

*Contratos de obras públicas*

# MODERNIZACIÓN URGENTE Y NECESARIA

EJECUTAR LOS PROYECTOS DE OBRAS PÚBLICAS DIRECTAS DENTRO DE LOS PLAZOS Y COSTOS CONVENIDOS ENTRE EL MOP Y LAS EMPRESAS ENCARGADAS DE LLEVARLOS A CABO, MUCHAS VECES SE TRANSFORMA EN UN PROCESO QUE ENFRENTA MÚLTIPLES OBSTÁCULOS. CÓMO MEJORAR LA GESTIÓN DE CONTRATOS EN ESTE SECTOR, AUMENTAR LA PRODUCTIVIDAD Y DISMINUIR LOS RIESGOS, ES EL DESAFÍO QUE URGE ABORDAR, PARTICULARMENTE EN EL NUEVO ESCENARIO ECONÓMICO DESENCADENADO POR LA PANDEMIA DEL CORONAVIRUS.

*Por Mónica Newmann\_Retratos Vivi Pelaez.*

**De tiempo en tiempo, los medios de prensa** informan sobre grandes conflictos de empresas constructoras con ministerios y otras reparticiones del Estado. Aunque solo en contadas ocasiones escalan hasta los titulares noticiosos, las disputas en la ejecución de obras de infraestructura pública adjudicadas por licitación fiscal están lejos de ser una rareza.

Según el “Estudio Anual Sobre Conflictividad Contractual en Empresas Socias de la CChC”, elaborado por la entidad gremial, del universo de contratos celebrados en 2018, fue en la categoría de “Obras para Ministerios” –que tiene como principal mandante al de Obras Públicas– donde se produjo el mayor porcentaje de divergencias: 81%, superando las tasas de 72% y 71% de los dos años anteriores.

En la mayoría de los casos, las diferencias se tradujeron en variaciones del contrato original, declarándose como primera causa de tales cambios “las deficiencias en la formulación de los proyectos”. Como resultado, reconocieron los encuestados, para la gran mayoría de las empresas las discrepancias tuvieron consecuencias económicas negativas. ¿Por qué?

## INCUMPLIMIENTO DEL REGLAMENTO

Dos grandes fuentes de perjuicio económico para las empresas que tienen contratos directos con el MOP derivan del “incumplimiento del reglamento respectivo por parte del propio Ministerio”, asegura Florencio Correa, vicepresidente del Comité de Infraestructura de la CChC y vicepresidente de Besalco.

Un caso corresponde a los gastos generales “extraproportionales”. Cuando en una obra se aumenta el volumen del proyecto –explica–, se incrementa también, en forma proporcional, el plazo asociado. Pero si surgen asuntos de otra índole cuya solución no está en manos del contratista –expropiaciones, Evaluación de Impacto Ambiental u otros–, ese aumento “extraproportionales” del plazo, durante el cual la empresa debe mantener a la gente, tiene una norma de pago establecida en el Reglamento. Sin embargo, dice Correa, “el Ministerio lo está administrando a través de Contraloría, con lo cual muy pocas veces se paga o se diluyen los pagos por cinco, siete o 10 años”.

El segundo problema asociado al cumplimiento normativo se presenta en el

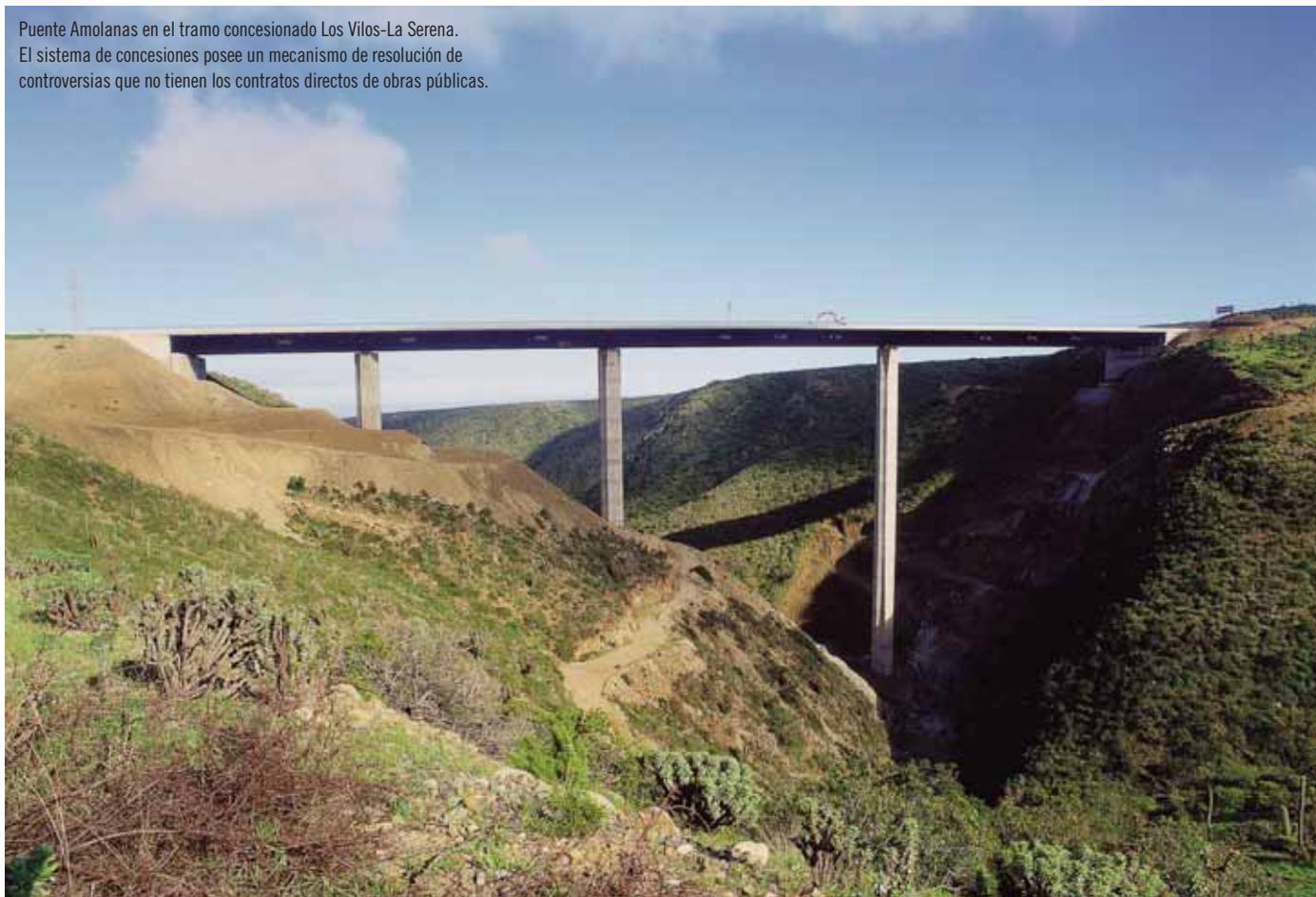
cobro de una obra ejecutada, cuando el Ministerio no dispone de los fondos necesarios, porque, explica Correa, “el Ministerio no recibe la factura, por lo tanto, la empresa no tiene derecho a pago. De esta manera, el Estado aparece sin deudas, pero resulta que tiene contratistas a los que les debe \$ 1.000, \$ 10.000 y hasta \$ 20.000 millones. Además, si la factura es recibida y el Fisco no la puede pagar, el contratista tiene derecho a cierto interés por el atraso. Al no recibirla, se suprime esa posibilidad”.

Su conocimiento de esta problemática es de primera fuente. “Desde hace alrededor de seis meses estamos tratando de cobrar una factura que nos recibieron después de diez años. Ahí está, esperando”, cuenta.

A la hora de evaluar posibles correcciones para estas situaciones, el vicepresidente de Besalco subraya, como primera medida, la aplicación de las regulaciones ya existentes: “más que perfeccionar el Reglamento, hay que hacerlo cumplir”.

Los pagos asociados a modificaciones de obras también han representado quebraderos de cabeza para el gerente general de Arauco S.A., Juan Pablo Aylwin. “Los proyectos del MOP son grandes, se

Puente Amolanas en el tramo concesionado Los Vilos-La Serena.  
El sistema de concesiones posee un mecanismo de resolución de controversias que no tienen los contratos directos de obras públicas.



## SEGÚN EL “ESTUDIO ANUAL Sobre Conflictividad Contractual en Empresas Socias de la CChC”, del universo de contratos celebrados en 2018, en la categoría de “Obras para Ministerios” se produjo el mayor porcentaje de divergencias: 81%.

demoran mucho en ser licitados. Entonces, es normal que tengan modificaciones. Pero –indica–, eso hoy día no se resuelve fácilmente. Una modificación de contrato puede tardar seis, ocho meses y más, y mientras la tramitación no termine, la obra queda paralizada”. Antes, explica, se optaba por hacer el proyecto y cobrar después. “Pero ya no se hace. Hay poca certeza jurídica, el inspector fiscal no es una contraparte que resuelva y, si lo hace, es probable que sea cuestionado. El MOP sugiere ir a juicio para cobrar. Es una desilusión para los contratistas trabajar así, porque la paralización de obras significa recursos eco-

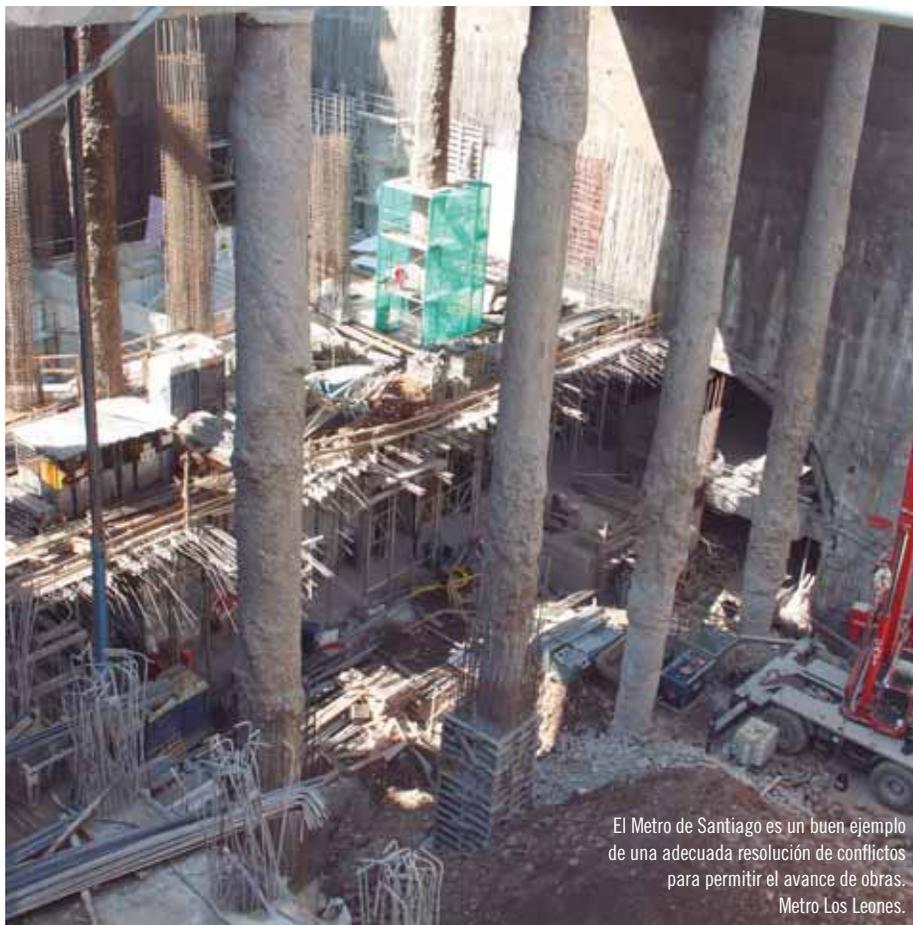
nómicos sumamente importantes, pero no hay forma de cobrar. Ya no hay bolsillo que aguante”, concluye el ejecutivo.

El desperfilamiento de la figura del inspector fiscal, antes dotado de capacidad para tomar decisiones, es reconocido como un factor crítico en la recurrente dificultad para solucionar problemas durante la ejecución de las obras. Su figura se ha debilitado–explica Carlos Piaggio, gerente de Infraestructura de la CChC–, al tiempo que aumentaron las tramitaciones, llegando a requerirse unos 25 vistos buenos para una modificación de obra, con plazos que pueden extenderse hasta en un año.

### NECESIDAD DE CAMBIO

Un rasgo llamativo de estos problemas es que ellos no se replican con la misma intensidad ni frecuencia en otros ámbitos de la construcción de infraestructura pública. Para Besalco, por ejemplo, la experiencia con Metro de Santiago, después de haber construido alrededor de dos tercios de las estaciones en la última década, es favorable. Lo que hace la diferencia, afirma Florencio Correa, está en que “Metro soluciona los problemas”. Lo más caro para un contratista, enfatiza, es que lo dejen con una obra a medio hacer, “porque para el contratista, el plazo es la vida”.

También en el sector de obras concesionadas la relación contratista-mandante es más fluida. La explicación, dice Carlos Piaggio, está en la existencia de un panel técnico de seguimiento, independiente, que resuelve las divergencias. “Es un instrumento que se usa a nivel mundial y que ha permitido solucionar o anticiparse a gran parte de los conflictos que se dan en la ejecución de contratos de obras públicas”, afirma.



El Metro de Santiago es un buen ejemplo de una adecuada resolución de conflictos para permitir el avance de obras.  
Metro Los Leones.

## LA NECESIDAD DE MEJORAR LA gestión de los contratos directos de obras públicas es un imperativo que se enmarca en el anhelado proceso de modernización del Estado.

Para Carlos Zeppelin, presidente del Comité de Infraestructura de la CChC y gerente comercial de Bitumix S.A., la necesidad de mejorar la gestión de los contratos directos de obras públicas es un imperativo, que se enmarca en el anhelado proceso de modernización del Estado. La falta de infraestructura, advierte, es un freno al crecimiento, y Chile tiene un déficit de inversión en infraestructura pública de US\$ 175 mil millones para el período 2018-2027, según el estudio de la CChC “Infraestructura Crítica para el Desarrollo”.

Por otro lado, las divergencias entre el MOP y los contratistas, y la consiguiente habitualidad en la introducción de modificaciones durante la ejecución de los pro-

yectos, no sólo resultan en muchos casos en detrimento económico para las empresas. Datos entregados por el Ministerio de Obras Públicas muestran también un panorama opaco para el propio sector público, en el que, según un estudio de 2016 sobre “Gestión de Proyectos Terminados”, un 55% de las obras presentó incremento presupuestario y un 71%, aumentos de plazo.

Zeppelin cree, no obstante, en la introducción gradual de modificaciones, “más en línea con la experiencia de la reforma procesal penal que la del Transantiago”.

El primer objetivo al que apunta es al diseño de los proyectos públicos, factor que un grupo de investigadores de la Pontificia Universidad Católica de Chile (PUC) iden-

tificó como uno de los grandes causantes de modificaciones en las obras. Aquí las falencias tienen que ver con la experiencia, el conocimiento de la realidad local y la interacción del diseñador con el constructor. En la obra pública directa, ese contacto no existe. “Diseño y construcción son procesos desacoplados, ocurren con años de separación y el resultado es falta de coordinación, con un impacto tremendo en la calidad de los proyectos”, sostiene el presidente del Comité de Infraestructura de la CChC.

En una línea paralela, destaca el uso de pólizas de seguro como mecanismo para garantizar los contratos. Lo importante, explica, es que se resguardan los intereses fiscales a la vez que se identifican los riesgos asociados.

Esta iniciativa permitiría contar con una matriz de riesgos y determinar qué responsabilidades corresponden a cada parte. Actualmente, explica Carlos Zeppelin, el Estado traspa en general todo el riesgo al contratista, en circunstancias de que, en su visión, debería asumirlo quien tenga las mejores facultades y herramientas ante, por ejemplo, riesgos de relacionamiento con las comunidades o coordinación con los servicios básicos públicos, un aspecto en el que Estado está en mejores condiciones para mitigarlos. Un modelo que el dirigente aprecia en esta materia es el que utiliza Perú. En ese país “la matriz de riesgo es llenada en conjunto por las partes durante el proceso de licitación, quedando establecido de antemano y claramente cuáles son los riesgos y quién está a cargo”, subraya.

¿Qué tipo de diferencias podría hacer una herramienta así en la operación del rubro? Una situación que la introducción de seguros contribuiría a evitar es la de las llamadas “ofertas temerarias”, aquellas que están muy por debajo del precio esperado y de los montos presentados por los otros oferentes, y que suelen tener un triste final en proyectos abandonados. Donde hay más propensión a que esto ocurra, explica

Zeppelin, es en las obras especiales, esto es –valga la redundancia– aquellas que no son habituales. Es lo que pasó en el puente levadizo Cau Cau en Valdivia y en el puente atirantado Treng Treng Kay Kay en Padre Las Casas. Este último se inició en 2014 como proyecto bicentenario en el primer gobierno del Presidente Sebastián Piñera. Tres años después quedó abandonado y hoy se estima que las obras podrían reanudarse en octubre. Para cuando estén terminadas, el presupuesto podría llegar a duplicar el originalmente contemplado.

## PIEZAS CLAVE

Una de las carencias más obvias en la relación contractual entre el MOP y los contratistas es la de un mecanismo de resolución de controversias, en abierto contraste con lo que ocurre en el sector privado e incluso en ciertos ámbitos del sector público, como las concesiones. Un caso que expuso esta falencia fueron las reclamaciones que presentó la empresa Hyundai en relación a las obras en el Puente Chacao.

“El problema se gatilló cuando, después de haber sido cambiadas las condiciones del proyecto, la empresa dijo ‘No más’”, señala Carlos Piaggio. No hubo una solución cuando se presentó la coyuntura, porque no hay una instancia para ello. En cambio, se dejó avanzar el proyecto y las posiciones se alejaron. Pero –agrega–, “no podemos correr el riesgo de que una obra así se judicialice y su plazo se extienda indefinidamente”.

Evitar el escalamiento de los problemas y las potenciales consecuencias asociadas, de costos económicos y sociales por obras postergadas o suspendidas, son algunas de las más nítidas ventajas de contar con un mecanismo de resolución de controversias. Su intervención, destaca Florencio Correa, debe ser temprana. “Para que las obras no se paralicen, es importante que se adopten soluciones a tiempo. El inspector fiscal no va a tomar decisiones que involucren altos

“TENEMOS LA ESPERANZA DE QUE la pandemia nos dé una gran oportunidad de avanzar en perfeccionar nuestro sistema de contratación pública, de forma de hacerlo más productivo y sustentable”, afirma Carlos Zeppelin.



Carlos Zeppelin, presidente del Comité de Obras de Infraestructura Pública de la CChC.



Carlos Piaggio, gerente de Infraestructura de la CChC.

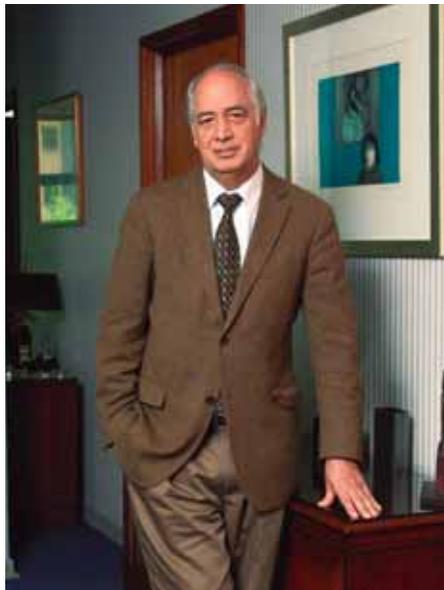
Carlos Zeppelin, presidente del Comité de Obras de Infraestructura Pública de la CChC

## LA CRISIS ECONÓMICA COMO OPORTUNIDAD

La urgencia de modernizar la gestión ministerial está, para Carlos Zeppelin, fuera de toda duda. “Producto de la crisis sanitaria por coronavirus, Chile enfrentará una situación económica compleja en términos de caída del crecimiento y aumento del desempleo”, comenta.

En este contexto, agrega, resultan inconveniente y perjudicial “la burocracia y centralismo en la gestión de los contratos del Ministerio de Obras Públicas, que a nivel central actúa excediendo sus facultades, sobre todo en la toma de decisiones, negándoles a las autoridades regionales atribuciones que el propio reglamento les confiere”. Sin embargo, agrega Zeppelin, “tenemos la esperanza de que la pandemia nos dé una gran oportunidad de avanzar con sentido de urgencia y sobre una base de confianza, para perfeccionar nuestro sistema de contratación pública, de forma de hacerlo más productivo y sustentable”.

UNA DE LAS carencias más obvias en la relación contractual entre el MOP y los contratistas es la de un mecanismo de resolución de controversias.



Florencio Correa, vicepresidente del Comité de Infraestructura de la CChC.

montos, exponiéndose a un sumario. Entonces, los problemas se envejecen y hasta nos ha ocurrido que, junto con terminar de tramitarse un caso, nos dicen que ha prescrito. Llegamos a caer en el absurdo de que las deudas viejas no se pagan y las nuevas se dejan envejecer”.

Es tan nítida la necesidad de una solución, que la CChC, junto con el Instituto de la Construcción y el Ministerio de Obras Públicas, iniciaron hace tres años un piloto de mecanismo de resolución temprana de controversias, el que en un breve plazo



La construcción del Puente Chacao es un ejemplo de las controversias que surgen entre el MOP y los contratistas.



podría debutar como una importante innovación en la gestión de contratos de infraestructura. Carlos Zeppelin está optimista: “La hoja de ruta indica que en el primer semestre de 2020 estaría redactada una propuesta de reglamento para ser incorporado en el Reglamento de Obras Públicas. Hay voluntad de todas las partes y está apoyado por recomendación normativa de la Fiscalía Nacional Económica”.

En un escenario menos favorable, un proyecto en desarrollo puede enfrentar de pronto una situación no prevista y que haga imposible su continuidad. Un ejemplo son los hallazgos arqueológicos. Muchas veces, dice Piaggio, la empresa debe quedarse por meses en el lugar, manteniendo equipos y maquinaria. Un caso emblemático fue el de la construcción del bypass de Castro, en Chiloé. El encuentro de vestigios arqueológicos obligó en 2018 a la detención de la obra, debiendo el contratista mantener la totalidad de su planta profesional.

“Es una pérdida de recursos que no tiene sentido y que perjudica tanto a la empresa como al mismo Estado”, argumenta Carlos Piaggio. Para estos casos, de imposibilidad de continuar, se plantea la creación de cláu-

sulas de salida a decisión del contratista. Incluso, y para evitar su mal uso, Florencio Correa sugiere incorporar una contraprestación como, por ejemplo, el pago de un porcentaje de lo que queda por hacer para “ante la imposibilidad de seguir adelante y antes de que los costos lleven al contratista a una situación caótica, contar con una condición de salida”.

Otra innovación que los especialistas querrían concretar es la figura del gerente de proyecto, también conocido por su nombre en inglés, Project manager. A diferencia del inspector fiscal, que vela por el cumplimiento de los actos administrativos y procedimientos técnicos –explica el presidente del Comité de Infraestructura de la CChC–, este gerente es responsable del buen cumplimiento del proyecto, acompañándolo desde su inicio y resolviendo las dificultades. ¿Cómo se lo empodera para que sea un real aporte a la gestión de los contratos? La respuesta de Zeppelin es enfática: “Recuperando las confianzas, que es un trabajo que tenemos que hacer en el país. Por muchas normas, pautas, leyes que tengamos, si no existe una base inicial de confianza, esto no va a avanzar”.