



UNIVERSIDAD
Finis Terrae

UNIVERSIDAD FINIS TERRAE

FACULTAD DE DERECHO

MAGISTER EN DERECHO PUBLICO

**TÉRMINO ANTICIPADO DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA POR
CAUSAS IMPUTABLES AL CONTRATISTA: EN ESPECÍFICO LA
LIQUIDACIÓN CONCURSAL.**

NATALIA GODOY PINO

Artículo Académico presentado a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae,
para optar al grado de Magister en Derecho Público

Profesor Guía: **Enrique Navarro Beltrán**

Santiago, Chile

2024

TÉRMINO ANTICIPADO DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA POR CAUSAS IMPUTABLES AL CONTRATISTA: EN ESPECÍFICO LA LIQUIDACIÓN CONCURSAL.

NATALIA GODOY PINO

Universidad Finis Terrae

ngodoyp@uft.edu

Resumen:

El presente artículo, tiene como finalidad el análisis de una de las causales de término anticipado del contrato de obra pública por causas imputables al contratista -las cuales se encuentran reguladas en el art. N° 151 del Decreto Supremo MOP N° 75 de 2004, Reglamento para Contratos de Obras Públicas- y, en especial, la que dice relación con la antigua quiebra (hoy llamada liquidación concursal) de la empresa que se adjudicó dicho contrato de obra.

Palabras clave: Contrato de Obra Pública, Reglamento para Contratos de Obra Pública, empresa contratista, término anticipado, liquidación concursal.

Abstract:

The present of this article is to develop one of the grounds for the unilateral termination of the public works contract, which are regulated in Article 151 of the Supreme Decree MOP No. 75 of 2004, Regulations for Public Works Contracts, and in particular, the one related to the former bankruptcy (is currently named bankruptcy liquidation) of the contractor company that was awarded the works contract.

Key words: Public Works Contract, Regulations for Public Works Contracts, contractor company, early termination, bankruptcy liquidation.

Introducción:

Como se indicó al inicio del presente artículo, las causales de término anticipado por incumplimiento(s) del contratista, de los contratos de obra pública regidos por el Decreto Supremo N° 75 de 2004, Reglamento para Contratos de Obras Públicas, en adelante “RCOP”, están establecidas en el art. N° 151 de dicho cuerpo normativo, el cual, en su letra b) indica que: *La Dirección podrá poner término administrativamente y en forma anticipada a uno o más contratos en los siguientes casos: (...) b) Si el contratista fuere declarado en quiebra, o le fueren protestados documentos comerciales, que se mantuvieren impagos durante más de 60 días o no fueren debidamente aclarados dentro de dicho plazo.*

Pues bien, las declaratorias de quiebras (hoy liquidaciones concursales) de las constructoras se han intensificado por diversos factores, siendo uno de ellos el alza de los precios de los materiales de construcción, que se produjo en un principio por el estallido social y, posteriormente por la pandemia provocada por el virus Covid-19, la cual ocasionó sucesivas cuarentenas que impidieron el normal tráfico económico, por lo que muchas empresas contratistas inscritas en los Registros del Ministerio de Obras Públicas, vieron mermadas sus utilidades. Estas circunstancias derivaron en que algunas de éstas solicitaran la liquidación concursal y otras forzadas a hacerlo. Como resultado de lo expuesto, se produce la imposibilidad de terminar las obras contratadas, además de la especial situación de los trabajadores de dichas empresas, por el régimen de subcontratación existente entre éstas y el MOP.

El tema a tratar, resultó ser de interés para la autoridad en el año 2022, toda vez que como consecuencia de las situaciones descritas anteriormente, empresas constructoras importantes en el rubro, terminarían con declaratorias de liquidación concursal –voluntaria y forzosa- lo que derivó en que se dictara el Decreto Supremo MOP N° 177, de 17.10.2022, el que fue publicado en el Diario Oficial con fecha 11.11.2022, que agrega el artículo N°14 transitorio

al R.C.O.P., el cual estableció un sistema de reajuste polinómico de efecto retroactivo a los Contratos de Obra Pública vigentes y que cumplan los requisitos allí indicados.

1. El contrato de obra pública.

1.1 El contrato de obra pública y su regulación normativa.

Previo al análisis del término anticipado del contrato de obra pública por la causal imputable al contratista, es menester contextualizar sobre la naturaleza jurídica de los referidos contratos y del cuerpo normativo que los rige.

El Estado, a través del MOP, puede recurrir a diversas modalidades para encargar la ejecución de una obra pública a un tercero, siendo las más significativas a) el contrato de ejecución de obra pública y b) el contrato de concesión de obra pública.

En esta ocasión, nos referiremos al contrato de ejecución de obra pública, que es el regulado por el Decreto Supremo MOP N° 75/2004, puesto que el contrato de concesión de obra pública se rige por el Decreto Supremo MOP N° 900/1996.

El contrato de obra pública es un contrato administrativo que se celebra entre el Ministerio de Obras Públicas –en adelante MOP- y el contratista (que puede ser una persona natural o jurídica).

Los contratos de obra pública se rigen normativamente por un Decreto Supremo del Ministerio de Obras Públicas, que corresponde al N° 75, del año 2004, que aprueba el “Reglamento para Contratos de Obras Públicas” o “RCOP”. También, encontramos otros marcos normativos, que son el DFL N° 850, del MOP, de 1997 que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 15.840, de 1964 y del DFL N° 206, de 1960 y el Decreto Supremo MOP N° 1093, de 2003, Reglamento de Montos.

Respecto a la naturaleza jurídica del Reglamento para Contratos de Obras Públicas, es importante indicar que, al ser éste un reglamento –proveniente de la potestad reglamentaria consagrada en el art. N° 32 en su numeral 6° de nuestra Constitución Política de Chile- aprobado por Decreto Supremo, el que según la ley N° 19.880 que “Establece bases de los

procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado” corresponde a una categoría de acto administrativo.

Pues bien, el art. N° 3 de la citada ley, señala lo siguiente: “Concepto de Acto administrativo. Las decisiones escritas que adopte la Administración se expresarán por medio de actos administrativos. Para efectos de esta ley se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública. Los actos administrativos tomarán la forma de decretos supremos y resoluciones.

El decreto supremo es la orden escrita que dicta el Presidente de la República o un Ministro "Por orden del Presidente de la República", sobre asuntos propios de su competencia (...)

En efecto, el Reglamento para Contratos de Obra Pública, es un acto administrativo, cuyo contenido es de naturaleza reglamentaria.¹

El académico y actual ministro del Tribunal de Contratación Pública, Pablo Alarcón Jaña, señala una particularidad del referido D.S. MOP N° 75/2004 y refiere que: *“De esta forma, tanto la determinación de los derechos y obligaciones de las partes en el C. de C de OO.PP., como las normas de ejecución de este contrato, entre otros aspectos relevantes, quedan entregadas en su regulación normativa al mencionado Reglamento (D.S. N° 75), y no a una ley, lo que claramente reciente el principio de igualdad entre los contratantes, ya que uno de ellos (MOP) tendrá el enorme privilegio de poder modificar, a su arbitrio, uno de los elementos que forman la relación jurídica contractual entre el Estado/ Administración (MOP) y el contratista.”*²

¹ Véase al autor HERMOSILLA TORRES, FELIPE “Naturaleza y análisis crítico del Reglamento para Contratos de Obras Públicas”, Revista de Derecho Público, Núm. 97 (2002)

² Al respecto, véase al autor ALARCÓN JAÑA, PABLO “Sanciones Administrativas en el Contrato de Obra Pública”, ED. *Legalpublishing*, Sanciones Administrativas X Jornadas de Derecho Administrativo Asociación de Derecho Administrativo (ADA)

Esta circunstancia deriva en que una de las partes del contrato –el Ministerio de Obras Públicas- esté en una situación de ventaja frente al contratista, como sucede con la mayoría de los contratos administrativos, en donde la Administración posee poderes exorbitantes.

El citado reglamento define lo que se entiende por obra pública y contrato de obra pública, en el art. N° 4 prescribe que: Para la correcta interpretación del Reglamento, se entiende por: 14) *Obra Pública: Cualquier inmueble, propiedad del Estado, construido, reparado o conservado por éste, en forma directa o por encargo a un tercero, cuya finalidad es propender al bien público.* A su vez, el numeral 15 define lo que es el contrato de obra pública “*Es un acto por el cual el Ministerio encarga a un tercero la ejecución, reparación o conservación de una obra pública, la cual debe efectuarse conforme a lo que determinan los antecedentes de la adjudicación, incluyendo la restauración de edificios patrimoniales*”

Dentro de las peculiaridades del contrato de obra pública, es que se trata de un contrato administrativo, celebrado entre el Estado y un contratista y es de la esencia de este contrato *el riesgo y ventura*, que lo asume el contratista, debiendo soportar el mayor riesgo o bien, beneficiarse de una eventual menor onerosidad.

El MOP, a través de algún servicio operativo, realiza el llamado a licitación para la ejecución de una obra pública, y quien se adjudique dicha obra será el contratista que cumpla con las bases administrativas y que presente la oferta económica más favorable al interés fiscal. Habiéndose adjudicado la obra con el valor ofertado por el contratista, éste contrae una obligación de resultado, que es la construcción de una obra pública y que viene a satisfacer una necesidad pública, por lo que será de su cargo los imprevistos que ocurran durante su ejecución.

Los principios que rigen el presente contrato son: Legalidad; Formalismo; Publicidad y Transparencia; Igualdad de los interesados y oferentes; Idoneidad del contratista; Mutabilidad del Contrato; Control; Preeminencia de la Administración, el Equilibrio Financiero del Contrato y podríamos agregar el riesgo y ventura.

1.2 Los riesgos en contrato de obra pública.

Como se indicó previamente, es de la esencia del contrato de obra pública que el riesgo y ventura lo asuma el contratista, es decir, todos los imprevistos que ocurran durante su ejecución, por regla general lo asume el cocontratante de la Administración.³

En el RCOP, se prevén situaciones en que por fuerza mayor o caso fortuito, ocurran imprevistos que escapen del control de ambos contratantes; así, por ejemplo, el art. N° 161 inciso 3°, contempla la circunstancia de que por fuerza mayor el contratista incurra en atrasos parciales y menciona que *“Si durante la ejecución de la obra se produjeran atrasos parciales ocasionados por fuerza mayor o por caso fortuito, el contratista deberá presentar a la inspección fiscal su justificación por escrito antes de que transcurran 30 días desde que se hayan producido; pasado este período no se aceptará justificación alguna. El Director estudiará el informe presentado por la inspección fiscal y las razones invocadas por el contratista para justificar el atraso y resolverá o propondrá, según proceda, la aceptación o rechazo de la ampliación del plazo...”*. Es decir, producido un retraso por fuerza mayor o caso fortuito, queda a criterio del Director de la Dirección licitante -previo informe del I.F- conceder una ampliación del plazo de la obra.

Asimismo, respecto del daño de cualquier naturaleza que puedan sufrir las obras, estos serán de exclusiva responsabilidad del contratista, quien, además deberá repararlo a su costa y cargo.⁴ En el mismo sentido, encontramos el art. N° 150 del citado Reglamento, que señala que *“Los accidentes que deterioren o derriben la obra, o que ocasionen pérdidas de materiales, serán soportados exclusivamente por el contratista, a menos que la Dirección General califique el caso como extraordinario y ajeno a toda previsión, o que la obra haya sido recibida provisoria o definitivamente. Las pérdidas causadas por incendio u otros*

³ Al respecto, véase al autor OELCKERS, Osvaldo (1980): “Los riesgos y el equivalente económico en el contrato administrativo de obra pública” pp. 179-180.

⁴ Así lo determina el art. N° 134 del RCOP, que en su inciso 3° indica que *“todo daño de cualquier naturaleza, incluyendo fuerza mayor o caso fortuito, que por razones ajenas al MOP, sufran las obras durante el período de construcción, será de exclusiva responsabilidad del contratista y deberá ser reparado a su costa y cargo...”*

accidentes, serán de cargo del contratista, quien podrá asegurar la obra por su cuenta, hasta la recepción provisional...”

Como se puede apreciar del citado precepto legal, la calificación de que el caso fortuito o fuerza mayor sea extraordinario e imprevisto queda entregada a la Dirección General de Obras Públicas –DGOP –, es decir, al propio Ministerio de Obras Públicas.

Pues bien, el RCOP, menciona situaciones relativas al daño que pueden sufrir las obras y que se deban a situaciones excepcionales e imprevistas por ambas partes -MOP y contratista- entregando a las empresas contratistas los riesgos de éstas.

1.3 Equilibrio económico del Contrato de Obra Pública.

Nos detendremos también en este principio, pues tiene estrecha relación con el tema que nos convoca, toda vez que como consecuencia de lo indicado anteriormente -respecto al riesgo que asume el contratista al celebrar un contrato de obra pública- y, el alza de precios en los materiales de construcción cuando los contratos ya se encontraban en ejecución.

En todo contrato administrativo, este principio se presenta como una garantía para los cocontratantes de la Administración ante los poderes exorbitantes de ella, y como se mencionó al inicio del presente texto, el RCOP presenta la particularidad que es un Reglamento y no una ley la que rige la relación jurídica MOP-contratista.

En efecto, respecto de las modificaciones al contrato, los art. N° 146 y art. N° 147 del citado Reglamento, establece que la Dirección podrá, modificar el programa de trabajo, por circunstancias especiales y, si de dicha modificación resultare un aumento de plazo u otro perjuicio al contratista, se le indemnizará conforme lo señalen las bases administrativas o en silencio de ellas, de la forma indicada en el art. N° 147 del RCOP⁵.

⁵ Art. N° 147, RCOP: Si en virtud de la aplicación de los artículos 145 y 146, 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

Esto no es más que la manifestación de dicho principio, puesto que al modificar la Dirección lo que inicialmente señalaban las bases administrativas que el contratista aceptó, se debe pagar la correspondiente indemnización de lo que podría significar un mayor costo en la ejecución de la obra.

Estas modificaciones, como bien se mencionó, obedecen a circunstancias especiales, pues no olvidemos que la Administración contrata con un particular, con la finalidad de satisfacer una necesidad pública, por lo que dicha variación o mutabilidad del contrato de obra pública, corresponderá siempre a un interés público.

Asimismo, los art. 102 y siguientes del RCOP, prevé situaciones donde el Ministerio puede aumentar o disminuir la cantidad de obras contempladas y ordenar la ejecución de obras extraordinarias, haciendo presente el pago de la correspondiente indemnización al contratista.

Pero ¿Qué sucede si durante la ejecución de una obra pública, los valores de los insumos necesarios para su construcción se tornan excesivamente onerosos, rompiendo el equilibrio de dicha prestación?

Por ser este hecho un acontecimiento imprevisto y de carácter excepcional, no fue considerado en el cuerpo normativo que rige los Contratos de Obra Pública en Chile, por lo que trajo importantes consecuencias tanto para las empresas contratista, como para la Administración-MOP, como se expondrá más adelante.

1.4 Teoría de la Imprevisión en los Contratos de Obra Pública.

La palabra imprevisión, es definida por la RAE como “falta de previsión”, ergo, previsión podemos definirla como conocimiento o juicio de lo futuro.

relación con el plazo inicial. Para el cálculo de la indemnización, la propuesta se reajustará en base a lo prescrito en el inciso segundo del artículo 108, entre el mes anterior a la fecha de su apertura y el mes anterior a la fecha del estado de pago de la indemnización.

Esta teoría pretende solucionar los conflictos que se pueden presentar ante un cambio en las circunstancias originalmente pactadas, cuando un hecho imprevisible produzca una excesiva onerosidad para una de las partes.

En síntesis, la teoría de la imprevisión consiste en determinar si es posible modificar los términos de un contrato, o resolverlo, cuando, a consecuencia de circunstancias graves e imprevisibles, la obligación de una de las partes sea excesivamente gravosa, de modo que se produzca un desequilibrio en las prestaciones.

En un contrato entre privados, atendido el principio de igualdad entre las partes, resulta necesario que sea un tercero imparcial quien resuelva si es procedente la aplicación de esta teoría y determinar si es posible modificar dicho contrato o resolverlo, según se estime pertinente.

Pues bien, como se mencionó anteriormente, la Administración –MOP- posee poder exorbitantes, y una manifestación de ello, es la potestad de modificar unilateralmente el contrato de obra pública (artículos 102 y sgtes. y artículos 145 y sgtes, del R.C.O.P.)

Una manifestación de esta teoría en el R.C.O.P., la encontramos el art. N°109, que prescribe que *“Si durante el plazo del contrato se aumentaran los derechos de aduana o los impuestos fiscales directos que lo gravan, vigentes a la fecha de la licitación o de la celebración del contrato a trato directo, el contratista tendrá derecho a que se le reembolse lo que compruebe haber pagado de más por este motivo”*. Como se puede apreciar, se reconoce el hecho de que el contratista pueda incurrir en mayores gastos, los cuales no estuvieron previstos originalmente por un cambio en las circunstancias, en este caso el pago de impuestos fiscales de aduanas, pero no contempla el caso de que los insumos que se requieran para la construcción de dicha obra aumenten de precio o haya un cambio drástico en las circunstancias tenidas a la vista por la empresa contratista al momento de contratar con la Administración.

2. El término del contrato de obra pública.

2.1 El cumplimiento de las obligaciones.

El contrato de obra pública termina normalmente por el cumplimiento de las obligaciones por parte del contratista adjudicatario del contrato respectivo, y con ello también se cumple la finalidad tenida a la vista al momento de contratar por parte de la Administración, que es satisfacer una necesidad pública.

El art. N° 166, del Reglamento para Contratos de Obra Pública, señala que *Una vez terminados los trabajos, el contratista solicitará por escrito la recepción de la obra al inspector fiscal, quien deberá verificar dicho término y el fiel cumplimiento de los planos y especificaciones del contrato, con la debida certificación de calidad de las obras que se indique en el Proyecto y en el plazo que se indique en el mismo. Constatado lo anterior, deberá comunicarlo a la Dirección por oficio, en un plazo no superior a 5 días, indicando la fecha en que el contratista puso término a la obra. Se entenderá como fecha de término el día en que el contratista terminó de construir el 100% de las obras contratadas.*

Entonces, una vez concluidos los trabajos, el contratista solicita la recepción de la obra, la que corresponde a la recepción provisional formada por una comisión destinada al efecto por profesionales pertenecientes al Ministerio de Obras Públicas, y su número varía dependiendo si se trata de Obras Mayores u Obras Menores, y a partir de esta recepción provisional, se inicia la explotación de la obra, salvo cuando se reciban éstas con reservas por existir defectos en la misma.⁶

Con posterioridad a dicho trámite, se recibe la obra definitivamente, y si no hay observaciones por la comisión designada, procede la liquidación del contrato⁷, que corresponde a una operación técnico-contable, que tiene como finalidad determinar la existencia de saldos a favor o en contra del Fisco y del Contratista.

⁶ Art. N° 172, del RCOP.

⁷ Art. N° 176 y N° 177, del RCOP.

2.2 La liquidación concursal como causal de término en el contrato de obra pública.

El art. N° 151 del R.C.O.P., señala las causales por las cuales la dirección puede poner término administrativa y anticipadamente a uno o más contratos de obra pública. Este término del contrato de forma anticipada es a consecuencia de graves incumplimientos por parte de la empresa contratista.

A modo ejemplar, algunas de dichas causales son la condena por delito que merezca pena aflictiva, respecto del contratista como persona natural o alguno de los socios de la empresa; no haber dado cumplimiento al programa de trabajo; si por error en la ejecución de los trabajos la obra quedara con defectos graves que no pudieran ser reparados y comprometiera su seguridad.

En dicho artículo, en el cual se detallan las causales ejemplificadas en el párrafo anterior, se encuentra la anterior quiebra, hoy llamada liquidación concursal, la cual es considerada como un incumplimiento, puesto que al iniciarse el procedimiento de liquidación concursal, el contratista no puede -por razones obvias- dar cumplimiento a las obras. A este respecto, es dable preguntarse ¿Qué sucede en los casos en que dicha quiebra o liquidación concursal es resultado de cambios en las circunstancias contratadas y que lo haya vuelto más oneroso? Por otra parte, estimar ésta como un incumplimiento y terminarlo anticipadamente conlleva a la interposición de sanciones pecuniarias, como se verá a continuación, lo cual podría perjudicar aún más la situación financiera del contratista.

En efecto, el art. N° 152, del citado Reglamento para Contratos de Obra Pública, prescribe unas sanciones para las empresas contratistas que hayan terminado sus contratos de forma anticipada y se excluye únicamente cuando éstos han terminado de mutuo acuerdo o cuando la dirección es la que decide terminarlos cuando así lo aconsejen sus necesidades⁸. Estas sanciones son de índole patrimonial y extra patrimonial.

El aludido precepto legal dispone lo siguiente: *Puesto término anticipado a un contrato por cualquiera de las causales señaladas en este reglamento, salvo las establecidas en el Artículo 148 y en la letra h) del artículo anterior, se mantendrán las garantías y retenciones del contrato, las que servirán para responder del mayor precio que pueda costar la obra hecha*

⁸ En dicho caso le corresponde una indemnización al contratista, así lo señala el art. N° 148, del R.C.O.P.

por administración o por un nuevo contrato, como asimismo, para el pago de las multas que afecten al contratista, o cualquier otro perjuicio que resultare para el Fisco, con motivo de esa liquidación.

El contratista perderá como sanción, tan pronto se ponga término anticipado al contrato, por lo menos un 25% del valor de las garantías que caucionen su cumplimiento, salvo en el caso estipulado en el Artículo 148 o en la letra h) del artículo anterior o cuando a juicio fundado del Director General no resultare equitativo aplicar dicha sanción.

El contratista a quien se le haya puesto término a un contrato por falta de cumplimiento, será suspendido del Registro, a proposición de la Dirección del Servicio correspondiente, quien propondrá además el período de suspensión, sobre la base de la importancia del incumplimiento. En todo caso se le deberá calificar y dejar constancia de su incumplimiento en su hoja de vida en el Registro de Contratistas.

Tal como se aprecia en el citado artículo, estas sanciones pecuniarias tienen como finalidad mitigar los perjuicios ocasionados al Fisco producto de una terminación anticipada de un contrato, puesto que éstos obedecen a la satisfacción de una necesidad pública, y se debe volver a licitar la obra desde el estado en que ésta haya quedado y, para pagar las multas que se le hayan aplicado al contratista. Para ello se mantienen las garantías de fiel cumplimiento del contrato⁹ y las retenciones¹⁰.

⁹ El art. N° 96 inciso 1° del RCOP señala “El contratista cuyo contrato se acepta deberá presentar como garantía de fiel cumplimiento del contrato, dentro del plazo que se indica en el inciso 2° del artículo 90, a la orden del Director o del Secretario Regional, según se adjudique la propuesta a nivel nacional o regional, una boleta bancaria o bien una póliza de seguro, conforme a lo dispuesto en el artículo 109 del D.F.L. MOP N° 850 de 1997, por una cantidad equivalente al 3% del valor del contrato y cuya vigencia será el plazo de éste aumentado en 24 meses para el caso de Obras Mayores, y por una cantidad equivalente al 5% del valor del contrato y con una vigencia del plazo de éste aumentado en 18 meses para Obras Menores, fijándose dicho valor expresado en unidades de fomento. Sin perjuicio de lo anterior, las bases administrativas podrán aumentar el monto de la garantía, y ampliar su plazo, si a juicio de la Dirección así conviniere.”

¹⁰ De cada estado de pago parcial se retiene –salvo que las bases administrativas disponga un porcentaje superior- el 10% del valor de la obra pagada, hasta enterar un 5% del valor total del contrato, incluido los aumentos que estos tengan.

Respecto de la garantía de fiel cumplimiento, el contratista pierde a lo menos el 25% de ella, salvo cuando a juicio del Director General de Obras Públicas no resulte equitativo aplicar dicha sanción.¹¹

Además de dicha sanción pecuniaria, también se le suspende del Registro de Contratistas del MOP y también se deja constancia de su incumplimiento en su hoja de vida del referido registro.

Este término anticipado del contrato de obra pública, debe materializarse en un acto administrativo, que será una resolución exenta o afecta a toma de razón, según el monto del contrato. Como todo acto administrativo, dicha resolución debe ser fundada, para lo cual bastaría con acreditar, para el caso en análisis, que la empresa contratista que se adjudicó el contrato, está en un proceso de liquidación concursal.

2.3 La liquidación concursal como causal de término en otros contratos.

Como se indicó en los acápites anteriores, el contrato de obra pública, es un contrato administrativo, por lo que se rige por las normas de derecho público. Es importante resaltar esta característica, puesto que la liquidación concursal en contratos de diversa naturaleza jurídica y que estén en ejecución, su declaración no conlleva necesariamente a su término,

¹¹ En los últimos 10 años, ésta excepción no ha sido utilizada por el Director General de Obras Públicas, según informó la Dirección General de Obras Públicas, a través del Ord. N° 881, de 14.11.2023, en respuesta a la solicitud N° AM002T0001810, Ley de Transparencia.

salvo norma expresa, como sería el caso del contrato de trabajo¹², el contrato de mandato¹³ y el contrato de cuenta corriente¹⁴.

Respecto de los contratos administrativos de suministro y servicios que celebre el Estado con un particular, los cuales son regidos por la ley N° 19.886, del 2003, más conocida como Ley de Compras Públicas, es necesario indicar que el Decreto N° 250, del año 2004, del Ministerio de Hacienda, que “Aprueba Reglamento de la ley N° 19.886 de Bases sobre Suministro y prestaciones de Servicio”, en el capítulo VIII, en su párrafo 5, referido a las modificaciones y término anticipado, establece que los contratos administrativos regulados por dicho reglamento podrán modificarse o terminarse anticipadamente por las siguientes causales:

3. *Estado de notoria insolvencia del contratante, a menos que se mejoren las cauciones entregadas o las existentes sean suficientes para garantizar el cumplimiento del contrato.* Es decir, bastaría con la notoria insolvencia del contratante para que se termine anticipadamente un contrato de suministro o de prestación de servicios.

Ahora bien, dicho Decreto, no define ni entrega más detalles sobre qué puede entenderse por “notoria insolvencia” lo que queda a criterio de la Administración.

A diferencia de la poca especificación del decreto N° 250, de 2004, respecto a qué se refiere por notoria insolvencia, encontramos en otro contrato administrativo, como lo es el contrato de obra del Servicio de Vivienda y Urbanismo, los que se rigen por el Decreto N° 236, de 2002, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, una presunción de aquella circunstancia. En efecto, éste señala respecto al término anticipado de dichos contratos, en el art. N° 134 de

¹² El art. N° 163 bis del Código del Trabajo, en su primer inciso señala que “El contrato de trabajo terminará en caso que el empleador fuere sometido a un procedimiento concursal de liquidación. Para todos los efectos legales, la fecha de término del contrato de trabajo será la fecha de dictación de la resolución de liquidación (...)”

¹³ El Código Civil, respecto al término del contrato de mandato, dispuso en el art. N° 2.163 que el mandato termina: *6° Por tener la calidad de deudor en un procedimiento concursal de liquidación, el mandante o el mandatario.*

¹⁴ Así también lo establece el Código de Comercio, en el art. N° 611, en el cual señala las causales de conclusión del contrato de cuenta corriente, y en el inciso 2° dispone que “Se concluye también por la muerte natural o civil, la interdicción, la demencia, la dictación de la resolución de liquidación o cualquier otro suceso legal que prive a alguno de los contratantes de la libre disposición de sus bienes”.

dicho cuerpo normativo que *El Serviu podrá poner término administrativamente y en forma anticipada a un contrato, con cargo para el contratista, en los siguientes casos: (...) b) Por quiebra, cesión de bienes o notoria insolvencia. Se presumirá notoria insolvencia del contratista cuando tenga documentos protestados o se encuentre en mora en el pago de obligaciones previsionales o tributarias.*

Pues bien, los contratos administrativos mencionados, no indican como causal de término propiamente tal a la liquidación concursal, sino más bien cuando el cocontratante de la administración está en una situación de insolvencia, es decir, en una vulnerable situación económica pero no declarado en “quiebra”.

3. Consecuencias de la liquidación concursal del contratista del Ministerio de Obras Públicas.

3.1 Consecuencias administrativas.

Como se expuso anteriormente, la quiebra es una causal de término administrativo y anticipado del contrato de obra pública, por tanto, una consecuencia de ello es que las obras no se concluyeron.

A este respecto y en relación a la recepción de las obras, el art. N° 166 del R.C.O.P., en su inciso final señala que (...) *En los casos de liquidación anticipada, se recibirá la obra en el estado que se encuentre, debiendo en este caso, la comisión, emitir un informe detallado y valorizado de los trabajos ejecutados por el contratista aun cuando no representen ítem completos.*

Asimismo, el art. N° 174, inciso 1°, del citado Reglamento, prescribe lo siguiente *La obra ejecutada en un contrato que se liquida anticipadamente, será recibida a través de una recepción única por la comisión que corresponda, de acuerdo a lo establecido en el artículo 166.*

Por consiguiente, una vez que se termina anticipadamente un contrato de obra pública, a través de una resolución del servicio, prosigue a la recepción única de las obras inconclusas a través

de una comisión designada al efecto, para posteriormente liquidar el contrato y contratar la continuación de las obras.

Asimismo, el R.C.O.P. contempla sanciones para los casos de incumplimiento, las que fueron mencionadas en el acápite 2 del presente artículo, las que dicen relación con las sanciones administrativas a la empresa contratista, las que incluyen el cobro de la garantía de fiel cumplimiento y el cargo por el mayor costo que implica contratar la terminación de la obra a un nuevo contratista.

Otra de las consecuencias de la quiebra de una empresa contratista, dice relación con sus trabajadores, toda vez que ésta al encontrarse en una situación de insolvencia, presumiblemente no ha dado cumplimiento al pago de remuneraciones y cotizaciones previsionales de sus colaboradores. Este incumplimiento cobra importancia para el Ministerio de Obras Públicas por la existencia del régimen de subcontratación.

3.2 Régimen de subcontratación.

¿Qué es la subcontratación y por qué resulta relevante esta institución cuando una empresa contratista se ha adjudicado un contrato de obra pública?

Según el tenor del artículo 183-A del Código del Trabajo, es “aquél realizado en virtud de un contrato de trabajo por un trabajador para un empleador, denominado contratista o subcontratista, cuando éste, en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena, denominada la empresa principal, en la que se desarrollan los servicios o ejecutan las obras contratadas (...)”

De dicho precepto citado se desprende la relación triangular entre el trabajador dependiente de la empresa contratista, la que a su vez tiene un acuerdo contractual con una persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena, denominada empresa principal, que en este caso corresponde al Ministerio de Obras Públicas.

A este respecto, es preciso señalar que el Consejo de Defensa del Estado en las causas en que se hace parte en defensa del MOP, discute la no procedencia de este régimen respecto del

Fisco, a raíz de la definición del propio precepto. En efecto, sus alegaciones inciden en la naturaleza del acuerdo contractual entre el Fisco y la empresa contratista, que es de naturaleza administrativa; el Fisco-Mop no es el dueño de la obra y no es una empresa en los términos del Código del Trabajo.

Pues bien, a pesar de dichos argumentos, la Corte Suprema ha señalado en diversos fallos *que es aplicable al Fisco el estatuto jurídico de la subcontratación*¹⁵ y que si bien el Estado no es una empresa, para dichos efectos se comporta como tal.

Una de las consecuencias de que se considere al Ministerio de Obras Públicas como empresa principal dice relación con el pago de las prestaciones laborales que correspondan a los trabajadores. La empresa principal –MOP- es responsable solidaria o subsidiariamente del pago de las indemnizaciones por años de servicio; del pago de la indemnización sustitutiva del aviso previo; del pago de las remuneraciones adeudadas al trabajador; del pago de las cotizaciones previsionales y de salud del trabajador; pago de las remuneraciones de los trabajadores por efecto de la Nulidad del Despido.

El RCOP en el art. N° 131, faculta al Inspector Fiscal¹⁶ de un contrato para que, en los casos que el contratista o subcontratista, no pague las remuneraciones a sus trabajadores, a pagar por subrogación y con cargo a los Estados de Pagos pendientes de éste, y si estos no fueren suficientes, con cargo a las retenciones o garantías vigentes.

¿Por qué cobra relevancia el régimen de subcontratación cuando un contratista se encuentra en liquidación concursal?

Este procedimiento de liquidación concursal, se lleva a cabo cuando una persona natural o jurídica ha cesado en sus pagos y si dentro de éstos se encuentran las cotizaciones

¹⁵ Sentencia Corte Suprema Rol N° 23.135-2019, de 15.04.2021.

¹⁶ Art. N° 4 numeral 9) del RCOP: *Inspector Fiscal: El funcionario profesional que, nombrado en forma competente, asume el derecho y la obligación de fiscalizar la correcta ejecución de las obras y el fiel cumplimiento de un contrato de construcción.*

previsionales y de salud y las remuneraciones de sus trabajadores, será responsable solidaria o subsidiariamente el Ministerio de Obras Públicas.

Que esta responsabilidad del Mop sea solidaria¹⁷ o subsidiaria¹⁸, dependerá si éste ha ejercido correcta y oportunamente los derechos de información y de retención; de este modo, será responsable solidariamente el Fisco, si no se han ejercido los mencionados derechos por parte del Ministerio de Obras Públicas y subsidiariamente, si éstos se ejercieron.

- El derecho de información: De acuerdo con lo establecido por el artículo N° 183-C del Código del Trabajo, en sus incisos primero y segundo, el derecho de información, o también llamado de control y pago, es *aquel que permite a la empresa principal pedir informes a los contratistas y subcontratistas, sobre el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales respecto de sus trabajadores*. Este derecho se ejerce exigiendo el Inspector Fiscal de la obra pública objeto del contrato entre el Mop y la empresa contratista, el certificado de cumplimiento de obligaciones previsionales y laborales, emitido por la Dirección del Trabajo, este derecho debe ejercerse mensualmente.
- El derecho de retención: Es aquel que permite a la empresa principal retener, de los pagos que debe efectuar a los contratistas que no acrediten el cumplimiento íntegro de sus obligaciones laborales y previsionales, los montos por los cuales es responsable y pagar por subrogación al trabajador o institución previsional acreedora.

¹⁷ El trabajador puede cobrar indistintamente a su empleador o al Fisco el total de los montos adeudados, es decir el trabajador opta por cobrar a uno o a otro, y si es requerido por el trabajador el pago al Fisco, este debe pagar el total de lo adeudado.

¹⁸ Si se determina que la responsabilidad fiscal es subsidiaria, el trabajador debe agotar las instancias de cobro a su empleador (empresa contratista), y solo en el evento de que agotadas estas instancias no se haya obtenido el pago del total, procede a perseguir su crédito en contra del Fisco por el total no pagado.

4. Las principales razones de la quiebra en empresas del rubro de la construcción.

Según un artículo publicado en el medio de comunicación digital, Biobío Chile, de fecha 02.11.2022, en el cual citaron datos de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento [SUPERIR] “244 empresas del sector de la construcción solicitaron su quiebra durante los últimos tres semestres. Esto corresponde a 58 empresas del rubro que quebraron el primer semestre de 2021, a las que se suman 76 del segundo semestre del año pasado y 110 compañías quebradas durante el primer semestre de este año”.¹⁹

Respecto al año 2023, y en conformidad a los análisis recogidos por la mencionada institución, en el primer semestre del citado año, 72 empresas del sector de la construcción, entraron al procedimiento de liquidación concursal, tanto voluntaria como forzosa. De estas 72; 5 habrían celebrado contratos de obra pública con algún servicio operativo del Ministerio de Obras Públicas, lo que conllevó a que 36 obras quedaran abandonadas.

Pero, ¿cuáles fueron las causas que detonaron en la quiebra (hoy liquidación concursal) de tantas empresas constructoras, contratistas del Ministerio de Obras Públicas?

Como se adelantó en la introducción del presente artículo, la declaratoria de quiebra de importantes empresas constructoras se produjo por un conjunto de factores, los que incluyen en un primer punto, el estadillo social de octubre del año 2019, luego la pandemia provocada por el virus del Covid-19.

Una de las tantas consecuencias perniciosas de la pandemia, fue el desabastecimiento en las materias primas y su enorme aumento de costo, el incremento de los precios de transporte y combustible, escasez de mano de obra producto de las cuarentenas y restricciones de desplazamiento, lo cual, trajo como resultado el retraso en el programa de trabajo y consecuentemente con ello, la aplicación de multas y en algunos casos más graves, la imposibilidad de generar los estados de pago, por no tener el avance mínimo de las obras exigido, que corresponde a un 15%, según prescribe el RCOP.

¹⁹ <https://www.biobiochile.cl/noticias/economia/actualidad-economica/2022/11/02/analisis-detecto-la-quiebra-de-244-empresas-del-rubro-de-la-construccion-en-3-semestres.shtml>

Otros factores, dice relación a que muchos de los contratos de obra pública fueron adjudicados con valores que no coincidieron con la realidad emergente y con la inflación que afectó –y afecta actualmente- a la economía del país, sumado esto con la circunstancia de que la mayoría de estos contratos, no contaban con un sistema de reajustabilidad. Asimismo, se añade las trabas crediticias de los Bancos para obtener créditos y el alza de éstos, lo que derivó en la insolvencia y falta de liquidez de las empresas constructoras, para poder dar cumplimientos a sus obligaciones.

El Presidente de la Cámara Chilena de la Construcción, sr. Juan Armando Vicuña, declaró en el diario El Mercurio On-Line, al ser consultado por su visión en torno al tema, que "Desde la paralización y el retraso de las obras producto del estallido social y la pandemia, pasando por el aumento del precio de los materiales y desfases en los pagos de los mandantes, hasta las dificultades para acceder a financiamiento. Y todo ello en el contexto de un país con una alta incertidumbre político-regulatoria y un bajo compromiso con el crecimiento económico y la facilitación de las inversiones privadas"²⁰

4.1 Dictación del Decreto Supremo MOP N° 177, de 17.02.2022.

Una de las medidas tomadas por la cartera de obras públicas, fue la modificación al ya mencionado R.C.O.P., a través del Decreto Supremo MOP N° 177, de 17.10.2022, tomado de razón por la Contraloría General de la República el 09.11.2022 y publicado en el Diario Oficial con fecha 11.11.2022, que agrega el artículo N° 14 transitorio al referido Reglamento, el cual establece un sistema de reajuste polinómico²¹ de efecto retroactivo a los Contratos de Obra Pública vigentes y que cumplan los requisitos allí indicados.

El R.C.O.P., en su art. N° 108, señala respecto al sistema de reajuste de valores, que *“El valor convenido para la suma alzada o para los precios unitarios de las obras contratadas se*

²⁰ <https://www.emol.com/noticias/Economia/2023/07/24/1101922/quiebra-constructoras-factores-crisis-2023.html>

²¹ Este corresponde a una corrección monetaria que se utiliza en el sector de la construcción de obras, para reflejar la variación efectiva que experimentan los costos de construcción. Está formado por los valores de los ítems publicados, ponderados por coeficientes que dependen de la composición de insumos de cada contrato.

considerará invariable. Sin embargo, estos contratos podrán estar afectos al sistema de reajuste que se establezca en las bases administrativas. Si éstas nada señalan, la obra pagada en los estados de pago, se reajustará en la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC)...” Es preciso indicar que este reajuste fue insuficiente para paliar los efectos que tuvo la inflación, pues este no reflejó la distorsión en el costo de los insumos²².

Con la dictación del citado Decreto Supremo, se intentó aminorar el desequilibrio económico que soportaron las empresas contratistas. Dicho desequilibrio se estima que inició desde el mes de Septiembre de 2021, así se desprende del considerando 3ro de éste, el cual señala que “(...) *de acuerdo con los índices calculados en conformidad a la resolución DGOP N° 80, de 2021 y sus modificaciones, en base a fuentes provenientes del Instituto Nacional de Estadísticas, de la Empresa Nacional del Petróleo y del Banco Central, el alza de los insumos, que impactan directamente en las obras públicas, superó la curva normal de los últimos años desde el mes de septiembre de 2021, en términos tales que, a juicio de este Ministerio y de acuerdo con la disponibilidad de recursos, amerita adoptar el mecanismo que se crea en este decreto”*

Así las cosas, el referido precepto legal establece que puede incorporarse, previa solicitud del contratista y sujeto a la disponibilidad de recursos fiscales, un mecanismo de reajuste, siempre que a la fecha de la total tramitación de dicha modificación -11.11.2022- se cumplan los siguientes requisitos:

- a) No se encuentre dictada la resolución que designa la comisión de recepción única o provisoria;*
- b) No se haya hecho abandono unilateral de la obra, lo que deberá ser verificado por el inspector fiscal o el respectivo Servicio;*
- c) No se haya dado término anticipado al contrato;*
- d) El contrato no contemplase el índice de reajuste, que se define en el párrafo siguiente, y*

²² Decreto Supremo MOP N° 177, de 17.10.2022, considerando 4°.

e) No hayan sido licitadas mediante bases especiales, esto es, aquellas bases que no cuenten con un formato tipo, aprobado por el Ministerio de Obras Públicas y tomado de razón por la Contraloría General de la República.

El índice de reajuste señalado en el inciso anterior corresponde a aquel calculado en conformidad a la resolución DGOP N° 80, de 2021 y sus modificaciones posteriores (...)

Este reajuste se aplicó en los estados de pagos cursados desde el 1° de septiembre del año 2021, hasta que se curse el último de éstos en el contrato de obra respectivo. El monto del referido reajuste no puede superar el 20% del monto total del contrato adjudicado.

Los contratistas, podrán por cada contrato, requerir por escrito al respectivo Servicio, adscribirse al Mecanismo de Reajuste que se ha establecido. Esta solicitud se podrá realizar, indefectiblemente, hasta el 31 de marzo de 2023, según lo prescribe el inciso final de art. N° 14 transitorio del R.C.O.P., incorporado por el DS MOP N° 177, de 2022.

Una vez recibido el requerimiento a que se refiere el párrafo anterior, el Servicio deberá verificar si a la fecha de publicación en el Diario Oficial de la modificación del RCOP., -al 11.11.2022- el contrato de que se trate, se encontraba en las condiciones que se establecen en el inciso 1° del artículo 14 transitorio del ROCP.

Efectuada la verificación anterior, se deberá informar al contratista solicitante si procede o no la aplicación del Mecanismo de Reajuste del contrato, en caso de que este cumpla con los requisitos, se suscribe un convenio que tiene como finalidad que éste se incorpore al contrato. Dicho convenio debe ser aprobado mediante una resolución exenta del servicio respectivo.²³

²³ Este procedimiento está instruido mediante el Ord. N° 425, de 29.11.2022, de la Dirección General de Obras Públicas.

5. Conclusiones.

Como se relató en los párrafos anteriores, la liquidación concursal (ex quiebra) es una de las causales de incumplimiento establecidas en el RCOP, que tiene como consecuencia el término administrativo y anticipado de un contrato de obra pública, el que va aparejado con la interposición de las sanciones ya mencionadas.

Las razones para que una persona natural o jurídica solicite su liquidación concursal o sea forzada a hacerlo, son múltiples; una deficiente administración financiera, un sobreendeudamiento, una falta de planificación, etc. Estas circunstancias son incuestionablemente imputables a éstos, pero ¿Qué ocurre cuando una empresa contratista del Estado, en cumplimiento de un contrato administrativo de resultado -como lo es la construcción de una obra pública- quiebra a causa de un cambio en las condiciones del mercado?

Si bien la situación fue advertida por el Estado, que también se vio perjudicado, toda vez que más de 600 obras fueron abandonadas en el período comprendido entre el año 2021 y 2023, y a través de la cartera de obras públicas dictó el Decreto Supremo MOP N° 177, de 2022, el que estableció el sistema de reajuste polinómico retroactivo, no es menos cierto que este acto administrativo no pudo revertir la circunstancia de que muchas empresas del rubro ya se encontraban en una situación insostenible, con contratos terminados administrativa y anticipadamente, con sanciones pecuniarias, con deudas a sus trabajadores y proveedores.

Asimismo, es menester indicar que a raíz de lo ocurrido, las bases administrativas que rigen los nuevos contratos de obra pública que se liciten, consideran el sistema de reajuste polinómico, con la finalidad de que no se vuelva a romper el equilibrio económico de un contrato administrativo que aporta al desarrollo y crecimiento económico de un país.

Bibliografía.

CELIS, Gabriel (2019): “Los contratos de obra pública” (Santiago, Thomson Reuters) Tomo I.

ALARCÓN, Pablo: “Sanciones Administrativas en el Contrato de Obra Pública”, ED. *Legalpublishing*, Sanciones Administrativas X Jornadas de Derecho Administrativo Asociación de Derecho Administrativo (ADA).

HERMOSILLA, Felipe: (2022). Naturaleza y análisis crítico del reglamento para contratos de obras públicas. *Revista De Derecho Público*, (97). <https://doi.org/10.5354/0719-5249.2022.69183>

OELCKERS, Osvaldo (1980): “Los riesgos y el equivalente económico en el contrato administrativo de obra pública”, en: *Revista de Derecho PUCV*, <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/53/46> .

Jurisprudencia citada.

Lizardo Alexis Cofre Pérez y otro con Agencia Ecisa Chile Compañía General de Construcciones S.A. y Otro. (2018) Corte Suprema 15 de abril de 2021 (Unificación de Jurisprudencia)