletas de garantía y las primas de seguro.

Los procedimientos de devolución de garantías no siempre se han aplicado ya que, por resquicios por parte del MOP, no se devuelven las boletas, lo que genera un costo financiero y de oportunidad para las empresas, puesto que los bancos lo asumen como un crédito y posteriormente no prestan recursos porque le aumentan el riesgo al solicitante. En un caso señalado, se manifestó que un contratista tenía el 60% de las obras terminadas, pero no le devolvían los instrumentos de garantía, ya que en estas no hay instancias expeditas ni objetivas a quien reclamar.

6.5 INSPECCIÓN FISCAL

Existe una visión crítica respecto a la inspección fiscal de las obras, debido a que las confianzas entre los agentes se han resentido. La fiscalización tiende a generar conflictos, los que generalmente tardan en resolverse. Dichos conflictos surgen, de acuerdo a los socios, por la mala fe y escasa confianza entre los agentes involucrados.

En este sentido, los participantes de la encuesta realizada a socios de la CChC consideran como la principal incidencia en las falencias en el sistema de contratos a la figura del inspector fiscal. De hecho, las medidas que, a juicio de los encuestados, podrían evitar la ocurrencia de las modificaciones de los términos originales del proyecto apuntan a implementar las herramientas adecuadas para la inspección fiscal, modernizando el rol del inspector fiscal y de la asesoría a la inspección.

El inspector fiscal se constituyó, hasta hace un tiempo, en parte del proyecto y de la obra. Sin embargo, en la actualidad, en las obras de uso público, no existen compañías de proyectistas,

ni hay contraparte del proyecto. Esto es debido a que el inspector fiscal exclusivamente fiscaliza los procedimientos del contratista. Debe hacerse notar que en las concesiones sí hay un equipo de proyectistas durante toda la ejecución de la obra.

El inspector fiscal no tiene las facultades para facilitar la resolución de conflictos, ya que debe velar por los recursos del Estado. Por ello, a juicio de los empresarios, debiese existir al menos un encargado que vele porque el proyecto se ejecute satisfactoriamente. Así, dado que el fiscalizador debe ser parte del mandante, quien vigile el buen funcionamiento del proyecto debiese ser un proyectista.

Es un tema muy sensible y que depende además del azar respecto a la calidad del inspector fiscal asignado. Hay controversia sobre si es juez y parte, por lo que las empresas se consideran indefensas frente a un mal inspector, o sea uno que no conoce la reglamentación, posee falencias en temas técnicos, o no posee la experiencia suficiente, ya que muchas veces son profesionales recién egresados de la universidad. De esta manera, falta capacitación y establecer que su alcance está preferentemente referido a los temas técnicos de la obra y no a temas administrativos, como pago de cotizaciones u otros afines, asuntos que cuentan con sus propias instancias de resolución de problemas.

Por el contrario, si existe un buen inspector, preocupado de la obra en temas técnicos, con conocimientos en lo atinente a la obra y experiencia, puede incluso mitigar los problemas que se generan en un mal contrato.

Se considera un buena opción, entonces, contar con un proyectista por contrato, ya que la obligación hoy en día no corre por parte del mandante. Los proyectistas no tienen las garantías que les corresponden, por lo que los riesgos son transferidos íntegramente al constructor y no existe una ponderación que le reparta cierto riesgo al mandante y al proyectista. Ello les quitaría presión también a los inspectores fiscalizadores.

El tema de la inspección fiscal, a juicio de los participantes, cobrará más relevancia en proyectos de gran envergadura como el puente Chacao, dado que se duda de las capacidades técnicas actuales de los fiscalizadores en ese tipo de proyecto.

6.6 RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

La resolución de controversias es un tema de mayor importancia para los empresarios, quienes están estudiando entregar una propuesta del tema al MOP. Estiman que se debe generar una

instancia independiente para resolver controversias en forma temprana y, por sobre todo, vinculante, de modo de que no se deba recurrir a resolver conflictos a los Tribunales, como muchas veces se da en la actualidad, con resoluciones que pueden tardar hasta ocho años.

Se plantea proponer un mecanismo de solución de conflictos expedito, que suponga un marco legal que lo respalde a pesar de las complejidades que se reportan. Para ello, la instancia es aunar consenso con todos los actores involucrados, tomando experiencias de otros lugares y aplicarlas en un plan piloto, por ejemplo, en la Región Metropolitana. También se deben entregar señales de integración en la solución, por ejemplo, enviando resúmenes de los procedimientos y contrato tipo del MOP a las municipalidades.

Se deben establecer procedimientos con las municipalidades para la resolución de controversias, los cuales deben forzarse enviando señales como la judicialización de casos por parte de los contratistas (problemas con SERVIU o municipalidades), o darle más competencia al Tribunal de Contratación Pública, el cual tiene competencia desde la apertura de las propuestas.

Es deseable disponer de indicadores gremiales sobre desempeño, pero es muy oneroso para los gremios, aunque deben internalizar que, a largo plazo, es conveniente disponer de esa información.

Por otro lado, las renegociaciones no pueden ser más del 30%. Las empresas españolas trabajan de esa manera para ganar licitaciones. Una opción planteada es eliminar al oferente más caro y al más barato y dejar a los del medio.

VII

REGULACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN PÚBLICO-PRIVADA PARA EL DESARROLLO DE INFRAESTRUCTURA PÚBLICA: ALGUNOS EJEMPLOS INTERNACIONALES

Luego de conocer las principales variables críticas detectadas en las relaciones contractuales en las obras de infraestructura de uso público, se presenta una comparación entre algunos de los sistemas legales que a nivel internacional regulan las participaciones público-privadas en obras de infraestructura pública. En este contexto, se observan algunas diferencias interesantes para comparar y modernizar el modelo chileno.

7.1 LA UNIÓN EUROPEA

En la Directiva 2014/23/UE (en adelante la Directiva) de 23 de febrero de 2014 se reconoce que “los contratos de concesión representan instrumentos importantes para el desarrollo estructural a largo plazo de la infraestructura y los servicios estratégicos, contribuyendo al desarrollo de la competencia en el mercado interior, permitiendo que se aprovechen las competencias del sector privado y contribuyendo a lograr eficiencia y aportar innovación”.

Dicho cuerpo legal se dicta con el objetivo de uniformar los criterios de contratación pública para los distintos Estados miembros, considerando como principio básico que las normas del marco legislativo aplicable a la adjudicación de concesiones deben ser claras y sencillas y deben reflejar adecuadamente la especificidad de las concesiones en relación con los contratos públicos y no generar una burocracia excesiva⁴⁴.

La mencionada Directiva define los contratos de concesión como “contratos a título oneroso mediante los cuales uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la ejecución de obras o la prestación y gestión de servicios a uno o más operadores económicos”⁴⁵. Establece que el objeto de dichos contratos es la contratación de obras o servicios mediante una concesión cuya

44 Párrafo 2 de la Directiva 2014/23/UE.

45 Párrafo 11 de la Directiva 2014/23/UE.

contrapartida consiste en el derecho a explotar las obras o servicios, o este mismo derecho en conjunción con un pago, pero siempre respetando que la autoridad que adjudica el contrato obtiene siempre los beneficios derivados de las obras o servicios y garantizando un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios en los servicios públicos.

En virtud del artículo 38 de la Directiva, se exige que los poderes y entidades adjudicadores deben comprobar las condiciones de participación relativas a la capacidad profesional y técnica, la solvencia financiera y económica de los licitadores o candidatos, sobre la base de las declaraciones de los mismos. Las condiciones de participación guardarán una relación y una proporción con la necesidad de garantizar la capacidad del concesionario de ejecutar la concesión, teniendo en cuenta el objeto de la concesión y la finalidad de garantizar una competencia real.

En cuanto a los criterios, el Artículo 41 de la Directiva describe que “la adjudicación de las concesiones deberá efectuarse basándose en criterios objetivos que cumplan los principios establecidos en el artículo 3 y que garanticen la evaluación de las ofertas en unas condiciones de competencia efectiva tales que se pueda determinar la ventaja económica global para el poder adjudicador o la entidad adjudicadora”⁴⁶.

Asimismo, de conformidad con la Directiva, las concesiones pueden modificarse sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de concesión:

- a) cuando las modificaciones, con independencia de su valor pecuniario, estuvieran ya previstas en la documentación inicial de la concesión, en cláusulas de revisiones claras, precisas e inequívocas, entre las que puede haber cláusulas de revisión de precios u opciones. Estas cláusulas determinarán el alcance y la naturaleza de las posibles modificaciones u opciones, así como las condiciones en que se puede recurrir a ellas. No deben contener modificaciones u opciones que puedan alterar el carácter global de la concesión;
- b) para obras o servicios adicionales, a cargo del concesionario original, que resulten necesarios y que no estuviesen incluidos en la concesión original, cuando un cambio de concesionario: i) no sea factible por razones económicas o técnicas tales como requisitos de intercambiabilidad o interoperatividad con el equipo existente, servicios o instalaciones adquiridos en el marco de la concesión inicial, así como ii) genere inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el poder o entidad adjudicador⁴⁷.

46 Esos criterios estarán vinculados al objeto de la concesión y no conferirán al poder adjudicador o a la entidad adjudicadora una libertad de elección ilimitada. Podrán incluir, entre otros, criterios medioambientales, sociales o relacionados con la innovación. Deberán ir acompañados de requisitos que permitan que la información proporcionada por los licitadores se verifique efectivamente. El poder o entidad adjudicador deberá verificar si las ofertas cumplen adecuadamente los criterios de adjudicación.

47 Artículo 43 de la Directiva 2014/23/UE.

Finalmente, varios de los principios consagrados en la normativa europea son adoptados por los Estados Miembros de la Comunidad, considerando la necesidad de armonizar dicha normativa con la legislación interna de cada país. Nótese que son principios de aplicación general cuya prerrogativa les permite establecer legislaciones acorde con la política comunitaria en materia de obras públicas y concesiones. Como veremos a continuación, España es uno de los países que ha adoptado los criterios establecidos por la normativa europea, consolidando la visión comunitaria con una renovada proyección a nivel nacional.

7.2 ESPAÑA

La aprobación de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), es un hito en la forma de regular la colaboración entre el sector público y privado en materia de financiamiento de las obras públicas. Como se describe en la propia Ley: "la Ley de Contratos del Sector Público ha adoptado un enfoque que, separándose de sus antecedentes, aborda la regulación de la actividad contractual pública desde una definición amplia de su ámbito de aplicación y buscando una identificación funcional precisa del área normativa vinculada a las directivas europeas sobre contratos públicos, teniendo en cuenta que se trata de una Ley que ha de operar en un contexto jurídico fuertemente mediatizado por normas supranacionales y en relación con una variada tipología de sujetos". En este contexto y entre las diversas formas de contratación pública, se encuentran las de contratos de obra (artículo 6 LCSP⁴⁸) y de contratos de concesión de obra pública (artículo 7 LCSP⁴⁹).

En cuanto al mecanismo de adjudicación de tales contratos, los artículos 122 y siguientes de la LCSP contemplan genéricamente una clasificación de procesos de adjudicación entre abierto⁵⁰ y restringido⁵¹. Por su parte, de acuerdo con el artículo 154 de la LCSP, en los contratos de obras se puede aplicar el procedimiento negociado⁵², cuando se trate de obras que persigan fines de

48 Son contratos de obras aquellos que tienen por objeto la realización de una obra o la ejecución de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I o la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por la entidad del sector público contratante. Además de estas prestaciones, el contrato podrá comprender, en su caso, la redacción del correspondiente proyecto.

49 La concesión de obras públicas es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo 6, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquel consiste, únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio.

50 De acuerdo con el artículo 141 de la LCSP "en el procedimiento abierto todo empresario interesado podrá presentar una proposición, quedando excluida toda negociación de los términos del contrato con los licitadores".

51 De acuerdo con el artículo 146 de la LCSP "en el procedimiento restringido solo podrán presentar proposiciones aquellos empresarios que, a su solicitud y en atención a su solvencia, sean seleccionados por el órgano de contratación. En este procedimiento estará prohibida toda negociación de los términos del contrato con los solicitantes o candidatos".

52 De acuerdo con el artículo 153 de la LCSP "en el procedimiento negociado la adjudicación recaerá en el licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación, tras efectuar consultas con diversos candidatos y negociar las condiciones del contrato con uno o varios de ellos".

investigación y desarrollo, entre otras. Asimismo, la LCSP introduce un mecanismo de adjudicación denominado "diálogo competitivo"⁵³, que podrá utilizarse en el caso de contratos particularmente complejos, cuando el órgano de contratación considere que el uso del procedimiento abierto o del restringido no permite una adecuada adjudicación. Finalmente, la LCSP señala que los contratos menores⁵⁴ podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación.

Respecto de la ejecución y cumplimiento del contrato, la LCSP contempla la posibilidad de que estos prevean penalidades para el caso de cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del mismo o para el supuesto de incumplimiento de los compromisos o de las condiciones especiales de ejecución del contrato que se hubiesen establecido. En este contexto, será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato. Asimismo, de acuerdo con el artículo 202 de la LCSP "una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación solo podrá introducir modificaciones en el mismo por razones de interés público y para atender a causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente. Estas modificaciones no podrán afectar a las condiciones esenciales del contrato".

Para la ejecución del contrato respectivo, la LCSP exige en su artículo 51 que los empresarios acrediten estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación. Sin embargo, este requisito puede ser sustituido por la "clasificación", es decir, el empresario debe estar debidamente clasificado⁵⁵, cuando la ejecución de contratos de obras corresponda a un importe igual o superior a 350.000 euros.

Respecto de la posibilidad de subcontratación, la LCSP dispone que el contratista puede concertar con terceros la realización parcial de la prestación, salvo que el contrato disponga lo contrario o que, por su naturaleza y condiciones, se deduzca que aquel ha de ser ejecutado directamente por el adjudicatario. Si el subcontratista justifica suficientemente su aptitud para ejecutar la obra subcontratada, el contratista se exime de la responsabilidad de probar dicha aptitud. No obstante lo anterior, el artículo 224 de la LCSP establece que corresponde al concesionario el

53 De acuerdo con el artículo 153 de la LCSP en el diálogo competitivo, el órgano de contratación dirige un diálogo con los candidatos seleccionados, previa solicitud de los mismos, a fin de desarrollar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer sus necesidades y que servirán de base para que los candidatos elegidos presenten una oferta.

54 De acuerdo con el artículo 122 de la LCSP "se consideran contratos menores aquellos de importe inferior a 50.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 18.000 euros, cuando se trate de otros contratos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 190 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal".

55 De acuerdo con el artículo 58 de la LCSP "Los acuerdos relativos a la clasificación de las empresas se inscribirán de oficio en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas que corresponda en función del órgano que los hubiese adoptado".

control de la ejecución de las obras que contrate con terceros debiendo ajustarse el control al plan que el concesionario elabore y resulte aprobado por el órgano de contratación.

En el mismo sentido, la LCSP dispone en su artículo 223 que las obras deben realizarse conforme al proyecto aprobado por el órgano de contratación y en los plazos establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares, pudiendo ser ejecutadas con ayuda de la Administración. En este sentido, cabe destacar que la LCSP admite que las obras públicas objeto de concesión sean financiadas, total o parcialmente, por el concesionario que, en todo caso, asumirá el riesgo en función de la inversión realizada. Sin embargo, cuando existan razones de rentabilidad económica o social, o concurren singulares exigencias derivadas del fin público o interés general de la obra objeto de concesión, la Administración podrá también aportar recursos públicos para su financiamiento.

En lo que respecta a la exigencia de garantías para el cumplimiento del contrato adjudicado, la legislación española comprende la constitución de una garantía de un 5 por ciento del importe de adjudicación, excluido el impuesto sobre el valor agregado. Sin perjuicio de lo anterior, el empresario puede constituir la denominada "garantía global" para afianzar las responsabilidades que puedan derivarse de la ejecución de todos los que celebre con una administración pública, o con uno o varios órganos de contratación.

Finalmente, en cuanto a los mecanismos de solución de controversias, la LCSP establece que las cuestiones litigiosas relativas a la preparación, adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos deberán ser resueltas por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, lo que centraliza la solución de controversias en un solo organismo jurisdiccional.

7.3 MÉXICO

El desarrollo de proyectos de infraestructura pública en México se encuentra regulado por la nueva Ley de Asociaciones Público Privadas (LAPP)⁵⁶ y la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados (LOPSR)⁵⁷. El sistema mexicano no contempla una regulación específica para las concesiones de obras de infraestructura pública, sin embargo, en la LAPP⁵⁸ y la LOPSR⁵⁹ es posible encontrar ciertas remisiones generales a dicha forma de contratación.

56 Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 16 de enero de 2012.

57 Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 04 de enero de 2000.

58 Véase los artículos 10, 13, 87 y 139.

59 Véase el artículo 40 bis.

Como señala el artículo 27 de la LOPSR “las dependencias y entidades seleccionarán de entre los procedimientos que a continuación se señalan, aquel que, de acuerdo con la naturaleza de la contratación, asegure al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes: i. licitación pública; ii. invitación a cuando menos tres personas, o iii. adjudicación directa. Los contratos de obras públicas y los servicios relacionados con las mismas se adjudicarán, por regla general, a través de licitaciones públicas, mediante convocatoria pública, para que libremente se presenten proposiciones solventes en sobre cerrado, que será abierto públicamente”.

En el contexto de dicha Ley, la regla general de adjudicación es la licitación pública, la que puede ser nacional o internacional. De esta forma, para la participación, adjudicación o contratación de obras públicas o servicios relacionados con las mismas no podrán establecerse requisitos que tengan por objeto o efecto limitar el proceso de competencia y libre concurrencia. En ningún caso se deberán establecer requisitos o condiciones imposibles de cumplir. La dependencia o entidad convocante tomará en cuenta las recomendaciones previas que, en su caso, emita la Comisión Federal de Competencia, en términos de la Ley Federal de Competencia Económica.

En virtud del artículo 41 de la LOPSR, los organismos públicos podrán optar por no llevar a cabo el procedimiento de licitación pública cuando el contrato solo pueda celebrarse con una determinada persona por tratarse de obras de arte, el licenciamiento exclusivo de patentes, derechos de autor u otros derechos exclusivos; peligre o se altere el orden social, la economía, los servicios públicos, la salubridad, la seguridad o el ambiente de alguna zona o región del país como consecuencia de caso fortuito o de fuerza mayor, entre otras razones.

Por su parte, el artículo 47 de la LOPSR, indica que el contratista a quien se adjudique el contrato, no podrá hacerlo ejecutar por otro; pero, con autorización previa del titular del área responsable de la ejecución de los trabajos en la dependencia o entidad de que se trate, podrá hacerlo respecto de partes del contrato o cuando adquiera materiales o equipos que incluyan su instalación en las obras. Esta autorización previa no se requerirá cuando la dependencia o entidad señale específicamente en las bases de la licitación, las partes de los trabajos que podrán ser objeto de subcontratación. En todo caso, el contratista seguirá siendo el único responsable de la ejecución de los trabajos ante la dependencia o entidad.

En este sentido, la LOPSR dispone que los contratistas que celebren los contratos adjudicados deberán garantizar los anticipos que reciban y el cumplimiento de los contratos. El artículo 48 de dicho cuerpo legal señala que “los titulares de las dependencias o los órganos de gobierno de las entidades fijarán las bases, la forma y el porcentaje a los que deberán sujetarse las garantías que deban constituirse, considerando los antecedentes de cumplimiento de los contratistas en los contratos celebrados con las dependencias y entidades, a efecto de determinar montos

menores para estos, de acuerdo a los lineamientos que al efecto emita la Secretaría de la Función Pública". Eso implica mayor libertad de los órganos del Estado que fijan discrecional, pero fundadamente los montos de las garantías, a diferencia de otros sistemas en el que monto de tales garantías se encuentra definido por ley.

Como se observa en el artículo 74 bis de la LOPSR, se exige que los contratistas estén registrados antes de participar en el proceso de licitación respectivo. Sin perjuicio de ello, el artículo 36 de la misma ley señala que en ningún caso se podrá impedir el acceso a quienes no se encuentren inscritos en dicho registro, por lo que los licitantes interesados podrán presentar sus proposiciones directamente en el acto de presentación y apertura de las mismas. Así, en todos los casos, se deberá preferir la especialidad, experiencia y capacidad técnica de los interesados, así como a aquellos contratistas que tengan un historial de cumplimiento satisfactorio de los contratos sujetos a esta Ley. De igual manera, este criterio será aplicable a los licitantes que presenten proposiciones conjuntas.

Finalmente, en cuanto a los mecanismos de solución de controversias, la Secretaría de la Función Pública conoce las inconformidades que se promuevan contra los actos de los procedimientos de licitación pública o invitación a un mínimo de tres personas⁶⁰. Asimismo, de acuerdo con el artículo 95 de la LOPSR, en cualquier momento los contratistas o las dependencias y entidades podrán presentar ante la Secretaría de la Función Pública solicitud de conciliación, por desavenencias derivadas del cumplimiento de los contratos.

Las partes podrán establecer compromisos arbitrales respecto de aquellas controversias que surjan entre las partes por interpretación a las cláusulas de los contratos o por cuestiones derivadas de su ejecución⁶¹. Sin embargo, en virtud del artículo 103 de la LOPRS "las controversias que se susciten con motivo de la interpretación o aplicación de los contratos celebrados con base en esta Ley, serán resueltas por los tribunales federales, en los casos en que no se haya pactado cláusula arbitral o medio alternativo de solución de controversias o estas no resulten aplicables".

60 Artículo 84 y ss. de la LOPSR.

61 Artículo 98 de la LOPSR.

TABLA 2 Tabla comparativa de sistemas de concesiones de infraestructura pública:
Aspectos legales relevantes

Elementos y características de los sistemas de contratación pública en otros países	Países			
	Unión Europea	Reino Unido*	España*	México
Adjudicación de contratos	<p>Regla general: procedimiento abierto, donde cualquiera puede participar ofreciendo una postura.</p> <p>Procedimiento restringido, donde solo algunos son llamados a participar mediante una postura.</p> <p>Diálogo Competitivo: cualquiera puede participar, pero la autoridad escoge a algunos de los participantes para verificar las posibilidades de cubrir sus requerimientos específicos.</p> <p>Procedimiento negociado con noticia: la autoridad consulta a los operadores económicos sobre su elección manteniendo condiciones de competencia para su elección y posterior negociación.</p> <p>Procedimiento negociado sin noticia: la autoridad puede negociar un contrato directamente con el operador.</p> <p>*Los procedimientos abiertos y restringidos contemplan la posibilidad de adjudicación sobre la base de dos criterios: a. Precio más bajo u, b. Oferta económicamente ventajosa.</p> <p>**El diálogo competitivo y los procedimientos negociados son de uso exclusivo para situaciones determinadas por las directivas de la UE y las regulaciones de los respectivos países.</p>	<p>Regla general: procedimiento abierto, donde cualquiera puede participar ofreciendo una postura.</p> <p>Procedimiento restringido, donde solo algunos son llamados a participar mediante una postura.</p> <p>Diálogo Competitivo: cualquiera puede participar, pero la autoridad escoge a algunos de los participantes para verificar las posibilidades de cubrir sus requerimientos específicos.</p> <p>Procedimiento negociado con noticia: la autoridad consulta a los operadores económicos sobre su elección manteniendo condiciones de competencia para su elección y posterior negociación.</p> <p>Procedimiento negociado sin noticia: la autoridad puede negociar un contrato directamente con el operador.</p>	<p>Regla general: procedimiento abierto, donde cualquiera puede participar ofreciendo una postura. El sistema puede variar según si el criterio de asignación es técnico o económico.</p> <p>Diálogo Competitivo: cualquiera puede participar, pero la autoridad escoge a algunos de los participantes para verificar las posibilidades de cubrir sus requerimientos específicos.</p> <p>Procedimiento negociado: la autoridad consulta a los operadores económicos sobre su elección manteniendo condiciones de competencia para su elección y posterior negociación.</p>	<p>Regla general: concursos. Por invitación directa de la autoridad, con un mínimo de 3 personas.</p> <p>Excepcionalmente por adjudicación directa.</p>

Elementos y características de los sistemas de contratación pública en otros países	Países			
	Unión Europea	Reino Unido*	España*	México
Celebración y duración de los contratos	Se requiere la celebración de un contrato de largo plazo. El tiempo de duración del contrato será el que las partes, de común acuerdo, estimen necesario para recuperar las inversiones realizadas para la operación del proyecto. Esto implica estimar un retorno de capital razonable.	Se requiere la celebración de un contrato de largo plazo. El tiempo de duración del contrato será el que las partes, de común acuerdo, estimen necesario para recuperar las inversiones realizadas para la operación del proyecto. Esto implica estimar un retorno de capital razonable.	Se requiere la celebración de un contrato de largo plazo. No pueden exceder de 40 años para las concesiones de construcción y explotación de obras públicas.	Se requiere la celebración de un contrato de largo plazo. Según el caso, se requiere el otorgamiento de permisos y autorizaciones. Los contratos no durarán más de 40 años. La subcontratación y enajenación de activos del proyecto pueden realizarse previa autorización expresa de la autoridad adjudicante.
Fiscalización de los contratos	El propio organismo adjudicador del contrato de concesión se encarga de fiscalizar su cumplimiento e imponer las medidas que fuesen necesarias para corregir los incumplimientos.	El propio organismo adjudicador del contrato de concesión se encarga de fiscalizar su cumplimiento e imponer las medidas que fuesen necesarias para corregir los incumplimientos.	El propio organismo adjudicador del contrato de concesión se encarga de fiscalizar su cumplimiento e imponer las medidas que fuesen necesarias para corregir los incumplimientos.	La Secretaría de la Función Pública vigilará los procesos de contratación, en los términos de las facultades que la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y su respectivo reglamento interior le conceden. La Auditoría Superior de la Federación ejercerá sus atribuciones de auditoría y fiscalización en los términos que las disposiciones constitucionales y legales lo señalan.
Registros de contratistas	Los operadores económicos que deseen participar de los distintos procedimientos deben estar inscritos en una lista de operadores aprobados según los estándares de certificación europeos.	Los operadores económicos que deseen participar de los distintos procedimientos deben estar inscritos en una lista de operadores aprobados según los estándares de certificación europeos o, según los estándares aprobados por las autoridades del Reino Unido.	Solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no tengan prohibición de contratar y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas. Los empresarios deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato.	Se contempla un registro único de desarrolladores que tiene por objeto la publicidad y transparencia y, por tanto, sus inscripciones no son requisito previo para realizar actividad alguna de las previstas en la Ley o en otra disposición.

Elementos y características de los sistemas de contratación pública en otros países	Países			
	Unión Europea	Reino Unido*	España*	México
Mecanismos de solución de controversias	Tratándose de contratos cuyo alcance sea internacional, los organismos llamados a resolver controversias son la Comunidad Europea y los Tribunales de Justicia de la Unión Europea (Tribunal de Primera instancia y TJCE).	Primeramente, las pueden conciliar entre sí. Si falla dicha conciliación pueden sujetar la decisión a la opinión de un tercero experto. Pueden también considerarse formas alternativas como la mediación, conciliación o evaluación neutral. Si este último mecanismo falla, pueden llevar el asunto a la Corte respectiva.	El orden jurisdiccional contencioso-administrativo será el competente para resolver las cuestiones litigiosas relativas a la preparación, adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos. El orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados.	Controversias técnicas y económicas: las partes pueden convenir una fase previa de negociaciones para resolver los conflictos. De no resolverse la controversia, se designará a un cuerpo de tres expertos que actuarán como peritos, siendo obligatoria su resolución solo si se adopta de manera unánime. Controversias legales: se resuelven por conciliación ante la Secretaría de Función Pública y/o arbitraje definitivo.
Garantía de cumplimiento de los contratos	La autoridad puede exigir distintos tipos de garantías, asociadas al cumplimiento del contrato y la protección de terceros. Todo ello se puede realizar por la vía de contratos de seguro, siempre y cuando, el riesgo asociado a la ejecución del contrato esté adecuadamente cubierto.	La autoridad puede exigir distintos tipos de garantías, asociadas al cumplimiento del contrato y la protección de terceros. Todo ello se puede realizar por la vía de contratos de seguro, siempre y cuando, el riesgo asociado a la ejecución del contrato esté adecuadamente cubierto.	Garantía Global o Total para efectos de cumplimiento. Garantía Provisional, válida y vigente hasta antes de formalizar el contrato. Garantía de Responsabilidad Civil. La entidad Aseguradora está en obligación de responder por la garantía cuando el concesionario deja de pagarla. Pólizas en Operación de la concesión: todo riesgo daños materiales (seguro obra acabada) seguro decenal de daños a la edificación.	Las garantías y seguros del proyecto son fijados por la autoridad en las respectivas bases de licitación.

VIII

HACIA UN MODELO MODERNO DE CONTRATACIÓN DE INFRAESTRUCTURA PÚBLICA EN CHILE

8.1 LOS PROBLEMAS EN LA CONTRATACIÓN DE OBRAS PÚBLICAS

A la luz de los distintos análisis realizados en el presente trabajo, se puede establecer que las relaciones contractuales en las obras de infraestructura de uso público en Chile quedan marcadas en su regulación por tres importantes problemas:

- i. **Problema de Riesgo Moral en la Selección de las Empresas.** Desde el punto de vista económico, el principal *trade-off*⁶² para el Estado en materia de contratación pública es la de la eficiencia en la ejecución de la obra versus la competencia en la etapa de licitación. Así, si se pretende disminuir el problema del riesgo moral⁶³, una de las estrategias es pedir garantías ex-ante que permitan separar las empresas que más posibilidades tienen de “cumplir”, de las que potencialmente no lo harán, o lo harían con menor probabilidad. Se debe tener presente que el contratante, el Estado, luego de haber cerrado un trato con la empresa, desconoce si esta cumplirá totalmente con sus obligaciones o incluso si actuará en defensa de los intereses del Estado.

El problema con esta receta es que, al ser más exigente con quienes pueden participar en la licitación, se está limitando la entrada de empresas que siendo potencialmente eficientes, todavía no tienen la forma de probarlo ex-ante dada su poca experiencia. En el límite, solo las empresas grandes y con trayectoria competirían. En este problema se enmarcan los temas de *registro de contratistas, garantías e inspección fiscal*. Es importante señalar que la información relevante y oportuna entre las partes, sobre sus actuaciones pasadas y presentes en contratos, es clave para ayudar a superar este importante problema.

62 Trade off se traduce en español como sacrificio. Es un anglicismo que describe una situación en la cual se debe perder cierta cualidad a cambio de otra.

63 El concepto de riesgo moral describe aquellas situaciones en las que un agente económico posee información privada acerca de las consecuencias de sus propias acciones y, sin embargo, son otros agentes los que perciben las consecuencias de los riesgos asumidos. Es un caso típico de información asimétrica en economía y finanzas.

- ii. **Problema de los Contratos para Lidiar Eficientemente con la Incertidumbre en la Construcción de Obras Públicas.** Como ya fue visto, un punto ineludible en el ámbito de la contratación de obras públicas, es que es muy difícil que un proyecto termine de acuerdo a lo estipulado, ya que casi siempre van a ocurrir imprevistos que implicarán alteraciones a los contratos.

Un alto porcentaje de los contratos tiene modificaciones relativamente complejas, de acuerdo a lo señalado por las firmas consultadas durante el presente estudio. Así, los contratos de obra pública, por ser inciertos desde el punto de vista productivo, son siempre incompletos y, por lo tanto, deben permitir su modificación cuando factores de interés público así lo requieran.

Sin embargo, desde el punto de vista del Estado, el gran cuidado que debe tenerse es la renegociación estratégica por parte de las firmas, por ejemplo, alentando estrategias de ganar la licitación con un precio muy bajo, con la esperanza de renegociar posteriormente. La "maldición del ganador"⁶⁴ es así un fenómeno que puede darse, por ejemplo, en licitaciones de precio mínimo. De esta forma, es posible encontrarse con un segundo *trade-off* para el Estado en temas de contratación pública.

Primeramente, plantear contratos muy rígidos, imponiendo altísimos costos de transacción para poder cambiarlos, de manera de evitar renegociaciones estratégicas, versus reconocer el hecho de que todos los contratos deben ser consensuados, en mayor o menor medida, tanto por imprevistos en la construcción como por errores en el diseño. En este asunto se enmarcan los temas de *cambios de contrato y resolución de conflictos*, por ejemplo.

Nuevamente, el problema con la receta de generar contratos rígidos con grandes costos de transacción para cambiarlos, casi irrompibles, es lo que se genera un dilema económico importante para el contratista: primero, no postular a licitaciones del sector público, disminuyendo así la competencia, o segundo, postular a licitaciones del Estado, pero cobrando más caro por el mayor riesgo al que se ven expuestos.

Esta prima por riesgo adicional que deben cobrar las empresas que atienden al sector público constituye el principal costo social de hacer contratos demasiado rígidos. Nuevamente, en un mundo ideal, los contratos son flexibles, pero solo pueden ser cambiados dadas razones reales atendibles. Para esto, el diseño debe ser lo mejor posible, el monitoreo de los problemas debe ser exhaustivo y la resolución de controversias debe ser razonable, generando los adecuados costos de transacción para evitar reclamos estratégicos por parte de los contratados.

64 La maldición del ganador es la tendencia de los oferentes a pagar en exceso en una licitación o, en otras palabras, ofrecer un precio muy bajo. Así nos encontramos en un escenario donde la oferta ganadora supera el valor del bien subastado de manera que el ganador es el peor de los jugadores en términos absolutos.

- iii. **Creciente Poder de Mercado del Estado en la Contratación de Obras Públicas.** Un tema relevante en la contratación pública es el monopsonio y correspondiente poder de mercado que se produce al enfrentar una demanda con poder de mercado, versus una oferta competitiva y diferenciada. En efecto, después de la encuesta realizada en el presente estudio, queda en evidencia que no se encuentran bien relevados los debidos resguardos que constructoras y proveedoras pequeñas deben tener en su negociación con el Estado. De hecho, la misma judicialización de los contratos en casos de controversias es una instancia de formidable asimetría.

El poder mantener un proceso judicial, potencialmente extenso, contratando asesoría legal y manteniendo a flote una empresa, es sin duda un reto para una firma mediana que enfrenta al Estado chileno. Esto se ve agravado por dos factores: a) la pérdida de poder en la toma de decisiones de los funcionarios públicos, que aun cuando encuentren razón a la empresa, no pueden hacer nada para enmendar de manera eficiente materias del contrato como son modificaciones menores al diseño u obras adicionales menores; b) los reiterados problemas de diseño en las obras públicas que son difíciles de advertir en primera instancia, tanto por los contratantes como por los contratistas, y difíciles de enmendar como se señaló en el punto anterior.

Algo sintomático de este problema, es la creciente relevancia técnica y poder relativo en el Estado que ha ganado la Contraloría General de la República. Que este estamento sea la última palabra en términos técnicos de obras públicas es un síntoma de que el sistema no está funcionando y que el poder del Estado se está concentrando en entidades que no fueron ideadas para estas tareas. Es claro que una empresa pequeña no tiene mucho que decir ante la Contraloría. Este tema, el de monopsonio, es clave para mejorar el nivel y calidad de la competencia, procurando el ingreso de nuevos actores y de distintos tamaños.

En este contexto, el tema de la contratación de obras públicas no es fácil de abordar y se balancea entre la rigidez que evita el potencial aprovechamiento estratégico por parte de las firmas y la flexibilidad que potencia la eficiencia y agilidad del proceso administrativo, claves en una relación contractual moderna.

8.2 RECOMENDACIONES GENERALES

- i. **Necesidad de Contar con un Sistema Estandarizado de Contratación de Obras de Infraestructura Pública.** Como primera recomendación general, se debe señalar la necesidad de tender a un sistema unificado de contratación de obra de infraestructura pública. Para un mismo proyecto, idéntico en todas sus características, obviamente los procedimientos del MOP, MINVU y obras financiadas con el FNDR deberían estar completamen-

te alineados. Es mucho el tiempo de las empresas y el Estado que se consume por el solo hecho de tener "lenguajes" y procedimientos distintos.

- ii. Las Relaciones Contractuales deben considerar distintos tipos de contrato, diferenciando por ejemplo, contratos pequeños de otros más grandes, o contratos estándares de los de alta complejidad o con requerimientos de innovación. El contar con un tipo de contrato que sirva para todos los tipos de proyectos de infraestructura es inconveniente dada la gran variedad de proyectos que hoy en día financia el Estado. Así por ejemplo, los proyectos más "pequeños" deben tener procedimientos y regulaciones distintas que los más "grandes". Es materia de eficiencia que los costos de transacción generados por los contratos sean proporcionales al tamaño de los mismos. Así, controversias de diseño y costos de proyectos pequeños debiesen ser vistos por funcionarios públicos de nivel y/o inspección fiscal, sin una costosa judicialización, ni vía Contraloría, o por ejemplo mediante un arbitraje. Mientras tanto, los proyectos más grandes debiesen estar muy cercanos a las regulaciones y prácticas de proyectos de concesiones, independientemente de su forma de financiamiento. Por otro lado, si el principal criterio es siempre el mínimo precio de presentación, las posibilidades de innovar en tecnologías de la construcción o resolver problemas de alta complejidad de manera innovadora son prácticamente nulas. En este tópico, la experiencia de concesiones con proyectos grandes y complejos es relevante y valiosa. El cambio de la contratación pública tradicional a esquemas similares a los de concesiones sería trivial para proyectos grandes comparables, incluso para proyectos medianos con alta complejidad. Como la regulación de Concesiones es posterior a la regulación de la contratación habitual de obras públicas, esta ha resuelto gran parte de los problemas encontrados en el presente estudio para los proyectos de gran escala y alta complejidad.
- iii. Se debe mejorar el control de gestión y transparencia del manejo del contrato, tanto desde el punto de vista del Estado como del contratista privado. Se deben generar indicadores de avance de la obra, indicadores de retrasos (judicialización), indicadores de fallas de diseño, indicadores de sobre costos, etc. Todos estos debiesen ser información pública y transparente. Para tales efectos, la reglamentación vigente para la contratación de obras públicas concesionadas y no concesionadas debiera ser modificada, en el sentido de introducir mecanismos que permitan consolidar la eficiencia y eficacia del sistema por la vía de una institucionalidad sólida, considerando además, un organismo encargado de la gestión de tales instrumentos. Por otro lado, el historial de las empresas también debe estar en línea, ser público, con sus evaluaciones, positivas y negativas. Esto permitiría mejorar, sin duda, los problemas de información de los contratos y generar incentivos dinámicos a las empresas. Recientemente, la Contraloría dio pasos concretos en esta dirección, pero nuevamente, no es su rol.

8.3 RECOMENDACIONES ESPECÍFICAS

En términos específicos se identificaron los siguientes puntos del proceso de contratación pública y su gestión factibles de ser actualizados y mejorados:

- registro de contratistas
- licitación y mecanismos de adjudicación de proyectos
- garantías y seguros
- inspección fiscal
- resolución de controversias
- contratación de empresas extranjeras

Registro de contratistas

Un *track record* de los proveedores o contratistas es, sin duda, necesario en un sistema moderno de contratación de obras públicas. Otra cosa distinta son sus objetivos y exigencias. Así, un registro de contratistas puede servir para mantener un registro público de las obras realizadas por las firmas, su estadística de cumplimiento, además de la información financiera exigida actualmente.

Como se observa en la experiencia internacional, los registros de contratistas tienen por objeto mantener niveles adecuados de publicidad y transparencia en el mercado donde se desarrollan las obras de infraestructura pública.

El objetivo del registro debiese ser, en este sentido, proveer información valiosa de las empresas y un historial actualizado de sus obras, su experiencia, cumplimientos y estadísticas de su nivel de cumplimiento, ayudando a combatir el problema de riesgo moral en la selección de las empresas. Este registro debiese ser público y sería del mayor interés de las firmas y las entidades contratantes de mantenerse actualizado y con información fidedigna. Este sistema debería ser unificado para todas las contrataciones de obras de infraestructura públicas, independientemente de su financiamiento.

Por otro lado, como ya señalamos, se observa que el sistema de contratación de obras de infraestructura pública no concesionada es (en algunos aspectos) menos flexible que el sistema de contratación de obras de infraestructura pública concesionada. Así, por ejemplo, para permitir un mayor acceso de participantes al proceso de licitación, el requisito de estar inscrito en el registro de contratistas parece razonable ser exigido en la ejecución del contrato, pero no así durante el proceso de licitación de la obra respectiva. Al respecto, podría ser atendible una mo-

dificación regulatoria que establezca (en complemento con un registro de contratistas público y transparente) los parámetros de experiencia y capacidad económica que debiesen exigirse a los posibles adjudicatarios de una licitación. Obviamente, un proceso de licitación es más competitivo y potencialmente de aquí más eficiente, mientras más participantes tienen la posibilidad de concurrir a él.

Como conclusión, primero, las tres recomendaciones generales antes mencionadas son relevantes para el registro de contratistas: generar sistemas de información públicos más detallados por empresa, unificar los registros para todas las obras públicas independientemente del financiamiento y diferenciar las exigencias por complejidad y tamaño de proyectos. Específicamente, con respecto al último punto, se recomienda para proyectos grandes y/o complejos adoptar exactamente la misma regulación de Concesiones, con una mayor flexibilidad en lo referente al registro de contratistas. Para proyectos menores se recomienda analizar caso a caso los requisitos específicos, pero siempre velando tanto por los requisitos mínimos exigibles a las empresas como por la competencia. En definitiva, se sugiere una modificación al Art. 4° N°25 del RCOP (y sus disposiciones relacionadas) en cuanto a los fines que persigue el registro de contratistas, verificando que los temas antes mencionados que desincentivan la participación de algunos contratistas en los procesos de licitación del MOP y MINVU sean debidamente corregidos.

Licitación y mecanismos de adjudicación de proyectos

De acuerdo al Reglamento de Contratistas del MOP (Art. 78°), las propuestas, según dispongan las bases administrativas, deberán hacerse por serie de precios unitarios⁶⁵, por suma alzada⁶⁶ o por una combinación de estos dos últimos. Es decir, a través de mecanismos denominados

65 Propuesta a Serie de Precios Unitarios: La oferta de precios unitarios fijos aplicados a cubicaciones provisionales de obras establecidas por el Ministerio y cuyo valor total corresponde a la suma de los productos de los referidos precios por dichas cubicaciones. Los precios unitarios se entenderán inamovibles y las cubicaciones se ajustarán a las obras efectivamente realizadas, verificadas por la Dirección, de acuerdo a los documentos de licitación. Estos precios podrán estar afectos a algún sistema de reajuste, conforme a lo estipulado en el Art. 108°. El valor de la propuesta quedará fijado por la suma de los productos de los precios unitarios del proponente multiplicados por las cantidades de obras establecidas por la Dirección. Las cantidades de obras serán determinadas por la Dirección en conformidad a los planos que se entregarán a los proponentes junto a los antecedentes de la licitación y deben estimarse como informativas y se suponen fijas solo para los efectos de la presentación de la propuesta y comparación de sus valores totales.

66 Propuesta a Suma Alzada: La oferta a precio fijo, en la que las cantidades de obras se entienden inamovibles, salvo aquellas partidas especificadas en los documentos de licitación cuya cubicación se establezca a serie de precios unitarios y cuyo valor total corresponde a la suma de las partidas fijas y a la de precios unitarios, si los hubiere. El valor total del contrato podrá estar afecto a algún sistema de reajuste, de acuerdo a lo estipulado en el Art. 108°. El valor de la propuesta quedará fijado por la suma total indicada por el proponente. Las cantidades de obras deben ser determinadas por el proponente, teniendo solo valor ilustrativo las cantidades de obras que entregue la Dirección al llamar a licitación. En caso de desacuerdo entre los planos y las especificaciones, el contratista debe atenerse a los planos y a su verificación en el terreno.

subastas, donde el aspecto económico prima sobre los aspectos técnicos (estos mecanismos de cualquier modo requieren de especificaciones técnicas mínimas). En casos excepcionales podrán adjudicarse por administración delegada⁶⁷. De este modo, el ganador de una licitación será aquel que, cumpliendo con los estándares mínimos solicitados, oferte el menor precio.

En términos comparativos, de acuerdo a lo señalado por Harrison y Muñoz (2011), mecanismos de asignación que privilegian la relevancia de factores técnicos sobre los económicos, tales como los mecanismos de *beauty contest* o los de *scoring rule*, parecen presentar varias desventajas frente a las subastas: son más lentos y costosos, el mecanismo de evaluación es más difícil de transmitir y distorsionan las asignaciones de recursos de un licitante en el desarrollo de su propuesta u oferta, pues esta responde estratégicamente al mecanismo de evaluación, no revelándose la información deseada por el licitador. En este tipo de procesos, ex post el licitador puede tener dificultades para identificar cuál es la mejor de todas las propuestas, conduciendo a un problema de transparencia y confianza en el mecanismo, lo que es especialmente complejo cuando el licitador debe realizar procesos licitatorios con frecuencia. Los problemas de captura de un licitador público se podrían agudizar, puesto que el ganador de la licitación puede ganar con una propuesta diseñada estratégicamente para tal efecto para, una vez adjudicada, intentar convencer a la autoridad de la necesidad mutua de modificaciones.

Estas consideraciones hacen que las subastas sean el mecanismo de licitación comúnmente utilizado en las diferentes legislaciones que regulan la contratación pública de obras. No obstante, tanto la Unión Europea como en algunos estados de los Estados Unidos, comienzan a ganar terreno mecanismos que combinan aspectos técnicos y económicos en la adjudicación de contratos. Es así como en la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo⁶⁸, relativa a los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, sostiene que *"la adjudicación del contrato debe efectuarse basándose en criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato, así como la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva. Por consiguiente, conviene admitir únicamente la aplicación de dos criterios de adjudicación, a saber, el del precio más bajo y el de la oferta económicamente más ventajosa"*. Con esta última modalidad, las autoridades deben evaluar las ofertas con vistas a determinar cuál de ellas presenta la mejor relación calidad/precio. Para ello definirán criterios económicos y cualitativos que en su conjunto deben permitir definir la oferta económicamente más ventajosa para el poder adjudicador. La determinación de esos criterios dependerá del objeto del

67 Administración Delegada: Forma de contratar en virtud de la cual un contratista toma a su cargo la ejecución de una obra, reintegrándosele, previa comprobación, el desembolso en que incurrió en su realización, más el honorario pactado por sus servicios. Solo podrán ser autorizadas por el Director Nacional en casos calificados.

68 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:134:0114:0240:es:PDF>.

contrato, de modo que los mismos permitan evaluar el nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas, así como evaluar la relación calidad/precio de cada oferta. De cualquier modo, las obras públicas son adjudicadas por lo general con criterios de mínimo costo, utilizándose la modalidad de oferta económicamente más ventajosa principalmente en la contratación de consultorías o estudios arquitectónicos.

La regulación internacional es orientativa en cuanto a considerar una variedad de mecanismos de asignación de contratos distintos a la licitación. El ejemplo europeo y español muestra que los contratos de obras concesionadas pueden ser asignados por vías distintas a la licitación pública, entre otros, a través del diálogo competitivo. Herramientas como esta permiten que la intervención privada en iniciativas de alta complejidad pueda tener buenos resultados desde el punto de vista técnico.

Algo similar ocurre en nuestro país con la posibilidad que tienen las empresas de presentar ideas de iniciativa privada, las que, aprobadas por la autoridad respectiva, son asignadas por vía de licitación, entregando premios de puntajes a los que presentan dichas ideas. Sin embargo, dicha regulación no se identifica en los procesos de asignación de obras no concesionadas, lo que podría ser atendible en el contexto de una modernización de las normas que regulan su adjudicación. Igualmente, si bien resulta imposible desconocer que los criterios basados en el mínimo precio tienden a ser más objetivos, es un hecho también que desalientan la posibilidad de innovar en las propuestas. Es así que resulta atendible el hecho de contar con una categoría de proyectos que considere, en casos debidamente justificados, la incorporación de criterios técnicos en la asignación de puntajes, entre los cuales debiesen ser considerados con especial interés los que promuevan la introducción de innovaciones, así como aquellos que tiendan a una buena relación precio/calidad, considerando criterios de calidad objetivos, como por ejemplo, el flujo futuro de la obra. Esto dado que una alternativa, si bien puede resultar en una inversión inicial más alta, puede contemplar ahorros durante su vida útil que harán que su flujo actualizado sea más atractivo al de la alternativa más barata.

Así, proyectos estandarizados, ampliamente conocidos y sin posibilidades de innovar, debiesen ser licitados en la lógica tradicional de mínimo precio, cumpliendo los requisitos técnicos, mientras que proyectos de características especiales, las cuales deben ser claramente definidas, necesariamente debiesen admitir otros criterios que promuevan la innovación y/o generen una alta relación calidad/precio. Igualmente, tal como sucede en concesiones, los reglamentos de contratistas debiesen contemplar la posibilidad para las empresas de presentar iniciativas que, en el caso de ser aprobadas, pudiesen concretarse vía licitación pública, con el respectivo premio a quien la presentó.

Como conclusión, primero, se debe señalar que el mecanismo de licitación actualmente en uso en Chile es sin duda el más eficiente y objetivo, lo que ha sido corroborado tanto por la teoría económica, como por la evidencia internacional. Sin embargo, no existe una fórmula correcta (eficiente) para todos los tipos, complejidades, necesidades de innovar, y tamaños de proyectos. En este contexto, los mecanismos de licitación debiesen poder variar dependiendo de estos criterios. En este entendido, el precio debería ser uno más de los criterios de decisión, pudiéndose premiar con distintos porcentajes de importancia en el puntaje: la innovación en el diseño, la introducción de nuevas tecnologías, el impacto del proyecto en la comunidad o el ambiente, la propuesta de ideas de solución a problemas no identificados en el proyecto, etc. Nuestra recomendación es, entonces, contar con distintos tipos de contratos y mecanismos de licitación, respondiendo a distintos tipos de proyectos, que, como dijimos anteriormente, podrían variar por tamaño o complejidad o distintas circunstancias. Es importante señalar que la norma seguirá siendo el mecanismo tradicional de competir por precios, siendo el ganador de una licitación aquel que, cumpliendo con los estándares mínimos solicitados, oferte el menor precio. Por esta razón, el servicio público que licite deberá justificar muy bien por qué requerir cualquier tipología de proyecto distinta a la tradicional.

Garantías y seguros

Como fue señalado anteriormente en el presente capítulo, uno de los temas claves en un sistema de contratación de obras públicas eficiente es poder contar con resguardos de que la obra se realizará de acuerdo a lo estipulado en el contrato, sin tener que recurrir a la judicialización en caso de incumplimiento o al término adelantado de contratos en casos de problemas técnicos graves, lo que retrasa la obra e impone importantes costos a la sociedad. Para esto se cuenta, entre otros resguardos, con garantías de fiel cumplimiento del contrato, las que buscan dar señales (desincentivos) a los contratistas de que el no cumplimiento les generará un costo proporcional al perjuicio causado, en este caso, la pérdida de su garantía.

El actual reglamento de Obras Públicas, salvo casos de excepción, plantea que hay que evitar requerir garantías de seriedad de las ofertas, al considerarse innecesarias, ya que implican gastos evitables que finalmente tienen que ser indirectamente solventados por el Fisco⁶⁹.

En el caso de las garantías de fiel cumplimiento del contrato, el reglamento permite indistintamente el uso de una boleta bancaria o una póliza de seguro. El reglamento vigente de contratación de SERVIU, por su parte, solo admite boletas de garantía bancarias.

Una boleta de garantía bancaria es una caución que constituye un banco a solicitud de su cliente y que puede obtenerse ya sea mediante la constitución de un depósito de dinero por parte del tomador o que el banco la emita con cargo a un crédito contratado por este. La póliza de garantía, por su parte, es un contrato de seguros que cubre al asegurado, en este caso el Estado, por las pérdidas en dinero que le genera el incumplimiento por parte del tomador de la póliza, de las obligaciones legales o contractuales individualizadas en esta, pérdidas que el asegurador se obliga a indemnizar dentro de los límites establecidos en la ley o en el contrato.

Ambos instrumentos funcionan en forma muy similar, dado que son autónomos en relación al contrato garantizado. Esto significa que, recibida la solicitud de cobro por el banco en el caso de las boletas bancarias o por parte de la compañía de seguros en el caso de las pólizas de seguro de garantía de “ejecución inmediata”, el banco o la compañía de seguros deberán pagar el monto reclamado al beneficiario de ellas, en la oportunidad en que este lo demande, observando solamente el aviso previo que para estos efectos se hubiera estipulado en la boleta de garantía, cuando así se hubiere pactado, o lo establecido en las condiciones generales de la póliza de garantía.

Las pólizas de garantía de ejecución inmediata son aquellas que se pagan a solo requerimiento del asegurado, sin estar sujetas a un procedimiento de liquidación de seguros. El plazo de pago está determinado en las condiciones particulares o generales de la póliza.

Si bien, ambos instrumentos requieren contragarantías⁷⁰, se diferencian en lo siguiente:

- a) las boletas de garantía bancaria ocupan capacidad de crédito en el sistema financiero, cuando son otorgadas con un préstamo del banco, mientras que las pólizas de seguro no copan capacidad de crédito a las empresas en el sistema financiero.
- b) las boletas de garantía bancaria son documentos nominativos que no permiten endosos, salvo en comisión de cobranza. Las pólizas, por su parte, son esencialmente endosables (vigencia, montos asegurados, materia asegurada, etc.) con autorización del asegurado.
- c) la obtención de una boleta de garantía en el extranjero es más compleja y cara, mientras que el aseguramiento internacional es una práctica habitual a través de las operaciones de *fronting*⁷¹.

70 Las boletas de garantía bancaria requieren de un depósito en el banco o del otorgamiento de un crédito; las pólizas de seguro requieren de colaterales que le aseguren a la compañía de seguros la devolución por parte del tomador de los montos indemnizados.

71 Expresión que en inglés se emplea para designar a la entidad aseguradora que asume un riesgo, pero transfiere realmente su cobertura íntegra o gran parte de ella a otros aseguradores o reaseguradores.

- d) el otorgamiento de una boleta de garantía está determinado fundamentalmente en criterios financieros, mientras que las compañías aseguradoras analizan el riesgo del contrato y la experiencia del contratista, además de sus estados financieros.
- e) en general, las pólizas de seguro representan un menor costo para las empresas que las garantías bancarias.

En términos generales, el principal problema con las boletas de garantía es que encarecen el proyecto:

- a) En el caso de las boletas tomadas en efectivo, exigen mantener a las empresas una cantidad de dinero inmovilizado, en la mayoría de los casos, proporcional al costo de la obra. Este dinero tiene un costo de oportunidad que, por ejemplo, podría ser invertido o ahorrado usando algún instrumento financiero, generando una ganancia a través del tiempo, el cual pierde la empresa que firma el contrato y extiende la garantía y que obviamente carga como costo al proyecto.
- b) En el caso de las boletas tomadas con un crédito, además de ocupar capacidad en el sistema financiero, el préstamo está sujeto a un interés que corre por parte de la empresa contratista.

Es importante que las empresas consideren esta pérdida financiera como costo adicional real del proyecto, pues debe ser absorbido por la empresa contratista mientras está en operación el contrato. La boleta de garantía tiene una larga historia en nuestro país, siendo el documento más utilizado y aceptado para asegurar la ejecución de los contratos de obra pública. Por otro lado, en Chile están inscritas en la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS) las siguientes pólizas:

- a) de Seguro de Garantía de Seriedad de la Oferta de Obras Públicas (POL 1 94 036) que garantiza el incumplimiento de las obligaciones del participante en una licitación efectuada por el asegurado, especialmente: i) el mantenimiento de la oferta en los plazos definidos por Ley o por Bases; ii) la firma del contrato por el proponente en tiempo y forma.
- b) de Seguro de Garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato de Obras Públicas (POL 1 92 054) que garantiza el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de obligaciones contractuales o legales.

Desde el punto de vista del mandante, cualquiera de los dos instrumentos cumple la misma función que es caucionar la seriedad de la oferta o garantizar el fiel cumplimiento del contrato, por un monto determinado. Es por eso que llama la atención que el SERVIU no considere este instrumento para sus licitaciones.

Desde el punto de vista de la información que entrega, una póliza de fiel cumplimiento es clara en señalar lo fundamental. Esto es identificar al asegurado y proporcionar la información de lo que la póliza cubre.

De este modo, no existe razón para que se deba solicitar la aprobación de la fiscalía caso a caso, como sucede muchas veces en la práctica en el MOP, lo que desincentiva su uso. Debiese ser permitida en igualdad de condiciones con la boleta bancaria.

TABLA 2 Comparación entre la Boleta de Garantía Bancaria y la Póliza de Seguro

	Garantía Bancaria	Póliza de Seguro
Capacidad de endeudamiento	Disminuye capacidad de endeudamiento (crédito)	No disminuye capacidad de endeudamiento
Precalificación	Banco evalúa liquidez del contratista (capacidad de pago)	La compañía se asegura, en la medida de lo posible, del bajo riesgo del contratista
Duración	Tienen fecha de vencimiento (debe renovarse si es necesario, aunque pudiesen pactarse cláusulas de renovación automática)	Todo el contrato
Donde se obtiene	Bancos	Compañías de seguros
Costo	1% del monto del contrato cubierto por la boleta (10% generalmente), anualmente	Hasta 2% del monto del contrato (el costo se incluye en la oferta)
Cobertura	Típicamente el 10% del contrato	Típicamente el 10% del contrato

Actualmente el uso de las pólizas de seguro de garantía en obras públicas es ampliamente utilizado en muchos países, tales como Estados Unidos, Canadá, Reino Unido, Australia, España, Nueva Zelanda, países en donde existe un mercado desarrollado de productos para garantizar contratos. Por ejemplo, se han desarrollado productos denominados “surety bonds”, los que consideran tres tipos de instrumentos⁷²:

- a) la garantía de la oferta (*bid bond*) asegura que la oferta ha sido presentada de buena fe y que el contratista respetará el precio de la oferta presentada.
- b) la garantía de cumplimiento (*performance bond*) protege al propietario de la pérdida financiera si el contratista no realizara el contrato conforme a sus términos y condiciones.
- c) la garantía de pago (*payment bond*) garantiza que el contratista pagará oportunamente a subcontratistas, trabajadores, y proveedores.

72 Mayores referencias en <http://www.fenwickelliott.com/files/Bonds, Warranties and Guarantees.pdf>
<https://www.cwilson.com/publications/construction/construction-bonding-guide.pdf>
<http://www.pws.gov.nt.ca/pdf/PMC/Surety Bonds and Construction Risk - Steve Ness.pdf>
http://suretyinfo.org/?wpfb_dl=69
http://suretyinfo.org/?wpfb_dl=149
http://www.klgates.com/files/Publication/2e05401a-2ff8-4a71-bc6a-0906316c1735/Presentation/PublicationAttachment/ee04fb20-41b0-498a-9da9-10401b1ad6c1/Warranties_Session_Presentation.pdf.

De este modo, podemos decir que las pólizas de seguro permiten dar igual o mayor garantía al contratante que una boleta bancaria, pero a un menor costo, el que se calcula de acuerdo a la probabilidad de incumplimiento por empresa, exigiendo una prima por riesgo como pago. De esta forma, empresas con bajos riesgos de incumplimiento pagarán menores primas para asegurar un determinado trabajo.

Por otro lado, para empresas extranjeras, desconocidas para el medio local en términos de su *track record*, se les puede solicitar una especificación adicional de su riesgo, lo cual se verá reflejado en su prima por riesgo (esto se hace por ejemplo en Canadá, en los seguros de obras públicas).

Este mecanismo genera, de esta forma, un incentivo dinámico a las firmas que contratan seguros a mantener un record con el mayor cumplimiento posible, de forma de que futuras primas puedan bajar su precio. Por otro lado, en un mercado competitivo, las empresas aseguradoras monitorearán celosamente el comportamiento de las firmas que los contraten, de manera de poder calcular una probabilidad de incumplimiento realista. En general, las firmas aseguradoras que mejor logren calcular la probabilidad de riesgo, serán las más eficientes y competitivas del mercado. Este monitoreo (*screening*) involucra todas las variables relevantes al riesgo de cumplimiento, tanto técnico como financiero, y pone especial énfasis en el historial de trabajos y cumplimiento de obras.

Otro punto positivo de los seguros es que el riesgo se diversifica de mejor manera, tanto en el mercado nacional como en el internacional, a partir de las empresas coaseguradoras o reaseguradoras. Así, un principio básico de las empresas aseguradoras, es la distribución de riesgos: i) en el tiempo (constituyendo provisiones técnicas), ii) geográficamente (por ejemplo con empresas reaseguradoras) y iii) al operar en distintos sectores y tipos de proyecto (compensando las pérdidas entre ellos de acuerdo a la ley de los grandes números). Los recursos recaudados en el cobro del seguro se invierten a largo plazo, fijándose las provisiones técnicas que garantizan que cuando ocurran los eventos no deseados, se tenga el pago de las indemnizaciones por siniestro de manera oportuna.

Finalmente, se elimina una barrera de entrada para las empresas pequeñas y medianas que significaba obtener boletas de garantía de altos montos. En este sistema, son las empresas aseguradoras las que, previo análisis técnico y financiero de las empresas constructoras, asignan una tarifa individual justa que valoriza el costo esperado del incumplimiento. En este caso, empresas grandes con gran respaldo y experiencia tendrán costos de aseguramiento bajos, aunque en este contexto, esta ventaja es adecuada pues apunta precisamente a solucionar el problema de contratación del Estado, al disminuir el riesgo de incumplimiento.

Todo lo anterior se cumple cuando el mercado de empresas aseguradoras es competitivo, como es el caso chileno. Actualmente el mercado está compuesto por 21 compañías de seguros generales; 6 compañías de seguros de riesgo de crédito y garantía y 30 compañías de seguros de vida.

Esta gran cantidad de firmas (57) permite contar con bajos niveles de concentración o, en otras palabras, con altos niveles de competencia. El índice Herfindahl-Hirschman (HHI)⁷³ para los seguros de vida es 550 aproximadamente, mientras que el mismo índice para seguros generales alcanza los 900 aproximadamente, mientras que el mismo índice para seguros generales alcanza los 900 aproximadamente. La prima total de este mercado representa aproximadamente el 4% del PIB, lo que se compara con el 5% en España, 8% en Estados Unidos y 12% en el Reino Unido.


En resumen, los beneficios de utilizar seguros (pólizas) por sobre boletas son:

- a) menor gasto menos dinero, pues se elimina el costo financiero de tener recursos retenidos, cobrándose un precio justo por el riesgo asumido (precio justo en términos económicos, equivalentes al valor esperado de incumplimiento).
- b) generación de información valiosa y relevante por parte de las empresas aseguradoras para garantizar una evaluación y seguimiento eficiente a través del tiempo de las empresas que contratan los seguros. Esta información supera con creces las de cualquier Registro de Contratistas, ya que representan la ventaja comparativa de las empresas en este mercado, centrándose no solo en las espaldas financieras, sino también en el riesgo técnico.
- c) el país diversifica el riesgo de construcción de manera más eficiente, gracias a la distribución nacional e internacional de los riesgos, realizado por empresas especialistas.
- d) a las empresas extranjeras se les puede pedir clasificaciones de riesgo internacional, de manera de incorporar adecuadamente el riesgo por desconocimiento del mercado local.
- e) el mercado local es muy competitivo y está bastante diversificado, contando con muchos años de experiencia.

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

73 El HHI es un indicador de la concentración de los mercados, que se calcula como la sumatoria de los cuadrados de las participaciones de mercado de cada uno de los competidores. En el caso de Estados Unidos, se considera que valores del índice de hasta 1.500 puntos reflejan una concentración de mercado moderada; mientras que un mercado con HHI sobre los 2.500 puntos es catalogado como muy concentrado.

FIGURA 7 Concurso del MOP para inspector fiscal



BASES CONCURSOS
CARGO FUNCIONAL: INSPECTOR (A) FISCAL
DIRECCIÓN REGIONAL DE ARQUITECTURA - MOP
REGIÓN DE LOS RÍOS

La Dirección Regional de Arquitectura Región de Los Ríos del Ministerio de Obras Públicas, llama a Concurso para proveer el Cargo Funcional de Inspector (a) Fiscal, con residencia en Valdivia, de acuerdo a lo establecido en las presentes Bases de Concurso:

I.- ANTECEDENTES GENERALES:

1. Denominación del Cargo:

- Nombre del Cargo Funcional: Inspector (a) Fiscal
- Número de vacantes a proveer: Dos (2)

2. Características del Cargo:

- Calidad Jurídica: A Contrata.
- Estamento: Profesional
- Grado: 11° E.U.S
- Lugar de Desempeño: Ciudad de Valdivia – Región de Los Ríos

Renta Bruta mensual sin Bono de Modernización.	Enero-Febrero-Abril-Mayo-Julio-Agosto-Septiembre-October-Noviembre	M\$ 1.085
Renta Bruta con Bono de Modernización.	Marzo-Junio-Septiembre-Diciembre	M\$ 1.780

- Bonos de Modernización: corresponden a remuneraciones variables que se perciben trimestralmente según el cumplimiento de metas institucionales y colectivas, en este último caso, en la medida que el funcionario haya formado parte de un equipo de trabajo el año anterior en la Dirección de Arquitectura.

3.- Funciones y Responsabilidades del Cargo:

- Conocer y mantenerse actualizado en cuanto a la legislación pertinente.
- Conocer los procesos y procedimientos propios de la Dirección para asegurar su cumplimiento y realizar las propuestas de mejora que estime pertinentes, de modo de procurar la mejora continua.
- Velar por el correcto desarrollo de los contratos desde su licitación hasta la liquidación final.
- Controlar el correcto cumplimiento de los requerimientos establecidos en los antecedentes técnicos, de la normativa que le sea aplicable y de los aspectos administrativos de contratos.
- Resolver consultas técnicas relativas a su área de competencia.
- Mantener archivo actualizado con los antecedentes, datos, informes y todo lo relacionado con los contratos inspeccionados.
- Verificar y aprobar la calidad de materiales y técnicas constructivas, a utilizar en la obra.
- Mantener actualizados archivos, planimetría y material de apoyo de los contratos a su cargo.
- Proponer y gestionar oportunamente las modificaciones de contratos que a su juicio sea necesario realizar.

Sobre el rol del inspector fiscal

El Reglamento para Contratos de Obra Pública señala que el inspector fiscal es “*el profesional funcionario a quien, por la autoridad competente, se le haya encargado velar directamente por la correcta ejecución de una obra y, en general, por el cumplimiento de un contrato*”. Del mismo modo, el reglamento del SERVIU señala que “*a la Inspección Técnica de la Obra, I.T.O., le corresponderá velar... por que las obras que se ejecuten cumplan con las especificaciones técnicas y planos y concuerden con las restantes obras que contemple el contrato*”. En ambos casos se permite que los responsables de la inspección sean asesorados por empresas externas.

En su Título V, el reglamento de obras públicas enfoca las labores del inspector fiscal hacia un rol netamente fiscalizador:

el contratista deberá someterse a las órdenes del inspector fiscal...El incumplimiento de cada orden será sancionado con una multa diaria aplicada administrativamente por el inspector fiscal... El inspector fiscal podrá exigir la separación de cualquier subcontratista o trabajador del contratista...El inspector fiscal podrá ordenar el retiro fuera de la zona de faenas, de los materiales que sean rechazados por su mala calidad.

No es distinto el caso del Reglamento de Contratistas del SERVIU que en su Título IV, describe las funciones de los encargados de la inspección, las que se basan fuertemente en un rol fiscalizador.

Así, los inspectores fiscales de obra no tienen las facultades para facilitar la resolución de conflictos. De hecho no son evaluados por ese rol. Por el contrario, y de acuerdo a lo manifestado por las empresas en los *focus groups*, actualmente mientras más problemas encuentran pareciesen ser mejor evaluados.

A nivel internacional, el rol del inspector fiscal de obras no varía mayormente a lo que se le encarga a este profesional en nuestro país. Esto es básicamente fiscalizar que la obra se desarrolle de acuerdo a las estipulaciones contractuales.

La existencia de un buen inspector fiscal, preocupado de los temas técnicos, con conocimientos en lo atinente a la obra y experiencia, pudiese mitigar al menos en parte los problemas que se generan, por ejemplo, con un mal diseño inicial de la obra y evitar problemas de información que atentarían contra el agente (mandante del proyecto).

En este sentido, una primera medida tendiente a intentar superar los problemas encontrados con la inspección fiscal durante el desarrollo de las obras debiese ser cambiar la orientación del

rol del inspector fiscal. Este, si bien debe mantener las labores fiscalizadoras que dan origen a su figura, debiese asumir un papel más orientado a facilitar el éxito del proyecto, más que solo actuar como un fiscalizador, proveyendo un respaldo técnico para la toma de decisiones durante el desarrollo de la obra.

Actualmente se aprecia un acercamiento del MOP en cuanto a empoderar al inspector fiscal en labores facilitadoras. Eso al menos de acuerdo a publicaciones de ofertas de empleos para inspectores fiscales publicadas recientemente, en las cuales se consideran entre las funciones y responsabilidades del cargo "*proponer y gestionar oportunamente las modificaciones de contratos que a su juicio sea necesario realizar*" (ver última viñeta en la figura a continuación).

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

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

Sobre la necesidad de contar con un Gerente de Proyecto

Si bien, actualmente las empresas constructoras cuentan con un jefe de proyecto y, por otro lado, el Estado cuenta con inspectores fiscales y sus asesores (empresas externas), idealmente debiese existir un gerente de proyecto (*project manager*). Esta figura debiera tener el claro objetivo de cumplir con el contrato de manera eficiente, comunicándose directamente con los stakeholders del proyecto, en este caso la empresa y el Estado como contratante, de forma de mantener informado a cada uno de los problemas e imprevistos que este tipo de proyectos

siempre acarrea. Este cargo sin duda ayudaría a la solución temprana de controversias. Esta potencial doble dependencia que tendría el gerente de proyecto mueve a pensar que quizás su retribución debiese ser compartida, pero este es un tema que requiere de una discusión con los mandantes, las distintas reparticiones del Estado. En términos ideales, la retribución del gerente de proyecto debería considerar un pago fijo y uno variable, alineado con el cumplimiento de metas. Estos bonos de cumplimiento pueden ser bastante atractivos, toda vez que el costo social que proviene de retrasar las obras es altísimo.

La necesidad de contar con un cargo de este tipo queda de manifiesto cuando a la descripción de cargo del inspector fiscal comienzan a asignarle roles que no les corresponden y que son más cercanas a las tareas propias de un gerente de proyecto.

Específicamente, el objetivo principal del gerente de proyecto es procurar la correcta y más eficaz y eficiente construcción de la obra, con atribuciones especiales para dilucidar controversias y tomar decisiones. De esa forma, el gerente de proyecto deberá involucrarse desde las etapas más tempranas, por ejemplo, el diseño hasta la entrega de la obra. Sin embargo, es importante procurar que su campo de acción esté limitado explícitamente en términos de la resolución de controversias, aceptando su intervención solo respecto de cambios relativamente menores y/o que no involucren cambios sustanciales en el proyecto original, por ejemplo, estableciendo un porcentaje de la inversión por sobre los cuales tiene una capacidad de decisión incuestionable.

Además, el gerente de proyecto deberá ser un cargo al cual se postule proyecto a proyecto. En términos presupuestarios, esta figura puede perfectamente reemplazar a las actuales asesorías a la inspección de obras que llevan a cabo empresas externas.

Estándares Internacionales para el Project Manager

Los equipos de *project management* son parte importante de los Departamentos de Obras en Estados Unidos, país en el cual es común encontrar Departamentos de Gestión y/o Manejo de Proyectos en los Departamentos de Obra Locales, los cuales tienen por misión llevar la gerencia de los proyectos ejecutados.

En Canadá, la agencia *Public Works and Government Services Canada* (PWGSC) creó el Sistema Nacional de Gestión de Proyectos (*National Project Management System*, o NPMS)⁷⁴. El NPMS define principios clave y proporciona las directrices, planes de trabajo, resultados y herramientas

74 <http://www.tpsgc-pwgsc.gc.ca/biens-property/sngp-npms/index-eng.html>.

TABLA 3 Gestión específica del Project Management

Gestión específica	Etapas
Gestión de la integración del proyecto	Desarrollar el Acta de Constitución del Proyecto Desarrollar el Plan para la Dirección del Proyecto Dirigir y Gestionar el Trabajo del Proyecto Monitorear y Controlar el Trabajo del Proyecto Realizar el Control Integrado de Cambios Cerrar el Proyecto o Fase
Gestión del alcance del proyecto	Planificar la Gestión del Alcance Recopilar Requisitos Definir el Alcance Crear la EDT/WBS Validar el Alcance Controlar el Alcance
Gestión del tiempo del proyecto	Planificar la Gestión del Cronograma Definir las Actividades Secuenciar las Actividades Estimar los Recursos de las Actividades Estimar la Duración de las Actividades Desarrollar el Cronograma Controlar el Cronograma
Gestión de los costos del proyecto	Planificar la Gestión de los Costos Estimar los Costos Determinar el Presupuesto Controlar los Costos
Gestión de la calidad del proyecto	Planificar la Gestión de la Calidad Planificar la Gestión de la Calidad: Herramientas y Técnicas Realizar el Aseguramiento de Calidad Controlar la Calidad
Gestión de los recursos humanos del proyecto	Planificar la Gestión de los Recursos Humanos Adquirir el Equipo del Proyecto Desarrollar el Equipo del Proyecto Dirigir el Equipo del Proyecto
Gestión de las comunicaciones del proyecto	Gestionar las Comunicaciones Controlar las Comunicaciones Planificar la Gestión de las Comunicaciones
Gestión de los riesgos del proyecto	Planificar la Gestión de los Riesgos Identificar los Riesgos Realizar el Análisis Cualitativo de Riesgos Realizar el Análisis Cuantitativo de Riesgos Planificar la Respuesta a los Riesgos Controlar los Riesgos
Gestión de las adquisiciones del proyecto	Planificar la Gestión de las Adquisiciones Efectuar las Adquisiciones Cerrar las Adquisiciones
Gestión de los interesados del proyecto	Identificar a los Interesados Planificar la Gestión de los Interesados Gestionar la Participación de los Interesados Controlar la Participación de los Interesados

necesarias para ejecutar con éxito proyectos en los tiempos y costos presupuestados. Esta iniciativa se ampara en la Política de Gestión de Proyectos que destaca que esta es clave para proporcionar una buena relación calidad/precio.

Las funciones de un *project manager* son variadas de acuerdo a los estándares internacionales. El *Project Management Institute* (PMI)⁷⁵, organización internacional sin fines de lucro que promueve el uso de la dirección de proyectos para lograr buenos resultados en el desarrollo de los negocios⁷⁶, ha publicado un estándar internacional reconocido en todo el mundo: Guía de los Fundamentos para la Dirección de Proyectos (Guía del PMBOK). De acuerdo a este documento, la gestión del *project manager* debiese abarcar los siguientes alcances.

Específicamente, las funciones de un *Project Manager* en construcción pueden resumirse en cinco áreas generales de funcionamiento⁷⁷:

- Servicios de apoyo a la pre construcción
 - Preparación de la licitación (agendamiento, términos de referencia)
 - Apoyo al estudio de ingeniería
 - Preparación de un programa de trabajo preliminar
 - Delimitación de los requisitos del proyecto y condiciones generales
 - Preparación de los contratos respectivos

- Administración del proyecto
 - Gestión y manejo del contrato
 - Identificación de problemas y coordinación de las actividades
 - Supervisión de los avances de la obra y la coordinación del equipo de trabajo
 - Asistencia en la resolución de controversias entre la empresa y el mandante
 - Control de documentos

- Adquisiciones necesarias para la construcción del proyecto
 - Refinamiento de los alcances
 - Identificación de los elementos que tienen fechas de entrega y que impactan el calendario
 - Compras de materiales

75 <http://www.pmi.org/>.

76 Actualmente cuenta con más de 700 mil miembros ubicados en casi todos los países del mundo.

77 Basado en The Construction Project Manager, Robert Shaker en <http://www.construction-pm.com/>.

- Gestión y planificación del proyecto
 - Planificación de las operaciones de la fuerza de trabajo
 - Aplicaciones materiales
 - Resolución de problemas en la construcción

- Gestión de control de costos
 - Resolución de problemas
 - Gestión de subcontratistas
 - Preparación de documentación de costos

- Cierre del proyecto
 - Asegurar el término de la obra
 - Control de verificación exhaustivo
 - Compilación de documentación, planos, manuales de mantenimiento y gestión de garantías

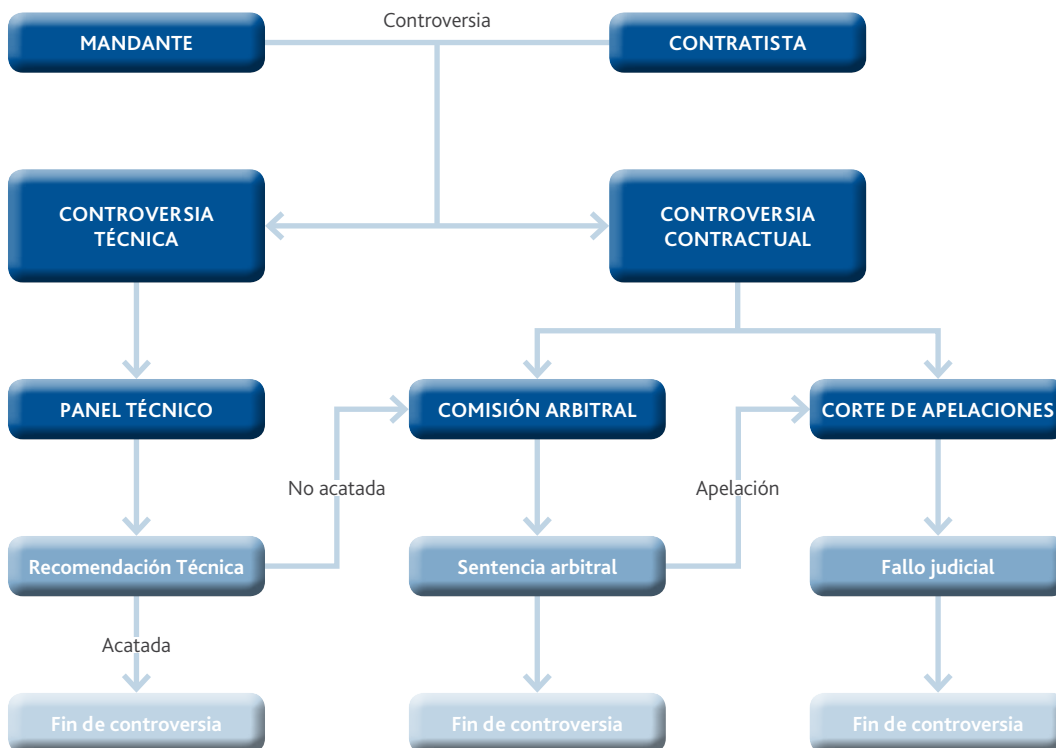
Se recomienda así, contar con un gerente de proyecto externo quien debe velar por el correcto desarrollo de los proyectos, desde su diseño hasta su entrega y puesta en marcha, además de apoyar la solución temprana de controversias. Este debiese ser un servicio prestado por empresas o instituciones externas, a fin de asegurar su independencia, contratándose por proyecto. Su compensación debiese tener un componente variable por cumplimiento, pudiéndose eventualmente compartir el pago entre la constructora y la repartición estatal que actúe como contratante. De esta forma, se mantiene la integridad del cargo de inspector fiscal quien posee el rol de fiscalizar la obra y que cuenta con un perfil totalmente distinto y no necesariamente orientado a la gestión. En este esquema, la coordinación entre el gerente de proyecto y el inspector fiscal es clave para el correcto cumplimiento de los objetivos de la obra.

Sobre la resolución de controversias

En cuanto a los mecanismos de resolución de controversias, tanto la regulación nacional como la internacional en materia de obras concesionadas, muestran que es relevante contar con una normativa que establezca distintos mecanismos de resolución de controversias, tanto jurisdiccionales como no jurisdiccionales.

Por ejemplo, los Paneles de Resolución de Controversias o *Dispute Boards* han alcanzado en los últimos años una gran relevancia a nivel internacional, siendo actualmente utilizados en la resolución de disputas de grandes obras, como por ejemplo, la construcción de las nuevas esclusas del Canal de Panamá. Este sistema permite que expertos den seguimiento y respuesta a los problemas que se van presentando durante la ejecución del contrato. Asimismo, las disputas internacionales que surgen de contratos de construcción de obras son frecuentemente sometidas a arbitraje en lugar de ser sometidas a litigios ante tribunales.

FIGURA 8 Resolución de controversias en la Ley de Concesiones



La Ley de Concesiones y su Reglamento contempla precisamente estos mecanismos para la resolución de controversias. Para conflictos de carácter estrictamente técnico o económico está la instancia (no vinculante) del Panel Técnico, conformado por cinco profesionales de reconocida trayectoria⁷⁸. Por otro lado, las controversias relacionadas a la interpretación o aplicación del contrato de concesión o a que dé lugar su ejecución, podrán ser llevadas por las partes al conocimiento de una Comisión Arbitral⁷⁹ o de la Corte de Apelaciones de Santiago. En el esquema siguiente se resume el procedimiento de resolución de disputas para contratos de obras concesionadas.

De cualquier modo, en nuestro país los contratos no concesionados en los que se presentan controversias terminan muchas veces en los Tribunales de Justicia debido a que no existen mecanismos que permitan solucionar en forma temprana estas disputas. Si bien, un funcionario público como el inspector fiscal pudiese actuar como mediador, de forma de poder llegar a un entendimiento entre las partes, su actuar puede siempre ser cuestionado (se exige llegar a las últimas instancias), pudiendo este incluso tener que responder con su patrimonio. Por otro lado, el rol del inspector como vimos anteriormente no es el de buscar entendimiento entre las partes, a pesar de que en el pasado solía ser una fuente de resolución de controversias. En este sentido, la introducción de la figura del gerente de proyecto puede ser una de las principales fuentes de resolución de controversias, desde luego, cuando los temas no sean mayores, ni estructurales; probablemente limitados a un porcentaje del costo total del proyecto.

En nuestra opinión, eliminar la responsabilidad de los funcionarios públicos de responder con su patrimonio, en caso de un manejo negligente que dañe el bienestar público, es un asunto riesgoso que puede incentivar la corrupción, dado los importantes montos que se manejan en las obras públicas.

En definitiva, el proceso de resolución de controversias en la contratación pública de infraestructura debe ser mejorado, explicitando mecanismos de mediación, conciliación y arbitraje, como una herramienta complementaria a la solución judicial.

Es en este sentido que a nivel internacional, desde hace varias décadas, se ha promovido la Resolución Alternativa de Conflictos (ADR, de acuerdo al inglés *Alternative Dispute Resolution*) como el principal remedio a la costosa resolución judicial de conflictos. La ADR puede ahorrar tiempo, energía y recursos, mantener la confidencialidad y lograr certeza. Un sistema sofisticado y bien

78 El Panel Técnico estará compuesto por dos abogados, dos ingenieros y un profesional especializado en ciencias económicas o financieras.
79 La Comisión Arbitral estará integrada por tres profesionales universitarios, de los cuales al menos dos serán abogados y uno de estos la presidirá. Son elegidos por las partes a partir de dos nóminas de expertos, elaboradas para estos efectos por la Corte Suprema y por el TDLC.

administrado para resolver conflictos puede ayudar a mantener un proyecto en movimiento, incluso cuando se presentan disputas.

Las principales formas de ADR utilizadas en la resolución de conflictos en contratos de infraestructura a nivel internacional son las siguientes⁸⁰:

Negociación

- Las partes intentan negociar la resolución de la controversia.
- El foco está en la resolución de problemas y llegar a un acuerdo satisfactorio.
- Las negociaciones son generalmente sin ayuda de un tercero.
- Las partes normalmente no están representadas por un abogado, ya que su presencia puede aumentar el nivel de comportamiento adversario.
- Muy bajo costo y típicamente no consume mucho tiempo.
- Proceso voluntario, con las partes controlando el resultado.
- La resolución es mediante un acuerdo voluntario de las partes.
- Las partes son libres de llegar a cualquier solución, la que podría no estar disponible para un tribunal o árbitro.
- Las partes a menudo pueden mantener una relación comercial continua durante y después de la negociación.
- La resolución puede ser confidencial.
- El éxito de las negociaciones depende de las partes, en el sentido de comprender las cuestiones en disputa y en acercarse a negociar con la mente abierta y el deseo de buena fe para resolver las cuestiones en controversia.
- Deben participar en el proceso un representante de cada parte con la autoridad para resolver y llegar a una resolución vinculante.

Mediación/Conciliación

- Mecanismo en que las partes contendientes utilizan un tercero neutral, el mediador, para ayudarles a llegar a un acuerdo no vinculante.
- La diferencia entre la conciliación y la mediación está en que el conciliador puede ofrecer una opinión a las partes respecto a las propuestas que cada una presenta para la consideración de la otra. De esta manera, el conciliador influye directamente en el resultado del acuerdo que en su caso alcancen las partes. El resto del proceso es idéntico a cuanto a metodología.
- Las partes pueden seleccionar un mediador quien debe tener experiencia en la industria de la construcción.

80 Para más referencias ver www.fig.net/pub/fig2006/papers/ts08/ts08_04_klein_0862.pdf http://www.duanemorris.com/articles/static/sanacory_cfma_1012.pdf.

- El mediador no actúa como juez, pero “arbitra” un arreglo entre las partes.
- Bajo costo y menos tiempo que el litigio y arbitraje (ningún descubrimiento, mociones o deposiciones).
- Las partes pueden seleccionar procedimientos para la divulgación de las posiciones y de las pruebas.
- Las partes controlan el resultado y eligen sus propias soluciones a la disputa.
- La mayoría de las mediaciones implican una sesión de uno o dos días, que puede o no dar lugar a la liquidación.
- El acuerdo de conciliación entre las partes debe hacerse en un contrato escrito y exigible.
- Las partes a menudo mantienen una relación continua durante y después de la mediación.
- La resolución es generalmente confidencial y se redacta en el acuerdo de solución.
- El éxito suele producirse cuando las partes actúan de buena fe, con la intención de resolver la disputa.
- Al igual que en cualquier proceso ADR, debe participar al menos un representante con autoridad de cada parte.
- Generalmente, las partes deben estar acompañadas por un abogado.

Arbitraje

- Puede resultar menos costoso y lento que un litigio judicial; de cualquier modo, en el peor de los casos también puede resultar tan caro y lento como un juicio.
- La resolución se produce a través de la emisión de un “premio” por un solo árbitro o panel de arbitraje (generalmente tres árbitros).
- Las partes pueden seleccionar al o los árbitros, los que deben tener experiencia en el rubro en que se enmarca la o las controversias.
- El o los árbitros deciden el resultado después de una audiencia, con una duración que puede ser de un día a varias semanas.
- Más estructurada que la negociación y la mediación.
- De naturaleza cuasi-judicial, pero más flexible que el litigio judicial.
- Las partes pueden, dentro de los límites, seleccionar ciertos procedimientos y el calendario a seguir.
- El resultado del arbitraje es definitivo y vinculante. Deben haber motivos muy especiales para apelar al resultado (como sesgo o fraude).
- El procedimiento suele ser confidencial.
- El arbitraje genera rivalidad.
- Las partes deberán estar representadas por un abogado.

Existen numerosas técnicas, contenidas en los tres mecanismos anteriores, que pueden ayudar a resolver un conflicto sin judicializarlo, tales como evaluaciones profesionales tempranas

no vinculantes, opinión de un experto, conciliación, mediación-arbitraje (llamada igualmente med-arbitraje) o paneles de expertos.

En este contexto, sin duda los mecanismos ADR como la mediación y conciliación, así como son considerados para proyectos concesionados podrían perfectamente ser aplicables a proyectos importantes no concesionados. Por ejemplo, de acuerdo al Reglamento de Concesiones, el panel técnico puede resolver las discrepancias relacionadas con:

- a) la evaluación técnica y económica de las inversiones realizadas por el concesionario, de su estado de avance, de sus costos y plazos, conforme a los niveles de servicios y estándares técnicos establecidos para la respectiva concesión.
- b) la determinación de la existencia de costos adicionales y sus causas económicas, técnicas o de gestión o de otros hechos o circunstancias que técnicamente afecten o puedan afectar el normal desarrollo de las obras durante la etapa de construcción.
- c) la definición de que el valor de las inversiones haya sobrepasado alguno de los límites establecidos en los artículos 19, 20 y 28 ter.
- d) la determinación de los efectos económicos que tendría en la concesión la realización de obras adicionales.
- e) la determinación técnica de la tasa de descuento, riesgo del negocio, costos financieros y demás factores económicos que sea necesario establecer para calcular las compensaciones económicas correspondientes al concesionario, en caso de terminación anticipada del contrato de concesión, de realización de obras adicionales o de cualquier otro evento que contemple la ley y que requiera de esos cálculos.
- f) las demás discrepancias técnicas o económicas que las partes de un contrato de concesión tengan entre sí con motivo de la ejecución del contrato o de la aplicación técnica o económica de la normativa aplicable a dicho contrato y que, de común acuerdo, sometan a su consideración, así como las demás que indique la ley.

La mayor parte de estas discrepancias aplican perfectamente a proyectos no concesionados de una magnitud y/o complejidad importante, por lo que este mecanismo podría ser perfectamente aplicado a este tipo de obras. Lo mismo con conflictos en el contrato que podrían ser llevados a una Comisión Arbitral.

Definitivamente los mecanismos de mediación, conciliación y arbitraje son herramientas complementarias a la solución judicial que se utilizan frecuentemente a nivel internacional frente a posibles incumplimientos de contratos. Respecto de las obras públicas no concesionadas, pareciera atendible contar con una regulación que considere mecanismos de solución de controversias distintos a la resolución directa de conflictos implementada por el Estado/Administración ante incumplimientos de los contratos.

Como conclusión, primero, lo óptimo siempre será NO llegar a instancias de mediación, conciliación y arbitraje. Así, con una figura potente de Gerente de Proyectos como la que recomendamos en la sección anterior, siempre será posible ahorrar tiempo y recursos. Sin embargo, es importante procurar que el gerente de proyecto tenga un campo de acción limitado explícitamente en términos de la resolución de controversias, limitándose a modificaciones relativamente menores, que no involucren cambios sustanciales en el proyecto original, por ejemplo, estableciendo un porcentaje de la inversión por sobre los cuales tiene una capacidad de decisión incuestionable. Segundo, en este contexto, es necesario introducir explícitamente para los contratos de obra pública mecanismos de mediación, conciliación y arbitraje como herramientas complementarias a la solución judicial. Específicamente, proponemos diferenciar los mecanismos por tipo de proyecto, tal como hemos desarrollado en las secciones anteriores de este capítulo de conclusiones: i) para proyectos grandes y/o complejos proponemos adoptar exactamente la misma regulación de Concesiones, por ejemplo, usando el mismo panel de expertos, mismas cláusulas y contratos, ii) para proyectos estándares o menores, se recomienda explicitar mecanismos de resolución temprana (mediación, conciliación y arbitraje) y así tratar de minimizar la judicialización de las controversias y el rol de la Contraloría sobre todo en temas técnicos. Actualmente, existen instancias en Chile que pueden cumplir este rol de mediación, conciliación y arbitraje, lo que debe ser materia de un diálogo con la autoridad para llegar a un consenso.

Sobre la contratación de empresas extranjeras

Un último punto a tocar, que si bien no surgió como variable crítica en el levantamiento, pero sí fue un tema tratado en forma recurrente, es el de la contratación de empresas extranjeras.

Desde el punto de vista económico, el fomento a la libre competencia siempre redundará en una mayor eficiencia económica. En este entendido, no es raro que un principio básico de la contratación de infraestructura sea la no discriminación, tanto para firmas nacionales como extranjeras, tal como lo señala la OECD en sus "Principios para la participación del sector privado en infraestructura"⁸¹:

Un ambiente de inversión internacional abierto puede facilitar la competencia y aumentar sus beneficios, mediante la ampliación del número de participantes potenciales

y ampliar el “mercado relevante” a un área que se extiende más allá de las fronteras nacionales. Para lograr estos beneficios se anima a las autoridades a mantener un entorno de inversión abierto y no discriminatorio y que tome en cuenta la recomendación de la OCDE en cuanto a la separación estructural en las industrias reguladas. Garantizar que las empresas nacionales y extranjeras puedan competir en igualdad de condiciones también implica la observancia del trabajo y otras normas internacionales reconocidas por todos los operadores.

En el caso de nuestra legislación, el Reglamento de Contratistas del MOP señala en su Artículo 12 que *“podrán participar en la licitación empresas extranjeras o consorcios en los cuales estas intervengan. A las empresas extranjeras se les exigirán los mismos requisitos que les sean requeridos a los contratistas nacionales, o los equivalentes conforme a la legislación y reglamentación vigente en el país de origen”*. El procedimiento de inscripción de las empresas extranjeras se establece en el artículo 35 de dicho Reglamento: *“El Jefe del Departamento de Registros podrá aceptar, de acuerdo con los antecedentes acompañados, las solicitudes de inscripción en el Registro de Obras Mayores de personas jurídicas extranjeras, las que deberán tener un representante acreditado en Chile, de personas naturales que posean un título profesional otorgado por alguna universidad extranjera con nivel académico equivalente al nacional y reconocido en Chile, y de personas jurídicas en las cuales tenga participación una persona natural que se encuentre en esta última condición. Las sociedades anónimas extranjeras deberán, además, para el efecto de inscripción, cumplir con las normas que para ellas se determina en la legislación chilena”*.

En el caso del Reglamento de Concesiones, en su Artículo 20 N° 3 señala que *“las personas jurídicas extranjeras deberán presentar las escrituras y demás documentos que acrediten su constitución conforme a la legislación del país de origen y el instrumento donde conste el poder del representante legal, todos los cuales deberán estar debidamente legalizados conforme al artículo 345 del Código de Procedimiento Civil. Además, deberán acompañar un informe jurídico que resuma la vida de la sociedad indicando la fecha de constitución, modificaciones, objeto, capital, administración y representante legal donde se concluya que se haya legalmente constituida”*.

En Chile, específicamente en la provisión de infraestructura pública, son las empresas españolas las que cuentan con mayor presencia, estando a cargo de numerosos proyectos, muchos de ellos de gran envergadura. Al revisar la legislación de dicho país, es posible encontrar además otro principio que se aplica a la contratación de empresas extranjeras, la reciprocidad: *“las personas físicas o jurídicas de Estados no pertenecientes a la Unión Europea deberán justificar mediante informe de la respectiva Misión Diplomática Permanente española, que se acompañará a la documentación que se presente, que el Estado de procedencia de la empresa extranjera admite a su vez la participación de empresas españolas en la contratación con la Administración y con los entes, organismos o entidades del sector público asimilables a los enumerados en el artículo 3, en*

forma sustancialmente análoga. En los contratos sujetos a regulación armonizada se prescindirá del informe sobre reciprocidad en relación con las empresas de Estados signatarios del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio". Además, señala que "para celebrar contratos de obras será necesario que estas empresas tengan abierta sucursal en España, con designación de apoderados o representantes para sus operaciones y que estén inscritas en el Registro Mercantil".

Respecto a la clasificación requerida para poder ejecutar obras de infraestructura pública, la Ley de Contratos del Sector Público señala que las empresas no comunitarias "*deberán acreditar su capacidad de obrar con informe de la Misión Diplomática Permanente de España en el Estado correspondiente o de la Oficina Consular en cuyo ámbito territorial radique el domicilio de la empresa*".

Finalmente, la legislación española señala que debe quedar estipulado que la resolución de controversias se resuelva en primera instancia con arbitrajes preliminares y, en caso de no haber acuerdo, actuarán los Tribunales de España.

Los mismos principios rigen en toda la Unión Europea, sin embargo, está entablada la discusión en cuanto a endurecer la postura sobre países que ponen trabas que, de acuerdo a muchos analistas, irían en contra del principio de reciprocidad. De hecho la Comisión Europea planea bloquear el acceso a sus licitaciones públicas a aquellas firmas que provienen de países que no cumplirían cabalmente con este principio.

En Canadá sucede algo similar. Los mecanismos de adquisición de infraestructura pública son abiertos e igualitarios para los oferentes extranjeros, quienes compiten bajo las mismas condiciones con empresas canadienses. No obstante, hay sectores en dicho país que plantean que no habría reciprocidad en el caso de algunos socios comerciales, principalmente Estados Unidos, país con reconocidas medidas proteccionistas, como las políticas *Buy America* y *Buy*.

A pesar de lo anterior, es importante recordar que desde el punto de vista económico, el principal *trade-off* para el Estado en materia de contratación pública es la de la eficiencia en la ejecución de la obra versus la competencia en la etapa de licitación. En el caso de firmas extranjeras, si se pretende disminuir el problema del riesgo moral, una de las estrategias es pedir garantías ex-ante, que permitan separar las empresas que más posibilidades tienen de "cumplir", de las que potencialmente no lo harán, o lo harían con menor probabilidad. En este entendido, el Estado debe poder verificar: i) el track record de empresas extranjeras, y ii) la posibilidad real de que las empresas ante problemas respondan con una garantía adecuada. Este proceso de verificación no puede ser llevado a cabo exactamente con el mismo procedimiento con que se verifican estas variables con las empresas nacionales, dado que estas

cuentan con representantes legales y activos locales y dado que su experiencia relevante es en su mayoría con el Estado u otras empresas e instituciones conocidas en el medio. Es así como en la práctica, la experiencia con empresas extranjeras, en la construcción de obras públicas de importancia en el país, no ha sido la más feliz, encontrándose obras mal hechas, trabajos abandonados y, en algunos casos, una potencial judicialización producto del abandono y la falta de respuesta. En conclusión, una competencia justa de las empresas locales con las extranjeras requiere poder generar procedimientos de verificación adecuados de las empresas extranjeras, en términos de su *track record* y espaldas financieras. Una alternativa es pedir seguros de fiel cumplimiento con empresas internacionales, que sean similares a las extendidas en sus países de origen para obras similares.

Por lo tanto, en la contratación de empresas extranjeras deben primar los principios de no discriminación y reciprocidad, procurando que tanto las empresas nacionales como las extranjeras tengan el mismo trato en las licitaciones, ya sea en obras no concesionadas como en obras concesionadas. En la misma línea, con el fin de promover una competencia justa entre empresas locales con firmas extranjeras, es necesario implementar procedimientos de verificación adecuados de estas últimas respecto de, por ejemplo, su *track record* y solvencia efectiva, lo cual se facilitaría si el mandante público les requiriera seguros de fiel cumplimiento con empresas internacionales, similares a las extendidas en sus países de origen para obras equivalentes.



REFERENCIAS

- Alchian, A. (1950). Uncertainty, Evolution and Economic Theory. *The Journal of Political Economy*, 58, 3, 211-221.
- Alchian, A. (1965). The basis of some recent advances in the theory of management of the firm. *Journal of Industrial Economics*, 14, 30-41.
- Beltrán, Carlos, and Martín Dutto. "Contratación de obra versus Concesión de obra pública. Un análisis de los esquemas de incentivos." *SaberEs 4* (2012).
- Coase, R. H. (1960). The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, 3, 1-44.
- Demsetz, H. (1969). Information and efficiency: Another viewpoint. *Journal of Law and Economics*, 12, 1-22.
- Goldberg, Victor. 1976. Toward an expanded economic theory of contract. *Journal of Economic Issues*, 10, 45-61.
- Jensen, C. M. y Meckling, W. H. (1976). Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure. *Journal of Financial Economics*, 3, 4, 305-360.
- Jensen, M.C. (1986). Agency costs of free cash flow, corporate finance and takeovers. *American Economic Review* 76, 2, 323-329.
- Laffont J. y Tirole, J. (1993). *A theory of incentives in procurement and regulation*. Boston, MA: The MIT Press.
- Ricketts, M. (2002). *The economics of business enterprise*. Londres: Harvester Wheatsheaf.
- Ross, S., Westerfield, R. y Jordan, B. (2006). *Fundamentals of Corporate Finance*. New York: McGraw-Hill.
- Ross, S., Westerfield, R. and Jaffe J. (2006). *Corporate Finance*. New York: McGraw-Hill.
- Simon, H. A. (1979). Rational decision making in business organizations. *American Economic Review*, 69, 4, 493-513.
- Williamson, O. (1985). *The economic institutions of capitalism*. New York: The Free Press.

