

Legal | Opinión | **Opinión** | Artículo 1 de 1

Pedro Zelaya

El Ius Variandi del Estado en los contratos de obra pública: a propósito de la discusión entre el MOP y la empresa contratista del Puente Chacao

"...Los mayores problemas —y la falta de acuerdo entre las partes— se presentan en relación al monto de las compensaciones o pagos de los llamados 'sobrecostos' (...) Es claro que la ley señaló que el MOP debe pagar al contratista todos los costos y/o gastos directos de las nuevas obras más el 30% de lo anterior. Sin embargo, cabe tener presente que la normativa vigente contempla una especie de 'Espada de Damocles' en el uso de esta potestad pública..."

Jueves, 02 de enero de 2020 a las 10:16 | Actualizado 9:46

Pedro Zelaya

De acuerdo a información aparecida en la prensa, "*Hyundai Engineering & Construction*" —controlador del Consorcio Puente Chacao (CPC)— y el Ministerio de Obras Públicas (MOP) están enfrascados en una disputa respecto de quién debería asumir los mayores costos, gastos y desembolsos que han surgido y surgirán con ocasión del diseño y construcción del Puente sobre el Canal de Chacao.

Según el consorcio constructor CPC, una vez adjudicada las obras, en diciembre de 2013, el MOP le habría solicitado una serie de cambios al proyecto originalmente licitado. Según el contratista, ello implicaba —en la práctica— el diseño y la construcción de un proyecto distinto al contemplado en el contrato original. Asimismo, CPC agrega que habría informado al MOP de los efectos de estos cambios en términos de mayores plazos y mayores costos. Según el contratista, él ha venido solicitando al MOP, desde la época del Gobierno anterior, que se formalicen las compensaciones a los mayores costos y gastos asociados a los cambios introducidos al proyecto y a las obras, pero que —incluso y no obstante haber sido aprobada por el MOP la ingeniería definitiva durante este Gobierno (en diciembre de 2018)— todavía no se formalizan dichas compensaciones mediante los trámites que la ley exige.

Por su parte, y según la prensa, el MOP habría otorgado mayores plazos para la construcción y término de las nuevas obras, pero habría comunicado a CPC que no sería posible formalizar las compensaciones o pagos por los pretendidos "sobrecostos", pues existiría una "diferencia de opinión" respecto de quién debe hacerse cargo de dichos mayores costos. El MOP ha calificado este hecho como una diferencia "puramente económica" que debe resolverse por acuerdo entre las partes, o bien, por sentencia definitiva de los tribunales competentes, pues el contrato de obra pública permite al contratista acudir a los tribunales chilenos para resolver cualquier diferencia con el MOP.

Aprovechando esta noticia quiero comentar una de las principales diferencias entre el Contrato de Obra Pública Directa, regido por el DS MOP N° 75, que aprueba el Reglamento para Contratos de Obra Pública (RCOP) y el contrato de construcción privado o para la confección de obra privada, regido por los arts. 1996 y siguientes del Código Civil. En particular, se trata de saber si, una vez celebrado o perfeccionado el contrato de construcción, el dueño de la obra —el que encarga y paga el precio estipulado— puede modificar las obras objeto del contrato, ampliar o disminuir su alcance, sin contar con el acuerdo o consentimiento del contratista respecto de su procedencia o respecto de su precio.

En los contratos de obra privada —y no obstante estar regidos por los principios de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual contenidos en los arts. 1545 y siguientes del Código Civil—, es claro que una vez

perfeccionado el contrato por acuerdo mutuo entre las partes, dicho contrato es como una ley para las partes contratantes y solo pueden ser modificados, o dejados sin efecto, por mutuo acuerdo de las mismas partes o por causa legal. En este sentido, en el Código Civil chileno —que recoge derecho común y general de la contratación privada, supletorio a la voluntad de las partes o texto del contrato—, una vez que se perfecciona el contrato de construcción, el dueño o propietario de la obra no puede ordenar, instruir ni introducir unilateralmente cambios ni modificaciones al proyecto u obras contratadas, sin que exista aceptación del contratista, y, si lo hace, el contratista puede negarse a realizarlas, pudiendo, además, alegar incumplimiento del contrato por parte del dueño y exigir la correspondiente indemnización de perjuicios.

En cambio, y por su lado, en los contratos de OO.PP. el Estado sí tiene la facultad legal de —una vez perfeccionado el contrato y durante la ejecución de los trabajos— ordenar la modificación de las obras objeto del mismo, incluso sin o contra la voluntad del contratista. Es lo que la doctrina más autorizada ha denominado el *Ius Variandi del Estado*, potestad pública en virtud del cual el MOP puede exigir al contratista —una vez perfeccionado el contrato— que ejecute cambios, aumentos o disminuciones de las obras originalmente contratadas.

En la práctica, el ejercicio del Ius Variandi presenta menos problemas cuando se trata de contratos de OO.PP. a Serie de Precios Unitarios, pues —según lo establece el art. 4 N°31 RCOP— la disminución o el aumento de las cantidades de obras (cubicaciones) no modifica ni altera los precios unitarios ofertados por el adjudicatario —que se entienden siempre fijos e inamovibles—, de forma que las cubicaciones de los proyectos originales se ajustarán, en definitiva, a las obras efectivamente realizadas por el contratista, obras debidamente verificadas por el MOP de acuerdo a lo señalado en los documentos de la licitación. Los art. 102 y 104 RCOP regulan, con bastante claridad, el ejercicio del Ius Variandi en los contratos de OO.PP. a Serie de Precios Unitarios.

Sin embargo, y por el contrario, el ejercicio del Ius Variandi del Estado/MOP se hace más complejo —y genera más problemas— en los contratos de OO.PP. a suma alzada, pues, según el art. 4 N° 30 RCOP, estos contratos son aquellos en los cuales las cantidades de obras y el precio ofertado por el contratista se entienden únicos, fijos e inamovibles.

El art. 78 inc 3° RCOP señala que "*en la propuesta por suma alzada, 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 [del MOP], el contratista debe atenerse a los planos y a su verificación en el terreno*". Asimismo, el art. 105 RCOP señala que "*la autoridad correspondiente podrá ordenar, dentro de los límites permitidos y con el fin de llevar a un mejor término la obra contratada, la modificación de obras previstas, la ejecución de obras nuevas o extraordinarias o el empleo de materiales no considerados. En estos casos deberá convenirse con el contratista los precios, teniendo en consideración, cuando concierna, lo señalado en el inciso 2° del artículo anterior y los plazos que procedan (...)*".

Por su lado, el art. 146 RCOP señala que "*cuando las circunstancias especiales lo aconsejen, la Dirección, a recomendación del inspector fiscal, podrá modificar el programa de trabajo, indemnizando, si procede, al contratista por los perjuicios que esta medida pueda ocasionarle, en la forma establecida en el artículo siguiente*". Y el art. 147 agrega: "*Si (...) se aumentare el plazo del contrato, se indemnizarán al contratista los mayores gastos generales proporcionales al aumento de plazo en que se incurra. Para este efecto, y en el silencio de las bases, se determina que la partida gastos generales corresponde a un 12% del valor total de la propuesta y que la indemnización será proporcional al aumento de plazo en relación con el plazo inicial (...)*".

Aquí están señalados los principales efectos del Ius Variandi del Estado en los contratos de obra pública: (1) por un lado, el MOP puede exigir al contratista la modificación de las obras previstas en los proyectos originales, la ejecución de obras nuevas o extraordinarias, la ejecución de obras no previstas en los proyectos originales y/o el empleo de materiales no considerados en los proyectos originales; pero, por otro, (2) el MOP debe conceder más plazo y debe compensar al contratista no solo los mayores gastos generales por el aumento del plazo originalmente previsto, sino que debe pagar o compensar el precio o costo directo de esas mayores obras, debidamente acreditadas por el contratista.

En los hechos, los mayores problemas —y la falta de acuerdo entre las partes— se presentan en relación al monto de las compensaciones o pagos de los llamados "sobrecostos" producto de estas mayores obras. En relación con este punto, el art. 105 RCOP señala que "*a falta de acuerdo, podrá disponerse, en caso de urgencia, la realización de esas obras, pagándose al contratista (i) los gastos directos comprobados, (ii) más 30% de esos*

valores para compensar gastos generales y utilidad. El pago se efectuará una vez aprobado, por resolución, el detalle y justificación de dichos gastos. El monto total de las obras que se ejecutan en base a lo señalado en este artículo, no podrá superar el 30% del valor del contrato inicial (...)”.

En este sentido, es claro que la ley señaló que el MOP debe pagar al contratista todos los costos y/o gastos directos de las nuevas obras más el 30% de lo anterior, a título de gastos generales

Sin embargo, y en todo caso, cabe tener presente que la normativa vigente contempla una especie de “Espada de Damocles” en el uso de esta potestad pública, pues la ley contempla un tope máximo para el Ius Variandi del Estado, lo que puede llevar incluso a la necesidad de dar por terminado el contrato. En efecto el art. 106 RCOP señala que “*los aumentos efectivos de un contrato, provenientes de (i) aumentos de obra, (ii) obras nuevas o extraordinarias, (iii) modificación de las obras previstas o (iv) el empleo de materiales no considerados, no podrán sobrepasar, en conjunto, el 35% del monto inicial del contrato, contabilizando las disminuciones convenidas (...)* Cumplido el aumento del 35% precitado, deberá procederse a la liquidación del contrato y las obras no realizadas se considerarán obra nueva, debiendo contratarse como tales”.

Para otra ocasión dejaremos el comentario sobre otras dos importantes diferencias entre ambos tipos contractuales: (1) la procedencia o no de la Teoría de la Imprevisión (el surgimiento de circunstancias imprevistas y sobrevinientes que hacen más onerosa la ejecución de las obras y trabajos objeto del contrato) y (2) los mecanismos de solución de controversias permitidos en cada contrato y sus consecuencias prácticas.

** Pedro Zelaya Etchegaray es doctor en Derecho Privado, profesor de Derecho Civil en la Universidad de Chile y socio de Larrain y Asociados.*

EL MERCURIO

Términos y condiciones de la Información © 2002 El Mercurio Online