

CRITERIOS DE CONTRATACION



CONDICIONES BASICAS QUE
DEBEN REGULAR LAS
RELACIONES ENTRE
CONTRATISTAS Y MANDANTES

C R I T E R I O S D E C O N T R A T A C I O N



CONDICIONES BASICAS QUE
DEBEN REGULAR LAS
RELACIONES ENTRE
CONTRATISTAS Y MANDANTES

PRESENTACION

En la Declaración de Principios de la Cámara Chilena de la Construcción, se señala que dentro del espíritu de la Institución se encuentran los valores y principios, que se enuncian como sigue:

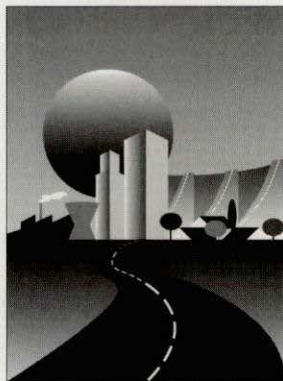
«La Cámara Chilena de la Construcción reconoce en su accionar y en el de sus Socios, desde el inicio de su existencia, el imperativo de valores éticos tales como el respeto a la verdad, la libertad y dignidad de las personas, la buena fe y la equidad de sus relaciones mutuas, la honestidad y la lealtad.

El conjunto de esos valores y principios que la inspiran constituye un acervo valioso, que caracteriza a la Institución, la que se ha preocupado de plasmar en acciones concretas y, a través del tiempo, transmitir, consolidar e incrementar.»

La Cámara considera que, por diversas causas que no resulta indispensable mencionar, se ha deteriorado significativamente la forma en que se desarrollan las relaciones entre clientes y empresas constructoras, en desmedro directo para estas últimas, pero también con perjuicio para los mandantes.

Creemos que una situación de esa naturaleza no debe prolongarse, porque constituye un riesgo grave para la subsistencia de empresas socias, muchas de ellas de gran prestigio profesional y técnico, ya que atenta contra principios básicos de justicia y equidad que deben respaldar las normas de los contratos.

Por tal razón la Cámara ha preparado este documento, que surgió de una inquietud del Comité de Contratistas Generales, y que contiene una síntesis de las condiciones esenciales que deben estar presentes en las Bases de Contratación y en los contratos que se celebren en función de ellas.



1. INTRODUCCION

Todo mandante tiene la alternativa, para contratar sus obras, de optar por el sistema de propuestas.

El mandante que escoge dicho sistema, debe asegurar un tratamiento igualitario y lo más transparente posible a los participantes, que demuestre una ética de procedimientos que es la base para aceptar las determinaciones de asignación de la propuesta. Las renegociaciones o «remates» de propuestas atentan contra un sano ejercicio del sistema de libre mercado y de la libre competencia. Por otra parte, la transparencia en la aplicación de los principios básicos del libre mercado, aleja el riesgo de corrupción.

Al llamarse a una propuesta, privada o pública, por invitación o por registros, ambas partes adquieren derechos y obligaciones. Los plazos deben ser cumplidos y soportados por todas las partes involucradas.

Hay que tener presente que no siempre la propuesta de menor precio es la más conveniente, ya que también debe ser evaluada la relación precio-calidad y oportunidad.

Por otra parte, no es aceptable que se traspasen al contratista los riesgos que son propios del inversionista. El contratista debe asumir sólo los riesgos que le correspondan, es decir, exclusivamente aquellos relacionados con su actividad como constructor, y no los que puedan derivarse de modificaciones del proyecto o de situaciones financieras del mandante, ajenas a su contrato original.

No son aceptables en los contratos las cláusulas arbitrarias, potestativas y unilaterales, que en general zanján controversias o fijan criterios usando frases tales como «a juicio exclusivo del mandante» o «sin expresión de causa».

Es necesario recordar que un contrato de construcción debe celebrarse sobre la base de la buena fe entre ambas partes. Al momento de pactar las estipulaciones contractuales, no existe el bien que se va a construir, y en su materialización indefectiblemente aparecerán factores imponderables que será necesario evaluar posteriormente, con justicia y ecuanimidad.

2. SELECCION DE CONTRATANTES A TRAVES DE PROPUESTAS

Los siguientes son los aspectos básicos de las propuestas:

a) La oferta debe considerarse como un todo.

En el caso de propuestas a suma alzada, no debe el mandante retirar ítems o reemplazarlos por otros, por el hecho de considerar que el precio unitario establecido está sobrevalorado. En tal caso, el contratista debería tener derecho a hacer lo mismo respecto de aquellos que están subvaluados. Por consiguiente, la propuesta a suma alzada debe tomarse como un todo, por ser un elemento de su esencia, que lo que se cotiza es el valor total, que incluye cubicaciones y valores parciales, que tienen por

objeto principal facilitar el pago periódico, a cuenta de las obras contratadas.

b) Rechazo al remate de propuestas.

Los valores ofrecidos en la respectiva licitación se presumen válidos y correctamente estudiados por el licitante y son los que deben permitir la selección del contratista por parte del mandante. Por tanto, la existencia de segundas o terceras cotizaciones desvirtúa la esencia del concepto de propuesta y atenta contra la equidad que debe caracterizar el sistema de propuestas. El mostrar antecedentes de un proponente a otro, con una invitación a igualar precios, a fin de justificar -o al menos explicar- el otorgamiento del contrato, es una acción éticamente inaceptable. Se estima que el procedimiento de apertura en presencia de los proponentes es un elemento que desalienta esta práctica tan inconveniente.

c) Las bases deben incorporar cláusulas de reajuste.

Como regla general se considera indispensable que se incluyan siempre normas sobre reajuste del precio contractual.

En obras de corta duración con inflaciones bajas, este elemento pareciera no ser tan decisivo. No obstante, incluso en este caso, existen al menos dos situaciones que provocan distorsión en el precio acordado: la tardanza más allá de todo lo previsible en la liquidación de los contratos, y el efecto de retardo en el pago de las retenciones efectuadas contractualmente como garantía de las obras en ejecución.

No se puede alentar la práctica de favorecer indebidamente a una de las partes por el

simple arbitrio de demorarse en hacer efectivas las liquidaciones y los pagos.

d) Alternativas.

Se considera conveniente permitir la presentación de ofertas alternativas, ya que estimulan la creatividad y la eficiencia al procurar disminuir los costos o acortar los plazos de ejecución. Se deben establecer sistemas objetivos para evaluar las virtudes y debilidades de las ofertas alternativas cotizadas por el licitante.

e) Propuestas declaradas desiertas.

En el caso que el mandante decida declarar nula o desierta una propuesta sin una razón justificada, luego de haber conocido las ofertas, debe resarcir los gastos de preparación y presentación de la propuesta a todos los oferentes que cumplieron con las bases que les fueron proporcionadas en forma oportuna.

f) Antecedentes que debe entregar el contratista.

Debe racionalizarse el requerimiento de información. Normalmente se solicitan firmas, certificaciones y legalizaciones que exceden lo razonable, lo que implica un alto costo por la cantidad de antecedentes innecesarios que hay que presentar.

Creemos que al momento de la presentación de la oferta deben requerirse los antecedentes fundamentales. Estos deberán ser completados posteriormente por los proponentes que presenten las mejores ofertas.

g) Plazos para consultas y aperturas.

Los plazos para el estudio de las propuestas por parte del licitante deben ser realistas, ya que debe tenerse en cuenta que como norma general una propuesta requiere contar con la presentación de ofertas de subcontratistas, lo que suele ser complejo y a la vez motivo de retardo en el estudio de las ofertas.

El plazo entre la respuesta a las consultas a las bases formuladas por el licitante y la entrega de la oferta debe ser suficientemente amplio como para permitir introducir, durante el estudio, modificaciones y hacer nuevas evaluaciones, en conformidad a la información que se entrega en esa ocasión.

Las consultas formuladas por los licitantes deberán ser hechas por escrito, las respuestas que el mandante realice deberán ser del mismo modo, por escrito, y enviadas a todos los participantes de las propuestas.

Si el plazo que el mandante otorgue no es suficiente, podría interpretarse como una forma de favorecer a proponentes que, por algún medio, obtuvieron información anticipada y que, en consecuencia, pudieron conformar su oferta antes que los demás, legitimando de esta forma una situación ya decidida.

Se debe contemplar un procedimiento para dar respuestas eficaces y oportunas a las consultas planteadas por los oferentes y un acto de apertura con invitación a participar en él a todos los proponentes.

h) Exigencias de profesionales.

Se debe exigir un equipo profesional que sea adecuado y congruente, en número y experiencia, con las características y requerimientos que sean objetivamente válidos en relación a la obra por ejecutar.

3. CONDICIONES Y EXIGENCIAS DE PROYECTOS EN CUANTO A SUS GRADOS DE DETALLE Y DESARROLLO

El mandante es el responsable del proyecto y debe por tanto entregarlo en forma clara, completa y oportuna al contratista. De producirse modificaciones al proyecto contratado, los costos que se deriven de ellas deben ser asumidos por el mandante.

En el caso de propuestas a suma alzada no son aceptables los proyectos incompletos, con errores y, por consiguiente, difíciles de evaluar.

Es recomendable que el tipo de contrato aplicado para la ejecución de una obra tenga directa concordancia con los antecedentes que se tengan al momento de licitar.

En algunos contratos se obliga a l proponente a declarar, conocer y aceptar el proyecto. Debe tenerse en cuenta que al preparar una oferta se dispone de tiempo y capacidad

profesional limitados, por tanto, errores u omisiones de detalles se harán presentes durante la construcción y no puede imputarse al contratista una responsabilidad que es del proyecto.

Condiciones positivas que deberían cumplirse:

- a) Suficiente desarrollo de los proyectos que permita la necesaria verificación entre los planos de las distintas disciplinas, de manera de no tener que solucionar en terreno -al momento de la construcción- los errores ocasionados por interferencias u omisiones. Un cambio decidido en el terreno a veces no permite prever los efectos que tendrá en otros aspectos o disciplinas del proyecto.

La contratación de los diseños de acuerdo a un remate de precios, sumado a plazos que no permiten al proyectista contar con todos los antecedentes de respaldo, producen normalmente diseños incompletos y/o que resultan incompatibles con la realidad del terreno.

- b) Entrega planificada, completa y oportuna del proyecto, con sus planos y especificaciones, en las fechas establecidas en el contrato.
- c) Entrega de los documentos y las modificaciones que sean necesarias, en forma oportuna durante el desarrollo de la obra.
- d) En toda obra los proyectistas deberían mantener una representación técnica durante todo el período de la construcción, la que, además de supervisar los trabajos, pueda prever y resolver en obra ágilmente los problemas de diseño.

Esta debe ser una tarea cuyo costo esté considerado en los honorarios de los proyectistas.

- e) Debe ser reconocido por el mandante el costo de las indefiniciones no resueltas oportunamente por la ITO.

4. GARANTIAS

Como principio básico no son aceptables las exigencias de garantías exageradas. Ellas deben ser proporcionales al riesgo que respaldan.

Tampoco es aceptable que se presione al contratista a asumir compromisos que sobrepasen el margen de su responsabilidad.

- a) En aquellos casos en que el mandante estime indispensable una garantía para asegurar la seriedad de las ofertas, las boletas o pólizas pertinentes no deberían exceder de un 2% del valor del contrato. Esta garantía se hará efectiva en el caso que no se suscriba el contrato correspondiente por el oferente seleccionado o deberá ser devuelta junto con la suscripción del contrato.
- b) En cuanto a la garantía de cumplimiento del contrato, se estima que no deberá exceder de un 10% del valor total del mismo y deberá ser devuelta junto con la recepción provisoria de las obras.

Las retenciones en dinero efectuadas de los estados de pago por el concepto indicado, deberían ser canjeables por boletas bancarias o pólizas de seguro.

- c) Para las garantías de funcionamiento u otras, válidas hasta la recepción definitiva, deberían ser aceptables, además de las boletas bancarias de garantía, las pólizas de seguro.

5. FORMA DE PAGO

El desarrollo normal de un contrato requiere el pago oportuno de los anticipos contractualmente convenidos, la aprobación y pago expeditos de los estados de pago y de las obras extraordinarias y otros ítems correlativos. En caso que los pagos efectivos se verifiquen con retraso respecto de los plazos establecidos en las Bases, el contratista tendrá derecho a cobrar intereses por la mora, independientemente de que el contrato sea o no reajutable.

Las formas de pago que se prolongan exageradamente implican en la práctica traspasar el problema del financiamiento al contratista. El pago inoportuno de los anticipos establecidos en el contrato, puede conducir a distorsiones en los costos financieros del contratista. Similar efecto se produce cuando hay atraso en los estados de pago, como consecuencia de tramitaciones por el mandante.

Las empresas constructoras en general tienen capacidad de servicio y no de financiamiento, el que debe provenir del cliente. El financiamiento oportuno es esencial porque el contratista debe abonar anticipos a los subcontratistas y proveedores con el objeto



de asegurar suministros y/o atención oportuna.

Se considera recomendable, de acuerdo a los requerimientos objetivos del contratista, un sistema de pago que se desglose en un anticipo de un 10% a un 30% del valor del contrato, y el saldo por estados de pago mensuales por obra ejecutada, con una retención del 5% que se restituirá al contratista contra la recepción provisoria de las obras.

Otra modalidad es el pago acelerado, que consiste en el pago de un 70% de la obra ejecutada dentro de un plazo mínimo desde la presentación del estado de pago y el 30% restante pagadero en la liquidación del estado de pago, a los 30 días siguientes, por regla general.

Se deben definir los procedimientos de cálculo y pago de trabajos extraordinarios o aumentos de obra, los que deben incluir los gastos generales y la utilidad del contratista.

6. GASTOS GENERALES

Es necesario dejar claramente establecido que los gastos generales se han estudiado en función del plazo que duran las obras y del volumen de ellas y en caso de aumentos de plazo, por razones ajenas al contratista, se deberá estudiar la forma en que se incrementan los gastos generales contratados y definirse un nuevo presupuesto.

En la gran mayoría de los casos, el aumento citado se debe a la necesidad de ejecutar obras extraordinarias y ello obliga a definir con claridad el alcance de los trabajos, tanto en

costo indirecto, como en mayores gastos generales. Por ello, la determinación de los mayores gastos generales derivados de la prolongación de los servicios debe hacerse de acuerdo a un presupuesto que refleje la realidad de una obra.

7. RECEPCION DE LA OBRA

El contrato debe contemplar normas generales para la recepción de las obras y normas claras y precisas sobre la recepción provisoria de la obra. En principio, esta última debería hacerse en la fecha de entrega fijada en el contrato o en una modificación posterior, salvo que la obra haya concluido con anterioridad.

La recepción provisoria debe significar el establecimiento del plazo real en que se ejecutó la obra contratada. Luego, una vez ejecutadas por el contratista y recibidas definitivamente por el mandante las obras que hubieren sido observadas por éste durante la recepción provisoria, deben cursarse los estados de pago que pudieren estar pendientes y devolverse o canjearse las garantías según lo establecido en las Bases de Contratación.

El contratante debe obligarse a concurrir a realizar la recepción provisoria dentro de los plazos acotados y preestablecidos en el contrato. Una vez elaborado el listado de observaciones, no será aceptable incluir nuevos elementos o rehacer los listados postergando la recepción.

8. FORMALIDADES Y CLAUSULAS DEL CONTRATO

- a) El idioma del contrato será el castellano y a esta lengua deberán ajustarse las partes en materia de interpretación y arbitraje.
- b) La legislación aplicable será la chilena y las partes fijarán domicilio en Chile.
- c) Todo contrato cuyo plazo sea superior a 3 meses, deberá estar afecto a reajuste por la variación del IPC o por otro índice de actualización.
- d) El incumplimiento de los plazos fijados para la entrega de terreno, ingeniería, suministros por parte del mandante, y los atrasos en los anticipos, debe dar lugar a los correspondientes aumentos de plazos con el consiguiente aumento de gastos generales, si correspondiere.
- e) Sancionar a una empresa con la eliminación del Registro de Contratistas, debe considerarse sólo en los casos de conductas extremadamente graves y calificadas.
- f) Se deben indicar en el contrato las responsabilidades del mandante y su obligación de responder al contratista de los mayores plazos y costos que se deriven de su incumplimiento.
- g) De las declaraciones contractuales o pre-contractuales:

Los riesgos deben ser reconocidos y recogidos por quienes tengan mayor control sobre

los mismos. En caso que la situación sea confusa o difícil de precisar, los riesgos deberán ser compartidos sobre bases claramente establecidas en el proceso de propuesta. Si las discrepancias son insuperables, debe recurrirse al arbitraje.

No es aceptable el empleo del sistema de declaraciones como medio para lograr que en caso de conflicto el contratista asuma responsabilidades que, de acuerdo a los principios básicos de equidad y justicia, no le corresponde hacer suyas.

Tampoco es procedente obligar a asumir compromisos por escrito bajo la forma de promesa o juramentos, si la materia cubierta no puede ser razonablemente conocida por el declarante al momento de formular su oferta.

Asimismo, carecen de validez las declaraciones de responsabilidad por parte del contratista sobre materias que no son de su incumbencia o decisión.

Tampoco son aceptables las declaraciones o autorizaciones que vulneren los derechos de amparo a la privacidad personal o empresarial, tales como el secreto bancario, el secreto profesional u otros de similar naturaleza.

El oferente sólo puede obligarse a ejecutar aquello que esté claramente especificado en los antecedentes proporcionados por el mandante, al momento de solicitar la propuesta.

Los sistemas en los cuales no está completamente definido el proyecto al momento de llamar a propuesta de construcción, tales como "Fast Track" o "design as you go", son perfectamente aplicables, pero ellos no pueden significar que el contratista se obligue

a ejecutar obras ajenas al proyecto general o con elementos constructivos que se aparten de las especificaciones proporcionadas al licitar.

Este tipo de contrato requiere en especial tener presencia permanente del proyectista o consultor en el terreno, y un sistema de cubos ajustables.

Se debe tener la flexibilidad necesaria para que el contratista sea remunerado sobre la base del trabajo que ejecute efectivamente.

Se deben definir en forma clara y específica cuales son los riesgos que asume el contratista, cuales le corresponden al mandante y cuales al proyectista. El contrato debe reflejar el riesgo real que el contratista esté en condiciones de asumir y no aquel que se le impone a través de declaraciones que lo hacen responsable del diseño. Las exigencias abusivas de los mandantes invalidan las declaraciones de los contratistas acerca del cabal y perfecto conocimiento de todas las características y elementos del proyecto, lo que los obligaría a responder por situaciones que en caso alguno podrían haber asumido.

No son aceptables declaraciones en que se renuncia a todo tipo de recursos o alegaciones, ya que ellas hacen que un contrato a precios unitarios se transforme, en definitiva, en uno a suma alzada. Estas declaraciones deben ser acotadas razonablemente, para no traspasar por esta vía al contratista los eventuales problemas de diseño y financiamiento del proyecto.

Se debe incluir en los documentos contractuales la oferta del contratista, por cuanto ella

es indispensable para precisar el marco de sus responsabilidades. Se debe incluir, además, el set original de planos y especificaciones, aún en el evento que el mandante haya solicitado su devolución al momento de recibir las ofertas, porque para su adecuada individualización ellos deberían estar firmados por el contratista.

h) **INSPECCION TECNICA**

El contrato debe considerar la existencia de una inspección técnica, en que la experiencia de los profesionales que actúan en ella deberá ser, a lo menos, similar a la que se exige a los profesionales del contratista.

Según el tipo de contrato de que se trate, deberá establecerse un control técnico de la obra, que debería encargarse, preferentemente, a entidades independientes y de reconocido prestigio.

i) **MULTAS**

Las multas se establecen con el objeto de resarcir al mandante de los perjuicios ocasionados por los retrasos en el cumplimiento del contrato. Se deben establecer premios cuando las obras se ejecutan antes del plazo estipulado en el contrato, ya que ello implica un beneficio para el mandante.

Las multas deben fijarse dentro de rangos razonables, tanto en sus montos como con respecto a las causas que la originan, ya que su objetivo fundamental dice relación con el cumplimiento del contrato en los términos estipulados y no tienen un objetivo ni un

afán de lucro en sí mismas. Deben ser proporcionales al daño causado, con topes máximos, que se compatibilicen con las facultades de las partes para poner término al contrato anticipadamente.

Se debe poner un tope a las multas de modo que no sobrepasen el 10% del precio del contrato. El contrato puede contener también multas por entregas parciales de obra, en tal evento ellas deben aplicarse sólo en relación al valor de los ítems involucrados en el retraso.

Se recomienda eliminar las multas que no se refieran a cumplimientos de plazos, como son aquellas que penalizan atrasos en entrega de información, inasistencia de profesionales, no uso de elementos de seguridad, incumplimiento de instrucciones, etc.

- 1) El suministro de materiales y equipos aportados por el mandante debe ser oportuno y para ello es necesario indicar fechas en el contrato y establecer normas que aseguren su cumplimiento.

9. DE LA SOLUCION DE CONTROVERSIAS

Es importante la mantención de una atmósfera positiva entre el mandante y contratista, que permita ir dilucidando los problemas contractuales en la medida en que ocurran. Con ello se posibilita que la atención del personal especializado se centre en solucionar los problemas de la obra.

La actividad de la construcción, por las características señaladas, requiere de un mecanismo que solucione oportunamente controversias entre mandantes y contratistas.

Es imposible que a través del establecimiento previo de cláusulas puedan preverse todas las situaciones que ocurrirán en el transcurso de la obra.

- a. Todo contrato de construcción debe incorporar cláusulas de arbitraje, mecanismo que debe operar en torno a una institucionalidad basada en árbitros arbitradores. El recurso legal ante los tribunales ordinarios o ante árbitros de derecho es demasiado lento y por lo tanto resulta incompatible con la dinámica acelerada de la actividad de la construcción, que no permite esperar durante varios años para la solución de un conflicto. Hay que considerar, además, que la demora en la solución de controversias lleva implícito un costo financiero importante.

Ello no obsta a usar los procedimientos arbitrales de la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial. Los árbitros designados en el contrato deben ser quienes resuelvan toda materia relacionada con las garantías de fiel cumplimiento del contrato.

- b. En materia de responsabilidades profesionales, civiles, contractuales y extracontractuales, se deben regir por la legislación chilena cuando las obras objeto del contrato estén ubicadas en Chile.
- c. En contratos de complejidad, se recomienda contar con un perito, designado de común acuerdo que pueda resolver discrepancias de orden menor que surjan durante la ejecución de la obra. Este elemento disminuye considerablemente las posibilidades de

conflictos mayores que deban ser resueltos forzosamente por un árbitro.

10. LIQUIDACIONES DE LOS CONTRATOS

La liquidaciones de los contratos deben ser hechas de común acuerdo por las partes, en conformidad a las estipulaciones del mismo instrumento. En caso de discrepancia, se puede recurrir inicialmente al perito y, en subsidio de éste, al árbitro designado en el contrato.

La liquidación económica de los contratos debe hacerse dentro de plazos establecidos para ello en el mismo contrato y su retardo debe ser sancionado de acuerdo a cláusulas que deberán ser incluidas en dicho contrato para este efecto.

INDICE

PRESENTACION	1
1. INTRODUCCION	3
2. SELECCION DE CONTRATANTES A TRAVES DE PROPUESTAS	4
3. CONDICIONANTES Y EXIGENCIAS DE PROYECTOS EN CUANTO A SUS GRADOS DE DETALLE Y DESARROLLO	8
4. GARANTIAS	10
5. FORMA DE PAGO	11
6. GASTOS GENERALES	12
7. RECEPCION DE LA OBRA	13
8. FORMALIDADES Y CLAUSULAS DEL CONTRATO	14
9. DE LA SOLUCION DE CONTROVERSIAS	18
10. LIQUIDACIONES DE LOS CONTRATOS	20



