

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

Pedro Zelaya

Controversias y discrepancias en los contratos de obra pública a suma alzada

"...En la práctica, si el ente público y la Contraloría hacen una interpretación restrictiva y 'pro-fisco' del RCOP, el contratista se verá forzado a interponer acciones civiles ante los tribunales ordinarios de justicia (...) Sería ventajoso pensar en algunas sugerencias para incentivar la ejecución de obra pública directa, evitando la judicialización de estos contratos, y atraer más inversión en el sector..."

Jueves, 30 de enero de 2020 a las 10:02 | Actualizado 9:42

Pedro Zelaya

Para explicar mejor el tema en estudio, creo conveniente comenzar exponiendo algunos ejemplos prácticos que sirvan, luego, como supuestos de hecho, para el análisis y los comentarios jurídicos que siguen.

Partiremos de la base de que después de un proceso de licitación de obra pública —durante el cual el ente público hizo entrega a todos los licitantes de los planos y proyectos de las obras a ejecutar, aclarando y respondiendo a las preguntas correspondientes—, el ente licitante adjudicó el contrato de obra pública al licitante mejor evaluado. El contrato era a suma alzada.

Durante la ejecución de las obras fueron surgiendo ciertos "problemas constructivos", frente a los cuales el contratista dejó constancia en el Libro de Obras o entregó al Inspector Fiscal (IF) uno o más Requerimientos de Información (RDI) señalando lo que se debería hacer, la o las partidas afectadas, el costo o precio de dichas "soluciones" y los días de "retraso" que ello significaba en el programa previsto.

Así, por ejemplo, el contratista dejó constancia en el Libro de Obra —o informó al Inspector Fiscal mediante una RDI— de los siguientes problemas constructivos: (i) se debió aumentar el diámetro de las canalizaciones eléctricas previstas en los documentos de la licitación, (ii) se debió construir una escalera no prevista en los planos entregados por el ente público durante la licitación, entre otros.

Potestades de la Administración Pública contratante y el "Ius Variandi"

Frente a las solicitudes de información del contratista (RDI) o anotaciones en el Libro de Obra, el IF puede señalar, en su respuesta, que dichas obras, trabajos y labores importan realizar labores o soluciones técnicas que *"no son parte de las características estructurales de las obras previstas en los documentos de licitación"* y que, por tanto, importan una modificación de los planos originalmente proporcionados por el ente público licitante.

Pero, por el contrario, el IF también puede concluir que las labores objeto de la RDI, o en la anotación en el Libro de Obra, se circunscriben y están contempladas en los antecedentes, planos, documentos e información contenida en las respectivas especificaciones técnicas y en los planos proporcionados por el MOP durante el proceso licitatorio, de manera que no procede conceder compensación alguna.

De esta forma, la Administración Pública puede rechazar la solicitud del contratista y no reconocer el carácter extraordinario de las obras y trabajos solicitados por este, fundado en que —a su juicio— dichos trabajos sí se encontraban previstos o contemplados en los planos, proyectos y demás antecedentes complementarios que rigen el contrato.

Origen de las discrepancias y disputas entre las partes

[Como revisamos en un trabajo anterior](#), el Estado, una vez adjudicado el contrato y durante la ejecución de las obras previstas, puede ordenar o instruir al contratista el aumento o la disminución de las obras previstas.

Limitaciones y problemas del Ius Variandi

El régimen del Ius Variandi en el RCOP tiene ciertas limitaciones que surgen, entre otras causas, de la "tarificación" que la normativa vigente ha establecido respecto de las compensaciones que se pueden entregar al contratista.

Así, por ejemplo: (i) en compensación por los mayores plazos solicitados por el contratista, el ente público solo puede pagar a este los mayores gastos generales, proporcionales al aumento de plazo, y, en el silencio de las bases, el art. 147 RCOP señala que la partida de "gastos generales" corresponde a un 12% del valor total de la propuesta; (ii) en relación con el precio a pagar por estos aumentos de obras u obras extraordinarias, el ente público solo puede pagar al contratista los "*gastos directos comprobados*", más el 30% de esos valores, como gastos generales y utilidad a que "tiene derecho" el contratista; (iii) el art. 102 RCOP establece un límite máximo a este aumento de obras de hasta un 30% de cada partida del presupuesto. Además, y como lo señalamos en su oportunidad, el ejercicio del Ius Variandi se puede convertir en una "Espada de Damocles" para ambas partes, pues, como ya vimos, el RCOP señala un límite después del cual —si se traspasa ese umbral máximo— se hace necesario poner término al contrato y proceder a su liquidación, quedando abandonadas las obras.

Asimismo, y bajo el actual régimen del Ius Variandi, quedan excluidos de toda posible compensación, por ejemplo, (i) los mayores costos y gastos por las "aceleraciones" en que debió incurrir el contratista para alcanzar hitos intermedios, sobre todo cuando no se modificó el plazo final del contrato; (ii) las pérdidas de rendimiento de la maquinaria y de mano de obra, que quedaron ociosas por la paralización de las obras o por presencia de "canchas limitadas" y obstáculos en el camino; (iii) todo pago, costo o desembolso realizado por el contratista para evitar que los sobre costos y pérdidas se profundizaran, entre otros.

Además, es claro que la actual normativa carga sobre el funcionario público —y bajo el estricto control de la Contraloría General de la República— la responsabilidad de interpretar y aplicar el RCO a la o las solicitudes del contratista.

Aquí tenemos, entonces, un primer foco o gran fuente de problemas y discrepancias entre el Estado mandante y el contratista de obra pública: cuando el ente público contratante —siendo juez y parte al mismo tiempo— no reconoce ni compensa, o lo hace solo parcial y tardíamente, las obras y trabajos realizadas por el contratista para solucionar el problema constructivo.

Circunstancias negativas que cuyo origen y solución no dependen de la voluntad ni están sujetas al control del ente público ni de la empresa contratista

Cabe tener presente que, sobre todo durante la ejecución de las grandes obras de infraestructura pública, suelen surgir hechos o presentarse circunstancias que, siendo totalmente ajenos a la voluntad, control y competencia de las partes, causan graves alteraciones, retrasos y modificaciones a las obras contratadas.

Así, por ejemplo: (i) las obras en ejecución se "topan" con un poste de tendido eléctrico previsto, pero su titular o dueño se niega a entregar las autorizaciones para cambiarlo o no hay lugar o espacio suficiente para su nueva ubicación; (ii) la asociación dueña o titular de un canal, que según los planos y documentos de la licitación se debe entubar fuera de la faja fiscal, no accede o se retrasa en aprobar el proyecto de entubamiento; (iii) una de las edificaciones afectadas por el trazado de la obra pública es declarada monumento nacional con posterioridad a la adjudicación y la normativa vigente impide demolerla o cambiarla de lugar; (iv) el Servicio de Evaluación Ambiental, durante la ejecución de las obras, exige realizar labores de mitigación ambiental adicionales y no previstas por el MOP ni por el licitante, entre otros.

En estos casos, el Ius Variandi del ente contratante suele ser insuficiente como para dar una respuesta íntegra y oportuna al problema respectivo.

Posturas frente a las limitaciones propias del "Ius Variandi" y al surgimiento de "circunstancias sobrevinientes"

Frente a situaciones como las descritas las partes pueden adoptar, en teoría, al menos tres "posturas" o "interpretaciones":

a) entender que se trata de hechos imputables al ente público, pues los proyectos y documentos referenciales de la licitación fueron errados, precipitados o insuficientes, pues debieron haber previsto y regulado estas situaciones.

b) interpretar que se trata de hechos imputables al oferente/ adjudicatario o contratista privado, pues, como empresa experta en obra pública, debió haber estudiado y previsto cómo hacer frente a este tipo de situaciones o, al menos, debió haber preguntado al ente licitante qué pasaba en esos casos.

c) sostener que se trata de eventos de caso fortuito o fuerza mayor no imputables a ninguna de las partes y cuyos negativos efectos patrimoniales deben ser asumidos íntegramente por el contratista, ya que el contrato es a suma alzada y todas las obras se deben ejecutar a entero costo, cargo y riesgo del contratista, vale decir, que la suma alzada cubre también este tipo de "imprevistos".

En la práctica, si el ente público y la Contraloría General de la República hacen una interpretación restrictiva y "pro-fisco" del RCOP, el contratista se verá forzado a interponer acciones civiles ante los tribunales ordinarios de justicia.

Esta demanda contra el ente público suele ser (i) de cumplimiento forzado de prestaciones impagas por parte de la Administración contratante, (ii) de término anticipado de contrato, más perjuicios, o (iii) de indemnización de perjuicios por incumplimiento de obligaciones de hacer, pues el ente público no habría ejecutado ni entregado proyectos de ingeniería adecuados, existiendo insuficiencias o deficiencias en los proyectos entregados a todos los licitantes.

Sería ventajoso pensar en algunas sugerencias para incentivar la ejecución de obra pública directa, evitando la judicialización de estos contratos, y atraer más inversión en el sector:

Incorporar, en algún grado o medida, la Teoría de la Imprevisión o de las circunstancias sobrevinientes: para dar mayor flexibilidad al sistema creemos que sería muy conveniente incorporar al RCOP las "circunstancias sobrevinientes" como título, fundamento, motivo, junto al Ius Variandi, de eventuales pagos o compensaciones que el ente público podría realizar a favor del contratista afectado por hechos de terceros imprevisibles e inevitables. Esto fue lo que se hizo, y con muy buenos resultados, en la Ley de Concesiones de Obra Pública.

Crear un "Panel Técnico": sería conveniente que exista un órgano técnico, autónomo e independiente de la Administración Pública contratante que esté facultado para conocer y decidir respecto de los problemas constructivos —y sus negativos efectos patrimoniales— que surjan con ocasión de la ejecución de las obras contratadas.

Se trataría de un órgano técnico autónomo, de carácter permanente, que estaría llamado a pronunciarse, ojalá de manera vinculante, sobre todo en aquellos problemas que hoy suelen ser conocidos y decididos por la Inspección Fiscal y la Contraloría General de la República.

Que las partes puedan someter el conflicto al arbitraje ad hoc: estimamos que una buena solución, acorde con las mejores prácticas en materia de solución de controversias en contratos complejos, sería incorporar la posibilidad de que las partes, de común acuerdo, puedan designar como árbitros a tres profesionales expertos e independientes, quienes permanecerían como órgano vigente durante toda la ejecución del contrato y hasta un cierto tiempo después de la liquidación final del contrato. Este tribunal tripartito debería actuar como conciliador cuantas veces lo estime conveniente, pero debería dictar sentencia definitiva dentro de los 12 meses siguientes a la presentación de cada demanda o reclamación.

* Pedro Zelaya Etcheagaray 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