

## ENTRE CÓDIGOS

# Rigidez del reglamento y rol de la Contraloría: los puntos clave por reformar en los contratos entre el MOP y privados

■ Expertos en régimen legal de la infraestructura pública alertan que la alta burocracia y la desactualización del sistema vigente podrían agravar aún más la crisis en la industria.

POR CLAUDIA SARAVIA

Tras la quiebra de la constructora Claro, Vicuña, Valenzuela, tanto esa empresa como el Ministerio de Obras Públicas (MOP) justificaron esta situación ya sea a causa del atraso en el pago de obras o al incumplimiento en la ejecución de los proyectos, respectivamente. Y aunque ambas partes dicen contar con argumentos válidos, lo cierto es que actualmente el modelo que rige este tipo de contratos entre los privados y el sector público no ha sido actualizado en años, pese a los cambios de la industria y sus condiciones.

Por eso es que, independiente de las soluciones a corto plazo que propongan las autoridades —respecto de las cuales el rubro tiene esperanzas en medidas que logren evitar eventuales liquidaciones de compañías—, en la industria ven la necesidad de hacer cambios profundos al sistema.

Este es el panorama que observa un grupo de expertos desde el ámbito jurídico, y entre los cuales existe consenso en que la falta de flexibilidad de los contratos podría agravar aún más la situación del sector construcción.

Es el caso del presidente de la Sociedad Chilena del Derecho de la Construcción y socio fundador de Molina Ríos Abogados, Víctor Ríos, quien afirma que la principal causa detrás de los problemas radica en el contrato que “asume una asignación de riesgos rígida entre las partes”. “Es como si estuviéramos hablando de una compraventa de servicios”, explica. E indica que esta situación va en línea contraria a uno de los ejes fundamentales para hacer de

la construcción algo exitoso y que consiste en “aunar los esfuerzos” entre ambas partes para sacar adelante los proyectos.

“El reglamento de contratos de obras públicas no establece la posibilidad de modificar el proyecto. Y cuando las partes necesitan ajustar la ingeniería al diseño por un cambio de condiciones de terreno, no lo pueden hacer. Lo único que está permitido son obras adicionales”, explica.

Y a esto se suma el rol de la Contraloría General de la República. De acuerdo a Víctor Ríos, la CGR “es parte del problema en el sentido de que hace una intromisión técnica y en consecuencia, condiciona a los funcionarios del MOP”, ya que, según dice, se ven limitados a hacer cambios a los proyectos. Y, por ende, “no pueden reconocer compensaciones a los contratista”.

“Aquí lo que falta es que se aplique el artículo 111° de la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas,

que ningún gobierno ha aplicado (...) y que básicamente dice que en aquellas cuestiones técnicas, cuando haya controversias entre la CGR y el MOP, va a primar siempre técnicamente la opinión del ministro de Obras Públicas”, indica.

“No es culpa de la Contraloría ni del MOP. Es culpa del sistema al que le falta una actualización normativa que quite discrecionalidad a los actos administrativos. Tenemos un reglamento para las obras públicas poco explicativo”, dice.

### Un modelo desactualizado

Alex Wagemann, exdirector de la Sociedad Chilena del Derecho de la Construcción y socio fundador de Wagemann Abogados & Ingenieros, resalta que pese al desarrollo alcanzado por la industria, el sistema no sufre modificaciones desde hace cerca de 20 años y aún cuenta con elementos estructurales que, a su juicio, no son equitativos.

“Puede ser que el contratista haya tenido un gasto mayor, pero el reglamento está amarrado de manos porque solo establece un cierto monto específico que es el que se le va a pagar”, ejemplifica. E indica que tampoco se han ingresado nuevos elementos que apunten a una mejor distribución de riesgos.

“Usualmente la estructura de los contratos es de suma alzada, y eso trae como efecto que el contratista se tenga que hacer cargo de todos los riesgos durante la construcción, ya sea riesgos propios o no. Pero en el mundo privado es usual utilizar los contratos de serie de precios unitarios, que implica que al contratista se le paga en función de lo que puede acreditar”, explica. A esto añade la demora en la aprobación de los estados de pago, y apunta al proceso de revisión posterior que hace la Contraloría. “Me ha tocado ver en más de una oportunidad que, existiendo el acuerdo, la Contraloría termina echando atrás el

proceso, lo que evidentemente pone una condición de incertidumbre”, menciona. En este punto alude a la conveniencia de usar algunos modelos internacionales en Chile, como los contratos colaborativos o NEC, que se enfocan en la gobernanza mutua y la mitigación de riesgos.

“Somos resistentes al cambio y probablemente el cambio nos va a empezar a pasar un poco por encima hasta que nos demos cuenta de que tenemos que cambiar la forma en la que estamos contratando”, sostiene.

### Burocracia en el sistema

Oscar Gajardo, abogado experto en asuntos regulatorios y socio fundador del estudio Cuadra Gajardo, destaca que la conflictividad entre el MOP y los privados “es muy común, debido principalmente a la burocracia cada vez más creciente para modificar los contratos”. Esto, ya sea para procesar los estados de pago, gestionar devolución de garantías y retenciones, y no se ajusta a las necesidades que requieren las empresas para un adecuado avance físico y financiero de las obras.

En este escenario, el experto indica que “muchas empresas han decidido recortar sus márgenes de utilidades y costos, precisamente para no caer en incumplimientos y continuar con sus operaciones, ya que el cobro de una Boleta de Garantía para la mayoría de las empresas resulta lapidario”.

Es por eso que Gajardo recomienda que a corto plazo “se deben ajustar los precios de los contratos de acuerdo a la realidad país, otorgar créditos blandos y franquicias tributarias que permitan dar oxígeno a una industria históricamente contraccíclica”.

**“No es culpa de la Contraloría ni del MOP. Es culpa del sistema al que le falta una actualización normativa que quite discrecionalidad a los actos administrativos”.**

VÍCTOR RÍOS  
PRESIDENTE SOCIEDAD CHILENA  
DERECHO DE LA CONSTRUCCIÓN

**“En más de una oportunidad he visto que, existiendo el acuerdo, la Contraloría echa para atrás el proceso, lo que evidentemente pone una condición de incertidumbre”.**

ALEX WAGEMANN  
SOCIO FUNDADOR WAGEMANN  
ABOGADOS & INGENIEROS

**“La conflictividad entre el MOP y los privados es muy común, debido principalmente a la burocracia cada vez más creciente para modificar contratos”.**

ÓSCAR GAJARDO  
SOCIO FUNDADOR CUADRA  
GAJARDO