

U N I V E R S I D A D D E C H I L E
E S C U E L A D E D E R E C H O
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

MEMORIA DE PRUEBA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

**"EL FINANCIAMIENTO INTERNACIONAL PÚBLICO Y EL
CONTRATO DE OBRA PÚBLICA"**

(ESTUDIO PARTICULAR DE LAS BASES ADMINISTRATIVAS PARA
LICITACIONES INTERNACIONALES DEL SEGUNDO PROYECTO
SECTORIAL DE CARRETERAS)

Profesor guía: Gustavo Fiamma O.

MANUEL FRANCISCO CUEVAS CABEZAS

RENÉ ALEJANDRO SUBIABRE PÉREZ

1 9 9 6

UNIVERSIDAD DE CHILE



35601004073809



Donación: Depto. De Público

03.04.1991

*Esta memoria ha contado con el auspicio
del Ministerio de Obras Públicas,
Resolución de la Dirección General de Obras Públicas
N° 1.604, de fecha 9 de Junio de 1994,
en el marco del convenio suscrito
con fecha 20 de Diciembre de 1991,
entre dicho Ministerio y la Universidad de Chile,
sobre "Programa de Confección de Memorias,
Proyecto y Seminario de Título".*

*Nuestros sinceros agradecimientos
a todo el personal
del Ministro de Obras Públicas,
por la buena disposición
mostrada hacia nuestro trabajo,
y muy especialmente a
don César Destéfano Zuluaga,
abogado,
por sus consejos y
constante apoyo,
a don Miguel Espinoza,
Jefe de Créditos Externos,
por su tiempo y
conocimiento práctico aportado,
y a don Gustavo Navalón,
ingeniero de la Dirección de Vialidad,
por el material facilitado.*

ABREVIATURAS

En el presente trabajo hemos empleado, principalmente, las siguientes abreviaturas:

AGA	Aviso General de Adquisición
AID	<i>Agency for International Development</i> (Agencia para el Desarrollo Internacional)
AIF	Agencia Internacional de Fomento
Art.	Artículo
BALI	Bases Administrativas para Licitaciones Internacionales del Segundo Proyecto Sectorial de Carreteras, de 1989
BARE	Bases para Precalificación en el Registro Especial de Contratistas para Licitaciones Públicas Internacionales del Segundo Proyecto Sectorial de Carreteras, de 1989
BID	Banco Interamericano de Desarrollo
BIRF	Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento
CACE	Comité Asesor de Créditos Externos
CC	Código Civil
CFI	Corporación Financiera Internacional
CPR	Constitución Política de la República de Chile de 1980
DL	Decreto Ley
DFL	Decreto con Fuerza de Ley
DIPRES	Dirección de Presupuesto
DS	Decreto Supremo
EXIMBANK	<i>Export-Import Bank</i> (Banco de Exportación e Importación)
FMI	Fondo Monetario Internacional
JEXIMBANK	<i>Export-Import Bank of Japan</i> (Banco de Exportación e Importación del Japón)
LNV	Laboratorio Nacional de Vialidad
MIDEPLAN	Ministerio de Planificación y de Cooperación
MOP	Ministerio de Obras Públicas
RCOP	Reglamento para Contratos de Obras Públicas
SPSC	Segundo Proyecto Sectorial de Carreteras, de 1989

T O M O I

**EL FINANCIAMIENTO INTERNACIONAL PÚBLICO
Y EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA**

ÍNDICE

ÍNDICE.....	1
INTRODUCCIÓN.....	9

PRIMERA PARTE EL FINANCIAMIENTO INTERNACIONAL

CAPÍTULO PRIMERO RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LAS OPERACIONES CREDITICIAS INTERNACIONALES DEL SECTOR PÚBLICO

1.- OPERACIONES FINANCIERAS O CREDITICIAS.....	13
1.1.- Concepto de operación.....	14
1.2.- Clases de operaciones de crédito.....	14
2.- EL CUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL ENDEUDAMIENTO DEL ESTADO.....	15
3.- EL CRÉDITO DEL ESTADO O CRÉDITO PÚBLICO.....	15
4.- EMPRÉSTITOS PÚBLICOS Y OTRAS OPERACIONES QUE PUEDAN COMPROMETER EL CRÉDITO O LA RESPONSABILIDAD FINANCIERA DEL ESTADO.....	18
4.1.- Régimen constitucional de los empréstitos públicos.....	18
4.1.1.- Naturaleza jurídica de la ley que autoriza el empréstito.....	20
4.2.- Régimen constitucional de las demás operaciones que puedan comprometer el crédito o la responsabilidad financiera del Estado.....	21
4.3.- Alcance de cada uno de los regímenes constitucionales.....	22
4.3.1.- Empréstitos públicos.....	22
4.3.1.1.-Elementos del concepto Empréstito Público.....	23
4.3.1.2.-Naturaleza jurídica del empréstito público.....	24
4.3.1.3.- Posición personal sobre la naturaleza jurídica del empréstito público.....	27
4.3.2.- Las otras operaciones que comprometen el crédito o la responsabilidad financiera del Estado.....	27
4.4.- Teorías sobre la posición de la CPR respecto de los empréstitos públicos.....	28
5.- LA DEUDA PÚBLICA.....	29
5.1.- Deuda pública interna e internacional.....	31
5.2.- Deuda pública directa e indirecta.....	32
6.- SUJETOS DE LAS OPERACIONES CREDITICIAS PÚBLICAS.....	32

CAPÍTULO SEGUNDO RÉGIMEN LEGAL DE LAS OPERACIONES CREDITICIAS INTERNACIONALES DEL SECTOR PÚBLICO

1.- FORMACIÓN Y MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD DEL ESTADO.....	34
2.- PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN Y EMPLEO DE CRÉDITOS EXTERNOS.....	36

3.- NORMAS INTERNAS PARA LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DEL SECTOR PÚBLICO.....	37
3.1.- Definición de contrato internacional.....	37
3.2.- Cláusulas permitidas por el DL 2.349.....	38
3.3.- Determinación del derecho aplicable.....	40
3.4.- La cláusula compromisoria y el arbitraje internacional.....	41
4.- MODIFICACIÓN DE LA DEUDA PÚBLICA.....	41
4.1.- La conversión.....	42
4.2.- La consolidación.....	43
4.3.- La renegociación.....	43
5.- EXTINCIÓN DE LA DEUDA PÚBLICA.....	44
5.1.- Amortización.....	44
6.- INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE DEUDA PÚBLICA.....	45

CAPÍTULO TERCERO LOS CONTRATOS DE CRÉDITO EXTERNO

1.- GENERALIDADES.....	47
1.1.- Relaciones jurídicas de las que pueden emanar las obligaciones crediticias.....	47
1.2.- Concepto de contrato de crédito externo.....	49
1.3.- Clases de contratos de crédito externo.....	49
1.4.- Naturaleza jurídica del contrato de apertura de crédito.....	50
2.- EL CONTRATO DE PRÉSTAMO EXTERNO.....	51
2.1.- Concepto de contrato de préstamo externo.....	51
2.2.- Naturaleza jurídica de los contratos de préstamos externo.....	52
2.3.- Elementos del concepto contrato de préstamo.....	53
2.4.- Características del contrato de préstamo externo.....	55
2.5.- Comentarios personales sobre el contrato de préstamo externo.....	56

CAPÍTULO CUARTO EL CONTRATO DE PRÉSTAMO EXTERNO A LA LUZ DE LAS CLASIFICACIONES CONTRACTUALES DEL DERECHO CHILENO

1.- CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS SEGÚN EL CODIGO CIVIL.....	58
1.1.- Contratos unilaterales y bilaterales o sinalagmáticos.....	58
1.2.- Contratos gratuitos y onerosos.....	59
1.3.- Contratos conmutativos y aleatorios.....	60
1.4.- Contratos principales y accesorios.....	61
1.5.- Contratos consensuales, reales y solemnes.....	61
2.- OTRAS CLASIFICACIONES CONTRACTUALES.....	62
2.1.- Contratos típicos y atípicos.....	62
2.1.1.- Posición personal sobre el carácter típico o atípico del contrato de préstamo externo.....	62
2.2.- Contratos de adhesión.....	65
2.3.- Contratos sujetos a modalidad.....	67
2.3.1.- El contrato de préstamo externo como contrato modal.....	67
2.4.- Contratos preparatorios y definitivos.....	70
2.5.- Contrato tipo y condiciones generales de la contratación.....	71

CAPÍTULO QUINTO ORGANISMOS FINANCIEROS PÚBLICOS INTERNACIONALES

1.- CONSIDERACIONES PREVIAS.....	72
2.- EL BANCO DE EXPORTACION E IMPORTACION (<i>EXIMBANK</i>).....	73
2.1.- Las operaciones del <i>EXIMBANK</i>	73
2.2.- Características de los préstamos otorgados por el <i>EXIMBANK</i>	75
3.- LA AGENCIA PARA EL DESARROLLO INTERNACIONAL (<i>AID</i>).....	75
4.- EL FONDO MONETARIO INTERNACIONAL (<i>FMI</i>).....	76
4.1.- Los Convenios Stand By.....	77
5.- EL BANCO INTERNACIONAL DE RECONSTRUCCION Y FOMENTO (<i>BIRF</i>).....	77
5.1.- Operaciones del <i>BIRF</i>	78
5.2.- Los préstamos del <i>BIRF</i>	79
6.- LA ASOCIACION INTERNACIONAL DE FOMENTO (<i>AIF</i>).....	81
7.- LA CORPORACION FINANCIERA INTERNACIONAL (<i>CFI</i>).....	82
8.- EL BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (<i>BID</i>).....	83
8.1. Objeto y funciones del <i>BID</i>	84
8.2.- Operaciones del <i>BID</i>	84

SEGUNDA PARTE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS QUE CUENTAN CON FINANCIAMIENTO INTERNACIONAL PÚBLICO

CAPÍTULO PRIMERO EL FINANCIAMIENTO PÚBLICO INTERNACIONAL Y EL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN DEL CO-CONTRATANTE

1.- IMPORTANCIA DEL FINANCIAMIENTO PÚBLICO INTERNACIONAL EN LA ELECCIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN DEL CO-CONTRATANTE.....	89
2.- PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN DEL CO-CONTRATANTE EN EL SPSC.....	90
2.1.- Cuando debe emplearse la licitación pública internacional.....	90
2.2.- Cuando se emplea la licitación pública, que puede restringirse al ámbito nacional.....	91
2.3.- Cuando se aplica la legislación local.....	92
2.4.- Aplicación supletoria y restringida de la legislación local.....	92

CAPÍTULO SEGUNDO LA LICITACIÓN PÚBLICA INTERNACIONAL

1.- CONCEPTO.....	93
2.- EL PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN PÚBLICA INTERNACIONAL EN LAS BALI DEL SPSC.....	95
2.1.- Antecedentes de la Licitación Pública Internacional.....	96
2.1.1.- Concepto.....	96
2.1.2.- Importancia del financiamiento internacional.....	96
2.1.3.- Documentos que integran los Antecedentes de la Licitación Pública Internacional.....	97
2.1.3.1.- Documentos especiales de la licitación.....	98
2.1.3.2.- Documentos Generales y de Referencia.....	102

2.1.4.- Orden de prelación de los documentos que integran los Antecedentes de la Licitación.....	102
2.2.- Invitación a licitación.....	102
2.3.- La propuesta.....	102
2.3.1.- Moneda en que se expresará el precio de la oferta.....	103
2.3.2.- Preparación y presentación de la propuesta.....	103
2.3.3.- Plazo para preparar y presentar las ofertas.....	104
2.3.4.- Postergación de la recepción y apertura de las ofertas.....	104
2.3.5.- Documentos que constituyen la propuesta.....	104
2.3.6.- Propuesta por grupo de obras.....	108
2.3.7.- Propuestas con alternativas.....	109
2.3.8.- Validez de la propuesta.....	109
2.3.8.1.- Prórroga del plazo de validez de las propuestas.....	110
2.3.9.- Garantía de seriedad de la propuesta.....	110
2.3.10.- Propuestas entregadas anticipadamente.....	110
2.4.- Recepción y apertura de las propuestas.....	111
2.5.- Evaluación de las propuestas.....	112
2.5.1.- Criterios conforme a los cuales se realiza la evaluación.....	113
2.5.2.- Supervisión del ente financiero internacional.....	114
2.5.3.- Confidencialidad del proceso de evaluación.....	114
2.5.4.- Aclaración de propuestas.....	115
2.5.5.- Cumplimiento de los Antecedentes de la Licitación.....	115
2.5.6.- Corrección de errores aritméticos.....	116
2.6.- Adjudicación del contrato.....	116
2.6.1.- Resolución que adjudica el contrato.....	117
2.6.2.- Criterio de adjudicación.....	117
2.6.2.1.- Derecho de la Administración para aceptar cualquiera propuesta.....	117
2.6.3.- Conformidad del Organismo Financiero Internacional.....	118
2.6.4.- Notificación de la adjudicación.....	118
2.6.5.- Derecho de la Administración para rechazar cualquiera o todas las propuestas.....	119
2.7.- Perfeccionamiento del contrato.....	120
2.7.1.- Suscripción y protocolización.....	120
2.7.2.- Regla relativa a los consorcios.....	121

CAPÍTULO TERCERO LAS PARTES DEL CONTRATO

1.- LA ADMINISTRACIÓN.....	122
1.1.- Capacidad para contratar.....	122
1.2.- Expresión de la voluntad.....	122
2.- EL CO-CONTRATANTE.....	123
2.1.- El co-contratante un colaborador de la Administración.....	123
2.2.- Consecuencias de la noción de co-contratante "colaborador".....	123
2.3.- El co-contratante en los contratos regidos por las BALI.....	125

CAPÍTULO CUARTO LOS SISTEMAS DE REGISTRO Y PRECALIFICACIÓN

1.- GENERALIDADES.....	128
2.- EL REGISTRO GENERAL DE CONTRATISTAS REGULADO EN EL RCOP.....	129

2.1.- Características.....	129
2.2.- El Registro de Obras Mayores.....	129
2.2.1.- Características.....	130
2.2.2.- Procedimiento de Inscripción.....	131
2.2.3.- Sanciones.....	132
2.3.- El Registro de Obras Menores.....	132
2.3.1.- Características.....	132
2.3.2.- Procedimiento de inscripción.....	133
2.3.3.- Sanciones.....	133
3.- EL REGISTRO ESPECIAL.....	134
4.- EL REGISTRO ESPECIAL DE CONTRATISTAS DEL SPSC.....	134
4.1.- Inscripción en el Registro Especial del SPSC.....	135
4.2.- Procedimiento de inscripción.....	138

CAPÍTULO QUINTO PODERES DE LA ADMINISTRACIÓN DURANTE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

1.- LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES DEL DERECHO PRIVADO.....	140
1.1.- Concepto.....	140
1.2.- Justificación.....	141
1.3.- Efectos y límites.....	141
2.- REGLAMENTO PARA CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA Y PODERES DE LA ADMINISTRACIÓN DURANTE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO.....	144
2.1.- Decisiones unilaterales y de cumplimiento inmediato respecto de la ejecución del contrato.....	144
2.1.1.- Justificación.....	144
2.1.2.- Efectos.....	145
2.1.3.- Decisiones unilaterales y de cumplimiento inmediato en el RCOP.....	145
2.2.- Modificación del objeto del contrato.....	146
2.2.1.- Alcance y justificación.....	146
2.2.2.- Límites.....	147
2.2.3.- Modificación del objeto del contrato en el RCOP y en las BALI.....	148
2.2.3.1.- Disminución de las cantidades de obras.....	148
2.2.3.2.- Aumento de las cantidades de obras.....	149
2.2.3.3.- Modificación de obras, obras nuevas y empleo de materiales no considerados.....	151
2.2.4.- Normas comunes a las instituciones reguladas en el RCOP y las BALI, que permiten modificar el objeto del contrato.....	152
2.2.4.1.- Aprobación de las modificaciones.....	152
2.2.4.2.- Límite objetivo al aumento de obras.....	153
2.2.4.3.- Ejecución inmediata y pago anticipado.....	153
2.2.4.4.- Término anticipado del contrato.....	155
2.2.4.5.- Cómputo del aumento de plazo.....	155
2.2.4.6.- Modificación del proyecto o disminución de las cantidades de obras a propuesta del contratista.....	155
2.3.- Dirección y control de la ejecución del contrato.....	156
2.3.1.- Justificación.....	156
2.3.2.- La facultad de dirección y control en el RCOP y en las BALI.....	157
2.3.2.1.- Los organismos de dirección y control.....	157
2.3.2.2.- Facultades de los organismos de dirección y control.....	159
2.3.2.3.- Características de las órdenes del Inspector Fiscal.....	161
2.3.2.4.- Apelación de las órdenes y resoluciones del Inspector Fiscal.....	162
2.4.- Facultad sancionadora.....	162

2.4.1.- Multas.....	163
2.4.1.1.- Algunos casos en que procede.....	163
2.4.1.2.- Procedimiento de aplicación y apelación de las multas.....	166
2.4.2.- Suspensión o eliminación del Registro de Contratistas.....	166
2.4.2.1.- Eliminación y suspensión del Registro Especial del SPSC.....	166
2.4.2.2.- Causales de eliminación del Registro de Obras Mayores contenidas en el RCOP y los contratistas inscritos en el Registro Especial del SPSC.....	167
2.4.3.- Pérdida de la garantía de seriedad de la propuesta.....	167
2.4.4.- Pérdida de la garantía de cumplimiento del contrato.....	168
2.4.5.- Inhabilidad para inscribirse en Registros Especiales.....	168
2.4.6.- Terminación anticipada del contrato.....	168
2.5.- Interpretación del contrato.....	168
2.5.1.- Interpretación administrativa unilateral del contrato de obra pública en el RCOP y en las BALI.....	169
2.5.2.- Alcance del tipo de interpretación del Art. 135 del RCOP.....	170
2.5.2.1.- Documentos susceptibles de interpretarse conforme al Art. 135 del RCOP.....	170
2.5.2.2.- Aspectos susceptibles de interpretarse conforme al Art. 135 del RCOP.....	171
2.5.3.- Normas especiales de interpretación contenidas en las BALI.....	172

CAPÍTULO SEXTO

OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA EN EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

1.- GARANTÍAS DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO.....	174
1.1.- Garantías de cumplimiento del contrato.....	174
1.1.1.- Garantía básica.....	175
1.1.2.- Garantías adicionales de cumplimiento del contrato.....	177
1.1.2.1.- Garantía adicional tipo 1.....	177
1.1.2.2.- Garantía adicional tipo 2.....	178
1.1.3.- Situación legal de los documentos que garantizan el cumplimiento del contrato.....	179
1.1.4.- Renuencia del contratista a entregar las garantías.....	179
1.2.- Retenciones.....	180
1.3.- Garantía especial de los consorcios.....	181
2.- OBLIGACIONES ESPECÍFICAS DEL CONTRATISTA EN LAS BALI.....	181
2.1.- Dirección de las obras por el contratista.....	181
2.2.- Obligaciones del contratista para con su personal.....	183
2.2.1.- Obligación del contratista frente a la Administración, en cuanto al personal que debe emplear en la ejecución de la obra.....	183
2.2.2.- Obligaciones del contratista para con el personal empleado en la ejecución de la obra.....	183
2.2.2.1.- Obligaciones contenidas en el RCOP y en las BALI.....	184
2.3.- Cuidado y mantención de las obras.....	187
2.4.- Obligaciones del contratista relacionadas con los riesgos durante la ejecución de la obra.....	187
2.4.1.- Normas relativas a seguros vinculados a contratos financiados internacionalmente.....	188
2.5.- Verificación de las especificaciones del contrato y calidad de los materiales.....	189
2.6.- Instalaciones a disposición de la Inspección Fiscal.....	189
2.7.- Proporcionar información estadística.....	190
2.8.- Obligaciones relativas al tránsito.....	190
2.9.- Mantención del escurrimiento de las aguas.....	191
2.10.- Despeje y limpieza final.....	191
2.11.- Letreros.....	191
2.12.- Facilidades para la ejecución de trabajos de otros contratistas.....	192
2.13.- Abstención de invocar protección de Gobiernos extranjeros y recurrir a la vía diplomática.....	192

CAPÍTULO SÉPTIMO DERECHOS DEL CONTRATISTA (EL PRECIO)

1.- Precio unitario.....	193
2.- Precio total del contrato.....	194
3.- Monedas de pago.....	194
4.- Estados de pago.....	195
5.- Anticipos.....	197
6.- Reajuste.....	198

CAPÍTULO OCTAVO EJECUCIÓN DE LAS OBRAS

1.- ENTREGA DE LOS ANTECEDENTES DEL PROYECTO Y DEL TRAZADO.....	201
1.1.- Condiciones previas a la entrega de los antecedentes del proyecto y del trazado.....	201
1.2.- Entrega del trazado.....	201
2.- DESARROLLO DE LAS OBRAS.....	202
2.1.- Plazo de ejecución de las obras.....	202
2.2.- Inicio de los trabajos y gastos que origine la obra.....	203
2.3.- Materiales y elementos empleados en las obras.....	204
2.4.- Bienes y servicios para propósitos del contrato: País de origen y lugar donde pueden efectuarse los gastos.....	205
2.5.- Programa de Trabajo.....	208
2.5.1.- Adecuación del Programa de Trabajo.....	208
2.5.2.- Modificación del Programa de Trabajo ordenada por la Dirección.....	208
2.5.3.- Retraso de los trabajos.....	209
2.6.- Paralización de los trabajos.....	210
2.7.- Daños de la obra.....	210
2.8.- Reparaciones urgentes.....	211
2.9.- Traslados por caminos públicos.....	211
2.10.- Subcontratos.....	212

CAPÍTULO NOVENO EXTINCIÓN DEL CONTRATO

1.- CLASIFICACIÓN DE LAS CAUSALES DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA A LA LUZ DEL RCOP Y DE LAS BALI.....	214
2.- EXTINCIÓN NORMAL: CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO.....	216
2.1.- Procedimiento normal de recepción de obras.....	216
2.1.1.- Esquema de la recepción provisoria.....	217
2.1.2.- Recepción definitiva de las obras.....	219
2.1.2.1.- Plazo de garantía.....	219
2.1.2.2.- Efectos del plazo de garantía.....	220
2.1.2.3.- Esquema de la recepción definitiva.....	221
2.1.2.4.- Efectos de la recepción definitiva.....	222
2.2.- Procedimiento de recepción única de las obras.....	222
3.- EXTINCIÓN ANORMAL: INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO.....	223
3.1.- La resciliación o mutuo disenso.....	223

3.2.- Pérdida de idoneidad.....	224
3.2.1.-Comentarios personales.....	225
3.3.- Pérdida de aptitud comercial.....	226
3.4.- Causales que implican el incumplimiento de obligaciones accesorias o preparatorias a la ejecución de las obras.....	227
3.4.1.- No concurrir dentro de plazo a la entrega del terreno y del trazado de la obra.....	227
3.4.2.- No cumplir el Programa de Trabajo a que se refieren los Arts. 72 y 155 del RCOP.....	228
3.4.3.- No iniciar oportunamente la obra.....	229
3.4.4.- Incurrir en paralizaciones superiores a los plazos contenidos en el RCOP.....	229
3.4.5.- No suscribir o protocolizar el decreto o resolución a que se refiere el Art. 84 del RCOP.....	229
3.4.6.- No entregar la garantía a que alude el Art. 90 del RCOP.....	230
3.4.7.- No acatar ciertas órdenes o instrucciones impartidas al contratista.....	230
3.4.8.- No acatar ciertas órdenes o resoluciones dadas por el Inspector Fiscal.....	231
3.4.9.- No acatar ciertas órdenes o instrucciones dadas por la Dirección.....	231
3.4.10.- Reincidir en el no acatamiento de las órdenes o instrucciones impartidas.....	231
3.5.- Vicios o defectos de la obra.....	232
3.6.- Resolución del contrato por muerte del contratista.....	232
3.7.- La nulidad.....	233
3.8.- Terminación anticipada por falta de fondos disponibles.....	234
3.9.- Terminación anticipada por necesidades de la Dirección.....	234
3.9.1.- Terminación por no cancelación de los estados de pago de obras y o reajustes.....	235
3.9.2.- Terminación anticipada por paralización de las obras.....	235
3.10.- Pérdida de la cosa debida o imposibilidad en la ejecución.....	235
4.- LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO.....	236
4.1.- Procedimiento de liquidación.....	237
4.2.- Suspensión de la liquidación.....	238
CONCLUSIONES.....	239
BIBLIOGRAFÍA.....	241

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo nos ocuparemos de un tema escasamente estudiado en nuestro medio, como es el de los contratos administrativos que cuentan con financiamiento internacional público. Si bien es cierto que tanto los contratos administrativos como el financiamiento internacional, considerados aisladamente, han sido objeto de numerosos estudios, ninguno de ellos se ha preocupado de estudiarlos como un todo, ni menos se ha intentado determinar las vinculaciones y peculiaridades que presentan los contratos administrativos cuando son financiados internacionalmente.

El tópico de los contratos administrativos financiados internacionalmente vincula dos relaciones jurídicas contractuales, a saber:

- a) La relación por la cual el Estado se vincula con un Organismo Financiero Público Internacional, con el fin de allegarse recursos monetarios que le permitan financiar un programa, proyecto u obra determinada. Esta relación se materializa en un contrato de crédito o préstamo externo; y;
- b) La relación jurídica que vincula al Estado con un particular y que tiene por finalidad que este último ejecute materialmente alguna de las obras o preste alguno de los servicios comprendidos dentro del programa o proyecto. Esta relación se traduce en el contrato administrativo correspondiente, por ejemplo un contrato de obra pública.

Estas relaciones jurídicas son distintas e independientes. Distintas en cuanto a su naturaleza jurídica, a las partes que intervienen en cada una, a su objeto, a su causa y al régimen jurídico que les es aplicable, como lo demostraremos en el curso de esta memoria.

Los principales organismos financieros internacionales reconocen expresamente esta independencia, así por ejemplo en las “Normas para Adquisiciones con Préstamos del BID”, en su cláusula 1.1, letra g) se señala que: “Los derechos y obligaciones del prestatario con respecto a los licitadores que proponen suministrar los bienes y servicios para el proyecto, se rigen por lo establecido en los documentos de licitación emitidos por el prestatario”.

Consecuencia importante de esta independencia es que la ineficacia de una de las relaciones no determina necesariamente la ineficacia de la otra.

No obstante la independencia apuntada -y aquí uno de los puntos importantes desarrollado en el presente trabajo-, es política común de estos organismos financieros insertar en el respectivo contrato de crédito, cláusula que imponen al Estado prestatario una serie de obligaciones y cargas vinculadas al contrato celebrado entre éste y el particular. En otras palabras, cuando el Estado concluye un contrato de crédito externo asume obligaciones vinculadas a un contrato que aún no se ha celebrado y en el cual el organismo financiero no figurará como parte. Estas obligaciones y cargas guardan relación, por ejemplo, con la nacionalidad del co-contratante, con el procedimiento que el Estado debe emplear para elegir a su co-contratante, con el contenido de los antecedentes de la

licitación, etc.

Pero aún más, los organismos financieros en los mismos contratos de préstamo se reservan una serie de prerrogativas que les permiten supervisar, vigilar e inmiscuirse en la relación jurídica existente entre el Estado y el particular, relación en la que no son parte. Por ejemplo, aprobar la adjudicación del contrato y los antecedentes de la licitación, supervisar constantemente el empleo de los fondos, etc.

Conforme a lo señalado, el presente trabajo lo hemos estructurado sobre la base de dos grandes temas. En el primero nos preocupamos de la relación jurídica que liga al Estado prestatario con un Organismo Crediticio Internacional y en el segundo de la relación del Estado con su co-contratante en el contrato administrativo. En la elaboración de nuestra tesis hemos tomado como antecedentes y documentos en los cuales fundamentarla y respaldarla los contratos de crédito externo y los contratos de obra pública vinculados al Segundo Proyecto Sectorial de Carreteras (SPSC), Programa de Mejoramiento de Carreteras, del Ministerio de Obras Públicas de Chile.

Adicionalmente y con el fin de ilustrar al lector, hemos incorporado una tercera parte con el carácter de anexo y que constituye el Tomo II de nuestro trabajo, en el cual encontrará los principales documentos utilizados.

PRIMERA PARTE
EL FINANCIAMIENTO INTERNACIONAL

CAPÍTULO PRIMERO

RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LAS OPERACIONES CREDITICIAS INTERNACIONALES DEL SECTOR PÚBLICO

El fundamento jurídico constitucional del cual emanan las disposiciones referidas al financiamiento público, se encuentra en los Arts. 6, 7, 19 N° 21, 60 N° 7, 8 y 9, 62 y 98 de la CPR.

Los Arts. 6 y 7 consagran los principios de legalidad y competencia.

El principio de legalidad implica el sometimiento del Estado al bloque de la juridicidad, al ordenamiento jurídico en su conjunto; en otras palabras, significa la subordinación del Estado (poder) al Derecho. En cumplimiento de este principio la CPR en su Art. 60 N° 7, 8 y 9, exige la dictación de una ley para que el Estado y sus órganos contraigan válidamente obligaciones monetarias internacionales, haciendo uso del crédito público.

Para los efectos del presente trabajo, y teniendo en consideración las disposiciones constitucionales citadas, es necesario referirse a los siguientes aspectos:

- 1.- Operaciones financieras o crediticias;
- 2.- El cumplimiento del principio de legalidad en el endeudamiento del Estado;
- 3.- El crédito del Estado o crédito público;
- 4.- Empréstitos públicos y otras operaciones que puedan comprometer el crédito o la responsabilidad financiera del Estado;
- 5.- Deuda pública; y,
- 6.- Sujetos de las operaciones crediticias públicas.

1.- OPERACIONES FINANCIERAS O CREDITICIAS

La CPR reconoce expresamente la existencia de las operaciones financieras. Así, el Art. 60 N° 8 dice que sólo son materia de ley "...las operaciones que puedan comprometer... el crédito o la responsabilidad financiera del Estado..."; el Art. 62, inc. 4°, N° 3, expresa que son de iniciativa exclusiva del Presidente de la República los proyectos de ley que digan relación con la celebración de "... cualquier otra clase de operaciones que puedan comprometer el crédito o la responsabilidad financiera del Estado..."; y, el Art. 98 señala que el Banco Central "sólo podrá efectuar operaciones con instituciones financieras...".

Además, numerosas leyes emplean el término "operación" u "operaciones". Como por ejemplo, el DL 1.263, "Ley Orgánica de la Administración Financiera del Estado", en su Art. 41, señala que "son operaciones de deuda externa..."; el DL 2.349, que "Establece Normas sobre Contratos Internacionales para el Sector Público", en su considerando primero emplea la expresión "... operaciones de carácter patrimonial del Estado...", en su Art. 1, inc. 1°, a propósito del objeto principal de los contratos internacionales del Estado, habla de "... operaciones de carácter económico o financiero...", y en su Art. 11, se refiere a las "...operaciones de crédito con el exterior..."; por último, es la Ley 18.010 el cuerpo normativo donde se reglamentan las operaciones de crédito y otras

obligaciones de dinero.

Es por ello que se hace imprescindible tratar de explicar el significado y alcance de la expresión operación.

1.1.- Concepto de operación

El término operación no es jurídico, sino comercial. "Por operación se entiende un negocio, el cual puede comprender uno o varios contratos o actos jurídicos, cada uno de ellos regido por las normas que le son propias"¹. V. gr. en las operaciones bancarias, la apertura de cuentas corrientes involucra el contrato de cuenta corriente y otros actos jurídicos como el giro de cheques y contratos de depósito, etc. Se ha señalado que "existe 'operación de crédito' cuando el banco anticipa fondos o promete anticiparlos o garantiza un empréstito"². Por ende, involucra los préstamos y también avales y fianzas bancarias³.

1.2.- Clases de operaciones de crédito

El Art. 1º de la Ley 18.010 nos dice que hay varias clases de operaciones de crédito de dinero:

- 1.- Aquellas por las cuales una de las partes "entrega" una cantidad de dinero y la otra se obliga a pagarla en un momento distinto de aquél en que se celebra la convención. En este caso se trata de un contrato de mutuo;
- 2.- Aquellas por las cuales una de las partes se "obliga a entregar" una cantidad de dinero y la otra a pagarla en un momento distinto de aquel en que se celebra la convención. Estas operaciones no son siempre un mutuo de dinero, ya que si el banco o prestamista no hace entrega real del mismo al momento de celebrarse el contrato, no estamos en presencia de un mutuo bancario sino de otra forma jurídica que implica una operación de crédito, por ejemplo un contrato de apertura de crédito, o un contrato de promesa de mutuo, etc. Sobre este punto se volverá más adelante.
- 3.- El descuento de documentos representativos de dinero, que consiste en obtener el importe de un documento o título de crédito no vencido, previa deducción de una cantidad.

Esta distinción tiene importancia en el ámbito de los préstamos internacionales, puesto que en la generalidad de estos contratos el prestamista abre una verdadera línea de crédito al prestatario; no existe una entrega real de dinero, sino solamente la obligación de entregar dicha suma (financiamiento); obligación sujeta a la condición de la supervisión del uso de los fondos dados en préstamo, previa confirmación de la utilización convenida.

Generalmente el acreedor no entrega de una sola vez y en el momento de entrada en vigor del contrato, la cantidad convenida, sino a medida que se vaya cumpliendo el programa

¹ Puelma Accorsi, Alvaro. "Estudio Jurídico sobre Operaciones Bancarias". Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1971. p. 43.

² Puelma Accorsi, Alvaro. Op. cit. p. 98.

³ Sobre las operaciones bancarias y sus clases, ver la obra de Joaquín Garrigues "Contratos Bancarios". Impresa en los Talleres de Silverio Aguirre Torre. Madrid, 1958. pp. 27 y sgtes.; en la misma obra encontrará explicaciones sobre la noción de crédito, en las pp. 34 y sgtes., y sobre el contrato de apertura de crédito, concepto, naturaleza jurídica y obligaciones de los contratantes, en pp. 183 a 227.

acordado con la contraparte, el cual constituye además, en cierta forma, la causa mediata de la operación de crédito.

Tratándose de créditos del Estado, "puede hablarse, entonces de un crédito supervisado, dirigido o condicionado, semejante a los que otorga la banca a particulares para el desarrollo de la construcción o para fines industriales o agropecuarios"⁴.

2.- EL CUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL ENDEUDAMIENTO DEL ESTADO

Para que el Estado pueda celebrar cualquier operación financiera requiere de una ley que lo autorice (Art. 60 N° 7, 8 y 9 de la CPR).

El marco general del endeudamiento público está contenido en la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Estado (DL 1.263, de 1975), a la que nos referiremos más adelante.

La ley específica que autoriza al Estado para endeudarse puede ser la Ley de Presupuesto del Sector Público u otras leyes, generalmente las que crean un servicio público o una empresa del Estado. Por ejemplo el DS 294, del 27 de Septiembre de 1984, del MOP (que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 15.840 y del DFL N° 206, de 1960), en su Art. 30 N° 4 autoriza al Director de Vialidad para "contratar... los préstamos que se estimen necesarios para dar avance a las obras", y en su Art. 44 faculta al "Presidente de la República para contratar directamente empréstitos internos o externos...". También es el caso de la Ley 18.296, Orgánica de los Astilleros y Maestranzas de la Armada, que en su Art. 13 N° 6 señala que es atribución del Consejo Superior de ASMAR "autorizar la contratación de créditos en moneda nacional o extranjera."

3.- EL CRÉDITO DEL ESTADO O CRÉDITO PÚBLICO

En los Arts. 60 N° 8 y 62, inc. 4°, N° 3 de la CPR aparece la noción de "crédito del Estado" o "crédito público" detentado por el Estado, sus organismos y las municipalidades.

Conviene explicar que se entiende por crédito público.

En el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia⁵, la palabra crédito tiene varias acepciones, v. gr. "Cantidad de dinero, o cosa equivalente que alguien debe a una persona o entidad y que el acreedor tiene derecho a exigir y cobrar". Por otro lado, se la define como "la reputación, fama, autoridad". También como "situación económica o condiciones morales que facultan a una persona o entidad para obtener de otra fondos o mercancías". Otra acepción la define como "la opinión que goza una persona de que cumplirá puntualmente los compromisos que contraiga".

Todas estas acepciones -salvo la primera- apuntan hacia un concepto más subjetivo,

⁴ Casado Hidalgo, Luis R. "Temas de Hacienda Pública". Ediciones de la Contraloría. Caracas, 1978. p. 342.

⁵ Real Academia Española de la Lengua. "Diccionario de la Lengua Española". Vigésima primera edición. Editorial Espasa-Calpe S. A. 1992. p. 418.

que implica la fe o reputación de que goza una persona o institución, reputación sustentada en la confianza que ofrece a terceros. Constituye la representación de la fe que se tiene en otro⁶⁻⁷.

El Diccionario se encarga de definir también el crédito público. "como el concepto que merece cualquier Estado en orden a su legalidad en el cumplimiento de sus contratos y obligaciones"⁸.

Como podemos observar, esta última definición continúa con el criterio subjetivo que veníamos exponiendo.

En doctrina, se señala que este concepto aparece en el siglo XVI⁹⁻¹⁰, y se ha mantenido a través del tiempo, vinculándose con la idea de confianza o fe en las personas.

De lo dicho podemos colegir que la expresión "crédito" se relaciona con dos formas de creencia:

- 1.- La confianza o fe en la moral de una persona dispuesta a cumplir sus obligaciones; y,
- 2.- La creencia de que ésta podrá cumplir sus obligaciones por disponer de medios económicos¹¹.

Esclarecido el concepto, pasaremos ahora a dar una definición del "crédito público".

Según el tratadista Addy Mazz, "es la posibilidad que tiene un ente público de aprovechar la confianza de que pueda gozar por parte de otros sujetos de derecho -públicos o privados- para lograr los medios con que subvenir a sus necesidades"¹².

Mientras que Giuliani Fonrouge lo define como "la aptitud política, económica, jurídica y moral de un Estado para obtener dinero o bienes en préstamo, basada en la confianza de que goza por su patrimonio, los recursos de que puede disponer y su conducta"¹³.

En tanto, el profesor Carvallo Hederra lo conceptúa como "la confianza o solvencia de que goza un Estado u otra corporación de derecho público en cuanto al cumplimiento de los compromisos pecuniarios por ellos contraídos"¹⁴.

⁶ Fonrouge, Giuliani. "Derecho Financiero". Tercera edición. Editorial Depalma. 1982. Vol. 2. p. 1.001, en nota 1 y 2 cita a Oria, "Finanzas" (Kraft, Buenos Aires, 1948, tomo III, p. 7).

⁷ En el mismo sentido, Luciano Castillo expresa que "la confianza que inspiran las entidades públicas, no es otra cosa que su capacidad de pago". ("Finanzas Públicas". Cuarta edición. Editorial Alfa. Lima, 1988. p. 155).

⁸ Real Academia Española de la Lengua. Op. cit. p. 418.

⁹ "Las formas modernas del crédito público se desarrollaron a partir de mediados del siglo XVIII". Sin embargo, "su principio coincide con la revolución económica que empieza con la mayor impregnación económico-monetarista de las finanzas y con los principios de la prosperidad de las ciudades.

La historia del crédito público, como componente de la historia de las finanzas está vinculada muy estrechamente con el desarrollo estatal de la Europa moderna." Se enumeran como los motivos para suscribirlos: la preparación de la guerra, la formación de los Estados, la conquista o confirmación del poder y el sostenimiento del tren de vida de los Príncipes. (Varios autores. "Tratado de Finanzas". Obra publicada bajo la dirección de Wilhelm Gerloff y Fritz Neumark. Editorial El Ateneo. Buenos Aires, 1961. tomo I, pp. 524-526).

¹⁰ El profesor Angel Faivovich sostiene que el origen del crédito público "surge en la Edad Moderna que para algunos coincide con el Descubrimiento de América (siglo XV) cuando el Estado principia a recurrir con mucha frecuencia al crédito público, a pesar de que la autoridad del soberano sigue confundiendo en muchos países con el Estado. La historia financiera registra un desarrollo gradual del crédito público, a partir de la Edad Moderna. En algunos países, esta deuda pública adquiere un desarrollo extraordinario, como en Inglaterra y en Francia." ("Hacienda Pública. Apuntes de clases". Universidad de Chile. Editorial Universitaria S. A. Sin fecha. p. 223).

¹¹ Fonrouge, Giuliani. Op. cit. Vol. 2, pp. 1001-1002.

¹² Mazz, Addy. "Curso de Derecho Financiero y Finanzas". Editorial Fundación de Cultura Universitaria. Tercera edición, 1991. tomo I, Vol. 1, p. 107.

¹³ Fonrouge, Giuliani. Op. cit. Vol. 2, p. 1002.

¹⁴ Carvallo Hederra, Sergio. "Finanzas Públicas". Editorial Universitaria. Primera edición, 1971. p. 282.

Por su parte, la ley positiva en el Art. 39, inc. 1º, del DL 1.263, de 1975, señala que: "se entiende por crédito público la capacidad que tiene el Estado para contraer obligaciones internas o externas a través de operaciones tendientes a la obtención de recursos."

De las definiciones doctrinarias y legal antes dadas se desprenden cuatro elementos del crédito público, que son:

a) El ente público.

Este puede ser el Estado o alguno de sus organismos. Su presencia es esencial, puesto que de no existir no podríamos hablar de crédito público. Sólo el Estado y sus organismos detentan la titularidad activa de este crédito, criterio que permite distinguirlo de los créditos privados¹⁵.

b) La capacidad para solicitar recursos.

Es decir, la aptitud política, económica, jurídica y moral del organismo público para procurarse los recursos financieros.

c) La confianza, como fundamento de la capacidad o aptitud del organismo para solicitar recursos.

Dicha confianza se encuentra cimentada en el comportamiento moral y jurídico del Estado y en su capacidad económica o patrimonial.

Se sustenta en el comportamiento moral, porque la conducta habitualmente leal y de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones, y la eficacia y el prestigio de la acción gubernativa, son elementos considerados por los agentes proveedores de recursos financieros.

Se basa, también, en la conducta jurídica del Estado, porque la política del cumplimiento escrupuloso de las obligaciones contraídas y el no desconocimiento de las mismas, proporciona al organismo público una merecida reputación.

Finalmente, se sustenta en la capacidad económica o patrimonial del Estado, puesto que los recursos económicos, el producto interno bruto y los bienes del Estado, constituyen a fin de cuentas, los "activos", que proporcionan el elemento objetivo para la confianza; mientras que, el comportamiento moral y jurídico corresponden a nuestro juicio al elemento subjetivo, más de apreciación interna, por parte de cada uno de los prestamistas, por no ser tan directamente apreciable como los activos.

d) La finalidad de satisfacer necesidades públicas¹⁶.

El fin próximo perseguido por el Estado al hacer uso del crédito público, consiste en allegarse recursos financieros; mientras que, la finalidad última consiste en utilizar dichos recursos en la satisfacción de las múltiples necesidades que debe asumir.

La satisfacción de las necesidades públicas corresponde, principal y

¹⁵ Silva Barroilhet, Paula y Edwards Renard, Javier. "Sistema legal de endeudamiento público externo chileno y cláusulas fundamentales de los Contratos de Crédito Externos". *Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 1989.* En este trabajo el lector podrá encontrar una explicación más acabada de las diferencias entre crédito público y privado, p. 40.

¹⁶ Si bien desde un punto de vista filosófico el contenido del concepto necesidad pública es centro de controversias, "desde un punto de vista *pura y estrictamente jurídico, carecen de importancia las particulares concepciones de cada cual en relación con los límites entre lo público y lo privado; debemos atenernos, simplemente, a la voluntad o intención del legislador. Cada vez que éste decida poner en manos del Estado la tarea de satisfacer una determinada necesidad colectiva, por estimar que ella no es debidamente atendida por la actividad privada y que su satisfacción afecta al interés general de la sociedad, querrá decir que la considera necesidad pública.*" (Aylwin Azócar, Patricio. "Apuntes de Derecho Administrativo". Editorial Universitaria S. A. 1960. tomo I, p. 92).

preponderantemente a la Administración Pública. La Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, consagra esta finalidad al señalar en su Art. 3 que: "la Administración del Estado estará al servicio de la comunidad atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente". Estas disposiciones no son más que una explicitación del principio contenido en el Art. 1º, inc. 4 de la CPR.

El Estado y sus organismos, al poner un uso su crédito público, contraen deudas. Dichas obligaciones, tomadas en su conjunto adquieren el nombre de DEUDA PÚBLICA.

4.- EMPRÉSTITOS PÚBLICOS Y OTRAS OPERACIONES QUE PUEDAN COMPROMETER EL CRÉDITO O LA RESPONSABILIDAD FINANCIERA DEL ESTADO

La regulación constitucional de las diversas clases de operaciones crediticias y financieras distingue, por un lado, a "los empréstitos" y por otro a "las demás operaciones que puedan comprometer el crédito o la responsabilidad financiera del Estado". A los primeros la CPR los somete al régimen contenido en su Art. 60 N° 7 y, a las segundas, al contenido en su Art. 60 N° 8.

4.1.- Régimen constitucional de los empréstitos públicos

El Art. 60 N° 7 de la CPR, establece que debe existir una ley que autorice la contratación de empréstitos. Recogiendo de esta manera fielmente el principio de legalidad.

Los sujetos que pueden ser autorizados para contratar empréstitos son el Estado como sujeto de derecho público, sus organismos, las Municipalidades, las empresas del Estado y aquellas en que éste tenga participación.

La ley autorizatoria del empréstito, por expreso mandato constitucional, debe cumplir los siguientes requisitos específicos:

a) Señalar la fuente de los recursos con cargo a los cuales debe hacerse el servicio de la deuda. En consecuencia, no basta con que la ley autorice un empréstito, además es indispensable que indique el origen de los recursos para cubrir dichas deudas.

Esta exigencia tiene por finalidad dar pleno cumplimiento a la política económica y en particular a la financiera, a que debe someterse la Administración. Esta política tiende a conseguir el equilibrio financiero en todas las operaciones que realice el Estado; por ello la ley deberá indicar el ítem y las partidas del Presupuesto General de la Nación con cargo al cual se cubrirán los empréstitos

autorizados¹⁷.

b) Los empréstitos deberán estar destinados a financiar proyectos específicos. En consecuencia, la ley no puede autorizar empréstitos con fines genéricos.

Sobre este requisito podrían presentarse dos interpretaciones:

1.- El proyecto que será financiado con el empréstito debe ser determinado por ley.

A primera vista la *ratio legis* de esta disposición está orientada a que no se den autorizaciones genéricas, sino que la ley autorizatoria diga que con los dineros recaudados por el empréstito se realice tal proyecto, por ejemplo construir una línea férrea entre Santiago y La Serena. En el fondo se pretende limitar la discrecionalidad del Ejecutivo.

2.- La CPR no exige que la ley señale el proyecto específico que será financiado con el empréstito, el cual puede ser especificado por un DS, ya que la exigencia de autorización legislativa es al empréstito.

Según esta interpretación queda entregada a la Administración la facultad de determinar dónde invertirá los recursos financieros, entrando de lleno en el campo de la discrecionalidad.

A favor de esta última posición se puede argumentar que es la Administración la que conoce con mayor precisión cuáles son las necesidades del país y por tanto estaría más capacitada para apreciar cuál es el proyecto más oportuno; además si esta atribución dependiera del Legislativo se podría perder eficacia por las demoras en la tramitación de la ley que aprobara el proyecto, ya que cada parlamentario, llegado el caso y por razones electorales, podría proponer un proyecto que beneficiara a su distrito o región, lo que entorpecería cualquier ley autorizatoria.

No obstante, la discrecionalidad en la toma de decisiones, en aras de la celeridad no asegura que el proyecto escogido sea el más apropiado.

En la constante lucha por juridizar y someter los poderes del Estado al Derecho, estos feudos discrecionales son los bastiones en que se guarnece el poder omnímodo del Estado. Al amparo de estas facultades el poder pretende escapar del Derecho, constituyendo además un campo de cultivo ideal para el crecimiento de la corrupción.

Y por otro lado, ¿qué sanciones se podrían aplicar al gobierno que escoja financiar proyectos que no resultaren ser los más apropiados?. Pareciera ser que la única sanción la daría la ciudadanía en las urnas, al reprobando la gestión de ese gobierno quitándole su confianza.

Por último, cuando se argumenta que los parlamentarios podrían empantanar los proyectos al tratar de influir en ellos, nada nos asegura que los mismos parlamentarios aboguen por esos proyectos ante la autoridad, o que las empresas privadas involucradas en la ejecución de

¹⁷ En cuanto a la historia fidedigna del establecimiento de esta norma, su actual redacción es producto de una modificación al texto preparado por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, el cual expresaba: "Art. 44 N°2, inc. 1°. En virtud de una ley se puede autorizar al Estado y sus organismos para que contraten empréstitos, los que sólo podrán ser de un plazo superior a dos años y deberán estar destinados a financiar proyectos específicos que puedan asegurar su capacidad de pago...".

Después de una discusión en el seno de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, verificada en la sesión 398, se eliminó la frase "que puedan asegurar su capacidad de pago", reemplazándola por la actual. El fundamento de ello está dado en que al exigir el 'aseguramiento del pago' se dejarían de realizar una serie de proyectos que no pueden dar esas garantías, v. gr. la construcción de escuelas públicas, hospitales y en general todos aquellos que no sean cien por ciento rentables. En palabras del señor Ortuzar "podría tratarse de proyectos específicos que no aseguren su capacidad de pago por su naturaleza misma, como por ejemplo la ampliación de locales universitarios o la construcción de escuelas, respecto de lo cual habría impedimento para contratar empréstitos." (Sesión 398, 11 de Julio de 1978. Tomado de "Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República". Talleres Gráficos de Gendarmería de Chile. 1983. Vol. 11, p. 3119).

En consecuencia, la frase aprobada en definitiva pretende solamente hacer referencia al servicio de la deuda pública y no a la rentabilidad de los proyectos ni a la fuente específica de los recursos con que se harán los pagos.

las obras presionen a la autoridad.

c) Cuando el sujeto autorizado para contratar el empréstito es una empresa del Estado, o una empresa en que el Estado tenga participación¹⁸, se le prohíbe contratar empréstitos con el Estado, sus organismos o empresas, según prescribe el Art. 60 N° 9 de la CPR.

El fundamento de esta disposición se encuentra en la noción de orden público económico desarrollada en la CPR, la cual, en lo pertinente a la actividad empresarial del Estado, se rige por el principio de subsidiaridad. En materia económica el principio fundamental es que dicha actividad debe ser desarrollada prioritariamente por los particulares y, en aquellos casos excepcionales en los que el Estado se encuentre autorizado para desarrollarla, debe someterse a las mismas reglas que rigen para los particulares. Si en el ámbito privado el principio rector está dado por la eficiencia en la gestión, las empresas públicas no pueden sino someterse a él. La celebración de empréstitos entre el Estado y sus empresas equivaldría a un subsidio, un verdadero premio a las malas gestiones. Por último, facilitar los empréstitos entre estos sujetos implicaría atentar contra la libre competencia.

d) No siendo requisito impuesto por el régimen constitucional de los empréstitos a la ley que los autoriza, nos ocuparemos del tema del plazo de éstos.

No existe la obligación de que la ley autorizatoria del empréstito fije un plazo para su duración, ni mucho menos que se le establezca un plazo máximo. Esta exigencia sí la contemplaba el anteproyecto de la actual CPR¹⁹. El anteproyecto le fijaba un plazo a los empréstitos, el cual no podía ser superior a dos años, en consecuencia, sólo se podían autorizar deudas de corto plazo, privándose al Estado de la herramienta financiera de mediano y largo plazo²⁰, que en general tienen por objeto obtener recursos para subvenir grandes proyectos.

4.1.1.- Naturaleza jurídica de la ley que autoriza el empréstito

Cabe preguntarse, dentro del amplio espectro de leyes que contempla la CPR (leyes orgánicas constitucionales, leyes ordinarias, leyes base, leyes de reforma, leyes de quórum calificado y leyes interpretativas de la Constitución), a cuál de todas ellas se refiere la norma constitucional.

Para determinar la naturaleza jurídica de la ley autorizatoria, analizaremos cada una de

¹⁸ "Empresa estatal" es aquella cuyo dominio pertenece exclusivamente al Estado de Chile, v. gr. Codelco. En cambio, "empresa en que el Estado tenga participación" es aquella en que el Estado no tiene el dominio total sino que sólo en porcentaje, el cual puede ser variable, v. gr. Lan Chile.

¹⁹ El Art. 66 del anteproyecto elaborado por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (Octubre de 1978), señalaba que: "Sólo son materias de ley: h) Las que autoricen al Estado, a sus organismos y a las Municipalidades, para contratar empréstitos, los que deberán estar destinados a financiar proyectos específicos, y cuyo plazo no podrá ser superior a dos años. La ley deberá indicar las fuentes de los recursos con cargo a los cuales deba hacerse el servicio de la deuda. Sin embargo, se requerirá de una ley de quórum calificado para autorizar la contratación de aquellos empréstitos cuyo vencimiento exceda del término de duración del respectivo período presidencial.

"Lo dispuesto en esta letra no se aplicará al Banco Central." (Tomado de Bulnes Aldunate, Luz, "Constitución Política de la República de Chile. Concordancia, anotaciones y fuentes". Editorial Jurídica de Chile. Segunda edición, 1981. p. 272).

²⁰ En cuanto a su plazo, la deuda pública puede ser:

- 1.- A corto plazo o flotante. Es aquella que es pagadera hasta en un año. Y su finalidad es suplir los desajustes entre la exigibilidad del gasto y el ingreso de recursos, v. gr. pagar sueldos a empleados públicos o responder a necesidades de caja;
- 2.- A mediano plazo. Es aquella contratada hasta tres o cinco años;
- 3.- A largo plazo o consolidada. Es aquella de plazo variable, pero superior a tres o cinco años, todo ello según la práctica de cada país; y,
- 4.- Sin plazo o perpetua. Es aquella que no tiene plazo para pagarla y que sólo devenga intereses.

La importancia de esta clasificación radica en que el Estado puede realizar ciertas operaciones financieras sólo en las deudas a corto y mediano plazo. Operaciones financieras que, en términos generales, significan modificar los plazos y los intereses de este tipo de deudas. Estas operaciones son la conversión y la consolidación de la deuda.

las especies anteriormente enunciadas.

No se trata de una ley orgánica constitucional ni de una ley de quórum calificado, porque no se encuentra comprendida dentro de las materias propias del ámbito de dichas leyes, las que requieren mención expresa de la Constitución²¹.

Además, la parte final del inc. 1º del N° 7 del Art 60 de la CPR, prescribe la necesidad de una ley de quórum calificado para autorizar la contratación de aquellos empréstitos cuyo vencimiento exceda del término de duración del respectivo período presidencial, a *contrario sensu*, en todos los otros casos (los empréstitos cuyo vencimiento no exceda el período presidencial respectivo), no se necesitará de una ley de quórum calificado. Finalmente, otro argumento en favor de esta posición, nos lo proporciona la historia fidedigna del establecimiento de esta norma, puesto que en las sesiones de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, al discutirse la redacción de esta norma, se eliminó la expresión "ley especial", argumentando que toda vez que en los proyectos se hablara de leyes especiales deberá entenderse "ley de quórum calificado"²².

Tampoco se trata de una ley de base, porque no está destinada a servir de sustrato de un régimen jurídico genérico.

Por último, es evidente que no se trata ni de una ley interpretativa ni de reforma a la Constitución.

En consecuencia, se trata de una ley ordinaria, que presenta la particularidad de ser de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, según dispone el Art. 62 inc. 4º N° 3 de la CPR.

4.2.- Régimen constitucional de las demás operaciones que puedan comprometer el crédito o la responsabilidad financiera del Estado

La CPR de 1980 hace un claro distingo entre los empréstitos públicos y las demás operaciones que puedan comprometer el crédito o la responsabilidad financiera del Estado (Art. 60 N° 8).

Están tratados en números diferentes dentro del mismo artículo, rompiendo de esta manera la tradición constitucional que venía de la Carta Fundamental de 1925, donde se contemplaba en un solo Art. -el 44 N° 2- todo el régimen del crédito público, incluyendo tanto a los empréstitos como a las otras operaciones que puedan comprometer el crédito y la responsabilidad financiera del Estado²³.

El régimen jurídico constitucional de estas operaciones es el siguiente:

a) Requieren autorización legal.

²¹ El Art. 63, inc. 2º de la CPR regula las leyes orgánicas constitucionales y el inc. 3º, de la misma norma, las leyes de quórum calificado.

²² Sesión 398, de 11 de Julio de 1978. Tomado de "Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República". Op. cit. Vol. 11. pp. 3122-3123.

²³ La Constitución de la República de Chile de 1925 (conforme a la edición oficial, incluidas todas las modificaciones hasta el 25 de Enero de 1971), en su Art. 44, N° 2, señalaba que: "Sólo en virtud de una ley se puede autorizar la contratación de empréstitos o de cualquiera otra clase de operaciones, que puedan comprometer el crédito y la responsabilidad financiera del Estado." (Tomado de Bulnes Aldunate, Luz. Op. cit. p. 177). Por su parte, la Constitución de 1833, sostenía un criterio muy parecido al anterior. Su Art. 28 (Art. 37 del texto primitivo) sostenía que: "Sólo en virtud de una ley se puede: N° 4 Contraer deudas, reconocer las contraídas hasta el día, y designar fondos para cubrirlas." (Tomado de Bañados Espinoza, Julio. "Constituciones Políticas de Chile, Francia, Estados Unidos, República Argentina, Brasil, Bélgica, España, Inglaterra y Suiza". Roberto Miranda Editor, 1988. pp. 51-52).

Esta ley será siempre ordinaria, aun cuando el vencimiento de las operaciones autorizadas exceda el término de duración del período presidencial durante el cual se contrató. Lo cual diferencia este régimen del contemplado para los empréstitos.

b) Estas operaciones no necesitan estar destinadas a financiar proyectos específicos, puesto que este requisito se exige sólo para los empréstitos.

c) A la ley autoritaria no se le exige indicar las fuentes de los recursos con cargo a los cuales deba hacerse el servicio de la deuda.

d) La Constitución, a diferencia de lo que ocurre en la contratación de empréstitos, no exige autorización legal especial para que las empresas del Estado o aquellas en que éste tenga participación puedan contratar "créditos", los que pueden celebrar libremente, conforme a las normas aplicables a los particulares. Como por lo demás lo señala la propia CPR, en su Art. 19 N° 21, inc. 2°.

4.3.- Alcance de cada uno de los regímenes constitucionales

Establecida la distinción que realiza nuestra CPR, es imperioso determinar qué entiende ella por empréstito público y cuáles son las demás operaciones a que se refiere. Es este un punto de importancia trascendental, puesto que, del alcance que se le de al concepto empréstito público se sigue la aplicación de un régimen jurídico determinado.

4.3.1.- Empréstitos públicos

Durante mucho tiempo, el empréstito público constituyó la modalidad fundamental, la figura central del derecho de la deuda pública²⁴.

Etimológicamente, empréstito proviene de las palabras latinas *in*, que significa en y *praestitus*, préstamo. La expresión quiere significar, entonces, "aquello que se da en préstamo"²⁵.

Se le define como "el préstamo que toma el Estado o una corporación o empresa, especialmente cuando está representada por títulos negociables o al portador"²⁶.

En doctrina, se ha dicho que "existe empréstito cuando el Estado recurre al mercado en demanda de fondos, con la promesa de reembolsar el capital en determinada forma y términos y

²⁴ Por razones de orden histórico, el Derecho de la Deuda Pública comprendía sólo los empréstitos. Estas razones fueron, principalmente, las siguientes:

1°.- Dentro del Derecho Financiero, en el capítulo de los ingresos públicos se distinguen dos grandes fuentes de recursos: los ordinarios (v. gr. tributos) y los extraordinarios (v. gr. empréstitos, venta de bienes del Estado). Los economistas clásicos aconsejaban no recurrir a los empréstitos ya que éstos constituían una carga para las generaciones futuras, por lo que sólo en casos excepcionales debían contratarse (de ahí "extraordinarios"); todo lo cual llevó a establecer una regulación especial de los empréstitos.

2°.- Respecto de las repúblicas latinoamericanas, la fuente de sus recursos financieros internacionales, desde su nacimiento, provino de otros Estados que estuvieron en condiciones de proporcionárselo, ya que políticamente querían y económicamente podían asumir los riesgos de recuperación de los recursos, mismos que la banca privada no estaba en condiciones de asumir.

²⁵ Real Academia Española de la Lengua. Op. cit. p. 574.

²⁶ Real Academia Española de la Lengua. Op. cit. p. 574.

de pagar un interés periódico"²⁷. Según el tratadista Marienhoff, el empréstito público es "el préstamo oneroso de dinero que el Estado obtiene de los administrados o particulares, conforme a las normas de derecho público"²⁸.

En suma, podemos decir que "empréstito público" es la "operación por la cual el Estado obtiene fondos del mercado, con la promesa de reembolsar el capital en determinada forma y plazo y de pagar un interés periódico. Además, esta operación se instrumenta en una forma particular: la emisión de títulos de deuda, siendo este rasgo lo que las distingue de los préstamos comunes"²⁹.

4.3.1.1.-Elementos del concepto Empréstito Público

Del conjunto de las definiciones anteriormente expuestas, podemos extraer una serie de elementos que caracterizan esta institución.

a) El Estado, como sujeto pasivo de relaciones crediticias.

Se trata del Estado o de sus organismos, por ser ellos los detentadores del crédito público. En virtud de disposiciones constitucionales y legales sólo ellos pueden contraer estos empréstitos.

b) El Mercado, como sujeto activo.

El Estado realiza una oferta a la comunidad, se trata de una oferta a persona indeterminada, y en este sentido, el Mercado se nos presenta como el acreedor genérico del Estado. La oferta consiste en títulos, bonos y en general valores mobiliarios, que se emiten para que los interesados, en respuesta a esta oferta, los suscriban o adquieran.

El empréstito público surge como una operación financiera global, la que luego se fracciona en una multiplicidad de relaciones jurídicas con cada uno de los prestamistas, oferentes de caudales y la red de intermediarios financieros. No se supone una vinculación permanente entre el ente emisor y los prestamistas, ya que éstos pueden abandonar su posición acreedora, negociando sus títulos.

c) Una cantidad de dinero que se debe restituir, como objeto de la relación jurídica.

El Estado se compromete a restituir la suma de dinero recibida en calidad de préstamo, dentro de un plazo y sujeto a determinadas condiciones, tales como la tasa de interés, las garantías, etc.

d) La emisión de títulos o valores, para instrumentar la deuda.

Para que podamos hablar de empréstitos, debe existir emisión de títulos de deuda ofrecidos al público, aunque no necesariamente la emisión de títulos tenga por finalidad exclusiva constituir empréstitos.

Sobre este particular se ha sostenido que debe hacerse una distinción entre empréstito y la emisión de títulos de deuda. "El título de la deuda puede ser emitido para realizar un empréstito y

²⁷ Fonrouge, Giuliani. Op. cit. Vol. 2, p. 1007.

²⁸ Marienhoff, Miguel. "Tratado de Derecho Administrativo". Editorial Abeledo Perrot. Tercera edición, 1983. tomo III-B. p. 666.

²⁹ Mazz, Addy. Op. cit. p. 112.

obtener recursos dinerarios para el Estado, pero puede ser emitido también con otras finalidades, por ejemplo, constituir el capital de empresas públicas, ser empleado en el pago de los acreedores del Estado, etc."³⁰.

Lo fundamental en el empréstito no es la emisión de títulos por el Estado, sino que el ingreso de dinero a arcas fiscales. El empréstito es una operación que procura efectivo para el Estado.

En suma, debe distinguirse la emisión del título del negocio al que responde, así como también, la facultad del Estado de emitir títulos de deuda de la posibilidad de que éstos tengan diversos empleos, que pueden ser: un empréstito, si mediante él se obtiene dinero en efectivo para el Estado; una compraventa; un contrato de suministro; la creación de medios de pago; la efectivización de una donación, etc.

4.3.1.2.-Naturaleza jurídica del empréstito público

La determinación de la naturaleza jurídica de los empréstitos públicos, constituye uno de los puntos doctrinariamente más controvertidos del Derecho Financiero.

En doctrina, se ha producido una confusión entre empréstito y título de deuda, y por eso, al hablar de su naturaleza jurídica no se hace el distingo correspondiente. Por nuestra parte, y siguiendo al tratadista uruguayo Addy Mazz, pensamos que debe distinguirse entre la naturaleza jurídica del acto de emisión de títulos, de los títulos en sí y del empréstito.

A continuación pasaremos a analizar la naturaleza jurídica de cada una de estas figuras.

a) Naturaleza jurídica de la emisión de títulos de deuda pública

El acto de emisión es un acto de soberanía, una manifestación del poder del Estado.

Se rige por el principio de legalidad, es decir, requiere la autorización legislativa para la emisión de los títulos³¹.

En nuestra legislación, el DL 1.263, refiriéndose a la autorización legal previa a la emisión, señala que ésta podrá ser de carácter permanente o transitorio. Son transitorias aquellas limitadas en cuanto a la suma máxima permitida o le fijan un plazo determinado para su utilización (Art. 43).

b) Naturaleza jurídica de los títulos de deuda pública

Son títulos valores reglamentados especialmente por disposiciones propias de la deuda pública. Títulos valores o títulos de crédito, son aquellos "documentos cuyo valor, estando representado por el derecho al cual se refiere el documento, es inseparable del título mismo", son de

³⁰ Mazz, Addy. Op. cit. p. 113.

³¹ Sobre los alcances de la autorización legislativa tampoco hay coincidencia. Algunos autores sostienen que la ley debe limitarse a autorizar la emisión, otros, en cambio, argumentan que la ley debe señalar varios elementos, como el monto adeudado, los intereses, plazos, etc. (Mazz, Addy. Op. cit. p. 114).

carácter literal y autónomo³²⁻³³.

Entre nosotros la regulación de estos títulos valores se encuentra contenida, especialmente, en el DL 1.263³⁴.

Las normas que regulan el título representativo del empréstito son de naturaleza diferente a las que regulan el contrato de préstamo público. El régimen jurídico de este título, como documento material representativo de valores introducidos al mercado de bienes, se integra además con normas jurídicas privadas, pero la circunstancia de materializar o documentar un vínculo jurídico público le da características especiales.

c) Naturaleza jurídica del empréstito público

En doctrina no existe acuerdo en cuanto a la determinación de la naturaleza jurídica de los empréstitos públicos, siendo las principales teorías las que lo postulan como un acto de soberanía y como un contrato.

1º) El Empréstito como acto de soberanía.

La mayoría de los defensores de esta postura³⁵⁻³⁶ no distinguen entre la emisión del título y el empréstito mismo. Para ellos, los títulos de la deuda constituyen una clase o categoría excepcional de obligaciones, no confundibles con ninguna otra, emitidos como moneda, en virtud del poder soberano del Estado.

Los empréstitos surgen en virtud de autorizaciones legislativas y no ofrecen las características generales de los contratos de derecho privado, toda vez que no hay persona determinada en favor de la cual se establezcan obligaciones, prometiéndose el pago indeterminado al portador. El prestamista no transfiere dinero en la forma ordinaria del mutuum, sino más bien, comprando el título en el mercado.

La obligación derivada del empréstito nace antes e independientemente del consentimiento del primer adquirente del título.

En suma, se trata de "un acto político o de sociedad, pues repercute en la economía nacional, y el Estado con cada adquirente de sus títulos no mantiene un contrato, ya que su obligación nace de la ley que emite los títulos y no de la aceptación del adquirente; y los sucesivos adquirentes obtienen el título por negociación, no por asunción de crédito y los acreedores no intervienen en la emisión. La deuda pública se emite como moneda, por autorización legal y la ley establece todas las

³² Mazz, Addy. Op. cit. p. 115.

³³ Don Manuel Vargas Vargas, señala que "se entiende por título de crédito el documento que permite a su portador legítimo exigir de su deudor el *crédito literal y autónomo que en él se menciona*". ("*Nueva Legislación sobre Letras de Cambio y Pagaré*". Editorial Jurídica de Chile. Segunda edición, 1988. p. 11).

³⁴ Este cuerpo normativo señala los fundamentos generales del derecho financiero, definiendo una serie de instituciones, tales como "crédito público", "deuda pública", "empréstito público" y estableciendo cuales son los sujetos a los que se les aplican las normas contenidas en el mismo. Se encarga, además, de enumerar los tipos de deuda pública, señalándoles el procedimiento administrativo general para su concreción.

³⁵ Entre los autores que plantean esta posición se encuentran Luis María Drago, Curtis Danker, Giuliani Fonrouge. Todos citados por Addy Mazz, Op. cit. p. 116.

³⁶ Fonrouge, Giuliani. Op. cit. pp. 1020 y sgtes.

condiciones de la operación"³⁷.

En definitiva, podríamos decir que al considerar el empréstito como acto de soberanía nos estamos refiriendo a aquel modo especial de actuación de los entes públicos para la consecución de sus fines, denominada "vía unilateral de actuación"³⁸, diferenciada de la bilateral o contractual.

2º) El Empréstito como contrato.

Gran parte de la doctrina le atribuye al empréstito carácter contractual, aunque existen discrepancias sobre su categorización.

1.- El empréstito como contrato de Derecho Privado

Quienes mantienen esta posición afirman que no existe diferencia entre el empréstito y un contrato de derecho privado: el Estado abdicaría de su soberanía para contratar como un particular.

Existe una relación bilateral de obligaciones recíprocas, para ambas partes, exigibles judicialmente. El Estado ofrece y los acreedores aceptan la suscripción (formación del consentimiento). Su contenido es pecuniario, derivado de una obligación que la ley autoriza a contratar y sus estipulaciones son las mismas de todos los préstamos con emisión de títulos de créditos, igual que en el derecho de las empresas mercantiles.

Se distinguen dos subespecies: primero, el contrato colectivo celebrado entre el Estado y un conjunto de suscriptores, descartándose, de este modo, la noción de celebración de actos individuales con cada prestamista; y segundo, el contrato de adhesión, en que el Estado hace conocer las condiciones mediante las cuales se constituirá en deudor, y éstas son aceptadas por el proveedor de los fondos, mediante suscripción.

2.- El empréstito como contrato de Derecho Público

Es en la doctrina francesa donde se sostiene con mayor vigor esta posición.

En general se argumenta que se trata de un contrato administrativo, por referirse al funcionamiento de un servicio público, esto es, el aprovisionamiento de dinero para subvenir a las necesidades de la Administración y sometido a una ley administrativa. Si todo suministro es administrativo, también lo será el de dinero.

Las razones que se dan para considerarlo así, podemos resumirlas en los siguientes argumentos³⁹:

Primero: Por tratarse de un contrato, y de un contrato relativo al funcionamiento de un servicio público.

Segundo: Porque los contratantes se someten voluntariamente a un régimen jurídico especial, de

³⁷ Carretero Pérez, Adolfo. "Derecho Financiero". Editorial Santillana de Ediciones. 1968. p. 634

³⁸ La generalidad de la doctrina alemana habla de los "actos administrativos de sumisión", que son aquellos actos unilaterales que requieren para su eficacia de la previa conformidad del destinatario. (García de Enterría, Eduardo. "La figura del Contrato Administrativo". En "Revista de Administración Pública", N° 41, pp. 104-105, quien cita a Otto Mayer).

A nuestro juicio, de aceptarse la teoría del acto soberano para explicar la naturaleza jurídica de los empréstitos, podríamos vincularla con este criterio, ya que, si bien es cierto que el empréstito nace como acto jurídico unilateral, no es menos cierto que para sea eficaz requiere de la conformidad del destinatario, en este caso, el prestamista que suministra los fondos que pretenden conseguirse por el Estado mediante el empréstito.

³⁹ Fonrouge, Giuliani. Op. cit. p. 1024. Quien cita a Gastón Jéze. "Les Contrats Administratifs". Editorial Giart, París, 1927. pp. 131-132.

derecho público, ya que la ley aprobatoria de la emisión asegura a los prestamistas derechos que no otorgan a los prestamistas ordinarios y, además existen normas especiales que exceden la órbita del derecho privado, como son la inembargabilidad de las rentas, plazo de prescripción especial, inmunidad fiscal, etc.

Existen otras concepciones sobre la naturaleza jurídica de los empréstitos, como por ejemplo, la tesis del contrato reglamentario⁴⁰, el contrato sui generis, donde concurren elementos tanto del derecho público como del derecho privado⁴¹.

4.3.1.3.- Posición personal sobre la naturaleza jurídica del empréstito público

A nuestro juicio, el empréstito público es, sin lugar a dudas un contrato, en el cual los elementos que constituyen la formación del consentimiento, se distinguen claramente:

1º) La oferta la realiza el Estado al proponer al mercado en general, que hará entrega de títulos a cambio de una suma determinada de dinero; y,

2º) La aceptación del prestamista se verifica o manifiesta cuando suscribe los títulos y hace entrega del dinero. Con la aceptación pura y simple del prestamista se perfecciona el contrato.

Por lo demás, el propio ordenamiento jurídico chileno resuelve la discusión, al definirlo como "un contrato especial de derecho público, en virtud del cual el Estado obtiene recursos sujetos a reembolso de acuerdo con las condiciones que se establezcan" (Art. 39, inc. 3º, DL 1.263, sobre Administración Financiera del Estado)⁴², adoptando expresamente, como podemos ver, la posición contractualista y de derecho público.

4.3.2.- Las otras operaciones que comprometen el crédito o la responsabilidad financiera del Estado

Dentro de esta categoría deben entenderse incluidas todas las operaciones que no sean un empréstito, entre ellas la condonación de deudas, compraventas a plazo, arrendamientos, fianzas, avales, etc.

Sin embargo, existen operaciones crediticias, como los préstamos (operación de crédito de dinero sin emisión de títulos), cuya calificación jurídica puede ser discutible, dada su gran similitud con el empréstito y por la poca claridad con que nuestra legislación define a éste.

En efecto, el Art. 39, inc. 3º del DL 1.263, conceptúa el empréstito público en una forma amplia, que comprendería las operaciones de crédito de dinero con y sin emisión de títulos. Sin embargo, este mismo DL permitiría afirmar que el empréstito requiere emisión de títulos, ya que en su Art. 18 se refiere a "... las colocaciones de empréstitos u otros títulos de crédito...".

⁴⁰ Giuliani Fonrouge sostiene que el contrato reglamentario "no es contrato puro, ni tampoco una institución pura, sino una situación intermedia entre ambos extremos; es decir, no es una situación contractual pura, sino un conjunto complejo de derechos objetivos y subjetivos. El empréstito contiene un elemento estatutario objetivo, de carácter institucional, combinado con otro de colaboración de los suscriptores, lo que le asigna una configuración jurídica parecida al contrato de concesión de servicio público." (Op. cit. pp. 1025-1026).

⁴¹ Mazz, Addy. Op. cit. p. 117.

⁴² En la práctica, las condiciones para los empréstitos se determinan en el DS del Ministerio de Hacienda que autoriza la contratación del crédito externo. Por ejemplo, el DS 935, de 1990, que autoriza la firma de un contrato de suscripción de bonos con un grupo de instituciones financieras internacionales, en su N° 3º señala "Las características y condiciones financieras de la emisión de bonos..."

4.4.- Teorías sobre la posición de la CPR respecto de los empréstitos públicos

A continuación trataremos de determinar qué entiende nuestra CPR por empréstito público, lo que en definitiva significa realizar una labor interpretativa, en la que no podemos contar con la historia fidedigna del establecimiento del Art. 60 N° 7 y 8 de la CPR, ya que en actas no se encuentran referencias a esta problemática.

En términos generales, es posible postular dos interpretaciones sobre el alcance de la expresión empréstito público.

a) Teoría finalista o unitaria.

Según esta interpretación, la CPR entiende por empréstito toda operación de crédito de dinero en que intervenga el Estado, exista o no emisión de títulos. Entonces, no es posible distinguir la figura del empréstito de la del préstamo, por tanto, el Art. 60 N° 7 de la CPR se aplica a todas aquellas operaciones en que el Estado obtiene recursos sujetos a reembolso, como por lo demás lo dice el Art. 39, inc. 3°, del DL 1.263.

El Art. 60 N° 8, se refiere a las otras operaciones que comprometan el crédito público, que no sean "mutuos", sino que a otros contratos que puedan generar una deuda para el Estado, por ejemplo, un saldo de precio en una compraventa a plazo, un arrendamiento, un leasing, etc.

Esta posición implica realizar una interpretación finalista de la CPR, es decir, buscar el motivo o fin perseguido por la norma, el que en materia económica está determinado por el Orden Público Económico⁴³, y por el sometimiento de la actuación del Estado al cumplimiento de varios principios, dentro de los cuales, y en el ámbito estrictamente financiero, destaca el del equilibrio financiero y la racionalidad de la política económica, a fin de impedir "la intervención deficitaria del Estado que con frecuencia tuvo lugar durante el imperio de la Constitución de 1925"⁴⁴.

Se trató en la CPR de regular una materia de suyo importante para los gobiernos, cual es la de sus ingresos. La legalidad es la piedra angular de este sistema, por lo tanto, las decisiones sobre la materia recaen en el Parlamento. Será el Congreso el único que pueda establecer tributos y autorizar la contratación de empréstitos u otras operaciones crediticias del Estado, tratando de esa manera de limitar al Ejecutivo, puesto que el endeudamiento de la Nación no es un asunto que pueda recaer exclusivamente en la voluntad de un determinado gobierno; antes bien se trata de una cuestión permanente en la vida nacional, cuyos efectos recaerán sobre la ciudadanía generalmente por varias generaciones.

En definitiva, ningún gobierno podría hipotecar el futuro de la población sometiéndola a la carga de una deuda aplastante. Si la deuda sólo va a afectar a la ciudadanía por un período presidencial entonces basta la autorización por ley simple. Sin embargo, si la carga de la deuda se extiende más allá del período presidencial en la que se contrató, entonces ya no basta con una ley simple, será menester, en este caso, una ley de quórum calificado, lo que en la práctica significa generalmente obtener los votos de la oposición política.

Esta realidad jurídica determina, por otro lado, un escenario económico-financiero

⁴³ Cea Egaña define el orden público económico como "el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución." (Cea Egaña, José Luis. "Tratado de la Constitución de 1980". Primera edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1988. p. 158).

⁴⁴ Cea Egaña, José Luis. Op. cit. p. 174.

bien definido. La ley simple sólo podría autorizar la contratación de deuda a corto o mediano plazo, en cambio la deuda a largo plazo, generalmente, sólo puede ser autorizada por ley de quórum calificado.

En definitiva, la CPR creó un marco jurídico estricto para la generación de la deuda del Estado. Dicho marco podría vulnerarse si aceptamos distinguir entre empréstitos (deuda con emisión) y préstamos (deuda sin emisión), puesto que, aunque en ambos casos se debe cumplir con la legalidad, los requisitos de la ley autorizatoria en uno y otro caso son distintos.

b) Teoría restringida.

Para esta segunda interpretación existe diferencia entre empréstito y préstamo; el primero es aquel en donde existe emisión de títulos, y en el segundo no existe tal emisión.

Sin embargo, tanto los empréstitos como los préstamos requerirían ley autorizatoria, pero las exigencias que deben cumplir cada una de estas leyes son diferentes.

El empréstito es una palabra definida por la ley, en el Art. 39, inc. 3º, del DL 1.263, en términos tales que permitiría incluir los préstamos con y sin emisión de títulos.

Pero este concepto de empréstito es poco claro y muy amplio, ya que al interpretarlo armónicamente con la norma del Art. 18⁴⁵ del mismo DL, el cual equipara empréstito a título de crédito, deberíamos concluir que en los empréstitos debe existir emisión de títulos.

5.- LA DEUDA PÚBLICA

Si bien es cierto, la CPR no se refiere expresamente a la deuda pública, regula algunas formas que ésta puede asumir, como son los empréstitos públicos y otras operaciones que puedan comprometer el crédito o la responsabilidad financiera del Estado, de ahí la necesidad de explicar su significado.

Etimológicamente, deuda proviene del latín *debita*, débito. Se le define como "la obligación que alguien tiene de pagar, satisfacer o reintegrar a otro una cosa, por lo común dinero"; en tanto que, se define "deuda pública" como aquella "que el Estado tiene reconocida por medio de títulos que devengan interés y a veces se amortizan"⁴⁶.

En general, podríamos decir que la Deuda Pública no es otra cosa que el conjunto de obligaciones de carácter pecuniario que afectan al Estado.

En el transcurso de los siglos, los gastos del poder estatal han aumentado constantemente, sin embargo, no ha ocurrido lo mismo con sus ingresos, los que se han hecho insuficientes para hacer frente al incremento del gasto público. El saldo y el crédito abierto para cubrirlos, constituye un endeudamiento.

Cuando los ingresos normales no bastan para cubrir las necesidades públicas, aparece

⁴⁵ Art 18, inc. 1º del DL 1.263: "Se considerará como ingreso presupuestario la estimación del valor de las colocaciones de empréstitos u otros títulos de crédito que se autoricen en la Ley de presupuestos o en las disposiciones complementarias de ésta."

⁴⁶ Real Academia Española de la Lengua. Op. cit. p. 521.

el déficit; dicho déficit, a su vez, crea la deuda pública⁴⁷.

El concepto que manejemos de la deuda pública, va a depender, en gran medida, del enfoque con que nos aproximemos al tema. De esa manera, podemos distinguir una visión económica⁴⁸ y otra netamente jurídica.

Nos ocuparemos de la deuda pública desde su óptica jurídica, en la que lo importante es la regulación del mecanismo de endeudamiento público, partiendo por desentrañar la naturaleza jurídica de la deuda pública, en sus diversas modalidades y los efectos de los "actos jurídicos de endeudamiento".

En esta perspectiva, podemos entender la deuda pública en un sentido amplio o restringido. En el primer sentido, la deuda pública comprende todas las obligaciones económicas del Estado, que deriven de negocios jurídicos, actos o hechos de los cuales surjan obligaciones para éste (v. gr. créditos, préstamos, indemnizaciones, saldos de precios, etc.). Mientras que en el segundo, existe deuda pública sólo cuando la deuda del Estado es consecuencia de la recepción de fondos que han sido entregados en calidad de préstamos o de empréstitos, y que está obligado en forma normal a reembolsar; de esta manera, se incluyen sólo las operaciones de crédito de dinero, realizadas por el Estado u otro ente público que pueden reducirse básicamente al préstamo o mutuo de dinero.

Una vez realizadas estas precisiones, podemos analizar con mayor detalle el concepto de deuda pública y el de sus diversas especies.

El DL 1.263, en su Art. 39, inc. 2º, señala que la deuda pública "estará constituida por aquellos compromisos monetarios adquiridos por el Estado derivados de obligaciones de pago a futuro o de empréstitos públicos internos o externos".

Podemos definir la deuda pública como el conjunto de obligaciones de carácter monetario, contraídas por el Estado o sus organismos, para la satisfacción de las necesidades colectivas⁴⁹.

De la definición antes dada, se extraen cuatro elementos constitutivos:

a) El Estado como sujeto pasivo, deudor. No merece mayor comentario que el Estado o sus organismos tengan la calidad de sujeto pasivo de la deuda, sean como deudores principales o subsidiarios.

b) Conjunto de obligaciones. La deuda pública engloba la totalidad de las obligaciones crediticias del Estado. Por la dinámica de la gestión financiera es prácticamente imposible que un Estado tenga exclusivamente una sola deuda, es por eso que preferimos hablar de conjunto de obligaciones.

⁴⁷ Luciano Castillo clasifica el déficit en de tesorería o de caja o formal y en déficit real o material. El primero se presenta cuando se dispone de los medios suficientes para cubrir los gastos de un ejercicio financiero y faltan parcialmente los recursos, ya que éstos no se dan uniformemente durante el respectivo ejercicio. En cambio, estamos en presencia de un déficit real, cuando los ingresos presupuestarios no bastan para conjugar todos los gastos del período financiero. (Op. cit. p. 154).

⁴⁸ Desde un punto de vista económico, tiene importancia la opción u oportunidad por el endeudamiento, es decir, cuándo o en qué oportunidad a un Estado le conviene endeudarse; la incidencia de la carga de la deuda en el tiempo y la técnica del empréstito que engloba la colocación, la amortización, la conversión de la misma, etc. La deuda pública comprende no sólo los "préstamos" y "empréstitos", sino que otras operaciones como la emisión de moneda, que algunos autores califican de modalidad de empréstito. Para mayor información de carácter económico-financiero, consultar a Addy Mazz, Op. cit. pp. 108 y sgtes. Maurice Duverger. "Hacienda Pública". Casa Editorial Bosh, 1968, pp. 117 y sgtes. Leo T. Little. "Elementos de Economía". Editorial Labor S. A. pp. 448 y sgtes.

⁴⁹ Para Fernando Garrido Falla, el conjunto de títulos de la deuda emitidos por el Estado constituyen el concepto legal de la deuda pública. ("Tratado de Derecho Administrativo". Vol. II, Parte General: Conclusiones. Reimpresión de la quinta edición de 1974. Editado por el Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1975. p. 67).

c) El objeto de las obligaciones es una suma de dinero. Estamos en presencia de operaciones de crédito de dinero, que nuestro ordenamiento jurídico interno trata en la Ley 18.010⁵⁰.

Generalmente se trata de mutuos de dinero. Donde lo que una parte da a otra es una cierta cantidad de dinero, suma que la otra parte se obliga a restituir, con más un interés. Sin embargo, aunque el sujeto pasivo, el Estado, se obliga a restituir o entregar una cantidad de dinero, el sujeto activo, no necesariamente, le ha proporcionado una suma de dinero, puesto que el contrato de crédito puede obligar al acreedor a suministrar tecnología o bienes distintos de dinero, siendo el deudor obligado a pagar un precio sujeto a modalidad.

d) La finalidad de la deuda pública es satisfacer necesidades públicas. De tal manera que no podría considerarse deuda de esta especie, aquella que se destine a satisfacer necesidades individuales, pues éstas deben ser asumidas por los particulares, ni podrían los administradores del crédito aplicar este financiamiento a fines distintos al de la satisfacción de necesidades públicas.

Puede verse incluso que muchos contratos de crédito, en una de sus partes (generalmente denominada Anexo A), desarrollan en extenso cuál es la necesidad pública que se va a cubrir con el dinero que suministran, v. gr. el mejoramiento de sistemas urbanos de agua potable y alcantarillado, el mejoramiento de las carreteras, etc.⁵¹⁻⁵².

Toda operación de crédito del Estado, por la cual éste se allega recursos, constituye deuda pública.

5.1.- Deuda pública interna e internacional

La CPR no distingue entre operaciones de deuda o crédito interno y aquellas de carácter internacional.

La deuda pública interna es aquella que se emite y cumple dentro del mercado de un país. Nada tiene que ver el domicilio ni la nacionalidad del prestamista, el que puede ser incluso un extranjero; lo importante es que su régimen jurídico está determinado por la legislación interna.

En cuanto a la deuda pública externa o internacional, no resulta fácil establecer cuándo estamos en presencia de ella, por ser variable el elemento considerado para su clasificación. Una buena definición la proporciona el tratadista Schoo, quien señala "debe calificarse como obligación financiera internacional, aquella que es adeudada en una o varias plazas extranjeras, siendo pagadera, además, en uno o varios centros financieros del exterior, mediante una transferencia de

⁵⁰ Ley 18.010. Establece normas para las operaciones de crédito y otras obligaciones de dinero que indica. Publicada en el Diario Oficial N° 31.001, de 27 de Junio de 1981.

⁵¹ Contrato de Préstamo entre la República de Chile y el Banco Interamericano de Desarrollo. Préstamo N° 543, de Obras Civiles Chile, Resolución N° DE-7/ de 1988, del 22 de Marzo de 1988, p. 32.

⁵² Contrato de Préstamo entre la República de Chile y el Banco Interamericano de Desarrollo. Préstamo N° 613/ OC-CH, resolución N° DE-135/90, del 18 de Marzo de 1991.

valores"⁵³⁻⁵⁴.

El DL 1.263, en sus Arts. 41 y 42, recoge los criterios doctrinarios para distinguir entre deuda pública externa e interna. Señala que la primera es aquella "en que se convienen obligaciones con otro Estado u organismo internacional o con cualquiera persona natural o jurídica sin residencia ni domicilio en Chile y cuyo cumplimiento pueda ser exigible fuera del territorio de la República." Y "es interna aquella que contrae el Estado con personas naturales o jurídicas de derecho público o privado residentes o domiciliadas en Chile la cual es exigible dentro del territorio nacional."

5.2.- Deuda pública directa e indirecta

Las normas constitucionales son aplicables tanto a las operaciones creadoras de deuda directa como de la indirecta.

La deuda pública será directa o indirecta según el Estado contrate como deudor principal o como deudor subsidiario, garantizando, en este último caso, la obligación u obligaciones asumidas por otra institución⁵⁵.

El derecho nacional reconoce esta clasificación. Deuda pública directa es aquella en que los organismos del sector público se comprometen directamente a su pago y deuda pública indirecta, en cambio, es aquella que cuenta con la garantía o aval del Estado o de algún organismo del sector público autorizado legalmente para otorgarlo, en la que el deudor principal es una persona natural o jurídica del sector privado (Art. 40, inc. 1º, DL 1.263).

El mismo Art. 40, en su inc. 2º, define lo que se entiende por garantía del Estado, entendiéndose por tal la "Operación en virtud de la cual, el Tesorero de la República, en representación del Estado y previamente autorizado por decreto supremo, cauciona la obligación contraída por un organismo del sector público o por un tercero".

6.- SUJETOS DE LAS OPERACIONES CREDITICIAS PÚBLICAS

El Art. 60 N° 7, 8 y 9 de la CPR establece cuales son los sujetos que pueden celebrar las operaciones crediticias públicas, a saber:

- 1.- El Estado;
- 2.- Sus organismos;
- 3.- Las municipalidades;
- 4.- Las empresas del Estado; y,
- 5.- Las empresas en que el Estado tenga participación;

⁵³ Fonrouge, Giuliani. Op. cit. p. 1005, quien cita a su vez a Schoo.

⁵⁴ En el mismo sentido se pronuncia Adolfo Carretero, quien sostiene que para determinar si nos encontramos frente a una deuda pública interna o externa, es necesario atender a si la obligación contraída debe cumplirse dentro o fuera de la Nación. "No sólo es el lugar del pago de la deuda, la circunstancia relevante de los empréstitos, sino que por circular la deuda externa en el mercado mundial de capitales, debe ser pagada en oro o moneda fuerte. El interés de la Deuda Exterior y la devolución de su capital ha de hacerse en divisa extranjera y en el extranjero." (Op. cit. pp. 645 y 646).

⁵⁵ Araneda Dörr, Hugo. "Finanzas Públicas". Editorial Jurídica de Chile. Segunda edición actualizada, 1980. p. 130.

El Banco Central de Chile queda expresamente excluido de la aplicación de las disposiciones constitucionales del Art. 60 N° 7, referente a los empréstitos, y N° 8 del mismo Art., en lo tocante a las demás operaciones de crédito. Sin embargo, esta exclusión no sustrae, a dicho organismo, de la aplicación del principio de legalidad, puesto que la propia ley que crea el Banco Central y fija sus atribuciones viene a darle cumplimiento⁵⁶.

La razón de esta exclusión se encuentra en el hecho de que la ley exigida en el Art. 60 N° 7 y 8 es una ley simple, en cambio, la ley que, entre otras materias, fija las atribuciones del Banco Central tiene la naturaleza de orgánica constitucional, según prescribe el Art. 97 de la CPR.

⁵⁶ Ley 18.840, Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile, publicada en el Diario Oficial de fecha 10 de Octubre de 1989.

Esta ley, en su Art. 38, señala que "En materia internacional el Banco tendrá las siguientes atribuciones:

"1° Participar en representación del gobierno de Chile o por sí, según corresponda, en organismos financieros extranjeros o internacionales y operar con ellos. Para actuar en representación del gobierno de Chile, se requerirá del correspondiente Decreto Supremo expedido a través del Ministerio respectivo, el que deberá llevar, además, la firma del Ministro de Hacienda;

"2° Aplicar las disposiciones de los convenios en que sea parte el Banco, así como las contenidas en Tratados o convenciones celebradas por el Gobierno de Chile, que correspondan a las finalidades del Banco, requiriéndose, en este último caso, del correspondiente Decreto Supremo, expedido a través del Ministerio respectivo, el que deberá llevar, además, la firma del Ministro de Hacienda. Si en conformidad con estos últimos Tratados o convenciones, fuere necesario pagar un saldo deudor, el Fisco o el órgano que corresponda pondrá previamente, a disposición del Banco los fondos respectivo;

"3° contratar en el exterior toda clase de créditos, mediante líneas de crédito, préstamos o a cualquier otro título.

"4° conceder créditos a Estados extranjeros, bancos centrales o entidades bancarias o financieras extranjeras o internacionales, cuando dichos créditos tengan por objeto facilitar el cumplimiento de los objetivos del Banco."

Y el Art. 27, referente a las operaciones de crédito interno, señala que "el Banco podrá otorgar financiamiento o refinanciamiento sólo a las empresas bancarias y sociedades financieras. De manera alguna podrá otorgar a ellas su garantía, ni adquirir documentos emitidos por el Estado, sus organismos o empresas.

"Ningún gasto público o préstamo podrá financiarse con créditos directos o indirectos del Banco.

"Con todo, en caso de guerra exterior o de peligro de ella, que calificará el Consejo de Seguridad Nacional mediante oficio secreto, el Banco podrá obtener, otorgar o financiar crédito al Estado y entidades públicas o privadas."

CAPÍTULO SEGUNDO

RÉGIMEN LEGAL DE LAS OPERACIONES CREDITICIAS INTERNACIONALES DEL SECTOR PÚBLICO

La distinción que la CPR hace entre los "empréstitos y las demás operaciones que puedan comprometer en forma directa o indirecta el crédito o la responsabilidad financiera del Estado", de la que nos hemos ocupado en el capítulo anterior, no tiene relevancia para la determinación del régimen legal aplicable a las operaciones crediticias internacionales del sector público. Existe un régimen legal único aplicable a estas operaciones, contenido, principalmente, en los siguientes cuerpos normativos:

- 1.- DL 1.263, de 1975, complementado por el DS 551, de 1982, del Ministerio de Hacienda; y,
- 2.- DL 2.349, de 1978.

1.- FORMACIÓN Y MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD DEL ESTADO

El DL 1.263, complementado por el DS 551, se encarga de establecer un procedimiento para la concreción de las operaciones de deuda pública.

Como requisito *sine qua non* todo endeudamiento del sector público debe ser aprobado por ley, la que normalmente es la Ley de Presupuesto.

Además, se exige la autorización previa del Ministerio de Hacienda (Art. 44, inc. 1º, DL 1.263). "La responsabilidad del crédito público recae sobre el Ministerio de Hacienda, y es esta cartera la que debe evaluar en cada caso la conveniencia o inconveniencia de los financiamientos provenientes de préstamos, ya sean internos o externos"⁵⁷⁻⁵⁸.

Corresponde al Comité Asesor de Créditos Externos (CACE)⁵⁹ estudiar y recomendar al Ministro de Hacienda las condiciones financieras bajo las cuales se podrá autorizar las operaciones relativas a la obtención de préstamos externos, la asignación de créditos externos globales ya concedidos, o efectuar compras de bienes o servicios provenientes del exterior con financiamiento o pago a plazo (Arts. 9 y 10 del DS 551).

Para determinar el procedimiento autorizatorio es necesario distinguir las siguientes

⁵⁷ Oficio circular N° 37/38 del 25 de Junio de 1990, del Ministerio de Hacienda, N° 1. Tomado de "Instrucciones para ejecución de la Ley de Presupuestos del sector público año 1994". Editado por el Ministerio de Hacienda, Dirección de Presupuestos. 1994. p. 159.

⁵⁸ El Art. 50 del DL 1.263 consagra un verdadero deber de vigilancia o fiscalización por parte del Ministerio de Hacienda, respecto de la utilización adecuada del crédito público, de que hagan uso los beneficiarios del mismo, otorgándosele la facultad de "redistribuir o reasignar los créditos", con dos limitaciones: 1º) que la ley autorizatoria lo permita; y, 2º) que el contrato celebrado también lo haga.

⁵⁹ El CACE es fundamentalmente un organismo público de carácter consultivo y asesor del Ministro de Hacienda, cuya función principal es estudiar y emitir "recomendaciones" al Ministro, relacionadas con operaciones de financiamiento o crédito externo, que éste le encomiende y que cuenten con el visto bueno de la Dirección de Presupuestos, mediante la cual se indique que la institución solicitante de la autorización de endeudamiento dispondrá de los recursos de origen nacional necesarios para financiar cuotas al contado, servicios de la deuda y gastos de contraparte que ocasione la contratación del crédito externo.

situaciones:

a) Cuando el sujeto que solicita el financiamiento externo es algún servicio público, institución fiscal, semifiscal, centralizada o descentralizada, empresa del Estado y, en general, cualquier organismo autónomo creado por ley, empresa, sociedad o entidad pública o privada en que el Estado o sus empresas, sociedades o entidades centralizadas o descentralizadas, tengan aporte de capital superior al 50%, se aplica el procedimiento regulado en el DS 551, sea el prestamista la Banca Privada, un particular extranjero o la Banca Pública Internacional o un organismo financiero internacional.

Las normas del DS 551 no son aplicables a las empresas del Estado y las empresas, sociedades o instituciones en las que el Estado tenga aporte de capital superior al 50%, cuando se trate de operaciones de crédito y compromisos financieros con el exterior pactados a un año o menos (Art. 8, inc. 2°).

Queda exceptuado de la aplicación de las normas de procedimiento del DS referido el Banco Central de Chile.

Mientras que, respecto del Banco del Estado de Chile, estas normas sólo reciben aplicación cuando el prestamista es un organismo público internacional o extranjero que mantenga programas de préstamo con el Gobierno.

b) Cuando el sujeto que solicita el financiamiento externo es un particular, por ejemplo la Banca Comercial, el procedimiento del DS 551 sólo se aplica si el prestamista es un organismo público internacional o extranjero que mantenga programas de préstamos con el Gobierno, por ejemplo, el BIRF, el BID, la AID, etc. En otros términos, la contratación de un crédito externo que realice un particular con la Banca Privada se rige por las normas de la contratación privada.

Se exige, además, un análisis sectorial que se centre en el estudio de aquellos proyectos de inversión susceptibles de ser financiados parcialmente con préstamos. Dichos proyectos se deben incorporar al Sistema Nacional de Inversiones, probando su factibilidad económico-técnica ante el Ministerio de Planificación y de Cooperación (MIDEPLAN).

El organismo encargado de la coordinación y análisis del financiamiento externo es el CACE.

Tratándose de obligaciones contraídas por el Fisco, se requiere que el Tesorero General de la República suscriba los títulos de créditos fiscales. Si los títulos deben firmarse en el exterior, podrán ser suscritos por el funcionario que designe el Presidente de la República en reemplazo del Tesorero General (Art. 45, DL 1.263).

Por último, para la validez de los documentos de la deuda pública, se exige la refrendación del Contralor General de la República (Art. 46, DL 1.263). Dicha refrendación podrá ser hecha por otro funcionario o institución que, a propuesta del Contralor designe el Ejecutivo (Art. 46, inc. 2°, DL 1.263).

2.- PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN Y EMPLEO DE CRÉDITOS EXTERNOS

Este procedimiento se contiene en el DS 551, complementado con el Oficio Circular N° 37/38, del 25 de Junio de 1990, del Ministerio de Hacienda.

En términos generales consiste:

1.- Presentación de solicitudes para contratar créditos externos.

Si se trata de entidades públicas se presentarán por intermedio del Ministerio del que dependan o por el cual se relacionen con el Gobierno:

2.- Calificación previa del Ministerio respectivo, juzgando la conveniencia de dar curso a las respectivas solicitudes;

3.- Presentación de las solicitudes al Ministerio de Hacienda. Se realiza por intermedio del CACE y la efectúa el Ministerio respectivo. Esta presentación deberá acompañarse de antecedentes suficientes que permitan evaluar y determinar la rentabilidad del proyecto, programa o actividad que se desea financiar y un detalle del financiamiento que se postula para todos los gastos;

4.- Envío de antecedentes del CACE a MIDEPLAN, para que éste emita un informe de la evaluación económica, social y privada del proyecto;

5.- Envío de antecedentes a la Dirección de Presupuesto (DIPRES), para que emita un informe financiero sobre la solicitud de crédito;

6.- Una vez que el CACE reciba los informes favorables de la DIPRES y del MIDEPLAN, analizará si recomienda al Ministro de Hacienda su aprobación o rechazo;

7.- Decisión del Ministro de Hacienda, la que se comunica por un oficio dirigido al organismo interesado, con copia al Ministerio respectivo.

Si la decisión es favorable, se autoriza el inicio de gestiones (control 1), cuyo objeto es permitir la negociación preliminar de las condiciones financieras y monto de los créditos. El plazo de esta autorización es de 180 días, contados desde la fecha del documento mediante el cual se concede;

8.- Solicitud de autorización para contratar, dirigida al Ministro de Hacienda, a la cual se debe adjuntar un borrador del contrato;

9.- Informe de la Fiscalía del Banco Central sobre el contrato de crédito, cuando éste es suscrito con un organismo público internacional;

10.- Recomendación del CACE al Ministro de Hacienda ("Certificado del CACE");

11.- Decisión del Ministro de Hacienda.

La autorización para la contratación del crédito (control 2) se materializará a través de un DS de Hacienda, o de un DS exento de los Ministerios de Economía, Fomento y Reconstrucción y de Hacienda, u Oficio del Ministerio de Hacienda, según las distintas situaciones que señala el Oficio Circular 37/38, del 25 de Junio de 1990, del Ministerio de Hacienda, en su N° 22.

Esta autorización faculta a la institución interesada para firmar los contratos y demás documentos pertinentes. Tiene una validez de 120 días, contados desde la fecha del oficio o de la publicación del DS, según sea el caso. Por ejemplo, el DS 1166, de 1990, del Ministerio de Hacienda (publicado en el Diario Oficial de fecha 25 de Febrero de 1991), por el cual se autoriza al Ministro de Hacienda o al Ministro de Obras Públicas, entre otros, para que en representación de la República de Chile contrate con el BID un préstamo hasta por la suma de US\$ 246.000.000,00, el cual estará destinado a cofinanciar parcialmente la ejecución del "Segundo Proyecto Sectorial de

Carreteras". El contrato respectivo se firmó el 18 de Marzo de 1991, es decir, dentro del plazo.

12.- Comunicación al CACE de la firma efectiva de los contratos, dentro del mes siguiente a la fecha de la firma.

3.- NORMAS INTERNAS PARA LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DEL SECTOR PÚBLICO

No basta con que el ente público haya sido autorizado por ley y por el Ministerio de Hacienda para contratar créditos externos, es necesario, además, que al celebrarlos respete los límites establecidos en el DL 2.349.

3.1.- Definición de contrato internacional

El Art. 1º del DL 2.349 utiliza la expresión "contratos internacionales"⁶⁰⁻⁶¹ sin definirla. Asegura, no obstante, que tal concepto forma parte de una práctica comercial generalizada, cuya "aplicación alcanza a nuestro país...".

El DL que comentamos señala, en su considerando 1 y Art. 1º, como elementos determinantes del contrato internacional:

- 1.- La consagración de la voluntad (entendida como la libertad para escoger); y,
- 2.- La sujeción a la legislación extranjera;

El DL 2.349 permite pues al Estado de Chile o a sus organismos, instituciones o empresas, debidamente autorizadas, sujetar la relación contractual al derecho extranjero⁶². Exigiendo adicionalmente que los otros contratantes, es decir los organismos, instituciones o empresas internacionales o extranjeras, tengan el centro principal de sus negocios en el extranjero.

⁶⁰ Para la doctrina, en general, son contratos internacionales aquellos que tienen algún elemento internacional.

Para Morales Errázuriz, un contrato tiene el carácter de internacional si se dan las siguientes circunstancias: 1) En cuanto al contrato mismo, que el lugar de su celebración corresponda a un sistema distinto de aquel en donde deba cumplirse o surtir sus efectos; o bien, que tenga por objeto el flujo de bienes y servicios desde o hacia Chile, comprometiéndose así los intereses del intercambio internacional; y, 2) En cuanto a las partes, que al menos una de ellas sea un extranjero, o un chileno con residencia y domicilio en el extranjero y cuyo centro principal de negocios se encuentre en el extranjero. (Morales Errázuriz Guillermo. "Selección del derecho que rige el contrato en el Derecho Internacional Privado". Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1985, pp. 76-77).

A nuestro juicio, en el derecho chileno, el único elemento que confiere a un contrato el carácter de internacional es su ejecución, total o parcial, en un país diferente de aquél en que el acto fue celebrado, sólo en este caso se trata de un contrato internacional. Los demás elementos son indiferentes para la calificación del contrato.

⁶¹ Según el profesor Díaz Albónico, existen diferencias entre la noción de contratos internacionales contenida en este DL y aquella aceptada por la doctrina internacional. Para la doctrina, los elementos distintivos del contrato son:

- a) La calidad de las partes (un Estado o una organización y una persona privada); y,
- b) La voluntad de las partes de someter el contrato al derecho internacional público. De allí emanaría un cierto reconocimiento a la persona privada como sujeto de derecho internacional, pero que significa solamente permitirle hacer valer sus derechos tal cual se desprenden del contrato en el campo del derecho internacional público. Esta calidad no interviene sino para asegurar la defensa de los intereses privados y no para promover un interés general.

En cambio, en la posición adoptada por el DL 2.349, un contrato internacional es aquel que se apoya en la voluntad o sobre presunciones de voluntad, para determinar la ley aplicable y que permite a ésta apartarse de ciertas normas que serían imperativas con respecto a los contratos de orden interno. (Díaz Albónico, Rodrigo. "Normas internas sobre contratos internacionales celebrados por el Estado chileno e instituciones del sector público". En "Revista Estudios 1984". Sociedad Chilena de Derecho Internacional. 1984, pp. 199 y sgtes.)

⁶² Este DL está influido de toda una concepción económica liberal que se aleja de las posiciones tercer-mundista que caracterizaron, en parte, la política exterior del pasado. A este respecto se pretende equiparar al sector público con el sector privado, de la misma manera en que hay una amplitud para celebrar toda clase de contratos, incorporando eso sí algunas excepciones, v. gr. los contratos regidos por el DL 600, los contratos sobre concesiones de bienes fiscales y los contratos del Estado o instituciones del sector público donde tales estipulaciones estén prohibidas por la legislación que los rige. (Díaz Albónico, Rodrigo. Op. cit. pp. 224 a 228).

Esta última exigencia puede referirse:

- 1.- A la condición que determina la ley aplicable a las sociedades. Donde uno de los factores que en el derecho comparado se ha tomado en consideración para determinar la ley aplicable o la nacionalidad de las sociedades es el lugar de explotación; o,
- 2.- Estimarla como una aclaración del legislador, en el sentido que sólo se permite pactar estos contratos, sujetos a derecho extranjero, cuando la contraparte tiene su centro principal de negocios en el extranjero. A contrario sensu, si dicho centro se encuentra en el territorio nacional, no es posible someter dichos contratos al derecho extranjero.

3.2.- Cláusulas permitidas por el DL 2.349

Este DL permite insertar en los contratos celebrados por el Estado de Chile o sus organismos, instituciones y empresas, cláusulas por las cuales se puede convenir válidamente las siguientes estipulaciones⁶³:

- 1.- Pactos destinados a sujetar a un derecho extranjero los contratos internacionales (Art. 1º, inc. 1º).

El objeto principal de dichos contratos debe guardar relación con negocios u operaciones de carácter económico o financiero.

Ejemplo de este tipo de cláusula lo encontramos en el Contrato de Préstamo de fecha 5 de Marzo de 1990, entre la República de Chile y el *JEXIMBANK*, el cual se regirá e interpretará por las leyes del Japón (Art. XII, N° 1).

- 2.- Las destinadas a someter los diferendos derivados de tales contratos a la jurisdicción de tribunales extranjeros, incluyendo tribunales arbitrales.

Estos últimos pueden haber sido previstos en: a) mecanismos de arbitraje preestablecido; o, b) en el mismo contrato (Art. 1º, inc. 2º).

El sometimiento a la jurisdicción de tribunales extranjeros implica la renuncia a la

⁶³ Guzmán, Diego. "Tratado de Derecho Internacional Privado". Editorial Jurídica de Chile. Segunda edición, 1989. p. 528.

inmunidad de jurisdicción⁶⁴⁻⁶⁵⁻⁶⁶⁻⁶⁷, salvo estipulación expresa en contrario (Art. 1º, inc. final).

Por ejemplo, la cláusula 9.01 del Contrato de Préstamo 613/OC-CH, por la cual, para la solución de toda controversia que se derive del contrato y que no se resuelva por acuerdo entre las partes, "éstas se someten incondicional e irrevocablemente al procedimiento y fallo del Tribunal de Arbitraje a que se refiere el Capítulo IX de las Normas Generales."

3.- Las que fijen un domicilio especial para efectos de tales contratos (Art. 1º, inc. 2º).

4.- Las que designen un mandatario en el extranjero para los efectos del contrato (Art. 1º, inc. 2º).

Por ejemplo, el Contrato de Préstamo 613/OC-CH, en cumplimiento de la autorización dada por el DS 812, de 1989, del Ministerio de Hacienda (Arts. 1 y 5), fue firmado en Washington DC, Estados Unidos de Norteamérica, por el Ministro de Obras Públicas, en representación de la República de Chile y por el Embajador de Chile en dicho país, el que actuó en representación del Contralor y del Tesorero General de República de Chile.

5.- Las que se refieran a la inmunidad de ejecución⁶⁸⁻⁶⁹, pero esta renuncia estará circunscrita al cumplimiento de las sentencias recaídas en litigios derivados del contrato específico en que se haya convenido (Art 2º, inc. 1º).

64 La inmunidad de jurisdicción es aquella garantía que tiende a permitir al Estado el ejercicio de sus funciones sin interferencia de parte de otros Estados, y que le impide ser juzgado por los tribunales de otro Estado, salvo renuncia.

65 Las inmunidades internacionales de los Estados son de dos tipos: a) Las referidas al Estado en tanto persona moral, independientemente de sus representantes en territorio extranjero, respecto de los cuales aquel escapa absolutamente a la competencia de las autoridades territoriales; y, b) Aquellas acordadas a los representantes del Estado, que escapan parcialmente a la competencia territorial del Estado en que se encuentran. (Díaz Albónico, Rodrigo. Op. cit. p. 201).

66 Sobre la inmunidad del Estado y sus límites han surgido diversas teorías. La inmunidad absoluta, doctrina que se reconoce a partir del siglo XIX. En los países del *common law* surgió de la inmunidad de que goza el poder soberano. Se expresa en la máxima *the king cannot be sued in his own courts*. Un Estado soberano no puede, sin su consentimiento ser sometido a la jurisdicción de otro Estado soberano, la igualdad soberana de los Estados independientes no les permite comparecer ni como demandados ni como demandantes ante los tribunales de otro Estado. (LLanos Mansilla, Hugo. "Teoría y Práctica del Derecho Interamericano Público". Editorial Jurídica de Chile. Primera edición, 1980. Tomo II. pp. 351-352).

En la actualidad, dentro de la Comunidad Internacional, prima la doctrina de la "Inmunidad Restringida", que abandona los principios de la inmunidad absoluta en la cual el Estado no puede ser emplazado en los tribunales de otro Estado. Este abandono se produjo por el hecho de que el Estado realiza actividades comerciales, actuando no en su calidad de Estado soberano sino como un particular cualquiera. El Estado extranjero no se beneficiaría de la inmunidad más que por sus actos de poder soberano. (Díaz Albónico, Rodrigo. Op. cit. p. 203).

67 A comienzos de siglo se debatió en la Comunidad Internacional, con mucho interés, todo lo referente a los actos de Estados extranjeros en materia de empréstitos. Lo que se perseguía era prohibir el cobro mediante la fuerza armada de la deuda pública de un Estado insolvente, v. gr. el caso acontecido a Venezuela a comienzos de siglo cuando Alemania, Inglaterra e Italia bloquearon los puertos venezolanos porque temían perder sus créditos. Esta posición jurídica recibió el nombre de "Doctrina Drago", en honor a su más brillante defensor, el Ministro argentino Luis María Drago. Este autor hacía una distinción respecto de los contratos celebrados por el Estado:

a) Los contratos de Derecho Privado, en donde el Estado figura como un simple particular (no como soberano), y por el cual se obliga como un particular frente a otros particulares contratantes, sometido a las reglas del Derecho Privado; y,
b) Los contratos o actos de derecho público, donde el Estado actúa como soberano. Los empréstitos públicos son de esta clase al ser emitidos por el poder soberano del Estado, como moneda. Si el servicio de la deuda es interrumpido no existe acción posible contra el Estado; la suspensión del pago se produce en virtud de la autoridad soberana del Estado, decidiéndolo *juri imperii*. (Díaz Albónico, Rodrigo. Op. cit. pp. 202-203).

68 La inmunidad de ejecución es aquella garantía que le permite al Estado ejercer sus funciones sin la interferencia de otros Estados y por la cual los bienes del Estado extranjero no están afectos a embargo alguno.

69 El problema de la inmunidad de ejecución se plantea cuando al dictarse un fallo en contra de un Estado, motivado por un asunto comercial, se pretende embargarle bienes, cuando se niega a cumplir la sentencia dictada en su contra. La mayoría de los Estados adhiere a este respecto, al principio de la inmunidad absoluta, aunque también, al igual que en la inmunidad de jurisdicción, se advierten nuevas tendencias sobre el particular. (LLanos Mansilla, Hugo. Op. cit. p. 371).

"De excluirse la inmunidad deberían exigirse salvaguardias para que el embargo se ejerza únicamente en contra de Estados que realicen actividades ordinariamente calificadas de comerciales, en materias relacionadas con estas actividades y exclusivamente respecto a bienes empleados en conexión con ellos. Esta salvaguardia puede consistir en sujetar tal embargo a la autorización de la autoridad política del gobierno nacional respectivo." (LLanos Mansilla, Hugo. Op. cit. p. 374).

3.3.- Determinación del derecho aplicable

La determinación de la legislación aplicable a un contrato internacional constituye uno de los capítulos más interesantes y controvertidos del Derecho Internacional, materia que excede con mucho los fines de este trabajo. Nos limitaremos, por ello, a dar algunas ideas básicas al respecto.

En primer lugar, para conseguir determinar la ley del contrato, debemos recurrir al contrato mismo. Pues la autonomía de la voluntad les permite a las partes contratantes, mediante estipulaciones contractuales, determinar el derecho de fondo que regirá el contrato. Estos pactos son aceptados plenamente por el Derecho Internacional, el cual les exige que siempre exista una conexión verdadera al momento de determinar la legislación aplicable. Ejemplo de esta situación lo encontramos dentro del Convenio de Préstamo de fecha 5 de Mayo de 1990, celebrado entre la República de Chile y el *JEXIMBANK* y los Bancos enumerados en la foja de firmas, el cual en su Art. XII, N° 1, establece (ley normativa) "este convenio se regirá e interpretará en todos sus aspectos en conformidad por las leyes de Japón."

Sin embargo, en doctrina se sostiene que la autonomía de la voluntad permitiría a las partes contratantes incluir en el contrato la cláusula denominada "del contrato sin ley", en virtud de la cual las partes excluyen la aplicación de cualquier derecho interno al contrato, erigiendo a este último como el único derecho aplicable, en otras palabras, el contrato es autónomo y se bastaría a sí mismo, para la solución de los posibles conflictos que entre las partes se pudieran suscitar, referidos a la validez y exigibilidad de los derechos contractuales. V. gr. en el Contrato de Préstamo entre la República de Chile y el BID N° 548/OC-CH, resolución N° DE-93/88, del 20 de Marzo de 1989, la cláusula 8.03 del capítulo VIII, parte primera sobre estipulaciones especiales, señala: "los derechos y obligaciones establecidos en este contrato son válidos y exigibles de conformidad con los términos en él convenidos, sin relación a legislación a país determinado"⁷⁰.

En otras palabras, el contrato se transforma en autosuficiente y en la única fuente de los derechos y obligaciones entre las partes, vinculando al juez; puesto que generalmente dicen que "el tribunal fallará en conciencia, basándose en los términos del contrato..."⁷¹.

La opinión casi unánime en la doctrina sostiene que estas cláusulas son inválidas.

El problema que podría suscitarse respecto de la cláusula de sumisión al derecho aplicable o de determinación de la ley de fondo aplicable al contrato, estriba en la procedencia de la misma en la legislación chilena. Tratándose de contratos internacionales celebrados entre particulares, estas cláusulas son válidas. Respecto de los contratos celebrados por el sector público existe normativa expresa, contenida en el DL 2.349. En lo medular, como ya habíamos advertido precedentemente, este cuerpo normativo autoriza estas cláusulas y le otorga validez a los pactos destinados a sujetar al derecho extranjero los contratos internacionales, cuyo objeto principal diga relación con negocios u operaciones de carácter económico o financiero, celebrados o que se celebren por organismos, instituciones o empresas internacionales o extranjeras que tengan el centro principal de sus negocios en el extranjero, con el Estado de Chile o sus organismos, instituciones o empresas (Art. 1, DL 2.349).

Además, existe una norma especial relativa a las operaciones de crédito con el exterior, pactadas con instituciones o empresas bancarias o financieras extranjeras o internacionales, la que

⁷⁰ Una cláusula similar podemos encontrarla en el Contrato de Préstamo N° 613-OC-CH, Resolución N° DE-135-90, del 18 de Marzo de 1991, celebrado entre la República de Chile y el BID, específicamente la cláusula 8.03, Capítulo VIII, Parte Primera, Estipulaciones Especiales.

⁷¹ Contrato de Préstamo N° 613-OC-CH, capítulo IX, Art. 9.04, letra (b), de la Parte Segunda sobre Normas Generales.

sostiene que dichas operaciones han estado o estarán sometidas, en cuanto a estipulaciones sobre intereses, comisiones, recargos, pago anticipado y demás condiciones financieras, a las modalidades usuales imperantes en el mercado externo de capitales, sin que les sean aplicables las disposiciones limitativas sobre la materia de la legislación nacional (Art. 11, inc. 1º, DL 2.349).

Sin embargo, a pesar de autorizar las cláusulas de sumisión al derecho extranjero o elección de la ley del fondo del contrato internacional, podrían existir controversias en cuanto a la interpretación de la expresión derecho extranjero. Si por derecho extranjero entendemos el ordenamiento jurídico de algún país, cualquiera que éste sea, no podría el Estado convenir la cláusula del contrato sin ley. Por el contrario, si por derecho extranjero entendemos toda clase de normas jurídicas, cualquiera que sea su naturaleza (dictadas por el poder soberano del Estado o por las partes del contrato), con el único requisito de que no sean nacionales, entonces las cláusulas que consagran los contratos sin ley tendrían pleno valor.

3.4.- La cláusula compromisoria y el arbitraje internacional

Los contratos de préstamo externo establecen, usualmente, una cláusula compromisoria para que, mediante el dictamen de un tribunal arbitral se solucionen las posibles controversias a que pueda dar lugar el contrato⁷². El Art. 1, inc. 2º del DL 2.349 le confiere plena validez a este tipo de cláusulas, conocida genéricamente como sumisión a una jurisdicción extranjera o renuncia a la inmunidad de jurisdicción.

El establecimiento de esta cláusula puede generar problemas jurídicos, tales como: ¿puede el tribunal nacional conocer del contrato cuando se ha insertado la cláusula compromisoria?, en otras palabras ¿puede una de las partes demandar a la otra ante sus tribunales nacionales?.

La Convención de Nueva York, de 1958, sobre Arbitraje Internacional, en su Art. 2 niega tal posibilidad, porque en ella se establece la obligación de los Estados contratantes de reconocer los acuerdos escritos por el cual las partes se obligan a someter sus diferencias a arbitraje. Dicho acuerdo por escrito, como ya habíamos adelantado, se denomina cláusula compromisoria.

Si el Estado de Chile pretendiera demandar en Chile, los tribunales deberían remitir a las partes al arbitraje. La parte demandada deberá solicitar la declinatoria de jurisdicción.

4.- MODIFICACIÓN DE LA DEUDA PÚBLICA

Nuestro ordenamiento jurídico reconoce como formas de modificación del régimen de la deuda pública la conversión, la consolidación y la renegociación (Art. 49, inc. 1º del DL 1.263).

⁷² Para el Banco extranjero es importantísimo asegurarse el reembolso del crédito y el pago de los intereses. Por eso es lógico que quiera evitar que su crédito pueda ser afectado por modificaciones posteriores de la legislación del Estado deudor. Esta es la principal razón por la que, en los contratos de crédito externo se suelen insertar cláusulas expresas sobre legislación y jurisdicción aplicable, las que tienden a garantizar la independencia del crédito de toda influencia de la parte deudora. A esto se suman razones de practicabilidad, que normalmente hacen aconsejable para el Prestamista escoger la competencia de los tribunales y legislación de su propio Estado.

En la práctica del financiamiento internacional dominan las cláusulas que establecen la competencia de los tribunales de Nueva York o Londres, y la aplicación de la respectiva legislación. (Samtleben, Jürgen. "Cláusulas de jurisdicción y legislación aplicable en los Contratos de Endeudamiento Externo de los Estados Latinoamericanos". En "Comparative Juridical Review". Vol. 27, 1990. p. 44.)

4.1.- La conversión

Económicamente la conversión no constituye una forma de extinción de la deuda, ya que ésta habrá de subsistir con otras modalidades, es una transformación de aquella; "pero jurídicamente, tiene una consecuencia análoga a la novación de las obligaciones, ya que en virtud de este procedimiento desaparece el primitivo empréstito y nace otro en su reemplazo: en este sentido puede hablarse de extinción"⁷³.

Según el tratadista español Adolfo Carretero "la conversión es la novación modificativa del préstamo, una de cuyas especies es la unificación en una sola clase de deuda la de varios empréstitos anteriores. Su fundamento es un mero hecho que el Estado impone; no se toma en cuenta la voluntariedad de los acreedores que naturalmente no aceptarían la modificación si perjudicase a sus intereses, sino que puede imponerse coactivamente. Por ello, su naturaleza jurídica es la misma del ius variandi de los contratos administrativos, un acto unilateral de supremacía de la Administración, que le permite modificar los derechos del contratista cuando lo autorice una ley habilitante"⁷⁴.

Existen básicamente tres formas de conversión: obligatoria, forzosa y voluntaria.

1.- Obligatoria: opera cuando el Estado plantea a los tenedores de la deuda, el cambio de la deuda antigua por otra nueva, o la extinción de la anterior por la devolución de las sumas prestadas.

Se plantea la novación de la obligación o su extinción, cumpliendo con todas las obligaciones contraídas. Requiere que el Estado tenga derecho, en ese momento, a extinguir por cumplimiento el contrato, ya que sino constituiría un repudio parcial de la deuda.

2.- Forzosa: Es aquella en donde el Estado impone el cambio de una deuda por otra de condiciones diferentes, sin posibilidad para el acreedor de rechazarlo, dado que se impone por una decisión unilateral del Estado, no es una auténtica conversión sino un repudio parcial de la deuda.

Los autores, en general, niegan el derecho del Estado a proceder de esta forma y señalan los peligros que conlleva este proceder en relación a su crédito.

3.- Facultativa o voluntaria: El Estado, basándose en la facultad de reembolso que posee, plantea a los tenedores de la deuda la alternativa entre dicho reembolso o la reducción del tipo de interés. Es una consecuencia del derecho del Estado a reembolsar el capital, y por tanto, no sería legítima la conversión en el supuesto de deuda perpetua⁷⁵, no denunciabile, o bien cuando el plazo de amortización se haya preestablecido.

Con la novación se realiza un nuevo acuerdo de voluntades entre el Estado y sus acreedores, éstos no están obligados a aceptar una nueva deuda, sino que pueden seguir siendo titulares del derecho de crédito que el Estado intenta convertir.

El DL 1.263, en su Art. 49, se refiere, entre otras materias, a la conversión, señalando que ésta es, en primer lugar un mecanismo para la modificación del régimen de la deuda pública. Consiste en el cambio de uno o más título de la deuda pública por otro u otros nuevos representativos del mismo capital adeudado, modificando los plazos y demás condiciones financieras de su servicio.

Se trataría pues, de una novación objetiva, de aquellas contempladas en el N° 1 del Art.

⁷³ Fonrouge, Giuliani. Op. cit. p. 1.046.

⁷⁴ Carretero, Adolfo. Op. cit. pp. 655-656.

⁷⁵ Sobre el concepto de deuda perpetua ver nota 81.

1.663 del CC, porque se sustituye una nueva obligación por otra sin que intervenga nuevo acreedor o deudor. Lo que se nova (cambia) son los títulos de la deuda, los que en todo caso deben representar el mismo capital adeudado, de consiguiente la novación sólo puede consistir en:

- 1.- Reducción o ampliación de los plazos; o,
- 2.- Modificación de las demás condiciones financieras, por ejemplo, las tasas de interés, las garantías, las comisiones, etc.

Es conveniente observar que las normas que rigen esta institución exigen el "cambio de títulos" (títulos de crédito), entonces, cuando no existan éstos no procederá la conversión.

4.2.- La consolidación

"Consolidar significa que la deuda flotante o a corto plazo, es transformada en deuda a largo plazo, o plazo intermedio. El elemento que se modifica es, generalmente, el plazo, pero podría ser el interés y constituye una forma de conversión"⁷⁶.

Según Fonrouge, "se trataría en esencia de una conversión, sólo que en lugar de modificarse el interés se cambia el plazo, aunque también pueden combinarse ambas circunstancias"⁷⁷. En tanto que para Carretero "es la transformación de la deuda del Tesoro en deuda del Estado"⁷⁸.

Para la ley chilena, la consolidación es un mecanismo que permite modificar el régimen de la deuda pública (Art. 49, DL 1.263). Consiste en la transformación de una o más partes de la deuda pública interna a mediano o corto plazo en deuda a largo plazo, modificando las condiciones financieras de su servicio (Art 49, inc. 3°, DL 1.263).

Por tanto, podemos afirmar que la consolidación es una novación objetiva al igual que la conversión.

Requisitos de la consolidación son los siguientes:

- 1.- Que existan una o varias deudas públicas;
- 2.- Que se trate de deuda interna;
- 3.- Que sea a mediano o corto plazo;
- 4.- Que se transforme en deuda de largo plazo; y,
- 5.- Que se modifiquen las condiciones financieras de su servicio.

4.3.- La renegociación

Como podemos advertir, sólo procede consolidar la deuda interna, nunca la externa. Sin embargo, tratándose de esta última, la ley autoriza una operación genérica llamada "Renegociación de la Deuda Externa".

Según el Art. 49, inc. final del citado DL 1.263, la renegociación de la deuda consiste en "convenir la modificación de los plazos y los intereses originalmente pactados con cada país o

⁷⁶ Mazz, Addy. Op. cit. pp. 126-127.

⁷⁷ Fonrouge, Giuliani. Op. cit. p. 1.049.

⁷⁸ Carretero, Adolfo. Op. cit. p. 655.

institución acreedora." De esta manera, la ley autoriza, tácitamente, dentro del concepto renegociación de la deuda, tanto la consolidación (modificación de los plazos) como la conversión (modificación de los intereses), pero siempre como fruto de un acuerdo de voluntades con el acreedor ("convenir"), no puede el Estado imponer unilateralmente ni la consolidación ni la conversión.

5.- EXTINCIÓN DE LA DEUDA PÚBLICA

Puede decirse que hay dos formas de extinguir la deuda pública, la normal es la amortización (en lenguaje jurídico diríamos pago) y la forma anormal constituida por la conversión y la consolidación⁷⁹⁻⁸⁰, a las que ya nos hemos referido.

5.1.- Amortización

El DL 1.263 regula la amortización de la deuda pública. El Art. 48, inc. 1º, sostiene que "el servicio de la deuda pública, estará constituido por la amortización del capital, el pago de los intereses, comisiones y otros cargos que eventualmente puedan haberse convenido."

En consecuencia, el servicio de la deuda pública (pago) estaría conformado por varias operaciones:

- 1.- La amortización del capital;
- 2.- El pago de intereses;
- 3.- El pago de comisiones; y,
- 4.- Otros pagos.

Como la ley no define la amortización, palabra que al ser técnica debemos interpretarla según lo que digan los que profesan la ciencia económica financiera. "Amortizar un empréstito es reembolsarlo. Así se reduce no sólo la carga de capital de la deuda pública, sino también, la carga de intereses, puesto que el Estado ya no tiene que pagar intereses a los títulos

⁷⁹ Giuliani Fonrouge agrega además otra modalidad, que él denomina "deformación patológica", refiriéndose con ello a la llamada *amortización indirecta por emisión monetaria*. (Op. cit. p. 1.044).

⁸⁰ Maurice Duverger cita como otra forma de amortizar la deuda, y a su juicio la más importante en la práctica, a la "amortización automática e indirecta que resulta de la depreciación monetaria". (Op. cit. p. 143).

amortizados"⁸¹⁻⁸².

Como ya habíamos apuntado, el concepto económico financiero de amortización reviste, desde el punto de vista jurídico, la naturaleza de pago solución, es decir la prestación de lo que se debe (Art. 1.568 del CC y las contenidas en la Ley 18.010).

Es importante señalar, además, que conjuntamente con las normas del DL 1.263, le son aplicables a los contratos generadores de deuda pública externa (contratos de crédito externo) las contenidas en el DL 2.349, especialmente la del Art. 11, el cual señala, entre otras cosas, que las operaciones de crédito con el exterior en cuanto a estipulación sobre intereses, comisiones, recargos, pagos anticipados y demás condiciones financieras, estarán sujetas a las modalidades usuales imperantes en el mercado externo de capitales, sin que les sean aplicables las disposiciones limitativas sobre la materia de la legislación nacional, especialmente la Ley 18.010, sobre operaciones de crédito de dinero, fundamentalmente en lo concerniente al interés máximo que se puede estipular.

6.- INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE DEUDA PÚBLICA

Cuando la Administración no cumple las obligaciones de deuda pública asumidas, puede hacerlo totalmente o en alguno de sus aspectos, bien de forma directa o manifiesta, o de forma encubierta, obrando indirectamente en perjuicio de los acreedores, aunque formalmente no toque la relación de deuda (v. gr. devaluando la moneda en el momento de reembolsar, estableciendo impuestos a los títulos o cupones, etc.).

Las formas características de incumplimiento, según la doctrina, son el repudio de la deuda, la moratoria y la bancarrota del Estado.

a) El repudio de la deuda: "Es el acto de soberanía en virtud del cual un Estado desconoce o niega íntegramente la obligación derivada del empréstito"⁸³.

Se produce por una declaración expresa que puede obedecer a motivos muy diversos, por ejemplo: 1) La existencia de causa inmoral; como sería el caso de un préstamo para financiar un golpe de Estado; 2) La falta de capacidad para asumir compromisos en nombre del Estado, como

⁸¹ Maurice Duverger, sostiene además y haciendo un paralelo con la deuda entre particulares que "en los préstamos entre particulares el reembolso se estipula para una fecha determinada, al término de un plazo más o menos largo. Según la duración de este plazo se habla de empréstitos a corto plazo (algunos meses), a plazo medio (dos o tres años) y a largo plazo (diez, veinte años, etc). También los empréstitos públicos presentan todas estas modalidades, pero además presentan, a veces, otra forma: el empréstito perpetuo o de renta perpetua. Se trata de un empréstito que no tienen ninguna obligación de reembolso, que el Estado no está obligado a reembolsar nunca, a condición de pagar siempre los intereses. Cabe que lo reembolse pero se trata de una amortización voluntaria." (Op. cit. p. 142).

⁸² Hay distintos tipos de Amortización:

a) *Obligatoria y Facultativa.* En la amortización obligatoria, el Estado debe reembolsar en una determinada fecha la deuda; lo que suele practicarse cuando ésta es a corto plazo, ya que en los otros casos resultaría inconveniente para la administración financiera, por los importes masivos que deben movilizarse. Pero en las deudas a largo y mediano plazo, el sistema más utilizado es el de la amortización paulatina o escalonada, en períodos establecidos al contratarse, aplicando diversos procedimientos, siendo los principales: anualidades terminales, sorteo, licitación, o combinación de ellos.

b) A plazo determinado e indeterminado. Es a plazo determinando cuando existe una época para efectuar el pago (deudas amortizables) y, es a plazo indeterminando cuando no se ha fijado oportunidad ni época para el pago (deuda perpetua).

c) En cuanto a la cuantía del reembolso, puede ser: 1) amortización a la par, devolviéndolo el valor nominal; 2) desiguales a la par, ya sea: devolviéndolo menos (inferiores a la par) o más de lo recibido por el deudor (superior a la par).

d) Según la previsión, cabe la amortización con arreglo a un plan racional y gradual, o realizarse cuando el Estado disponga de superávit presupuestario, comprando los títulos con los excedentes del presupuesto.

⁸³ Fonrouge, Giuliani. Op. cit. p. 1.050.

ocurre con los gobiernos de facto, sin ejercicio legítimo de la soberanía; 3) El surgimiento de un nuevo Estado, que desconoce las obligaciones del antiguo; es lo que ocurrió en el caso del repudio por los Estados Unidos de Norteamérica, después de la Guerra de Secesión, de las obligaciones de los Estados Confederados, y el repudio de la ex URSS de las deudas de la Rusia zarista.

Esta medida sólo podría ser practicable si se considera al empréstito como acto unilateral de soberanía, ya que de ser un contrato atentaría contra los derechos de la otra parte, se produciría el incumplimiento del contrato. Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, como ya se ha explicado, se le asigna la categoría de contrato, por lo tanto, no procedería el repudio y de llegar a concretarse existirían los recursos jurisdiccionales pertinentes para restablecer el imperio del Derecho.

No obstante, debemos advertir que en términos generales no se trata de una forma de "delincuencia internacional", puesto que podría tener motivaciones éticas. Lo único claro es que el "repudio significa -bien o mal- la extinción de la obligación, sin que esto importe desconocer la existencia de recursos jurídicos para evitar reales abusos del derecho o enriquecimiento sin causa"⁸⁴.

b) La moratoria: Ocurre cuando el incumplimiento se ha producido por la imposibilidad de atender normalmente el servicio de la deuda, tanto en la amortización del capital como en el pago de los intereses.

Sus causas pueden ser de orden interno o internacional, generalmente relacionadas con problemas económicos y financieros, por ejemplo, la crisis de 1930, la crisis del 81-82.

Cuando la suspensión del servicio es transitoria y el pago se reanuda en breve plazo, se dice que hay mora en el cumplimiento de la obligación. Cuando la interrupción es prolongada (largo tiempo) se habla de moratoria.

c) La bancarrota del Estado: Es la cesación indefinida de pagos por imposibilidad de renovarlos, y equivale a una "quiebra internacional del Estado". No es una insolvencia, sino que el Estado aun teniendo bienes, no cumple con sus acreedores y representa una confiscación de capitales.

⁸⁴ Tonrouge, Giuliani. Op. cit. p. 1.051.

CAPÍTULO TERCERO

LOS CONTRATOS DE CRÉDITO EXTERNO

1.- GENERALIDADES

Según el ordenamiento jurídico nacional, los contratos de crédito externo son aquellos que involucran el crédito del Estado, el cual sólo puede utilizarse para obtener recursos (Art. 39, inc. 1º del DL 1.263). Al hacerse uso del crédito público se generan deudas públicas, cuyo objeto son compromisos monetarios del Estado. La fuente de estos compromisos son las obligaciones de pago a futuro o los empréstitos públicos, internos o externos (Art. 39, inc. 2º del DL 1.263).

El objeto de la Deuda Pública lo constituye, generalmente, una suma de dinero que se debe dar o una cierta cantidad de objetos representativos de signos monetarios (Art. 39, incisos 1º y 2º del DL 1.263).

Sin embargo, el Estado puede recibir en calidad de crédito:

- 1.- Especies o cuerpos ciertos; o,
- 2.- Dinero.

No obstante, cualquiera sea la cosa recibida "siempre" debe restituir dinero. Es por eso que la relación de crédito externo no necesariamente debe calificarse jurídicamente como un mutuo. "Efectivamente, también es posible generar Deuda Pública externa a través de contratos de crédito que supongan de parte del acreedor la transferencia inicial de tecnología o bienes distintos del dinero y de parte del deudor el pago de un precio sujeto a modalidad"⁸⁵.

Podemos afirmar que el endeudamiento internacional público (deuda pública externa) se concreta a través de los contratos de crédito externo⁸⁶.

1.1.- Relaciones jurídicas de las que pueden emanar las obligaciones crediticias

a) Relaciones de derecho internacional público

Cuando el sujeto activo es de derecho internacional público, lógicamente la relación de que surge la obligación crediticia será de carácter público internacional, sin embargo, las obligaciones crediticias son siempre de derecho internacional privado.

Las fuentes de estas relaciones son:

- 1.- Tratados Internacionales que reconozcan deudas por reparaciones de guerra y gastos de ocupación;

⁸⁵ Silva Barroilhet, Paula y Edwards Renard, Javier. Op. cit. p. 58.

⁸⁶ La expresión "contrato de crédito externo" se utiliza en numerosos DS, por ejemplo, los DS del Ministerio de Hacienda N° 812, de 1989 (en su título); N° 551, de 1982 (Art. 5, Art. 10, letras b), c) y d), etc); N° 953, de 1990 (en su título); N° 888, de 1990 (Art. 6, letras a) y b)); N° 1.166, de 1990 (en su título); etc.

- 2.- Convenios de ayuda oficial bilateral de los cuales emanan deudas de Estado a Estado;
- 3.- Tratados Internacionales que crean organismos financieros internacionales (Convenio Constitutivo Multilateral). V. gr. los tratados que crearon el BID y el BIRF.

En virtud de esos tratados, dichos organismos pueden celebrar contratos de préstamo o crédito, de los cuales surgen obligaciones crediticias.

- 4.- Tratados de sucesión de Estados, en los cuales se reconocen deudas del Estado extinguido. V. gr. las derivadas de procesos de descolonización, de división de Estados federados, etc.

b) Relaciones de Derecho Internacional Privado

En cambio, si los sujetos acreedores, es decir los proveedores de recursos financieros, son de derecho privado (bancos comerciales extranjeros o particulares) se producirá una relación jurídica de derecho internacional, cuyo conflicto eventual debería resolverse conforme a las normas del derecho internacional privado.

En este caso el endeudamiento puede tener su fuente en alguna de las instituciones siguientes:

- 1.- Contratos de préstamo simple.

Se trata del típico contrato de mutuo o préstamo de dinero, en el que existe un solo deudor y acreedor.

- 2.- Préstamos sindicados.

Se trata de una modalidad del contrato de mutuo, reconocida por la práctica internacional. En ellos el acreedor está constituido por un grupo de entidades bancarias o financieras, que individualmente no se encuentran en condiciones económicas de otorgar el crédito o en disposición política de asumir por sí solo el riesgo que éste implica. Se forma un sindicato de bancos acreedores (de ahí la expresión "crédito sindicado") y se designa a un banco para que actúe como gerente de los demás. Ante dicho gerente deberá concurrir el Gobierno o los particulares que soliciten el préstamo⁸⁷.

Un ejemplo de préstamo sindicado, contratado eso sí por intermedio de un organismo financiero de derecho público, lo constituye el convenio de préstamo de fecha 5 de Marzo de 1990, celebrado entre la República de Chile y el *JEXIMBANK* y los Bancos enumerados en la foja de firmas. En él se designó como agente al *The Bank of Tokio, Ltd.* (Art. I, N° 1, inc. 2°).

- 3.- La emisión de empréstitos.

Este tipo de operación fue muy frecuente hasta antes de la Segunda Guerra Mundial, hoy en día han perdido su importancia siendo ocupado su espacio por los contratos de préstamo.

El empréstito se documenta a través de una lámina principal que contiene los términos del compromiso del emisor, a la cual se adosan láminas que contienen cupones que determinan el lugar y día fijados para cobrar el capital y/o los intereses, es decir, en otras palabras, efectuar el servicio de la deuda.

Emitido el empréstito existen dos vías para colocarlos en el mercado financiero internacional:

- i) La oferta directa al público, la que supone un sólido prestigio financiero del emisor; y,

⁸⁷ Para mayor información sobre este tipo de crédito, consultar a Andrés Sanfuentes Astaburuaga y Ernesto Barros González, "Los contratos de crédito externo y en especial sus eventos de incumplimiento". Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 1993.

ii) La oferta mediante un intermediario, el que: 1) compra el total del empréstito con un descuento y luego revende rápidamente a un precio mayor; o, 2) compra como inversionista y dispone del empréstito con calma.

1.2.- Concepto de contrato de crédito externo

Entendemos por contrato de crédito externo aquel que tiene por objeto proporcionar dinero u otros bienes al deudor, el que se compromete a restituir a cambio siempre una suma de dinero, celebrado entre sujetos nacionales de distintos Estados o entre un Estado y particulares extranjeros o entre un Estado y otro sujeto de Derecho Internacional (Estados, Organismos Financieros Internacionales)⁸⁸.

1.3.- Clases de contratos de crédito externo

En cuanto a su objeto, podemos distinguir cuatro especies de contratos de crédito externo, a saber:

- a) Los contratos de proveedores;
- b) Los contratos de apertura de crédito;
- c) Los contratos de préstamo; y,
- d) Los empréstitos.

Debemos hacer notar que de aceptarse la interpretación finalista o unitaria sobre los empréstitos, precedentemente expuesta, no cabría la distinción entre éstos y los préstamos. En cuanto a los empréstitos, éstos ya han sido tratados en este trabajo, por lo que en este capítulo nos ocuparemos sólo de las restantes instituciones.

a) Los contratos de proveedores

Se trata de contratos que implican el crédito y que pueden verificarse en la forma de una compraventa, de un arrendamiento, etc. En ellos un deudor público nacional contrae una obligación de dinero, como contrapartida de la entrega por un acreedor extranjero de determinados bienes no fungibles de carácter corporal o incorporeal, por ejemplo, materiales de construcción, servicios, tecnología, etc.

Esta clase de contratos de crédito externo tiene reconocimiento normativo, por ejemplo, en el Art. 14, inc. 2º del DS 551, ya citado.

b) Los contratos de apertura de crédito

Los contratos de apertura de crédito, en la práctica bancaria han surgido de la necesidad de contar con créditos asegurados, necesidad que no alcanzaba a ser cubierta con los contratos de mutuo.

El contrato de apertura de crédito puede definirse como “ aquel contrato en virtud del

⁸⁸ Simonetto, Ernesto. "Los Contratos de Crédito". Editor José María Bosch. Barcelona, 1958. En esta obra el lector podrá encontrar explicaciones generales sobre los contratos de crédito, sobre el mutuo y el contrato de apertura de crédito, en especial una mayor referencia de la naturaleza jurídica de este último.

cual el banco (acreditante), se obliga, hasta una cantidad determinada y durante cierto tiempo, a satisfacer órdenes de pago que le dirija la otra parte (acreditado), y también -aunque no necesariamente- a asumir frente a terceros obligaciones dinerarias en cumplimiento de las órdenes que le impone el acreditado; éste se compromete al pago de una comisión y a la restitución del dinero que el banco hubiera debido disponer, con más los intereses devengados desde el momento de la efectiva disposición de las sumas⁸⁹.

Sin embargo, la apertura de crédito no es un contrato que la legislación reserve exclusivamente a los bancos y entidades financieras. También puede celebrarse entre personas que revistan las calidades indicadas, por ejemplo, los comerciantes, grandes almacenes generales que venden diversos tipos de mercaderías al público⁹⁰.

En virtud del contrato de apertura de crédito, el Banco queda obligado con su cliente a otorgarle crédito en la forma convenida, la cual puede ser aceptando sobregiros o avances, descontando letras, haciendo pagos por su cuenta, otorgando avales o fianzas y en otras formas legales.

En este contrato el objeto no es el dinero sino el crédito en su forma genérica, ya que el Banco no se obliga derechamente a realizar un préstamo, pues en tal caso nos encontraríamos frente a un contrato de promesa de mutuo, sino que contrae la obligación de otorgar el crédito en diversas formas⁹¹.

El crédito no debe entenderse en el sentido de derecho personal, de obligación, sino como entidad abstracta, expresión de valor. La apertura de crédito podrá definirse como aquel negocio en el cual una parte se obliga a prestar un ideal e incorpóreo valor, el crédito⁹².

Este contrato es jurídica y normalmente unilateral. Sólo queda obligado por él quien abre el crédito, el favorecido con el mismo no quedará obligado sino por las operaciones de crédito determinadas que contraiga.

En nuestro derecho, este contrato reviste los caracteres de atípico, unilateral, preparatorio y normativo o contrato reglamentario de las operaciones de crédito que de él se originen⁹³.

1.4.- Naturaleza jurídica del contrato de apertura de crédito

Se han postulados diversas teorías. Algunos afirman que se trata de un mutuo, otros que es una promesa de mutuo y contrato preliminar y otros, que es un contrato sui generis.

⁸⁹ Labanca, José y Noacco, Julio César. "Los Contratos Bancarios de Apertura de Crédito y Descuento". Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1964. p. 18.

⁹⁰ Puelma Accorsi, Alvaro. "Contratación Comercial Moderna". Editorial Jurídica de Chile. Primera edición, 1991. p. 139.

⁹¹ Puelma Accorsi, Alvaro. Op. cit. nota 1. p. 116.

⁹² Simonetto, Ernesto. Op. cit. pp 396-397.

⁹³ Puelma Accorsi, Alvaro. Op. cit. nota 90. p. 140.

a) Mutuo

Se trataría de un contrato de mutuo consensual. Para la mayoría de los autores modernos, este contrato no puede ser un mutuo consensual puesto que éste es siempre un contrato real. Suponer la consensualidad en el mutuo significa transformarlo en un contrato diverso.

b) Promesa de mutuo y contrato preliminar

Es promesa de mutuo porque la obligación consiste en entregar dinero a futuro.

Sin embargo, los detractores de esta teoría señalan que la apertura de crédito no es una promesa de préstamo, ya que el Banco puede cumplir con el contrato no sólo otorgando un mutuo, sino que en otras formas, tales como los descuentos, la constitución de avales, etc.

Es un contrato preliminar de las operaciones de crédito que de él se originan. Pero sólo puede hablarse de contrato preliminar cuando el contrato definitivo se ha de concluir entre las mismas partes y esto sólo ocurriría si se promete un mutuo, pero no si involucra una fianza o un aval.

La apertura de crédito y la promesa de mutuo se descubren como figuras diferentes, ya que la entrega del dinero es un acto solutorio de la una obligación preconstituida y no elemento constitutivo de un contrato definitivo, el mutuo⁹⁴.

c) Contrato *sui generis*

Para los defensores de esta tesis, el contrato de apertura de crédito es un contrato con fisonomía propia e independiente de cualquier otro, atípico o innominado, por las razones expuestas como críticas a las teorías anteriores.

2.- EL CONTRATO DE PRÉSTAMO EXTERNO

Debemos dejar en claro que en esta sección nos referiremos exclusivamente a los contratos de préstamo que celebra el Estado o sus organismos; y que, en atención a los objetivos del presente trabajo, haremos referencia, en cada oportunidad, al Contrato de Préstamos N° 613/OC-CH, entre la República de Chile y el BID, al Convenio de Préstamo 3.120-CH, entre la República de Chile y el IBRD (BIRF) y al Convenio de Préstamo de 5 de Marzo de 1990, entre la República de Chile y el JEXIMBANK.

2.1.- Concepto de contrato de préstamo externo

Se trata de negocios jurídicos que ligan al ente público, que percibe el dinero, con un determinado sujeto sin que previamente se hayan solicitado fondos a la colectividad. Es una operación singular documentada con un contrato.

Podríamos conceptualizarlo como un contrato en el que una de las partes transfiere o promete transferir a la otra cierta cantidad de dinero con cargo de restituir, en el futuro, la misma cantidad más el interés correspondiente, siempre que la prestataria cumpla con una serie de exigencias.

⁹⁴ Labanca, José y Naoeco, Julio César. Op. cit. p. 41.



o condiciones que permitan al prestamista supervisar el uso de los fondos dados en préstamo y someter dicho desembolso a la comprobación por el deudor de que efectivamente los ha invertido en las obras que se tuvieron como fuente o razón de ser del otorgamiento del crédito (uso de los recursos).

2.2.- Naturaleza jurídica de los contratos de préstamos externo

Nadie discute que se trata de contratos, es decir actos jurídicos bilaterales, la controversia se ha situado en la categorización de dicho contrato.

La doctrina clásica (aunque la mayoría de los autores no concebían siquiera la existencia de operaciones crediticias del Estado diferentes del empréstito), sostenía que se trataba de un contrato administrativo, por el solo hecho de involucrar al Estado y por lo tanto debía estar regulado por el derecho público.

La doctrina actual sostiene que los contratos de préstamo externo son contratos de derecho privado⁹⁵. Por ejemplo, en opinión del tratadista venezolano Luis Casado, "el ente público en uso de sus poderes de administrador, pacta un financiamiento o adhiere a unas condiciones típicas y usuales y de general aplicación fijadas por el prestamista, las cuales en modo alguno difieren de las aplicadas a los particulares, y como quiera que en ningún caso podrían establecerse cláusulas derogatorias de los requisitos previos y posteriores de derecho público relativos a la formación de la voluntad del ente público, ni que impliquen quebrantamiento de derechos irrenunciables por no disponibles, el convenio puede en fin, ser calificado de gestión ordinaria y de derecho privado por su contenido"⁹⁶⁻⁹⁷⁻⁹⁸.

El problema de la naturaleza jurídica de los préstamos, en nuestro ordenamiento jurídico, va a depender en definitiva de la postura que asumamos sobre el alcance de la expresión empréstitos. Si aceptamos que empréstito es todo mutuo, con o sin emisión de títulos de crédito, entonces el préstamo será un contrato especial de derecho público. Por el contrario, si aceptamos la distinción entre empréstito, entendido como mutuo de dinero con emisión de títulos, y préstamo, mutuo de dinero sin emisión de títulos, entonces, éstos podrían ser calificados como contratos de derecho privado.

Sin embargo, cualquiera sea la posición que se adopte respecto de la naturaleza jurídica del contrato de préstamo externo, siempre la competencia del ente público, la formación y el

⁹⁵ Entre los autores que sustentan esta tesis están: Addy Mazz. Op. cit. p. 127; Enrique Sayagues Laso. "Tratado de Derecho Administrativo". Editorial Martín Bianchi Altuna. Montevideo, 1959. tomo II, p. 124.

⁹⁶ Casado Hidalgo, Luis. Op. cit. p. 345.

⁹⁷ Para otros autores constituye un contrato regido por un régimen propio. Al respecto, Agustín Gordillo sostiene que: "El contrato no se regirá por su derecho público interno, ni podrá ya en rigor llamarse verazmente 'empréstito público' pues esta frase evoca precisamente aquellos principios de derecho público que no le serán en los hechos aplicables. Aparece entonces, en el marco jurídico internacional el contrato de crédito externo sometido a un régimen propio, que se ubica entre el derecho internacional público y privado, y se conjuga con el derecho privado interno de los países desarrollados, sede habitual de los organismos o consorcios que actuarán en calidad de Prestamistas. Es, en suma, un contrato del Estado sometido a un derecho extranjero al país deudor". ("El Contrato de Crédito Externo". En "Revista de Administración Pública". N° 97, Enero-Abril, 1982. Publicación del Centro de Estudios Constitucionales. pp. 426-427).

⁹⁸ Para Juan José Ferreiro Lapatza "cuando el empréstito se concierta entre dos sujetos de derecho internacional el contrato puede estar sometido a las normas o al ordenamiento interno de una de las partes, según la intención, manifiesta o tácita de los mismos. Si de ella resulta que está sometido al derecho internacional, el contrato es un tratado regulado por el ordenamiento propio de estos actos. Si, por el contrario, resulta que las partes decidieron someterse al derecho interno de un país, el problema vuelve a plantearse, siempre que en éste se acepte la distinción entre derecho administrativo y derecho común". ("Análisis Jurídico de la Deuda Pública". En "Revista de Administración Pública". N° 53, Mayo-Agosto, 1967. Editado por el Instituto de Estudios Políticos, Madrid. p. 152).

procedimiento de expresión de su voluntad serán materia de derecho público⁹⁹, y en consecuencia aplicables las normas de la CPR, del DL 1.263 y del DL 2.349 y demás leyes que regulen las atribuciones y funcionamiento del ente público del que en cada caso se trate. Por otra lado, la capacidad y voluntad del co-contratante, se regirán por las normas de derecho privado, cuando sea un particular, y por normas del derecho público internacional si éste es un organismo financiero internacional.

Entonces, la determinación de la naturaleza jurídica pública o privada del contrato de préstamo externo, podría tener importancia sólo respecto del objeto del contrato¹⁰⁰. Pero, como en nuestro ordenamiento jurídico no existen normas especiales de derecho público, que regulen los derecho y obligaciones emanados de los contratos del Estado que involucren operaciones de crédito de dinero, las normas que les son aplicables son las del derecho privado, contenidas en el CC y la Ley 18.010.

Las precedentes disquisiciones sólo tendrían importancia en el caso de un contrato de préstamo externo, en el cual el derecho aplicable fuese la legislación nacional. Pero en la práctica, lo normal es que estos contratos se sometan a un derecho extranjero, posibilidad permitida por nuestra legislación (Arts. 1 y 11, DL 2.349); por ejemplo, en el Convenio de Préstamo del 5 de Marzo de 1990, celebrado entre la República de Chile y el *JEXIMBANK*, en su Art. XII, N° 1, sobre la ley normativa del contrato, establece que "este Convenio se regirá e interpretará en todos sus aspectos en conformidad con las leyes de Japón."

Por lo tanto, la determinación de la naturaleza jurídica del contrato de préstamo es una cuestión que, desde un punto de vista práctico, no es de gran relevancia.

2.3.- Elementos del concepto contrato de préstamo

a) Los sujetos

El sujeto pasivo o deudor es siempre el Estado, incluyendo a sus organismos y a las Municipalidades (Art. 60 N° 7 y 8 de la CPR).

En esta clase de operaciones el deudor recibe el nombre de prestatario.

El sujeto activo, es decir el acreedor, es variable y puede tratarse de un Estado o institución pública de dicho Estado (v. gr., el *JEXIMBANK* es un organismo público del Estado japonés), o de un organismo financiero internacional¹⁰¹ (v. gr. el BIRF o el BID) o un banco privado extranjero (V. gr. *The Citibank*).

El acreedor recibe el nombre de prestamista, y será siempre un sujeto determinado.

b) La capacidad de las partes

En el caso del Estado su capacidad emana de la CPR y de la Ley que lo autorice a contratar, la que generalmente es la Ley de Presupuestos.

⁹⁹ Dromi, José Roberto. "Instituciones de Derecho Administrativo". Segunda reimpresión. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1983. p. 365.

¹⁰⁰ Cassagne, Juan Carlos. "Los Contratos de la Administración Pública (Distintas Categorías y Regímenes Jurídicos)". En "Anuario de Derecho Administrativo". 1975-1976. Ediciones Revista de Derecho Público. Universidad de Chile. p. 297.

¹⁰¹ Las particularidades sobre este tipo de acreedores, las trataremos en el capítulo quinto de esta primera parte.

Por ejemplo, para la contratación de los préstamos que hemos tomado como modelos, la autorización consta en las leyes 18.764 (Art. 4), 18.869 (Art. 4) y 19.012 (Art. 5), Leyes de Presupuestos del Sector Público para el año 1989, 1990 y 1991, respectivamente. Estas autorizaciones, otorgadas al Presidente de la República, son ejercidas mediante DS del Ministerio de Hacienda, en los cuales se identifica el destino específico de las obligaciones contraídas, v. gr. el DS 812, de 1989, que autoriza la contratación de crédito externo con el BIRF hasta por U\$S 224.000.000,00, cuyo objeto es financiar parcialmente la ejecución de un programa sectorial de carreteras; el DS 1.166, de 1990, que autoriza la contratación de crédito externo con el BID, por U\$S 246.000.000,00, cuyo objeto es cofinanciar parcialmente la ejecución del "Segundo Programa Sectorial de Carreteras".

En cuanto al prestamista, si éste es un organismo financiero internacional, su capacidad consta en los Convenios constitutivos (tratado internacional que crea ese organismo), si se trata de un banco financiero privado, emanará de su escritura de constitución.

c) El objeto del contrato

El objeto de todo contrato son los derechos y obligaciones que de él emanan, a su vez, dichos derechos y obligaciones tienen por objeto determinadas prestaciones (conductas debidas), que pueden consistir en dar, hacer o no hacer algo.

El objeto principal del contrato de préstamo externo, según se explica más adelante y tratándose de los contratos que financian el SPSC, consiste en la celebración del contrato prometido, es una obligación de hacer. Y el contrato prometido, que es un mutuo¹⁰², tiene a su vez por objeto una suma de dinero que se debe dar.

Las prestaciones del contrato prometido se reducen, principalmente, a la devolución del capital, en forma de cuotas y al pago de los correspondientes intereses y comisiones.

Las cláusulas restantes del contrato de préstamo externo contienen las condiciones para el uso de los fondos puestos a disposición del ente público, así como los poderes del prestamista para vigilar la conducta contractual del prestatario; estipulan la moneda de retiro de los fondos, de los intereses y otros cargos; establecen las condiciones en que se produce el vencimiento inmediato; disponen el plan de amortizaciones; las condiciones de ejecución del proyecto; la tasa de interés a pagar sobre los montos retirados del préstamos y sobre los no retirados ("comisión").

Estos convenios, además, registran la obligación de abstención, por la cual el Organismo Financiero, al conceder préstamos a sus miembros o constituirse en garantía de ellos, no solicita, en circunstancias ordinarias, garantía especial del prestatario sino que se limita a asegurarse que ninguna otra deuda externa tenga prioridad sobre sus préstamos, tanto en la asignación como en la liquidación o distribución de divisas que se mantengan bajo control y para beneficio de dicho miembro.

Para la solución de controversias entre las partes, se pacta generalmente el procedimiento arbitral.

d) La causa del contrato

El Art. 1.467, inc. 2º del CC señala que: "Se entiende por causa el motivo que induce

¹⁰² Algunos autores prefieren decir que la deuda pública se refiere a un contrato real, unilateral, de derecho público, por el que una de las partes (que puede ser un ente público o un particular) entrega a un ente público una cantidad de dinero, comprometiéndose éste a reembolsar la cantidad e intereses, a pagar sólo los intereses o una determinada cantidad durante un cierto tiempo. (Ferreiro Lapatza, Juan José. Op. cit. p. 156).

al acto o contrato."

En los contratos de crédito externo, su causa¹⁰³ se encuentra en la obligación recíproca de la otra parte. Para ambas, como se explica más adelante, su obligación consiste en cumplir con el contrato prometido, es decir, celebrar el mutuo.

Estos son los fines inmediatos o directos que cada una de las partes se propone alcanzar en virtud del contrato. Pero existen fines mediatos o indirectos que cada parte tiene en cuenta al celebrarlo. Para el Estado, por ejemplo, dotar de infraestructura al país; para el Banco, dar cumplimiento a los objetivos contenidos en el convenio constitutivo respectivo, por ejemplo, promover el desarrollo industrial, agrícola, etc. de un país miembro.

2.4.- Características del contrato de préstamo externo

1.- Es una operación singular, es decir, existe una sola relación jurídica, la que se establece entre el acreedor y el deudor. Por ejemplo, en el "Contrato de Préstamo N° 3.120-CH" las partes son la República de Chile, como deudora o prestataria y el BIRF, como acreedor o prestamista. Este aspecto lo diferencia del empréstito, donde se dan una pluralidad de relaciones jurídicas.

2.- Se documenta en un contrato, en consecuencia surge del acuerdo de voluntades y no de otro acto jurídico, como podría ser la emisión de bonos, pagarés u otros títulos de crédito. La constancia del préstamo se encuentra en el documento contractual. Por ejemplo, "Contrato de Préstamo N° 613/OC-CH", celebrado entre el BID y la República de Chile, Resolución N° DE 135/90, del 18 de Marzo de 1991.

3.- En un principio, los préstamos se contrataban con países o entidades bancarias extranjeras, pero hoy en día se celebran, generalmente, con organismos internacionales de crédito, tales como el BID, el BIRF, más conocido como Banco Mundial, el JEXIMBANK, etc.

Estas instituciones tienen, en general, normas sobre garantías, contrapartida nacional, seguimiento de la obra, etc., que funcionan como cláusulas de adhesión¹⁰⁴ que el prestatario debe

¹⁰³ En doctrina se distinguen tres clases de causa:

a) Causa final: Es el fin directo e inmediato que la parte se propone alcanzar en virtud del acto. Ésta es una finalidad típica y constante del acto, independientemente de los móviles individuales, y es idéntica siempre en los actos y contratos de la misma especie;

b) Causa eficiente: Es el antecedente o elemento generador. Así en las obligaciones la causa estaría constituida por la fuente de ellas, que señala el Art. 1.437 del CC, y,

c) Causa ocasional: Son los motivos individuales que han llevado a realizar el acto. (Ducci Claro, Carlos. "Derecho Civil. Parte General". Editorial Jurídica de Chile. Segunda edición, 1984. p. 289).

Para la doctrina clásica, la causa sería la causa final y una misma clase de contratos tiene una misma causa. En los contratos bilaterales la causa para la obligación de cada uno de los contratantes es la obligación recíproca de la otra parte. En los contratos unilaterales (reales) es la entrega o restitución de la cosa. En los contratos a título gratuito, la liberalidad. La causa en los actos ilícitos sería la causa ocasional.

¹⁰⁴ Se puede hablar del contrato de empréstito público como contrato de adhesión "al Estado" y del contrato de crédito externo como contrato de adhesión "del Estado" al inversionista. El contrato de "adhesión" que el país en desarrollo propone a los inversionistas, no encuentra siempre adherentes puesto que el capital no conoce de patriotismo. Entonces los términos pueden invertirse: es quien está dispuesto a otorgar crédito al país, el que a veces fija las condiciones jurídicas del crédito, el que se constituye también como contrato de adhesión, pero no a favor del Estado deudor sino a favor del ente u organismo acreedor. (Gordillo, Agustín. Op. cit. p. 426).

aceptar, v. gr. el "Procurement of Works. Sample Bidding Documents"¹⁰⁵, del BID y del Banco Mundial.

4.- Además, por estos contratos el prestamista adquiere una serie de prerrogativas que le proporcionan un "derecho de supervisión" sobre el uso de los fondos y la comprobación de la utilización adecuada de los recursos como condición necesaria para desembolsarlos.

A continuación daremos algunos ejemplos en que se manifiesta este derecho, sobre la base de los contratos de préstamos del SPSC.

La expresión genérica del derecho de supervisión la encontramos en la cláusula 6.01, letra (c), Parte Primera del Contrato de Préstamo 613/OC-CH. En ella se establece que para la licitación de obras de un valor equivalente o inferior a US\$ 5.000.000,00, el BID supervisará ex-ante las tres primeras licitaciones: todas las demás se supervisarán ex-post, conforme al Reglamento licitatorio del Anexo B del contrato de préstamo. En las licitaciones de obras por valores superiores, la supervisión es ex-ante, de acuerdo a los procedimientos normales del Banco y con el procedimiento de Licitación del Anexo B.

Otro aspecto de esta facultad se manifiesta en el derecho de inspección de que goza el Prestamista, el que se realiza por funcionarios, ingenieros y expertos que el mismo envíe. Esta inspección se extiende a los equipos y materiales usados en las obras, a los registros y documentos del Programa (Art. 7.02, letras (a) y (b), Parte General, Contrato de Préstamo 613/OC-CH).

Además, dentro de este derecho de supervisión destaca la prerrogativa por la cual el prestamista se reserva el derecho de aprobar los programas de caminos y los planes anuales de los mismos (Art. III, sección 3.02, Convenio de Préstamo 3.120-CH).

Muchas de las manifestaciones de este derecho de supervisión las trataremos más detalladamente cuando nos refiramos a las BALI, en la Parte Segunda de este trabajo. Por ahora conviene hacer presente que son estos derechos los que le permiten al Banco inmiscuirse en una relación jurídica de la cual no forma parte, habilitándole para regular el proceder de una de las partes del contrato licitado (la Administración) e indirectamente la conducta de los licitadores.

2.5.- Comentarios personales sobre el contrato de préstamo externo

1º) Las operaciones contratadas con los organismos financieros no constituyen empréstitos de aquellos que se concretan en la emisión y colocación en el país o en el exterior de bonos de largo y mediano plazo y de letras.

¹⁰⁵ El "Procurements of Works. Sample Bidding Documents" es un documento normativo, elaborado por el BID y el BIRF, que contiene un listado de ejemplos de documentos requeridos en una licitación. Además, regula el procedimiento de licitación que los Estados que soliciten créditos deberán cumplir, aunque, como dice su prefacio: "...Their use is not mandatory, but the procedures and practices presented herein have been developed through broad international experience, and are recommended for appropriate use in projects that are financed in whole or in part by the IDB and IBRD..." (September, 1985, second printing, August, 1988, Editado por el Interamerican Development Bank and de World Bank, page V). (traducción de los autores: "...Su uso no es obligatorio, pero los procedimientos y las prácticas presentadas en ellos han sido desarrolladas por la experiencia internacional y son recomendados para su uso apropiado en los proyectos financiados total o parcialmente por el BID y el BIRF...")

Además, en la elaboración de dichos documentos se ha consultado estrechamente la opinión del Banco de Desarrollo Asiático, lo que implica, de tal manera, la inclusión de las mayores instituciones financieras internacionales.

Son negocios que la doctrina considera de derecho privado¹⁰⁶⁻¹⁰⁷.

2º) Otra característica que advertimos en esta institución es que en ella se puede condicionar la utilización de los recursos suministrados. Puesto que en esta operación el desembolso de los recursos se encuentra sujeta a que el prestatario compruebe, a satisfacción del ente que facilita los fondos, el uso de éstos conforme a las estipulaciones del contrato.

En cambio, en los contratos de empréstitos con emisión existe la imposibilidad práctica de condicionar la utilización de los recursos, ya que el dinero ingresa a las arcas fiscales inmediatamente después de suscritos los títulos. En consecuencia, por la naturaleza misma de esta operación financiera, resulta prácticamente imposible para el prestamista subordinar la entrega del dinero al empleo del mismo a ciertos fines. Además, sería necesaria la concurrencia de gran número de acreedores y el acuerdo entre ellos acerca del destino de los recursos que proporcionan, lo que representaría una dificultad adicional.

¹⁰⁶ En este sentido, Luis R. Casado Hídalgo sostiene que "se trata materialmente de una forma más de obtención y aplicación de recurso a determinados planes de las entidades públicas, que adquieren la categoría de operaciones de crédito público porque comprometen presupuestos futuros". (Op. cit. p. 343).

¹⁰⁷ Para Enrique Sayagués Laso: "el empréstito se distingue claramente de los préstamos que las entidades estatales puedan concertar con instituciones bancarias o con particulares, los cuales configuran verdaderos contratos de préstamo aun cuando para documentarlos se extiendan documentos pagaderos al portador." (Op. cit. tomo II, p. 124).

CAPÍTULO CUARTO

EL CONTRATO DE PRÉSTAMO EXTERNO A LA LUZ DE LAS CLASIFICACIONES CONTRACTUALES DEL DERECHO CHILENO

1.- CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS SEGÚN EL CODIGO CIVIL

1.1.- Contratos unilaterales y bilaterales o sinalagmáticos

Según el Art. 1.439 del CC "el contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y bilateral cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente." En otras palabras, son contratos unilaterales aquellos que imponen obligaciones para ambas partes y unilaterales, en cambio, aquellos que sólo imponen obligaciones a una de las partes.

Los contratos de préstamo externo son operaciones de crédito de dinero de aquellas reguladas por la Ley 18.010.

Cuando en el préstamo existe entrega de dinero, nos encontramos con un mutuo, es decir un contrato real, de carácter unilateral, puesto que sólo genera obligaciones para el que recibe el préstamo (restituir el capital más los intereses y pagar las comisiones).

No obstante, en la mayoría de los contratos de préstamo externo, el prestamista se "compromete" a efectuar un desembolso de dinero en una fecha posterior¹⁰⁸, por consiguiente, no se trata de un mutuo, puesto que genera obligaciones para ambas partes, por lo que podemos afirmar que constituye un contrato bilateral¹⁰⁹.

Por ejemplo, el Art. II del Convenio de Préstamo N° 3.120-CH, señala que: "El Banco acuerda prestar a la Prestataria, en los términos y condiciones estipulados a que se refiere el Convenio de Préstamo, diversas monedas que tendrán un valor total equivalente al monto de doscientos veinticuatro millones de U. S. dólares (US\$ 224.000.000,00), que constituye la suma de retiros de los recursos del Préstamo, cada uno de los retiros valorizado por el Banco en la fecha de dicho retiro".

En igual sentido, el Contrato de Préstamo N° 613/OC-CH, en su cláusula 1.01 señala: "Conforme a este contrato el Banco se compromete a otorgar al Prestatario, y éste acepta, un financiamiento... hasta por la suma de doscientos cuarenta y seis millones de dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 246.000.000,00) o su equivalente en otras monedas...".

Y, el Convenio de Préstamo entre la República de Chile y el *JEXIMBANK*, en su Art. II,

¹⁰⁸ En estos contratos de préstamos externos se establece un "calendario de inversiones", y conforme con las fechas y avances de obras en él fijadas se efectúan los desembolsos.

¹⁰⁹ El mutuo a interés, tal vez más que ningún otro contrato real, es bilateral y se asemeja a un arrendamiento, siendo el interés la renta que se paga por el disfrute del capital. Perfectamente podría celebrarse en nuestro derecho una promesa bilateral de mutuo oneroso que podría exigirse por ambas partes; el futuro mutuante se obligaría a entregar determinada suma y el futuro mutuario a servir un interés, en remuneración al servicio del mutuante. (Osuna Gómez, José. "Del Contrato Real y de la Promesa de Contrato Real. Estudio doctrinario y de legislación chilena y comparada". Editorial Nascimento. Santiago, 1947. pp. 214-215).

titulado "Monto de la facilidad crediticia y utilización del Préstamo", en su N° 1), señala que: "Los mutuantes acuerdan por el presente poner a disposición de la Prestataria, en y sujeto a los términos y condiciones de este convenio una facilidad crediticia ascendente a un monto total que no exceda el equivalente en Yens de ciento cincuenta millones de US dólares (US\$ 150.000.000,00)...".

En tanto, la prestataria, mientras no ha recibido el dinero, asume una serie de obligaciones que se orientan al cumplimiento del programa financiado, de cuyo cumplimiento dependen los desembolsos.

Por ejemplo, según el Art. XI, N° 2, letra a), del Convenio de Préstamo de fecha 5 de Marzo de 1990, entre la República de Chile y el *JEXIMBANK* el prestatario deberá pagar todos los gastos razonables en que incurra el *JEXIMBANK*, se efectúe o no cualquier desembolso, por gastos de asesoría, traducción, comunicaciones, viajes, hoteles y todos los otros gastos de poca monta con respecto a la negociación, preparación, formalización y otorgamiento del convenio y su implementación.

Según el Art. 3.02, letra (a), Parte Segunda, Normas Generales, del Contrato de Préstamo N° 613/OC-CH, entre la República de Chile y el BID, el prestatario se obliga a pagar una comisión de crédito del 0,75% al año sobre el saldo no desembolsado del Financiamiento, que empezará a devengarse a los 60 días de la fecha del contrato.

Conforme el Art. V, sección 5.06, del documento "Condiciones Generales Aplicables a los Convenios de Préstamo y de Garantía"¹¹⁰, de fecha 1 de Enero de 1985, "El Prestatario suministrará al Banco los documentos y demás pruebas que éste razonablemente requiera para justificar la solicitud, ya sea antes o después de que el Banco haya permitido cualquier retiro...".

Una vez que el prestatario ha recibido el dinero, su obligación principal es pagar el capital, intereses y comisiones.

1.2.- Contratos gratuitos y onerosos

Conforme al Art. 1.440 del CC, "el contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratante, gravándose cada uno a beneficio del otro."

Lo que permite clasificar a los contratos en gratuitos y onerosos es un criterio económico, "no depende de una consideración de la dogmática del Derecho Civil, sino que exclusivamente de la particularidad de que el contrato resulte útil o provechoso para uno solo de los contratantes o para ambos"¹¹¹.

El contrato de préstamo externo es de carácter oneroso, puesto que tiene por objeto la utilidad de ambas partes gravándose cada una en beneficio de la otra.

Para el prestamista la utilidad está representada por el interés y la comisión que se le pagarán por sobre el capital. Para la prestataria la utilidad radicará en la suma de dinero que recibirá.

Como quiera que los contratos de préstamos externo son operaciones de crédito de dinero, y en éstas la gratuidad no se presume, entonces en estos contratos y en el silencio de las partes

¹¹⁰ Según el Art. I, sección 1.01, del Convenio de Préstamo N° 3.120-CH, entre la República de Chile y el BIRF, las "Condiciones Generales Aplicables a los Convenios de Préstamo y Garantía", constituyen parte integrante de este Convenio.

¹¹¹ López Santa María, Jorge. "Los Contratos. Parte General". Primera edición. Editorial Jurídica de Chile. 1986. p. 79.

se entienden pactados intereses corrientes. La onerosidad es un elemento de la naturaleza de estos contratos (Art. 12, Ley 18.010). En el mutuo civil ocurre lo inverso, la gratuidad es un elemento de la naturaleza.

La Ley establece normas sobre intereses cuando sean superiores al corriente¹¹² o al máximo convencional¹¹³. Hay una serie de sanciones a la infracción a las normas sobre interés máximo convencional, contenidas en el Art. 8 de la misma Ley.

Todas estas normas cumplen con una finalidad explicativa del fenómeno crediticio y de su naturaleza, pero no son aplicables a las operaciones financieras internacionales que celebre el Estado, ya que el Art. 11 del DL 2.349, de 1978, las excluye expresamente al decir que estas operaciones "estarán sometidas a las modalidades usuales imperantes en el mercado externo de capitales, sin que les sean aplicables las disposiciones limitativas sobre la materia de la legislación nacional." Y agrega, en su inc. 2º que: "Se presume que las condiciones contenidas en operaciones aprobadas por el Banco Central de Chile son las imperantes en el respectivo mercado externo de capitales."

1.3.- Contratos conmutativos y aleatorios

Los contratos onerosos se clasifican en conmutativos y aleatorios. El Art. 1.441 del CC expresa que: "El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio."

Lo que distingue a los contratos conmutativos de los aleatorios es que sólo en los primeros pueden las partes, durante los tratos preliminares y al momento de la conclusión del contrato, apreciar, estimar o valorar los resultados económicos que el mismo les acarreará. Únicamente en los contratos conmutativos las partes están en situación de pronosticar si la convención les resulta beneficiosa, en cuánto y por qué. Aunque al cotejar el pronóstico con los resultados concretos alcanzados, el cálculo puede resultar desmentido, obteniéndose un mal negocio¹¹⁴.

"En los contratos aleatorios, por el contrario, ningún cálculo racional es factible respecto a las consecuencias económicas que la operación producirá. El destino del contrato aleatorio queda entregado al azar, a la suerte, a la total incertidumbre. Al momento que nace o se forma el contrato aleatorio, es imposible prever, con alguna rigurosidad intelectual, los resultados prácticos en que él se traducirá"¹¹⁵.

El contrato de préstamo externo es un acuerdo de voluntades de carácter conmutativo; el prestamista se obliga a proporcionar un financiamiento (suma de dinero) que mira como equivalente del capital más intereses y comisiones que recibirá de la prestataria.

¹¹² Interés corriente es el interés promedio de plaza cobrado por los bancos y sociedades financieras establecidas en Chile en las operaciones que realicen en el país. Corresponde a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras determinar dicho interés (Art. 6, Ley 18.010).

¹¹³ El interés máximo convencional es el máximo que pueden estipular las partes, el que asciende al 50% por sobre el interés corriente que rija al momento de la convención, no al momento del pago.

¹¹⁴ López Santa María, Jorge. Op. cit. nota 111. p. 85.

¹¹⁵ López Santa María, Jorge. Op. cit. nota 111. pp. 85-86.

En el caso de los organismos financieros internacionales que no persiguen como objetivo primordial una utilidad económica, sino que dar cumplimiento a los objetivos para los cuales fueron creados, tales como el BID, el BIRF, la AIF, etc., los préstamos por ellos otorgados contienen cláusulas sobre intereses, plazos y comisiones más favorables al deudor que aquellas fijadas por la Banca Privada.

La prestataria, por su parte, estima que los intereses y comisiones que pagará al prestamista son a lo menos equivalentes al beneficio que le reporta el dinero que recibe.

Ambas partes han previsto cuáles serán los posibles beneficios que obtendrán y después de efectuar los cálculos correspondientes han materializado el contrato.

1.4.- Contratos principales y accesorios

El Art. 1.442 del CC señala: "El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención, y accesorio, cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no puede subsistir sin ella."

Los contratos principales son aquellos autónomos e independientes, que se bastan asimismo, pues no precisan de otro diverso.

Son contratos accesorios, en cambio, aquellos que presuponen otra obligación, cualquiera sea la fuente de la cual ésta emane.

Los contratos de préstamo externo son principales, se bastan asimismo, no necesitan de otro para subsistir, ni garantizan otras obligaciones.

1.5.- Contratos consensuales, reales y solemnes

El Art. 1.443 del CC expresa: "El contrato es real, cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne, cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual, cuando se perfecciona con el solo consentimiento."

Esta clasificación dice relación con el momento del nacimiento o formación de los contratos y con los requisitos que hay que cumplir en ese instante. El consentimiento de las partes es requisito sine qua non de todo contrato.

Son consensuales los contratos para cuya formación basta el consentimiento de las partes.

Son solemnes aquellos en que es indispensable que el consentimiento se exprese cumpliendo con las formalidad objetiva preestablecida por la ley.

Los contratos reales son aquellos en que el consentimiento debe ir apoyado con la *datio rei*, esto es, la entrega de la cosa (coetáneamente al nacimiento del contrato).

Los contratos de préstamo externo son solemnes. El Prestamista se obliga a proporcionar una suma de dinero en un tiempo futuro y de acuerdo a ciertos requisitos convenidos, lo que constituye una promesa de mutuo, de la cual surge una obligación de hacer, la que consiste en celebrar el contrato prometido. El contrato de promesa, según el Art. 1.554, N° 1, del CC, es solemne, ya que debe constar por escrito.

El prestatario se compromete a celebrar el contrato prometido y una vez que éste se haya celebrado, se obliga a reembolsar la cantidad recibida más los intereses.

2.- OTRAS CLASIFICACIONES CONTRACTUALES

2.1.- Contratos típicos y atípicos

Son contratos nominados o típicos los que han sido expresamente reglamentados por el legislador en códigos o leyes especiales. Son innominados o atípicos, por el contrario, los que no han sido reglamentados.

Nuestros cuerpos legales regulan gran cantidad de contratos, sin embargo, es evidente que las partes pueden celebrar contratos no reglamentados por el legislador, que ellos moldean en función de los intereses en juego. Entra en acción el principio de la autonomía de la voluntad y su derivado, el principio de la libertad contractual, los que permiten dar a luz contratos no previstos ni normados de antemano por el legislador. La única limitación que tienen la constituye el respeto a las exigencias comunes a todos los actos jurídicos, en especial la licitud del objeto y de la causa.

El contrato atípico también es una ley para las partes contratantes, es decir, tiene plena fuerza obligatoria. El problema de los contratos atípicos no radica en su obligatoriedad, sino más bien en otro aspecto: "¿cómo quedan regulados sus efectos si las partes no previeron las dificultades sobrevinientes?, vale decir el problema es determinar la legislación supletiva por la cual se rigen"¹¹⁶.

Sabemos que todos los contratos se rigen por las normas establecidas por el legislador para las obligaciones. Cuando surgen controversias motivadas por la ejecución de los contratos, dichas normas generalmente son insuficientes. En los contratos típicos además rigen las normas particulares que las partes han introducido.

Pero en los contratos atípicos los problemas se presentan cuando las partes no han previsto reglas para la solución de las dificultades que puedan presentarse, en ese evento la ausencia de reglamentación legal particular conduce al limbo. "No hay norma, ni legal ni contractual, que resuelva la dificultad. El criterio que se ha impuesto para superar este inconveniente es el de la asimilación del contrato atípico al contrato o contratos típicos más parecidos, a fin de aplicarle al primero las normas legales de los últimos. Las lagunas contractuales en los contratos atípicos, se dirimen recurriendo a las normas de los contratos más parecidos, es decir, por analogía"¹¹⁷.

2.1.1.- Posición personal sobre el carácter típico o atípico del contrato de préstamo externo

Para nosotros, el contrato de préstamo externo no es una apertura de crédito, porque, como se explicó, este contrato tiene un objeto muy amplio, mientras que el contrato en cuestión presenta un objeto restringido, representado por la obligación de entregar una suma de dinero.

¹¹⁶ López Santa María, Jorge. Op. cit. nota 111. pp. 98-99.

¹¹⁷ López Santa María, Jorge. Op. cit. nota 111. p. 100.

Sostenemos que se trata de un contrato de promesa, cuyo objeto es un mutuo. En consecuencia, es un contrato típico. A continuación abonaremos nuestra tesis.

Se trataría de un contrato de promesa, por el cual el Banco se obliga a financiar un determinado proyecto convenido con la prestataria. Este financiamiento consiste en proporcionar determinadas sumas de dinero en el futuro.

Este contrato cumple con todos los requisitos exigidos por el Art. 1.554 del CC, para los contratos de promesa:

1.- Consta por escrito. Esta exigencia se cumple en los contratos de préstamo externo, ya que éstos se encuentran contenidos en sendos documentos.

2.- Se promete un contrato que las leyes declarar eficaz¹¹⁸. El contrato prometido es el mutuo.

Las cláusulas de los contratos de préstamo externo señalan que el Banco o financista se "compromete a otorgar"¹¹⁹, "acuerda prestar"¹²⁰, "acuerda... poner a disposición"¹²¹. Posteriormente, según otras disposiciones contractuales¹²² y sólo una vez que se hayan cumplido las condiciones impuestas a la prestataria, el Banco procede a cumplir con su obligación, celebrando el mutuo. A esta operación se le denomina "desembolso de los recursos".

3.- Contiene un plazo o condición que fija la época de la celebración del contrato. En general, se trata de condiciones impuestas por el Banco a la prestataria.

Para explicar este punto, tomamos como modelo las disposiciones del Contrato de Préstamo N° 613/OC-CH (al cual ya hemos hecho referencia), contenidas en los Arts. 4.01, 4.02, 4.05 de las Normas Generales y 4.01, 4.02, 4.03 y 4.04 de las Normas Especiales¹²³, las que, en términos generales, se refieren a:

- i) Designar representantes para todos los actos relacionados con la ejecución del contrato, y enviar al Banco ejemplares auténticos con la firma de los representantes.
- ii) Demostrar al Banco que se han asignado recursos suficientes para atender, a lo menos, por el primer año a la ejecución del proyecto.
- iii) Presentar al Banco una serie de documentos relacionados con el plan de ejecución de proyecto, y su financiamiento. Por ejemplo, el plan o proyecto de ejecución, que permite fijar las bases para la elaboración y evaluación del progreso de las obras; cuadros de origen y aplicación de fondos, que contengan el calendario detallado de inversiones y el señalamiento de los aportes anuales de las distintas fuentes de fondos que financien el proyecto.

¹¹⁸ Se ha entendido que un contrato es ineficaz cuando, según la ley, no produce ningún efecto o empleando la palabra legal, es nulo. En la ineficacia del contrato prometido, la ley se refiere al valor intrínseco del contrato, o sea, lo que mira a sus requisitos internos; mas no a las solemnidades o requisitos externos que deben cumplirse para darle eficacia (Osuna Gómez, José. Op. cit. pp. 197-198).

¹¹⁹ Contrato de Préstamo 613/OC-CH, entre la República de Chile y el BID, cláusula 1.01.

¹²⁰ Convenio de Préstamo N° 3.120-CH, entre la República de Chile y el BIRF, Art. II, sección 2.01.

¹²¹ Convenio de Préstamo de fecha 5 de Marzo de 1990, entre la República de Chile y el JEXIMBANK, Art. 2, N° 1.

¹²² Por ejemplo, las normas contenidas en el Capítulo IV, relativa a desembolsos, del Contrato de Préstamo 613/OC-CH, entre la República de Chile y el BID; las normas del Art. V de las "Condiciones Generales Aplicables a los Convenios de Préstamo y de Garantía", de fecha 1 de Enero de 1985, aplicables al Convenio de Préstamo N° 3.120-CH, entre la República de Chile y el BIRF, según su Art. I, sección 1.01.

¹²³ Los Convenios de Préstamo N° 3.120-CH entre la República de Chile y el BIRF y el Convenio de Préstamo entre la República de Chile y el JEXIMBANK, también contienen disposiciones sobre estas materias. Así, en el caso del préstamo con el JEXIMBANK, éstas se encuentran tratadas en el Art. X y en el Anexo C, sobre procedimientos de desembolsos, el cual en términos generales señala que se abrirá una cuenta en la Oficina principal del agente en Tokio a nombre de la prestataria (cuenta no residente) y abrirá otra cuenta (especial) en el Banco Central de Chile, a nombre de la prestataria. Se describe a continuación el procedimiento para solicitar el Desembolso (concesión del contrato de mutuo), y por último se adjuntan formularios de solicitud de reembolso

- iv) Presentar un plan, catálogo o código de cuentas.
- v) Presentar solicitudes escritas de desembolso.
- vi) Comprobar que no concurren ciertas circunstancias, por ejemplo, retardo en el pago por el prestatario de sumas de capital, intereses u otros, ya sea de este crédito o de otros celebrados entre las mismas partes; incumplimiento del prestatario de cualquier otra obligación contractual; retiro o suspensión como miembro del Banco del país de la prestataria; incumplimiento de las obligaciones por el garante.
- vii) Que el garante, en su caso, no se encuentre incumpliendo sus obligaciones de pago por más de 120 días.
- viii) Si se trata del primer desembolso, cumplir dentro del plazo de 180 días (o el que las partes hayan acordado) con las condiciones de los numerales i), ii), iii, iv) y v). Además, se exige que la Contraloría General de la República haya convenido realizar la función de auditoría, mediante la elaboración de estados financieros presentados mediante dictámenes. Y además, enviar al Banco informes jurídicos fundados sobre la validez y exigibilidad de las obligaciones contraídas. Es indispensable señalar las normas constitucionales, legales y reglamentarias pertinentes.

4.- Especificar el contrato prometido de manera que sólo falten para ser perfecto la tradición de la cosa o las solemnidades prescritas por la ley.

Especificar es explicar, declarar con individualidad una cosa. Con este requisito el Legislador ha querido que el contrato prometido esté determinado o explicado en forma clara y completa a fin de que no haya dudas al otorgarlo¹²⁴.

En el contrato de préstamo externo, el contrato prometido es un contrato real: el mutuo, el cual se perfecciona al momento de efectuarse los desembolsos, conforme a las cláusulas contractuales. Los desembolsos representan la tradición, por la cual se perfecciona el mutuo.

En las promesas de contratos reales, además de especificar claramente la persona de los contratantes, "deberá determinarse en igual forma la cosa sobre la que va a recaer el contrato prometido, es decir, la cantidad de cosas fungibles que van a prestarse en mutuo, el bien que va a darse en comodato, recibirse en depósito o entregarse en prenda o anticresis. Si la determinación no se hace en forma precisa, si hay vaguedad acerca de la cosa que debe entregarse, no habría contrato de promesa por no llenarse el cuarto requisito del Art. 1.554 del CC"¹²⁵.

El contrato de préstamo externo se encarga de especificar las condiciones del mutuo, en cuanto a procedimiento (por ejemplo, girar a favor del prestatario la suma a que éste tenga derecho conforme al contrato o el Banco puede hacer pagos a otros bancos por cuenta del prestatario) y monto de desembolsos, amortización, pago de intereses y comisiones.

Conforme a su objeto, el contrato de mutuo prometido constituye una operación de crédito de dinero de aquellas definidas en la Ley 18.010, en su Art. 1º como "...aquellas por la cual una de las partes entrega o se obliga a entregar una cantidad de dinero y la otra a pagarla en un momento distinto de aquel en el que se celebra la convención".

La Ley 18.010 establece un régimen que va mas allá del mutuo de dinero definido por el CC (Art. 2.196). Por un lado, objeto del mutuo puede ser una especie de cualquier cosa fungible y una especie de ellas la constituye el dinero. En cambio, en las operaciones de crédito de dinero

¹²⁴ Osuna Gómez, José. Op. cit. p. 203.

¹²⁵ Osuna Gómez, José. Op. cit. p. 204.

establecidas en esta Ley, el objeto de la prestación sólo puede ser dinero, asimilándose al mismo los "documentos representativos de obligaciones de dinero pagaderas a la vista, a un plazo contado desde la vista o a un plazo determinado" (Art. 1, inc. 3º).

Y por el otro, y a nuestro juicio el aspecto más importante, se aparta del mutuo ya que a diferencia de éste no se trata siempre de un contrato real, es decir, en las operaciones de crédito de dinero no se perfecciona el consentimiento sólo con la entrega (tradición) del dinero, sino que también con el mero consentimiento de las partes, tal como se desprende de la norma ya citada al decir "...o se obliga a entregar...".

2.2.- Contratos de adhesión

"El contrato de adhesión o por adhesión, es aquel cuyas cláusulas son dictadas o redactadas por una sola de las partes. La otra se limita a aceptarlas en bloque, adhiriendo a ellas"¹²⁶.

En doctrina, las características que permiten reconocer la existencia de un contrato de adhesión dependen de los signos que presenta la oferta o policitud:

- 1.- Generalidad: la oferta tiene como destinataria a toda la comunidad, a toda una colectividad de contratantes eventuales.
- 2.- Permanencia: es decir, la oferta continúa en vigencia mientras su autor no la modifique.
- 3.- Minuciosidad: esto es, que la oferta sea detallada; todos los aspectos de la convención, aún los más hipotéticos son reglamentados en ella.

Los signos anteriores se manifiestan en varios contratos de adhesión, como el de transporte (especialmente aéreo y marítimo) y el seguro o en otros como "las operaciones bancarias", y en las de abastecimiento de agua, electricidad o gas.

Sin embargo, para el tratadista chileno López Santa María, "el rasgo decisivo de la adhesión se encuentra en otro factor: en el desequilibrio del poder negociador de los contratantes. El autor de la policitud, por su superioridad (normalmente económica) respecto del destinatario, está en situación de imponer sus condiciones contractuales. De modo que el contrato por adhesión es obra exclusiva del oferente, quien "dicta" el texto de la convención. El destinatario, siendo el más débil, no puede discutir la oferta y debe circunscribirse a aceptarla"¹²⁷.

Es por lo anterior que muchos autores pretenden ver en los contratos de préstamo externo una especie de contrato de adhesión, ya que una de las partes (el prestamista) impone a la otra (prestataria) las condiciones del mismo, condiciones que generalmente se encuentran contenidas en documentos tipos o estandarizados que el Banco ha elaborado previamente. Existiría un modelo o tipo de contrato de préstamo.

En cuanto al desequilibrio del poder negociador de los contratantes, ven una superioridad económica evidente del Banco. A este respecto cabe recordar que el organismo financiero institucional internacional, es un sujeto de derecho público internacional, al igual que el Estado, encontrándose por ende en un plano de igualdad, al menos en el ámbito jurídico. Dicha igualdad se vería rota por la preponderancia económica del prestamista, que posee los recursos

¹²⁶ López Santa María, Jorge. Op. cit. nota 111. p. 107.

¹²⁷ López Santa María, Jorge. Op. cit. nota 111. p. 108.

financieros que el Estado necesita. Es esta posición económica o financiera la que le permitiría dirigir el contrato.

Efectivamente, si un Estado cualquiera solicita recursos a un banco internacional, lógicamente lo hace porque no cuenta con ellos y no puede o no quiere solicitarlos a la Banca Privada. No puede, porque no estaría en condiciones de afrontar los compromisos propios del financiamiento (intereses, plazos y comisiones), o éste le está negado; no quiere, cuando pudiendo recurrir a la Banca Privada, le resulta más ventajoso solicitarlos a la Banca Pública Internacional.

Para otros autores, no se trata de un contrato de adhesión, porque el solo hecho de involucrar al Estado elimina cualquier posible desequilibrio. Recuerdan, además que cuando el Estado de Chile o alguno de sus organismos, contrata con un Banco o Institución Financiera Internacional Pública, lo está haciendo con un sujeto de derecho que él mismo ha creado o contribuido a crear, a través de una convención internacional (tratado), convención que le confiere a dicha institución las atribuciones para realizar actos jurídicos. De tal manera que, si el Banco exige o impone condiciones que pudiéramos calificar de gravosas o injustas, es porque sus propios creadores, entre los cuales se cuenta el Estado prestatario, estimaron conveniente a los propósitos tenidos en vista al crearlo. Oponerse a las condiciones de adhesión podría equivaler a cuestionar al órgano financiero mismo, pudiendo llegarse al extremo de desconocer la vigencia del convenio constitutivo.

Se podría pensar que el problema de la adhesión en los contratos de préstamo con organismos financieros internacionales constituye una cuestión de hecho, que dependería en última instancia del momento económico que esté atravesando el Estado, de la mayor o menor facilidad para obtener recursos en el sector financiero privado y en general, de la coyuntura económica internacional (tasas de interés, crecimiento en los países desarrollados, incremento del comercio mundial, etc.); acontecería entonces que mientras más difícil le sea al Estado conseguir recursos de la Banca Privada, más poder de negociación perderá frente a los bancos públicos, de suerte que estos últimos puedan imponer unilateralmente la mayoría de las cláusulas del contrato.

Sin embargo, este razonamiento no es del todo acertado, puesto que estos organismos financieros prácticamente no modifican las condiciones de los contratos, especialmente en lo atinente a las cláusulas financieras (como intereses, plazos de amortización, comisiones, etc.), manteniéndolas siempre por debajo de las exigidas por la Banca Privada, a menos que considere que el Estado solicitante de los créditos ha superado con éxito la situación crítica para la obtención de recursos, estimando que puede conseguirlos de la Banca Privada, en tal caso procede a prestar, pero en condiciones similares a las que lo haría la Banca Privada.

Las cláusulas referidas a la supervisión de obras y al uso de los recursos estarán siempre presentes, independientemente de la situación económica que enfrente el Estado, puesto que ellas son el mecanismo que le permite al Banco cumplir con sus objetivos, v. gr. en el caso del BID "contribuir a acelerar el proceso de desarrollo económico, industrial y colectivo de los países miembros de la Organización de Estados Americanos, que aceptan participar en el Banco"¹²⁸.

En la práctica, según nos hemos enterado, cada contrato de préstamo es fruto de arduas negociaciones y en muchas oportunidades se han convenido modificaciones de algunas cláusulas contempladas en los formularios de préstamo.

Sea cual sea la posición que adoptemos al respecto, lo importante no radica tanto en la

¹²⁸ Castillo, Luciano. Op. cit. p. 197.

naturaleza de adhesión o de libre discusión de los contratos de préstamo externo, sino que más bien lo verdaderamente trascendental radica en las consecuencias jurídicas que emanarían de considerar el contrato en uno u otro sentido.

La cuestión de las consecuencias se reduce a la posibilidad de cuestionar la validez de las cláusulas impuestas por la contraparte. Si se admitiera esta prerrogativa, que teóricamente tiende a devolver el justo equilibrio o conmutatividad a dichos contratos, implicaría desconocer la fuerza vinculante de los mismos.

En el derecho nacional, la jurisprudencia mayoritariamente se ha pronunciado en contra de la modificación del contrato. No ocurre lo mismo en otras legislaciones (Perú, España, etc.).

En el plano del Derecho Internacional, la cuestión es diferente, ya que para determinar si se admite o no la posibilidad de impugnar la validez de las cláusulas impuestas por una de las partes, es menester, en primer lugar, determinar cuál es la legislación de fondo aplicable al contrato de préstamo, cuestión que ya hemos abordado.

2.3.- Contratos sujetos a modalidad

Con anterioridad habíamos adelantado que el contrato de préstamo externo es un contrato de promesa de mutuo. Este mutuo presenta la particularidad de estar sujeto a una modalidad¹²⁹, la que pensamos se debe calificar de modo.

Es precisamente el modo el que justifica y explica muchas de las prerrogativas o derechos especiales del prestamista, que se establecen en las cláusulas contractuales.

2.3.1.- El contrato de préstamo externo como contrato modal

El modo "es una carga impuesta al adquirente de un derecho y cuyo fin es limitar éste. La carga se traduce en una prestación que debe realizar el adquirente del derecho"¹³⁰⁻¹³¹.

El modo como institución jurídica está tratada por el legislador a propósito de la sucesión por causa de muerte, sin embargo el Art. 1.493 del CC hace aplicable a las convenciones lo dispuesto en el Título IV del Libro III, sobre asignaciones testamentarias modales.

El Art. 1.089 del CC dice: "si se asigna algo a una persona para que lo tenga por suyo con la obligación de aplicarlo a un fin especial como el de hacer ciertas obras o sujetarse a ciertas cargas, esta obligación es un modo y no una condición suspensiva."

¹²⁹ Se entiende por modalidad del acto jurídico, "el elemento que la ley o la voluntad de las partes introducen en el acto jurídico para subordinar a ellos o alterar con ellos los efectos normales del acto". (Ducci Claro, Carlos. Op. cit. p. 342).

Existen muchas modalidades, tantas como las partes o la ley pueda crear, sin embargo ellas pueden reducirse fundamentalmente a tres:

a) La condición: Es el hecho futuro e incierto del cual depende el nacimiento o extinción de un derecho;
b) El plazo: "Es el hecho futuro y cierto del cual depende el ejercicio o la extinción de un derecho". (Alessandri Rodríguez, Arturo y Somarriva Undurraga, Manuel. "Curso de Derecho Civil. Parte General y los Sujetos de Derecho". Primera Parte. Redactada, ampliada y puesta al día por Antonio Vodanovic H. Cuarta edición, Editorial Nascimento. 1971. p. 522); y,
c) El modo.

¹³⁰ Alessandri Rodríguez, Arturo y Somarriva Undurraga, Manuel. Op. cit. p. 526.

¹³¹ Para el profesor Carlos Ducci el modo puede definirse "como la obligación accesoria de realizar una prestación impuesta al adquirente de algo". (Op. cit. p. 359).

En tanto que Manuel Somarriva lo define como "la carga que se impone a quien se otorga una liberalidad. Por ejemplo, dice el testador instituyo heredero universal a Pedro, y le impongo la obligación de fundar un hospital". ("Derecho Sucesorio". Cuarta edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile, 1988. Versión de René Abeliuk M. p. 235).

La prestación que debe cumplir el adquirente del derecho no es una contrapartida del derecho recibido, sino una restricción de los efectos de éste para satisfacer los motivos o fines del instituyente.

El modo no afecta la existencia del derecho, éste existe desde el comienzo: sólo afecta a la manera de ejercerlo. De ahí que la ley diga que el modo no suspende la adquisición de la cosa asignada.

Precedentemente nos hemos extendido en el comentario sobre el modo, ya que consideramos que dicha figura nos permite explicar los contratos de préstamo externo, especialmente en lo que atañe a las cláusulas o prerrogativas especiales de supervisión del contrato por el prestamista. A continuación analizaremos el contrato de préstamo externo considerándolo como contrato modal.

a) Los sujetos. En la cláusula contractual modal¹³² tienen interés varios sujetos:

- 1.- El acreedor, que introduce la modalidad. En este caso el Banco.
- 2.- El deudor, que acepta la cláusula. En este caso el Estado de Chile.
- 3.- El beneficiario del modo, que a pesar de no haber intervenido en la celebración del contrato, recibe un beneficio de él. Respecto de este punto pensamos que será la carga impuesta al prestatario la que va a determinar quien será el beneficiario, así por ejemplo, en el Contrato de Préstamo Externo N° 613/OC-CH, se establece como objetivo del programa de obras, el fortalecimiento administrativo del órgano ejecutor, por tanto, en este caso, el beneficiario sería el MOP, a través de la Dirección de Vialidad; y también el programa tiene por objetivo el mejoramiento de los caminos, en este caso entonces, el beneficiario sería la comunidad en su conjunto.

b) El objeto. En un mutuo puro y simple se entregaría la cantidad de dinero, el mutuario adquiriría el dominio de los recursos monetarios y podría como dueño darles el uso que estimara conveniente. Pero en el caso del préstamo externo, sabemos que el dinero no es entregado inmediatamente por lo que el derecho del prestatario consiste en que el prestamista cumpla con el contrato prometido, es decir, que el Banco le entregue la cantidad de dinero.

Las cláusulas del contrato de préstamo externo que determinan el uso que el prestatario debe darle a los recursos constituyen un modo.

Estas ideas las explicaremos tomando como modelo el Contrato de Préstamo Externo N° 613/OC-CH, ya citado.

El objetivo de este contrato es, según la cláusula 1.02 de las Normas Especiales, "cooperar en la ejecución de un programa, que incluye inversiones, mejoras y mantenimiento de la red vial de Chile durante el período 1990-1993, y un componente para fortalecer administrativamente al Organismo Ejecutor."

La carga para la prestataria consiste entonces, en una limitación al uso que podría hacer de los recursos.

El programa que se financia se encuentra expuesto en un anexo del contrato, denominado Anexo A, que forma parte de dicho contrato y en donde se señala como su objetivo

¹³² Hemos modificado la expresión "asignación modal", sustituyéndola por "cláusula modal", ya que la primera se refiere a la sucesión y la segunda es más conveniente tratándose de relaciones contractuales.

"apoyar al Prestatario en su esfuerzo para consolidar la estructura administrativa y operativa del subsector vial, con el fin de asegurar la adecuada construcción, rehabilitación y conservación de las carreteras del país." Específicamente comprende:

- 1.- Inversiones en: i) ampliación de la capacidad vial de la carretera longitudinal como de las carreteras transversales (156 Kms. aproximadamente); ii) construcción, rehabilitación o mejoramiento de las carreteras y caminos incluidos en la red básica y en la red comunal; iii) construcción, reconstrucción o reemplazo de puentes, circunvalares y pasos a desnivel.
- 2.- Capacitación de personal a través de programas, seminarios y estudios para mejorar la capacidad de mantenimiento de la red vial.
- 3.- Mantenimiento: i) periódico, incluye el sellado y recapado de calzadas, ripiaduras, reparaciones de obras de drenaje, etc.; ii) rutinario de la red vial básica, comunal primaria y secundaria, la rehabilitación de emergencia en caminos y estructura vial para casos de desastres imprevistos.
- 4.- Adquisición y utilización de equipos de mantenimiento vial.
- 5.- Servicios de consultorías, los que pueden ser contratados para: i) estudiar el fortalecimiento del organismo ejecutor en aspectos relacionados con el medio ambiente; ii) realizar estudios técnicos económicos para la coordinación y supervisión de las obras civiles del programa.

El programa completo tiene un costo de US\$ 785.800.000,00, financiado de la siguiente manera: el BID aporta US\$ 246.000.000,00 (31,3%); el BIRF aporta US\$ 224.000.000,00 (28,5%); el JEXIMBANK aporta US\$ 150.000.000,00 (19,1%); y, el Estado de Chile aporta US\$ 165.800.000,00 (21,1%).

El mismo proyecto o programa se especifica en los contratos de préstamo suscritos con el *JEXIMBANK* y con el *BIRF*, con algunas pequeñas variaciones¹³³.

Volviendo al concepto que da el Art. 1.089 del CC, podemos decir que lo asignado (entiéndase convenido) a la prestataria, para que lo tenga por suyo, es el financiamiento, es decir, los recursos monetarios para subvenir los costos del proyecto; la obligación que pesa sobre ella es aplicarlo a un fin especial constituido por el proyecto y concretamente realizar ciertas obras (enumeradas en el proyecto), y sujetándose a ciertas cargas constituidas por los derechos de supervisión de obras, uso de los recursos, inspecciones, etc. de que goza el Banco.

c) Cumplimiento del modo. Si el obligado con la cláusula modal no cumple con ella, para el beneficiario surgen dos derechos:

- 1.- El de todo acreedor para solicitar la ejecución forzosa de la obligación, siempre que concurren los requisitos legales; y,
- 2.- El derecho de pedir la resolución de la cláusula modal. Éste se ejerce en virtud de la cláusula resolutoria que el Art. 1.090 del CC define en los siguientes términos: "se llama cláusula resolutoria la que impone la obligación de restituir las cosas y los frutos, si no se cumple el modo." La cláusula resolutoria no se presume, debe ser expresada en el contrato.

El titular de la acción para exigir el cumplimiento o la resolución es el beneficiario del modo y cuando se trata de la comunidad toda, pensamos que cualquier individuo podría impetrar los recursos correspondientes ante los Tribunales de Justicia.

¹³³ En el caso del préstamo con el *JEXIMBANK* el proyecto está incluido en el Art. II, N° 2, letra a) y en el Anexo A, denominado "Descripción de Proyecto", respecto del préstamo con el *BIRF* el proyecto está incluido en el Anexo 2.

Respecto de la resolución de la asignación, la que en el contrato de préstamo equivale al financiamiento, para que ella proceda es necesario que exista la cláusula resolutoria en el contrato. Así, en el Contrato de Préstamo 613/OC-CH, esta cláusula se desprende del Art. 5.01 de la Parte Segunda sobre "Normas Generales", letra b), el cual señala que procede la suspensión de los desembolsos por "El incumplimiento por parte del Prestatario de cualquier otra obligación estipulada en el o los contratos suscritos con el Banco para financiar el proyecto". Ya que la letra a) de la misma cláusula se refiere al retardo en el pago de las sumas por conceptos de capital, comisiones e intereses, por tanto, la letra b) se refiere al incumplimiento del resto de las obligaciones, entre ellas no cumplir con el programa.

La sanción que establece este contrato es la suspensión de los desembolsos y si la situación de incumplimiento se prolonga por más de 60 días, el Banco podrá poner término al contrato en la parte del financiamiento que hasta esa fecha no haya sido desembolsada y/o declarar vencido y pagadero de inmediato la totalidad del Préstamo o una parte de él, con los intereses y comisiones devengadas hasta la fecha del pago (Arts. 5.01 y 5.02).

Respecto del Convenio de Préstamo celebrado con el BIRF, que lleva el N° 3120-CH, rige una disposición muy parecida a la anterior, la que se encuentra contenida en el Art. VI, sección 6.02, letra c), relativa a la suspensión de los desembolsos, que expresa que esta sanción procede si "... el Prestatario o el Garante hubieren dejado de cumplir cualquier otra obligación estipulada en el Convenio de Préstamo o en el Convenio de Garantía, contenida en las 'Condiciones Generales aplicables a los Convenios de Préstamo y Garantía', de fecha 01 de Enero de 1985." Este último cuerpo normativo establece cuáles son las causas que ameritan suspender los desembolsos o declarar vencido el Convenio.

Por último, el Convenio de Préstamo de fecha 5 de Marzo de 1990, entre la República de Chile y el *JEXIMBANK*, en el Art. I, sobre "Condiciones Generales", hace aplicable a dicho contrato las normas sobre "Condiciones Generales aplicables a los Convenios de Préstamo y Garantía", del 01 de Enero de 1985, redactadas por el Banco Mundial (BIRF).

2.4.- Contratos preparatorios y definitivos

El contrato preparatorio o preliminar o pactum de contrahendo es aquel mediante el cual las partes estipulan que en futuro celebraran otro contrato, que por ahora ellos no pueden concluir o que está sujeto a incertidumbre, siendo dudosa su factibilidad.

El contrato definitivo, en cambio, es aquel que se celebra cumpliendo con la obligación generada por el contrato preparatorio. Esta obligación de hacer, precisamente consiste en extender o suscribir, dentro de un plazo y/o si se cumple una condición, el contrato futuro.

Según López Santa María, es "el carácter futuro del contrato definitivo lo que explica o confiere sentido al contrato preparatorio. Como el 'resultado económico' que las partes aspiran a lograr, no es susceptible de alcanzarse de inmediato, sea por obstáculos legales, financieros o de otra naturaleza, ellas se vinculan jurídicamente desde ya, a través de un contrato preparatorio, obligándose a celebrar después el contrato definitivo que satisfará sus aspiraciones, una vez subsanado el o los obstáculos actuales"¹³⁴.

¹³⁴ López Santa María, Jorge. Op. cit. nota 111. p. 120.

Entre los contratos característicos como preparatorios, el más importante es el de promesa, ya sea de compraventa, transacción, mutuo, etc.

Como en un número anterior nos hemos referido al contrato de promesa de mutuo, nos remitimos a esas explicaciones.

2.5.- Contrato tipo y condiciones generales de la contratación

Este contrato es un acuerdo de voluntades en cuya virtud las partes predisponen las cláusulas de futuros contratos o condiciones generales de la contratación. Al celebrar el contrato tipo se adopta por los contratantes un formulario o modelo, por lo general impreso, destinado a ser reproducido sin alteraciones importantes o incluso tal cual, en múltiples casos posteriores, que equivaldrán, cada uno, a un contrato prerredactado.

Nace debido a la estandarización de las relaciones jurídicas propias del derecho actual y también, como paliativo a disposiciones legales inadecuadas o inadaptadas a las nuevas circunstancias de la práctica o demasiadas generales.

Su desventaja radica en el peligro que implica; así los contratos tipos unilaterales suelen ser los instrumentos que emplean las empresas para imponer cláusulas abusivas a los consumidores. En palabras del profesor López Santa María "en lugar de fijar un modelo equitativo de contrato futuro, el contrato tipo con frecuencia se celebra para beneficio exclusivo de quienes predisponen las condiciones de la contratación"¹³⁵.

Las características de estos contratos son su redacción previa y su generalidad¹³⁶.

Por su parte, las condiciones generales de la contratación son las cláusulas redactadas de antemano, de manera abstracta para ser empleadas después en una serie ilimitada de contratos concretos y no siempre tienen su fuente en un contrato tipo.

En el caso de los contratos de préstamo externo existe un contrato tipo, los Bancos elaboran verdaderos formularios estandarizados que contienen las cláusulas a convenir en los contratos que celebren, por ejemplo, las "Condiciones Generales aplicables a los Convenios de Préstamo y de Garantía", de fecha 01 de Enero de 1985, cuerpo normativo redactado por el BIRF; el "*Procurement of Works. Sample Bidding Documents*", elaborado por el BID y el BIRF.

No obstante, debemos advertir que las negociaciones contractuales de las cláusulas no están excluidas, así por ejemplo lo demuestra, respecto del Contrato de Préstamo N° 613/OC-CH, la "Ayuda Memoria de las Negociaciones de los Documentos Normativos", documento anexo al contrato y que contiene la explicación de las modificaciones a las cláusulas tipo del contrato.

¹³⁵ López Santa María, Jorge. Op. cit. nota 111. p. 138.

¹³⁶ Se distinguen dos clases de contratos tipo:

a) Unilaterales: Son aquellos en los cuales quienes concluyen el contrato tipo destinado a fijar las condiciones generales del tráfico comercial, son grupos económicos o empresas cuyos intereses son convergentes, a las que se les conoce como "cártel". No hay negociación entre los autores del contrato y los clientes futuros, los consumidores, quienes no participan en el acto jurídico destinado a fijar la fórmula tipo.

En estos casos existe una estrecha relación con los contratos de adhesión.

b) Bilaterales: Son aquellos en los que las partes que participan en la conclusión del contrato tipo tienen intereses divergentes, v. gr. los convenios colectivos del trabajo.

CAPÍTULO QUINTO ORGANISMOS FINANCIEROS PÚBLICOS INTERNACIONALES

1.- CONSIDERACIONES PREVIAS

En este capítulo nos referiremos sucintamente a los agentes financieros internacionales, a los cuales recurre el Estado, solicitando recursos monetarios, en especial trataremos de: el Banco de Exportación e Importación, la Agencia para el Desarrollo Internacional, el Fondo Monetario Internacional, el BIRF, la Asociación Internacional de Fomento, la Corporación Financiera Internacional y el BID.

Se trata, en términos generales, de bancos o agencias gubernamentales y de organismos financieros internacionales¹³⁷, tales como bancos, corporaciones y asociaciones de fomento, los que proporcionan créditos o garantizan operaciones crediticias.

Todos ellos reciben el nombre genérico de Agentes de Financiamiento Público, para poder diferenciarlos de la Banca Privada¹³⁸, la que también puede participar en las operaciones crediticias internacionales, pero a la que nosotros no haremos referencia.

Debemos dejar en claro que, tratándose de la Banca Pública, el objeto perseguido por las instituciones que la conforman, no está dado exclusivamente por la rentabilidad y el afán de lucro en la intermediación financiera que realizan, sino que por el cumplimiento de los objetivos o fines de la institución, los que se refieren, fundamentalmente, a la promoción del desarrollo económico y social de los países miembros de la misma. Esta característica es la que motiva las condiciones ventajosas para los deudores, en que son celebrados los contratos de crédito que otorgan estos agentes.

¹³⁷ Los Organismos Internacionales son entidades integradas por sujetos de Derecho Internacional, dotados de una estructura orgánica permanente, destinada a cumplir las funciones y objetivos que le señala su instrumento constitutivo. (Camhi, Paola y Echeverría, Viviana. "Organizaciones Internacionales: El Grupo del Banco Mundial". Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. 1992. Tomo I. pp. 47-48).

Las personas jurídicas que actúan dentro del Derecho Público Internacional adquieren su personalidad en virtud de los principios de ese mismo derecho. V. gr. los Estados extranjeros, el BIRF, el FMI. Como sujetos de derecho público requieren del reconocimiento de los demás sujetos y sólo lo es en la medida en que consigne dicho reconocimiento. (Goldschmidt, Werner. "Derecho Internacional Privado". Quinta edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1985. p. 252).

Estos organismos son creados por un tratado multilateral, a través del cual los Estados miembros, en ejercicio de su soberanía, le otorgan personalidad y capacidad jurídica internacional sin la cual no podría ejercer las funciones y derechos establecidos en el convenio constitutivo, ni gozar de los privilegios e inmunidades que en él se recogen.

Son elementos comunes a toda Organización Internacional:

- 1) Haberse establecido por intermedio de un acto jurídico bilateral o multilateral que señale sus objetivos, estructura, funcionamiento y competencia. Por ejemplo, en el caso del BIRF, el Convenio Constitutivo firmado y ratificado por nuestro país el 27 de Diciembre de 1947;
- 2) Estar compuesto por sujetos de Derecho Internacional en sentido amplio. Por ejemplo, tratándose del Banco Mundial, éste se encuentra integrado sólo por Estados, los cuales pertenecen al FMI;
- 3) La existencia de órganos permanentes, distintos e independientes de los miembros que lo componen. V. gr. en el BIRF la Junta de Gobernadores y el Directorio Ejecutivo;
- 4) Contar con una secretaría propia. Esta función recae en el Presidente del Banco, quien es elegido por los directores ejecutivos y tiene a su cargo la conducción de los negocios ordinarios bajo la supervisión del Directorio; y,
- 5) Contar con financiamiento propio, mediante contribuciones directas y obligatorias de sus miembros. Así por ejemplo, para ingresar al BIRF se deben suscribir una cantidad determinada de acciones. Los demás recursos del Banco se obtienen mediante la venta de bonos, comisiones o intereses. El contar con financiamiento propio es fundamental para asegurar la autonomía e independencia del organismo.

¹³⁸ Sobre créditos financiados por la Banca Privada, consultar memoria de Andrés Sanfuentes Astaburuaga. Op. cit.

Es importante hablar de los sujetos que proporcionan el crédito, puesto que al tener éstos fines diferentes y procedimientos distintos, obligan al Estado solicitante de los recursos, a seleccionar adecuadamente la fuente del financiamiento. Así, por ejemplo, algunas instituciones proporcionan créditos a los Estados, a sus divisiones políticas, a sus organismos públicos y a los particulares; en tanto que otras proporcionan recursos a uno o algunos de los sujetos mencionados.

En consecuencia, la exposición que haremos sobre las características de algunos de los organismos financieros internacionales se referirá exclusivamente a sus atribuciones, a la clase de préstamos que otorga y a los sujetos a los cuales prestan. En los casos en que sea posible haremos mención de los procedimientos para la obtención de los créditos.

2.- EL BANCO DE EXPORTACION E IMPORTACION (*EXIMBANK*)

El *EXIMBANK* fue creado por la "Ley de Recuperación Industrial de la Nación", en 1934. Dicha Ley tenía por objeto desarrollar e impulsar una expansión industrial en los Estados Unidos, luego de la grave crisis económica de 1931, la que debía materializarse en un aumento sustancial de las exportaciones¹³⁹.

Conforme a los lineamientos propuestos en la ley citada, y explicitados en los estatutos, el objeto y propósito del *EXIMBANK* consiste en ayudar al financiamiento y facilitar las exportaciones e importaciones y el intercambio de mercancías entre los Estados Unidos y otras naciones, o los organismos o súbditos de las mismas¹⁴⁰.

2.1.- Las operaciones del *EXIMBANK*

Las políticas del *EXIMBANK* sobre operaciones crediticias tienen por objeto, fundamentalmente, estimular la venta de las mercaderías estadounidenses.

Los préstamos para el desarrollo económico, se dedicaron a obras como caminos, riegos, dotación de agua potable, electrificación, producción de cemento y otras similares; en rigor se cuidó de no financiar operaciones para la formación de industrias en el exterior, que pudieran competir con los productos de exportación norteamericanos. A partir de 1953, la administración del Banco se orientó principalmente a operaciones de corto plazo para dar ayuda financiera a las operaciones comerciales estadounidenses, y respaldo a los exportadores cuando compiten con empresarios europeos.

El *EXIMBANK* examina minuciosamente las solicitudes de préstamo, financiando

¹³⁹ Santa María de la Vega, Raúl. "Manual de Derecho Económico". Ediciones Encina Ltda. 1972. Tomo II. p. 207.

¹⁴⁰ Históricamente, los propósitos inmediatos del *EXIMBANK* consistían en financiar un aumento del volumen del comercio con la Unión Soviética, que acabada de ser reconocida por los Estados Unidos. Los propósitos subyacentes, o a largo plazo, producto de la situación general, fueron determinados en gran parte por las necesidades derivadas de la depresión económica y la guerra. El Banco, como lo caracterizó uno de sus primeros presidentes, era un producto de la crisis y de la presión resultante para exportar excedentes agrícolas y para extender los mercados industriales. La segunda guerra mundial hizo de ese Banco una institución permanente e independiente. (Castillo, Luciano. Op. cit. p. 164).

aquellos proyectos que representan "un buen negocio"¹⁴¹.

Las demás operaciones del Banco las podemos clasificar dentro de dos grupos: préstamos en participación con capitales privados y financiamiento indirecto por títulos de deuda pública norteamericana.

a) Préstamos en participación con capitales privados. Gran parte de las operaciones del *EXIMBANK* se hacen en colaboración con los bancos comerciales.

Se dan cuatro clase de estas operaciones:

1.- Los créditos suplementarios. Este tipo de créditos se presenta cuando un prestatario ha hecho ya una operación con el *EXIMBANK*. El Banco limita su intervención a una parte del plan económico proyectado por el prestatario, y éste tiene que acudir para su financiamiento adicional a sus propios recursos o a un banco comercial cualquiera; y, el *EXIMBANK* no asume responsabilidad alguna en esa parte de la transacción.

2.- Las ventas en mercado abierto de la cartera corriente. Esta modalidad significa que el *EXIMBANK* pone los títulos de su cartera, que representan préstamos realizados, a disposición de inversionistas privados, que quieran sustituirse en las operaciones.

Este hecho, al concretarse las operaciones con los prestamistas privados, aumenta para el *EXIMBANK* la disponibilidad inmediata de capitales, que puede usarlos en nuevos préstamos.

3.- Los créditos en participación. En este tipo de operaciones el *EXIMBANK* no participa sino en un porcentaje del monto del préstamo y el resto se hace con la intervención de bancos comerciales.

La diferencia con el crédito suplementario se manifiesta en el hecho de que el *EXIMBANK* arregla el préstamo y luego lo ofrece a los bancos comerciales para que participen en él, sin asumir responsabilidad en los riesgos crediticios de los participantes.

4.- Los convenios de agencia. En este caso, se trata de la adquisición por el banco comercial de pagarés en serie del Prestatario, o de "certificados de participación", emitidos por el *EXIMBANK*, con el respaldo del pagaré del Prestatario.

El banco comercial que interviene tiene la garantía del reembolso por el *EXIMBANK* de los pagarés adquiridos, tan luego lo reclame; vale decir, que se compromete a comprarlos en el momento que el banco comercial lo solicite.

b) Financiamiento indirecto por títulos de deuda pública norteamericana.

Completa el cuadro de operaciones del *EXIMBANK*, un sistema dentro del cual el capitalista norteamericano coloca sus créditos sin riesgo alguno. El Banco compra las obligaciones de sus prestatarios (pagarés de empresas nacionales o extranjeras o de gobiernos extranjeros), luego vende sus propias obligaciones a la Tesorería del Estado Norteamericano, y éste a su vez, vende títulos al público estadounidense. De esta manera, el inversionista privado proporciona fondos, pero lo hace comprando títulos gubernamentales de los Estados Unidos, que lo ponen a cubierto de todo riesgo y le permite participar en las operaciones extranjeras.

¹⁴¹ "Por cierto, puede sostenerse, que los préstamos del *EXIMBANK*, a pesar de su proclamada independencia han estado siempre identificados con la política norteamericana. Los directivos del *EXIMBANK* han reconocido constantemente que nunca han hecho préstamos que la Secretaría de Estado considera 'indeseables' y que siempre han investigado si un préstamo es económicamente conveniente, aun cuando la Secretaría de Estado lo haya calificado de políticamente aceptable". (Castillo, Luciano. Op. cit. p. 166).

2.2.- Características de los préstamos otorgados por el EXIMBANK

Todo el mecanismo económico involucrado en las operaciones del Banco, lo convierte para todos los fines prácticos, sólo en un banco de exportación. Sus préstamos se usan directa o indirectamente para financiar la compra de mercadería norteamericana.

En particular, los llamados préstamos a mediano o largo plazo, hechos a los gobiernos extranjeros (los cuales constituyen el grueso de sus préstamos), son enormes créditos ligados con las exportaciones estadounidenses.

Aparte de la vinculación de los préstamos a la compra de mercancía norteamericana, se acostumbra establecer una cláusula que impone que éstas sean embarcadas en buques con banderas de los Estados Unidos¹⁺².

3.- LA AGENCIA PARA EL DESARROLLO INTERNACIONAL (AID)

El gobierno norteamericano tiene en esta institución uno de sus más importantes instrumentos de relaciones financieras con el exterior. El otro es el *EXIMBANK*.

Su nombre en inglés es *Agency For International Development* (AID).

La AID, en su función de protección del capital de inversión estadounidense, está autorizada para realizar operaciones de garantía a las inversiones en el exterior de las empresas norteamericanas.

El papel fundamental de esta institución consiste en actuar como fiador o garante de los inversionistas americanos, y no en participar en los negocios de inversión.

La AID ofrece tres clases de garantías sobre riesgos específicos:

1.- Garantía sobre convertibilidad. Mediante ella se proporciona al inversionista seguridad sobre la convertibilidad en dólares de la moneda del país en el cual haya realizado sus operaciones.

Los ingresos inconvertibles que cubre el seguro deben proceder parcial o totalmente de la inversión. De esta forma se asegura, también, la repatriación del capital invertido, aumentado con el volumen correspondiente de las utilidades.

Esta garantía no cubre la devolución por pérdida de valor de la moneda extranjera.

2.- Garantía sobre expropiación o confiscación. Cubre las pérdidas por expropiación o confiscación realizada por cualquier poder gubernamental foráneo, con capacidad para llevarlo a cabo.

Los ofrecimientos de compensación hechos por el país que expropia y que técnicamente se clasifiquen de inadecuados, no imposibilitan al asegurado para recibir la compensación íntegra, negociada bajo esta garantía.

3.- Garantía sobre riesgos de guerra, revolución o insurrección. Asegura al inversionista del peligro o pérdida que pudiera sufrir, como consecuencia de los actos de destrucción que pudiera ocasionarle el acaecimiento de una guerra, insurrección o revolución, en que esté envuelto el país en el cual se concreten las operaciones de inversión.

¹⁴² "La inconsecuencia de vincular los préstamos a las exportaciones norteamericanas es demasiado evidente, en relación de la proclamada posición de la libertad económica y del comercio multilateral. Y sobre todo, esta modalidad del préstamo no permite al prestatario adquirir mercaderías en otro mercado que el del prestamista, aunque pudiera obtener mejor calidad de producto y mejores precios." (Castillo, Luciano. Op. cit. p. 167).

El inversionista interesado negociará el contrato de garantía con la División de Garantías de Inversión de la AID. Esta división cuando negocia los contratos cuida de satisfacer las disposiciones prescritas legalmente, que son los requisitos esenciales, según normas legales norteamericanas, para el uso de la garantía y de la ejecución del proyecto de inversión. Estas disposiciones exigen para la contratación de los seguros antes mencionados, los siguientes requisitos:

- 1.- Que se trate de proyectos de alta prioridad en la economía del país en que se opera.
- 2.- Que se utilicen sólo para inversiones en países subdesarrollados.
- 3.- Que se negocie un convenio con el país cuyo gobierno haya aceptado el programa de garantías, exigiéndosele, además, que acepte separadamente cada tipo de garantías, acordable con la AID.

4.- EL FONDO MONETARIO INTERNACIONAL (FMI)¹⁴³⁻¹⁴⁴

Según el Art. 1 de su Convenio Constitutivo, el FMI pretende alcanzar los siguientes propósitos:

- 1.- Fomentar la cooperación monetaria internacional, proporcionando un mecanismo de consulta y colaboración en materia de problemas monetarios internacionales;
- 2.- Facilitar el desarrollo equilibrado del comercio internacional, determinando altos niveles de ocupación y de renta real, así como el crecimiento de los recursos productivos de todos sus miembros;
- 3.- Promover la estabilidad cambiaria, procurar que los países mantengan regímenes cambiarios ordenados y evitar depreciaciones cambiarias competitivas;
- 4.- Contribuir al establecimiento de un sistema multilateral de pagos, eliminando prácticas discriminatorias y las restricciones cambiarias que dificultan la expansión del comercio mundial;
- 5.- Crear confianza en sus miembros, poniendo a su alcance los recursos disponibles del Fondo, bajo garantías adecuadas, de manera que sea posible la corrección de los desajustes en la balanza de pagos, sin recurrir a medidas perniciosas para la prosperidad nacional o internacional; y,
- 6.- Acortar la duración y aminorar el grado de desequilibrio de las balanzas de pagos de los países miembros.

La autoridad máxima del FMI es la Junta de Gobernadores. Sus integrantes (gobernadores) son nombrados uno por cada país miembro, que designa, a su vez, un sustituto o suplente.

Las funciones diarias del FMI se delegan a una Junta de Directores Ejecutivos

¹⁴³ El 1º de Julio de 1944, convocada por el Gobierno de los Estados Unidos, se reunió en Bretton Woods, la Conferencia Monetaria y Financiera de las Naciones Unidas, con el objeto de estudiar los problemas económicos del mundo. Era el año anterior al final de la Segunda Guerra Mundial, y preocupaba a economistas y estadistas las condiciones en que habría de desarrollarse la economía después de la guerra. Se consideraba que debería tenderse, principalmente, entre otros problemas básicos, al de una unidad monetaria internacional, a la liberación del comercio internacional (liberándolo de trabas y restricciones), a la estabilidad de la balanza de pagos y al financiamiento de la reconstrucción y fomento económico, a escala mundial. Por eso, en esa oportunidad tan solo estuvieron presentes en la Conferencia los representantes de los países que habían hecho la guerra contra el nazifascismo. Los planes de Lord Keynes y Harry White, publicados en abril de 1943, establecieron las bases de los acuerdos de Bretton Woods, de los que nacieron el FMI y el BIRF. (Castillo, Luciano. Op. cit. p. 171).

Mayores antecedentes sobre el origen histórico del Fondo Monetario aparecen en el libro del profesor Moisés Poblete Troncoso, "La Comunidad Internacional Contemporánea". Editorial Jurídica de Chile. 1958. p. 354 y sgtes.

¹⁴⁴ Este punto ha sido tomado, principalmente, de Alberto Rioseco V. "Derecho Internacional Monetario. (Apuntes de clase)". Separata. Facultad de Derecho e Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile. 1993.

presididos por el Gerente¹⁴⁵.

4.1.- Los Convenios Stand By

Los convenios Stand By se refieren al uso de los tramos 3, 4 y 5 (llamados "tramos altos de crédito") del crédito total que puede recibir un país miembro, el cual equivale al 125% de su cuota. La aprobación de estos créditos está sujeta a un alto grado de condicionabilidad. El país que solicita un crédito en estos tramos debe suscribir un acuerdo con el FMI, al que se denomina acuerdo *Stand By*¹⁴⁶.

Es una operación de crédito contingente sobre el cual puede girar el país prestatario, para cubrir los saldos temporales adversos que puedan presentarse en su balanza de pagos.

La negociación de estos convenios constituye todo un proceso especial, que consiste generalmente en poner en práctica un programa de política económica dirigido a conseguir una posición viable de balanza de pagos, en un período de tiempo adecuado. A este requisito se le conoce como "condicionalidad" y entraña que el financiamiento y el ajuste de la balanza de pagos deben ser procesos paralelos. Previamente una comisión de técnicos representantes del FMI hace un estudio de la situación económica del país solicitante. Si el país se considera solvente para ajustar el crédito, la comisión formula determinadas recomendaciones a las que debe ajustarse la política económica del país prestatario y éste, además, debe formular lo que se llama una Declaración de Intenciones, suscrita por el Ministro de Hacienda y el Banco Central del respectivo país, coincidentes con las recomendaciones de la comisión técnica.

5.- EL BANCO INTERNACIONAL DE RECONSTRUCCIÓN Y FOMENTO (BIRF)

De los debates de Bretton Woods, en julio de 1944, surgieron dos instituciones gemelas, que se compensan en su función crediticia: el FMI y el BIRF. La primera se sitúa en el área de los créditos a corto plazo, para regular la balanza de pagos y la segunda, en los créditos para el desarrollo económico, con más elasticidad en los plazos.

Contemporáneamente al BIRF se le llama Banco Mundial¹⁴⁷.

De esta corporación internacional Chile forma parte de acuerdo con la Ley 8.403.

¹⁴⁵ Rioseco V., Alberto. Op. cit. p. 21.

¹⁴⁶ Ossa Scaglia, Fernando. "Economía Monetaria Internacional". Ediciones Universidad Católica de Chile. 1989. pp. 195-196.

¹⁴⁷ Sobre el Banco Mundial y sus organismos dependientes recomendamos consultar la memoria de prueba de Paola Camhi y Viviana Echeverría, ya citada. En ella el lector encontrará información detallada sobre la capacidad jurídica del Banco, las inmunidades del mismo, los procedimientos para la obtención de fondos, los mecanismos usados por el Banco para la solución de conflictos ocasionados en relación al cumplimiento de los contratos de préstamo, con especial referencia al arbitraje. También resultan de gran utilidad práctica las explicaciones vertidas sobre los requisitos de los créditos, fundamentalmente en lo que concierne a la exigencia de financiar proyectos específicos (el trabajo define y explica lo que el Banco entiende por tales). Además contiene explicaciones sobre el procedimiento a seguir en caso de financiamiento conjunto de un proyecto.

publicada en el Diario Oficial de fecha 29 de diciembre de 1945¹⁴⁸.

El BIRF se fundó con los siguientes objetivos o propósitos:

- 1.- Ayudar al desarrollo de los medios productivos y de los recursos de los países menos desarrollados;
- 2.- Promover la inversión privada extranjera, por medio de garantías o participación en préstamos, y otras inversiones hechas por inversionistas privados;
- 3.- Complementar la inversión, proporcionando el financiamiento con fines productivos, por medio de su propio capital, de fondos reunidos por él, y de otros recursos;
- 4.- Promover el crecimiento equilibrado y de largo alcance del comercio internacional, así como el mantenimiento del equilibrio en la balanza de pagos, por medio del efecto de los préstamos de desarrollo, para alcanzar la elevación de la productividad, el nivel de vida y de las condiciones de trabajo en los países de los estados miembros; y,
- 5.- Asegurar que la selección económica (que da prioridad automática a las necesidades más urgentes), sea estimulada por la distribución de los préstamos hechos o garantizados por el Banco; de manera que los proyectos más útiles y urgentes, grandes y pequeños por igual, sean tratados en primer lugar.

Los organismos responsables de la dirección del BIRF son: la Junta de Gobernadores¹⁴⁹, los Directores Ejecutivos, el Presidente¹⁵⁰ y los Comités de Préstamos.

En la estructura del BIRF está establecido que cualquier préstamo o garantía que otorgue, tendrá como condición indispensable una recomendación favorable, con informe escrito de un comité competente. El propio pacto de fundación determina el mecanismo de constitución de estos comités competentes. Sus miembros son designados por el BIRF, teniendo derecho el gobernador que representa al país prestatario a incluir un experto de su elección.

5.1.- Operaciones del BIRF

"El Banco podrá garantizar, conceder o participar en préstamos de cualquier miembro, subdivisión política del mismo, o cualquier empresa comercial, industrial o agrícola en el territorio de un miembro"¹⁵¹.

El BIRF está autorizado para garantizar préstamos, participar en ellos o hacerlos a cualquier miembro o a cualquier empresa comercial, industrial o agrícola en los territorios de un miembro.

En cuanto a las garantías que se exigen al prestatario, debemos señalar las siguientes:

¹⁴⁸ En esta ley se aprueban los Convenios de la Conferencia Monetaria y Financiera de las Naciones Unidas, celebrados en Bretton Woods, en New Hampshire, Estados Unidos, en Julio de 1944, que crean el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento y el Fondo Monetario Internacional.

¹⁴⁹ En la Junta de Gobernadores residen todos los poderes del Banco. Está compuesta por un Gobernador y un suplente designados por cada país miembro. Los Gobernadores son designados por cinco años y pueden ser reelegidos. Puede transferir la mayoría de sus poderes a los Directores Ejecutivos, salvo las facultades siguientes: 1) Admisión de nuevos miembros; 2) Aumento y disminución de capital; 3) Suspensión de un miembro; 4) Decisión sobre interpretaciones del Pacto; 5) Efectuar arreglos para cooperar con otras organizaciones; y, 6) Determinar la distribución del ingreso dentro del Banco.

¹⁵⁰ El Presidente del BIRF debe ser elegido por los Directores Ejecutivos. Conduce los negocios ordinarios del Banco, sujeto al control de los Directores Ejecutivos y es el responsable general de la organización, el nombramiento y el cese de los funcionarios y empleados. En realidad, el Presidente del BIRF es un funcionario de alto poder, aunque en las sesiones en que interviene, no tiene voto, sino en caso de empate.

¹⁵¹ Cruz Ortíz, Nefatalí. "Prontuario Jurídico Bancario" Cuarta edición. Editorial Jurídica de Chile. 1985. p. 331.

- 1.- Garantía de uso de los recursos. Mediante ella el Banco exige de la prestataria que se le de seguridad de que el producto de cualquier préstamo se ha de usar únicamente para los fines para los cuales fue concedido;
- 2.- Garantía contable. El prestatario debe dar testimonio satisfactorio de los gastos que se efectúen en la compra de bienes y servicios; y,
- 3.- Garantía documentaria de los gastos. El prestatario debe proporcionar todas las pruebas documentales que la Banca Comercial exige para convencerse de la operación económica a financiar.

Aparte de estos requisitos hay dos condiciones fundamentales más, que se exigen por el BIRF para efectuar la operación crediticia. Todos los préstamos y garantías deben tener como deudor final al gobierno del país en que se gastan los fondos; ya sea que se proporcione directamente el crédito al gobierno, o que éste intervenga como avalista.

5.2.- Los préstamos del BIRF

El BIRF financia proyectos específicos, seleccionados, preparados con el mayor cuidado, minuciosamente evaluados y sujetos a una constante supervisión. Los responsables del BIRF justifican que los préstamos se destinen a proyectos específicos, ya que ello garantiza que los fondos se inviertan en proyectos útiles y productivos, que contribuyan al desarrollo de la economía del país que recibe el préstamo y aumente su capacidad de reembolso.

La operación de préstamo, desde la solicitud inicial hasta su aceptación por el BIRF constituye un dilatado proceso, cuyo conocimiento reclama un estudio especial, que exponemos a continuación en sus lineamientos generales.

La técnica y los procedimientos para la concesión de préstamos por el BIRF, comprende cuatro etapas principales: concreción, preparación, evaluación y supervisión de la ejecución del proyecto.

1º) Período de concreción del Proyecto.

El ciclo crediticio comienza con la determinación del proyecto que se va a financiar. Se realiza un estudio preliminar de los proyectos prioritarios, que pudieran ser aptos para que el BIRF los financie y en los que se acredite el interés del prestatario, del Gobierno del país en que opera el prestatario y del propio Banco.

Una primera comprobación dentro del estudio preliminar, apunta a establecer si el sector correspondiente de la economía y el proyecto en sí tienen prioridad en los planes gubernamentales. Una segunda, tiene por finalidad asegurar la factibilidad del proyecto, o sea, si el mismo podría encontrar la solución técnica del problema a un costo que esté en relación con el beneficio que se espera alcanzar. Y una tercera, es para conocer si el Gobierno respalda financieramente el proyecto, inclusive en los préstamos a entidades privadas.

Por otra parte, el BIRF puede acordar el envío de una Comisión de sus expertos para que estudien en un país dado los sectores a los que no se ha otorgado aún financiamiento. Los especialistas harán un estudio preliminar, con el fin de averiguar si hay algún proyecto que merezca la pena su financiamiento. En otros casos, el BIRF mediante misiones de especialistas que envía a un país miembro, hace estudios integrales de su economía y establece un orden de prioridades en las tareas

del desarrollo, que podrían dar lugar al financiamiento.

2º) Período preparatorio del Proyecto.

Una vez determinado el proyecto, éste pasa a integrar la lista de proyectos de la cartera del BIRF, y se inicia su preparación, la que comprende la tramitación técnica sobre su factibilidad desde el punto de vista económico y financiero. En esta tarea, si se determina que han existido dificultades para concretar el proyecto, o sea, para su preparación satisfactoria, la etapa de preparación se podría prolongar por varios años, e incluso puede no llegar a concederse. Esta dilación se justifica, por el hecho de que se trata de inversiones de larga duración, que reclaman una organización idónea en su proyección.

La tarea de preparación de los proyectos corresponde al prestatario y no al BIRF. Ello para que el Banco, al momento de la evaluación del proyecto, pueda tener una posición objetiva. En la práctica, sin embargo, para que los proyectos estén bien preparados, el BIRF sugiere firmas de consultores especialistas, quienes preparan los proyectos.

Los estudios de factibilidad son financiados por el prestatario, con fondos propios o de un crédito.

3º) Período de evaluación del Proyecto. Si el resultado es positivo, se lleva a cabo la negociación y firma del compromiso.

En esta etapa se efectúa un examen completo y sistemático de todos los aspectos del proyecto. La evaluación se verifica en el terreno de la tarea proyectada, pues el BIRF no considera suficientes los estudios que pueda hacerse en su sede.

Si se concluye que no se ha preparado bien el proyecto, la misión nombrada preparará uno nuevo.

La evaluación abarca generalmente seis aspectos: i) técnico; ii) económico; iii) comercial; iv) financiero; v) administrativo; y, vi) organizativo. Desde luego, cada uno de estos aspectos merece el mayor interés para el BIRF, sin embargo, por la índole sumaria de esta exposición, nos referiremos solamente a los económicos, administrativo y financiero.

Aspecto económico de la evaluación. Este estudio persigue determinar si el proyecto se adecúa a las circunstancias que se dan en el país de la prestataria. Muchas veces se concluye que no está en condición de efectuar planes demasiados ambiciosos, por lo cual se descartan. En otros casos, por el contrario se sugiere ampliar el proyecto, como cuando se recomienda una expansión de los mercados para los productos a fin de obtener mejores rendimientos.

Es básico en la evaluación cerciorarse de que los sectores que reciben el financiamiento son prioritarios para el desarrollo del país. En seguida, se determina qué proyectos tienen la más alta prioridad, efectuando necesariamente el análisis de costos y beneficios.

Aspecto financiero de la Administración. Es práctica en el financiamiento que hace el Banco, el no conceder préstamos por la totalidad de los fondos que se necesitan para un proyecto. Frecuentemente, los préstamos que otorga no cubren sino un 10% como mínimo y un 80% como máximo. De esta forma se obliga al prestatario a financiar directamente, con sus propios recursos, una parte del proyecto. Sin embargo, en proyectos de envergadura, el Banco ha aceptado que el prestatario acuda por la diferencia a otras fuentes de financiamiento.

Al BIRF le interesa que se le asegure la satisfacción de la deuda que contrae el

prestatario. De allí que se lleve a cabo un estudio detallado de la situación financiera del que recibe el préstamo. A este respecto, se manifiesta enfáticamente que el Banco puede sugerir ciertos ajustes estructurales, y que si por razones de política o de utilidad pública el prestatario se resiste a admitirlos, la política del BIRF sugiere declararlos condición sine que non de los préstamos, por razones de viabilidad financiera.

Aspecto administrativo de los proyectos. Este aspecto tiene en consideración la capacidad administrativa de los funcionarios de la entidad que recibiría el préstamo y, asimismo, la idoneidad del personal que trabaja en ella.

En este análisis se consideran dos casos susceptibles de presentarse; uno, cuando por razones políticas o de falta de racionalización del trabajo hay personal en exceso; y otro, cuando en el país no hay personas con alta capacidad administrativa y técnica y tiene que acudir a personal extranjero.

Por otra parte, el BIRF considera indispensable tener un conocimiento del proceso de selección del personal, para evaluarlo; y por eso incluye en sus contratos de préstamo, generalmente, una cláusula contractual mediante la cual la prestataria se obliga a consultar al Banco sobre las personas a las que se designa para los cargos de mayor responsabilidad administrativa.

Es en la etapa de negociaciones en la que el BIRF y el prestatario llegan a un acuerdo sobre las medidas que aconseja el informe de evaluación. Estos acuerdos se transforman en obligaciones jurídicas, que se estipulan en los documentos de la operación de préstamo. Previamente, la versión revisada del informe es conocida por los Directores Ejecutivos. Si aprueban la operación, se suscribe un contrato de préstamo.

4º) Período de supervisión.

En esta etapa se supervisa la ejecución de las obras contempladas en el Proyecto y funcionamiento del mismo, para asegurar que se logren los objetivos propuestos.

La etapa final del ciclo es la de la supervisión, durante el período de la construcción y ulterior funcionamiento.

La supervisión tiene por objeto asegurarse que el proyecto se cumpla conforme a su planificación, admitiéndose sólo aquellas modificaciones indispensables para lograr los objetivos propuestos.

6.- LA ASOCIACION INTERNACIONAL DE FOMENTO (AIF)

La AIF, creada en 1956, es una institución filial del BIRF, integrando con la Corporación Financiera Internacional, lo que se llama el Grupo del Banco Mundial.

El convenio constitutivo de esta asociación fue aprobado por Chile el 28 de Enero de 1960.

En lo referente a la selección de las inversiones y a la modalidad de los préstamos, según sus estatutos, la AIF tiene libertad para concretarlos. Sin embargo, la AIF sólo se interesa por los proyectos cuyo financiamiento no sea proporcionado por el capital privado, o no pueda llevarse a cabo mediante préstamos del BIRF.

Las condiciones de reembolso se establecen para cada préstamo en particular. Para

determinarlas se efectúa una evaluación de las posibilidades económicas de la prestataria, tomando además en cuenta la naturaleza de las necesidades de cada proyecto.

En realidad, la AIF opera con los países que son miembros de ella, bajo condiciones evidentemente más flexibles y menos onerosas que los otros organismos de crédito internacional, pudiendo ajustar sus operaciones hasta por 50 años, y con reembolsos que comienzan a partir de los 10 años.

La AIF, asimismo, está autorizada para decidir si es requisito indispensable del préstamo la garantía del gobierno del país con el cual realiza la operación.

7.- LA CORPORACION FINANCIERA INTERNACIONAL (CFI)

En julio de 1956 se estableció la CFI como filial del BIRF, anunciándose que se constituía "con el propósito de estimular el desarrollo de la empresa privada productiva, particularmente en las áreas subdesarrolladas del mundo".

La convención que creó este organismo fue aprobada por Chile el 7 de Marzo de 1957.

El principal propósito de la CFI es el fomento del desarrollo económico de sus miembros menos desarrollados, invirtiendo directamente en empresas privadas, en asociación con inversionistas privados.

Se considera, asimismo, esencia de la política del financiamiento que otorga la CFI, el no aceptar garantías gubernamentales, de ahí que no invierta en las empresas de propiedad de los Estados, ni aún en aquellas en las que éste sólo tenga participación en su administración.

La CFI no está autorizada para efectuar negocios por su propia cuenta y, en consecuencia, no puede invertir en acciones de una empresa, pero sí puede hacer inversiones en cualquier forma que considere apropiada a su papel de impulsor del desarrollo económico, como compra de valores, que le den derecho a participar en los beneficios de una empresa privada; valores que al ser vendidos pueden ser convertidos en acciones. Las inversiones se harán por la CFI sobre bases similares a las de toda inversión corriente de capital, pero necesariamente la administración y la operación efectiva de las empresas quedarán en manos de los propietarios.

La CFI debe "rotar su capital", vendiendo sus inversiones, tan pronto sean atractivas para los inversionistas privados.

Entre las limitaciones básicas a las cuales tiene que sujetarse la CFI al efectuar sus operaciones, se cuentan:

- 1.- No puede cubrir más de la mitad del costo total de la inversión de una empresa;
- 2.- No puede participar en financiamientos para los cuales se considere que se puede usar capital de otra fuente; y,
- 3.- A pesar de su vinculación con el BIRF, no pueden hacerse préstamos entre sí.

8.- EL BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID)

Al lado de los organismos de mayor incidencia financiera internacional, han surgido instituciones que operan en el plano regional. Así tenemos: el BID, creado en 1960, cuya finalidad es financiar los programas de desarrollo de los países de América Latina; el Plan Colombo, para el desarrollo cooperativo del Sur y Sudoeste del Asia, patrocinado por Gran Bretaña con la ayuda financiera de los Estados Unidos; y el Banco Europeo de Inversiones y el Fondo Europeo de Desarrollo, creado dentro del marco de la Comunidad Europea¹⁵².

El BID está integrado por los países de América Latina, incluyendo como socio mayor a los Estados Unidos. Esta estructura se modificó en 1974 al votarse la Declaración de Madrid, el 17 de Diciembre de ese año, que modificando el Convenio Constitutivo, acordó la incorporación como socios de países ajenos a la región americana: Alemania Federal, Australia, Bélgica, Dinamarca, Israel, Italia, Japón, Holanda, Portugal, Inglaterra, Suiza y Yugoslavia.

La incorporación de estos trece países extra-regionales significó para el BID una mayor disponibilidad de capitales y al mismo tiempo, para los nuevos socios, poder de decisión en el otorgamiento y selección de los préstamos.

Entre las autoridades del BID se cuentan la Asamblea de Gobernadores, el Directorio Ejecutivo y el Presidente y Vice-Presidente Ejecutivo.

1.- La Asamblea de Gobernadores.

Todas las facultades del BID residen en la Asamblea de Gobernadores, que se integra de la siguiente manera: cada país miembro nombra un Gobernador titular y un suplente, que servirán sus cargos por un período de 5 años. La Asamblea debe reunirse normalmente cada año; y su quórum se determina por la mayoría absoluta de los Gobernadores que representen por lo menos dos tercios de la totalidad de los votos de los países miembros.

2.- Director Ejecutivo.

El Director Ejecutivo es el responsable de la conducción de las operaciones del BID, con las facultades que le delegue la Asamblea de Gobernadores.

Hay siete Directores Ejecutivos que no son gobernadores, y de los cuales, uno será designado por el miembro que posea el mayor número de acciones del BID; y los otros seis, por los Gobernadores de los demás países miembros. Los Directores Ejecutivos son elegidos por un período de tres años, pudiendo ser reelegidos.

El quórum para las reuniones del Directorio es la mayoría absoluta de los Directores, que represente por lo menos dos tercios del total de los países miembros.

3.- Presidente y Vice-Presidente Ejecutivo.

La Asamblea, por mayoría absoluta del total de Gobernadores, que represente más de la mitad de la totalidad de los votos de los países miembros, elige al Presidente del BID, que tendrá un mandato de cinco años y podrá ser reelegido para períodos sucesivos.

El Vice-Presidente es designado por el Directorio Ejecutivo, a propuesta del Presidente del BID, y tendrá las funciones que le determine el referido Directorio.

¹⁵² Existen a nivel americano otros organismos financieros, de carácter más restringidos, como por ejemplo el Fonplata, que es un órgano financiero creado por los países del Río de la Plata.

8.1. Objeto y funciones del BID

En el Convenio Constitutivo, se determina que el BID tiene por objeto contribuir a acelerar el proceso de desarrollo económico, individual y colectivo, de los países miembros de la OEA, que aceptan participar en el BID.

Para el cumplimiento de su objeto, el BID tiene las siguientes funciones¹⁵³:

- 1.- Promover la inversión de capitales públicos y privados para fines de desarrollo;
- 2.- Utilizar su propio capital para el financiamiento del desarrollo de los países miembros, dando prioridad a los préstamos y operaciones de garantía, que contribuyan más eficazmente al crecimiento económico de dichos países;
- 3.- Estimular las inversiones privadas, en proyectos, empresas y actividades que contribuyan al desarrollo económico y complementar las inversiones privadas, cuando no hubiere capitales particulares disponibles en términos y condiciones razonables;
- 4.- Cooperar con los países miembros a orientar su política de desarrollo hacia una mejor utilización de sus recursos, en forma compatible con los objetivos de una mayor complementación de sus economías y de la promoción del crecimiento ordenado de su comercio exterior; y,
- 5.- Proveer de asistencia técnica a sus miembros para la preparación financiera y ejecución de planes y proyectos de desarrollo, incluyendo el estudio de prioridades y la formulación de propuestas sobre proyectos específicos.

Además, este Banco está autorizado para cooperar, en la medida que sea posible, con los sectores privados que proveen capital de inversión y con instituciones nacionales o internacionales, para el mejor cumplimiento de sus funciones.

8.2.- Operaciones del BID

Sus operaciones se clasifican en ordinarias y especiales. Las primeras serán las que se financien con los recursos ordinarios de capital del Banco y consistirán exclusivamente en préstamos que el Banco efectúe, garantice o participe y que sean reembolsables, sólo en la moneda o monedas en que se haya efectuado. Operaciones especiales son las que se financian con los recursos del Fondo para Operaciones Especiales¹⁵⁴.

En cuanto a los préstamos del BID, existen diversas formas en que los efectúa o garantiza:

- 1.- Efectuando préstamos directos o participando en ellos, con fondos correspondientes al capital del Banco;
- 2.- Efectuando préstamos directos o participando en ellos, con fondos que el BID haya adquirido en los mercados de capitales, o que se hayan obtenido en préstamo, o en cualquier otra forma, para ser incorporados a los recursos ordinarios de capital del BID o a los recursos del Fondo para Operaciones Especiales; y,

¹⁵³ Sobre las operaciones del Banco se puede consultar a Roberto Gijón Klein. "Características Jurídicas de las operaciones del BID". Editorial Jurídica de Chile. 1969.

¹⁵⁴ En el BID se ha creado un Fondo para Operaciones Especiales, del cual se efectuarán préstamos en condiciones y términos que permitan hacer frente a circunstancias especiales, que se presenten en determinados países o proyectos. Este Fondo tiene el mismo objeto y funciones generales señaladas al BID.

Para la dirección y control del funcionamiento del Fondo hay un Vice-Presidente del BID, con encargo especial.

3.- Garantizando total o parcialmente préstamos hechos por inversionistas privados.

Además de las operaciones ya indicadas, el BID está habilitado para tomar empréstitos, comprar o vender valores que haya emitido o garantizado, o que posea a título de inversiones y, para garantizar valores que tenga en cartera, con el propósito de facilitar su venta.

SEGUNDA PARTE

**LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS QUE CUENTAN CON
FINANCIAMIENTO INTERNACIONAL PÚBLICO**

CAPÍTULO PRIMERO

EL FINANCIAMIENTO PÚBLICO INTERNACIONAL Y EL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN DEL CO-CONTRATANTE

1.- IMPORTANCIA DEL FINANCIAMIENTO PÚBLICO INTERNACIONAL EN LA ELECCIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN DEL CO-CONTRATANTE

Una vez que la Administración ha decidido celebrar un contrato, debe elegir a su co-contratante, lo que realiza a través de un procedimiento administrativo, al cual denominaremos procedimiento de selección del co-contratante.

Tratándose de contratos de obra pública celebrados por el MOP, por regla general, se adjudicarán mediante licitación pública¹⁵⁵. Excepcionalmente el co-contratante puede ser elegido mediante licitación privada o trato directo, siempre que se trate de obras que se encuentren en alguna de las situaciones que el Art. 86, inc. 2º, del DS 294 del MOP de 1984 señala (Art. 1, inc. 2º, RCOP).

El financiamiento público internacional tiene importancia en lo que se refiere al procedimiento empleado para elegir al co-contratante, puesto que es política de los organismos financieros públicos internacionales exigir el empleo de determinados procedimientos, los que, a juicio de éstos, aseguran de mejor manera la satisfacción de los requisitos de economía y eficiencia en la utilización de los fondos que suministran¹⁵⁶, y dan "a todos los licitantes, tanto de países desarrollados como en desarrollo que reúnan los requisitos de origen, la oportunidad de competir en el suministro de bienes y la ejecución de obras financiadas por el Banco"¹⁵⁷.

Más aún, como explicáramos en la primera parte, estos organismos financieros se reservan, mediante la inclusión de cláusulas en los contratos de préstamo, la facultad para supervisar constantemente el empleo de los fondos conforme a lo convenido. Esta supervisión, obviamente, se extiende al procedimiento de selección del co-contratante. Al referirnos a la licitación pública internacional veremos detalladamente esta supervisión.

A continuación describiremos la aplicación de los distintos procedimientos de selección del co-contratante, aplicables a los contratos vinculados al SPSC.

¹⁵⁵ Si bien es cierto, el Art. 86, inc. 1º, del DS 294 del MOP de 1984 y el Art. 1, inc. 1º del RCOP, emplean la expresión "propuesta pública", pensamos que, en el contexto de esta memoria, es más apropiado hablar de "licitación pública", ya que "propuesta pública" no es más que la cotización u oferta hecha en una licitación pública. A esta última conclusión arribamos luego de analizar las definiciones de "propuesta" y "propuesta privada", contenidas en el Art. 4, N° 23 y 24 del RCOP, respectivamente.

¹⁵⁶ En este sentido las "Normas para Adquisiciones con Préstamos del BID". Folleto publicado por el Banco Interamericano de Desarrollo. 1990. Párrafo 1.1, (b). En igual sentido, "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF". Tercera edición revisada y ampliada. Mayo de 1985. Publicada por el Banco de Reconstrucción y Fomento-Banco Mundial. Washington D. C. Párrafo 1.2, (a). p. 6.

¹⁵⁷ "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF". Op. cit. Párrafo 1.2, (b). p. 6.

2.- PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN DEL CO-CONTRATANTE EN EL SPSC

Los contratos de préstamo externo con cuyos recursos se financia parcialmente el SPSC, imponen a la República de Chile, como prestataria, el empleo de determinados procedimientos de selección del co-contratante.

El Convenio de Préstamo de fecha 5 de Marzo de 1990, entre el *JEXIMBANK* y la República de Chile, regula esta materia con remisión al documento denominado "Condiciones Generales aplicables a los Convenios de Préstamo y Garantía", del BIRF y al Convenio de Préstamo 3.120-CH, entre el BIRF y nuestra República¹⁵⁸, por lo que, lo que se diga respecto a éste último es plenamente aplicable al contrato celebrado con el *JEXIMBANK*.

El Convenio de Préstamo 3.120-CH, por su parte, destina a esta cuestión su Anexo 4, el cual se remite, sin perjuicio de algunas precisiones que se hacen, a las "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF". Por último, el Contrato de Préstamo 613/OC-CH, lo regula en su Anexo B.

Los distintos procedimientos de selección de contratista que preveen estos contratos los podemos agrupar de la siguiente manera:

- 1.- Licitación pública internacional;
- 2.- Licitación pública, que puede restringirse al ámbito nacional; y,
- 3.- Procedimientos contemplados en la legislación local.

Seguidamente nos ocuparemos de las situaciones en que cada uno de estos procedimientos recibe aplicación.

2.1.- Cuando debe emplearse la licitación pública internacional

Es política de los organismos financieros internacionales públicos exigir que la generalidad de los contratos que financian, se adjudiquen mediante licitación pública internacional¹⁵⁹

El BIRF considera que la licitación pública internacional es el procedimiento más adecuado para adjudicar los contratos que financia, salvo que en los convenios de préstamo particulares se prevea la aplicación de otros procedimientos, para determinados casos¹⁶⁰. De este modo e interpretando a contrario sensu el Convenio de Préstamo 3.120-CH, Anexo 4, Parte C, N° 1, podemos afirmar que se exige la aplicación de la licitación pública internacional para la adjudicación de los contratos de obra cuyo costo sea superior al equivalente de US\$ 5.000.000,00, y adquisiciones de bienes por un monto superior al equivalente de US\$ 300.000,00.

Respecto del BID, la cláusula 2.01, Anexo B, del Contrato de Préstamo 613/OC-CH, modificada por el "Memorándum de Entendimiento entre el MOP, el BIRF y el BID respecto al Programa de inversiones y mantenimiento de carreteras para el período 1990-1993", señala que debe

¹⁵⁸ Convenio de Préstamo de fecha 5 de Marzo de 1990, entre el *JEXIMBANK* y otros Bancos y la República de Chile, Art. VIII, 2).

¹⁵⁹ "Normas para Adquisiciones con Préstamos del BID". Op. cit. Párrafo 1.1, (d), p. 6. "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF". Op. cit. Párrafo 1.3, p. 7.

¹⁶⁰ "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF". Op. cit. Párrafos 1.3 y 1.4, pp. 6-7.

emplearse la licitación pública internacional para los contratos de ejecución de obras del SPSC, cuando en ellos concurren, copulativamente, los siguientes requisitos:

a) Que la obra se financie parcial o totalmente con divisas del financiamiento.

Divisa es una expresión de carácter técnico, que significa medio de pago internacional, como por ejemplo, el oro, el dólar de Estados Unidos de Norteamérica, etc.

Pero, además, se requiere que las divisas empleadas provengan del financiamiento, es decir, de "los fondos que el Banco conviene en poner a disposición del prestatario para contribuir a la realización del Proyecto" (cláusula 2.01, letra f), Parte Segunda, Normas Generales, Contrato de Préstamo 613/OC-CH).

b) Que el valor de las obras o adquisición de bienes exceda del equivalente a US\$ 5.000.000,00 o de US\$ 250.000,00, respectivamente.

La cláusula original señalaba un monto inferior, el cual fue modificado en el sentido indicado, por la cláusula A, letras a. y b. del "Memorándum de entendimiento entre el MOP, el BIRF y el BID", de fecha 5 de Marzo de 1991.

En consecuencia y a contrario sensu, podemos decir que la contratación de la ejecución de una obra o la adquisición de bienes con fondos del BID, aun cuando estén destinados al cumplimiento del SPSC, no requerirán imperativamente licitación pública internacional, cuando se encuentren en alguna de las siguientes hipótesis:

1.- Que se financien con moneda local del financiamiento (peso chileno). Esta hipótesis, para el caso del financiamiento aportado por el BID, no se puede presentar, ya que, conforme a las cláusulas 1.01 y 6.02 (a), de las Estipulaciones Especiales del Contrato de Préstamo, el financiamiento se otorga con cargo a los recursos del capital ordinario del Banco, en dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en otras monedas, excepto la de Chile, que formen parte de dichos recursos.

2.- Que se financie con divisas provenientes de la contrapartida local. En el caso del SPSC el aporte local asciende al equivalente a US\$ 165.800.000,00, destinado a financiar las distintas categorías que se indican en el cuadro de la cláusula III, Anexo A, del Contrato de Préstamo 613/OC-CH.

3.- Que el monto de la obra o adquisición de bienes no exceda del equivalente de US\$ 5.000.000,00 o US\$ 250.000,00, respectivamente.

2.2.- Cuando se emplea la licitación pública, que puede restringirse al ámbito nacional

La cláusula 2.03, Anexo B, del Contrato de Préstamo 613/OC-CH, señala que debe emplearse licitación pública, que puede restringirse al ámbito nacional, cuando concurren dos requisitos:

a) Que la ejecución de las obras se financie totalmente con:

- 1.- Moneda local del financiamiento; o,
- 2.- Fondos de contrapartida local.

b) Que el monto de las obras o adquisición de bienes exceda del equivalente a US\$ 5.000.000,00 o

US\$ 250.000,00, respectivamente.

Por su parte, el Convenio de Préstamo 3.120-CH, Anexo 4, Sección I, Parte C, N° 1, dispone que podrá adjudicarse un contrato sobre la base de licitaciones públicas anunciadas localmente, "en conformidad con procedimientos aceptables para el Banco", cuando se trate de obras civiles cuyo costo se estime en el equivalente de US\$ 5.000.000,00 o menos, y los bienes cuyo costo se estime en el equivalente de US\$ 300.000,00 o menos.

En este contrato se emplea la expresión verbal "podrá", mientras que en el Contrato de Préstamo 613 OC-CH es obligatorio el empleo de la licitación pública, sea nacional o internacional, cuando se den los supuestos previstos. Además, el Contrato de Préstamo 613/OC-CH establece, para aplicar la licitación local, exigencias en cuanto a la moneda del financiamiento.

2.3.- Cuando se aplica la legislación local

La adjudicación de los contratos de obras por montos iguales o inferiores al equivalente de US\$ 5.000.000,00, y la adquisición de bienes por un monto igual o inferior al equivalente de US\$ 250.000,00, en el caso de los aportes del BID, y de US\$ 300.000,00, de los aportes del BIRF, se regirán, en principio, por la legislación local.

En este caso, los organismos financieros señalan directrices que en lo posible deberá observar el Licitador en los procedimientos que utilice. En este sentido, el Convenio de Préstamo 3.120-CH, requiere que estos procedimientos sean "aceptables" para el BIRF. Por su parte, el Contrato de Préstamo 613 OC-CH, según su cláusula 2.05, Anexo B, dispone que en estos procedimientos se debe permitir la participación de varios proponentes, y se preste debida atención a los aspectos de economía, eficiencia y razonabilidad de precios.

Sobre el particular, en el documento denominado "Ayuda memoria de las negociaciones de los documentos normativos"¹⁶¹, se dejó constancia que el Registro de Contratistas de que dispone la Dirección de Vialidad para efectuar la licitación de obras por un monto inferior a US\$ 5.000.000,00, "en términos generales cumple con los requisitos del Banco. No obstante, para ser utilizado en la contratación de obras con financiamiento del BID, debe hacerse la comunicación prevista a las embajadas de los países miembros del BID" (II. Aclaraciones, 2).

2.4.- Aplicación supletoria y restringida de la legislación local

El Licitante podrá aplicar, supletoriamente, requisitos formales o detalles de procedimiento contemplados por la legislación local y no incluidos en el procedimiento de licitación pública que regulan los contratos de préstamo. Con la limitación que éstos no se oponga a las garantías básicas que deben reunir las licitaciones, ni a las políticas de los entes financieros en esta materia.

¹⁶¹ Este documento se puede consultar en el Contrato de Préstamo 613 OC-CH, que se incluye en el Anexo de este trabajo.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA LICITACIÓN PÚBLICA INTERNACIONAL

1.- CONCEPTO

La licitación pública internacional es una especie de licitación pública, cuya peculiaridad se encuentra que en ella se permite la participación de proponentes extranjeros, empleando para ello mecanismos, principalmente de publicidad, orientados a permitir su participación en un pie de igualdad con los proponentes nacionales¹⁶².

A continuación nos ocuparemos de cada uno de los aspectos apuntados.

El RCOP y las BALI definen la licitación como el concurso mediante el cual se solicita a proponentes autorizados cotizaciones para la ejecución de un contrato, de acuerdo a un proyecto aprobado por la Administración (Art. 4, N° 22, RCOP y cláusula 1.2, N° 18 de las BALI).

Que la licitación sea un concurso significa que la adjudicación del contrato recaerá en el proponente que en su conjunto haga la proposición más ventajosa, sin atender exclusivamente al valor económico de la misma y sin perjuicio del derecho de la Administración a declarar desierta la licitación. Esto es precisamente lo que acontece en la adjudicación regida por las BALI, conforme a las cláusulas 2.27 y 2.28.

La licitación pública es el procedimiento administrativo de preparación de la voluntad contractual, por el que un ente público, en ejercicio de la función administrativa, invita a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas de entre las cuales seleccionará la más conveniente (adjudicación)¹⁶³.

Lo que califica una licitación pública como internacional es la posibilidad real de que en ella participen proponentes extranjeros y no el hecho del financiamiento externo. Lo que sucede es que generalmente, cuando hay financiamiento internacional público, los entes que lo proporcionan exigen que los contratos se liciten internacionalmente.

Para que los extranjeros puedan participar en un pie de igualdad con los nacionales es necesario que el procedimiento licitatorio empleado, en términos generales, tenga una regulación que no entrase la participación de éstos y, especialmente, que el llamado a precalificación o a inscripción, según sea el caso y el llamado a licitación tengan una publicidad adecuada, con difusión internacional. A continuación nos ocuparemos de cada uno de estos aspectos.

a) Que el procedimiento licitatorio no entrase la participación de proponentes extranjeros

¹⁶² En este sentido las "Normas sobre Adquisición con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF". Op. cit. Párrafo 2.1. p. 11.

¹⁶³ Dromi, José Roberto. "La Licitación Pública". Segunda edición. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1977. p. 92.

Toda procedimiento licitatorio público internacional debe tener una regulación que no entrase, más aún que facilite la participación de proponentes extranjeros.

Este procedimiento, tratándose de contratos financiados por entes públicos internacionales, deberá respetar los principios y directrices impuestas por éstos bajo la forma de cláusulas contractuales del respectivo contrato de préstamo.

Los principios dicen relación, fundamentalmente, con la razonabilidad de los procedimientos y los requisitos exigidos para participar en la licitación y la competencia e igualdad entre los proponentes nacionales y extranjeros.

Las directrices particulares dependerán de la política que cada organismo tenga sobre el tema. Nosotros nos referiremos a las que siguen los entes vinculados al financiamiento del SPSC, señalándolas en particular al tratar del procedimiento licitatorio internacional en la sección siguiente.

b) Publicidad internacional

En esta especie de licitación se debe dar publicidad internacional tanto al llamado a precalificación o a inscripción -según sea el caso- y a la invitación o llamado a licitación.

Esta publicidad ofrece a todos los interesados en contratar, nacionales y extranjeros, la posibilidad de participar en el procedimiento licitatorio y también fomenta la concurrencia de un elevado número de licitantes, de tal manera que la Administración pueda considerar muchas ofertas y, por consiguiente, contratar en las mejores condiciones posibles.

Tratándose de contratos licitados internacionalmente y que cuenten con financiamiento público internacional, la forma específica de publicidad que se emplee dependerá, en gran medida, de la política que al respecto tenga el organismo financiero. En los contratos del SPSC la información relativa al llamado a precalificación en el Registro Especial y la Invitación a Licitación Internacional, deben ser puestas a disposición de todos los países elegibles, con este objeto:

1.- El anuncio de precalificación para inscripción en el Registro Especial y el de licitación deberán publicarse al menos en uno de los periódicos de mayor circulación del país¹⁶⁴. Además, forma parte de la política del BIRF imponer que estos anuncios se publiquen en el Diario Oficial y recomienda la "publicación de las llamadas a licitación en *Development Business* de las Naciones Unidas"¹⁶⁵.

Este tipo de publicidad es para todos los contratos sujetos a licitación pública internacional, cualquiera sea su monto.

2.- Además, tratándose de contratos importantes y de gran monto, según política del BID, el llamado a licitación deberá publicarse en: i) revistas técnicas reconocidas; ii) en el periódico de las Naciones Unidas *Development Business*; y, iii) en periódicos de amplia circulación y publicaciones especializadas de gran circulación internacional¹⁶⁶. En el caso del SPSC, cuando se liciten obras cuyo valor estimado exceda del equivalente a US\$ 5.000.000,00, el anuncio de precalificación para

¹⁶⁴ Contrato de Préstamo 613-OC-CH, Anexo B, párrafo 3.09, letra c, inc. (a). En igual sentido las "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF". Op. cit. Párrafo 2.9, p. 14.

¹⁶⁵ "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF". Op. cit. Párrafo 2.9, p. 14.

¹⁶⁶ "Normas para adquisiciones con Préstamos del BID". Op. cit. Párrafo 1.3, p. 9.

inscribirse en el Registro y el de licitación deberá hacerse en dos de los tres medios indicados¹⁶⁷.

Por su parte, el BIRF dispone que, tratándose de "contratos importantes, de carácter especializado o de magnitud considerable, el Banco puede exigir que los prestatarios publiquen las invitaciones a la precalificación o a la licitación en revistas técnicas, periódicos y publicaciones profesionales conocidos y de amplia circulación internacional"¹⁶⁸.

3.- Las invitaciones a precalificar para inscribirse y para la licitación deberán enviarse, además, a las embajadas de todos los países elegibles que estén acreditadas en el país del Licitador o a los consulados si no hay embajada o a otro organismo o agencia que designen los países interesados por conducto del organismo financiero internacional, en la misma fecha en que estos llamados se entreguen a los periódicos para su publicación¹⁶⁹.

4.- Con el objeto de dar publicidad a todo el Proyecto financiado internacionalmente (SPSC), se publicarán Anuncios o Avisos Generales de Adquisición, "AGA".

Los AGA son avisos publicados en el periódico de las Naciones Unidas Development Business, cuyo objeto es notificar con la debida anticipación a los interesados acerca de las posibles adquisiciones de bienes o ejecución de obras que tendrán lugar con motivo del Proyecto¹⁷⁰. Los AGA se publican anualmente, mientras existan bienes u obras del Proyecto por licitar, para ello el Licitante debe presentar anualmente al Banco para su revisión y publicación, el texto del AGA actualizado¹⁷¹⁻¹⁷².

Con esta misma finalidad, el BID anuncia sus préstamos tan pronto son autorizados por el Directorio Ejecutivo¹⁷³.

2.- EL PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN PÚBLICA INTERNACIONAL EN LAS BALI DEL SPSC

En toda licitación existe una primera etapa, de carácter interno, en la cual la Administración, una vez adoptada la decisión de contratar la ejecución de una obra pública, elabora los Antecedentes de la Licitación y formula posteriormente el llamado a licitación, en respuesta del cual los proponentes habilitados presentan sus ofertas. Una vez abiertas las ofertas, en una ceremonia

¹⁶⁷ Contrato de Préstamo 613 OC-CH. Anexo B, párrafo 3.09, letra c, inc. (a).

¹⁶⁸ "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF". Op. cit. Párrafo 2.9. p. 14.

¹⁶⁹ Contrato de Préstamo 613 OC-CH. Anexo B, párrafo 3.09, letra c, inc. (c). En igual sentido, las "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF". Op. cit. Párrafo 2.9. p. 14.

¹⁷⁰ Contrato de Préstamo 613 OC-CH. Anexo B, párrafo 3.01 y "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF". Op. cit. Párrafo 2.8. p. 13.

¹⁷¹ Contrato de Préstamo 613 OC-CH. Anexo B, párrafo 3.03 y "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF". Op. cit. Párrafo 2.8. p. 14.

¹⁷² La información que deben contener los AGA se establece en el Contrato de Préstamo 613 OC-CH, Anexo B, párrafo 3.01, y en las "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF". Op. cit. párrafo 2.8. pp. 13-14.

¹⁷³ La Asesoría de Relaciones Externas del BID efectúa comunicados de prensa que se envían a medios de información y entidades públicas y privadas, incluyendo posibles proveedores y firmas constructoras, que figuran en la lista que el Banco mantiene para ese fin. ("Normas para adquisiciones con Préstamos del BID". Op. cit. Capítulo V. pp. 24-25).

pública, son analizadas y evaluadas, para concluir con la adjudicación del contrato al oferente que haya presentado la propuesta más conveniente.

Antes de entrar al análisis del procedimiento licitatorio internacional empleado en las BALI, es conveniente aclarar una cuestión terminológica. En los documentos que hemos consultado y dependiendo del organismo crediticio, se emplean indistintamente las expresiones "Licitador" y "Licitante", para referirse ya sea a quien formula el llamado a licitación como a quien responde a tal llamado formulando una propuesta. Nosotros, para evitarnos confusiones, hemos decidido emplear la primera de las expresiones para referirnos a la Administración que llama o invita a los oferentes a participar en la licitación y la segunda para individualizar a quien presenta una oferta dentro de la licitación.

2.1.- Antecedentes de la Licitación Pública Internacional

2.1.1.- Concepto

Los Antecedentes de la Licitación son el conjunto de documentos, emitidos por la Dirección, cuyo objeto es regular el procedimiento licitatorio. Fijan las reglas a que deben someterse los licitadores para preparar y presentar sus propuestas, además señala los criterios de adjudicación. En términos generales, los Antecedentes de la Licitación establecen los derechos y obligaciones de la Administración y de los proponentes durante el proceso de selección del co-contratante¹⁷⁴.

No obstante su objeto, la subcláusula 2.6.1 de las BALI señala que integran estos antecedentes las bases administrativas para licitaciones internacionales, en sus aspectos generales, instrucciones a los proponentes y "cláusulas relativas al desarrollo del contrato". Este último aspecto se apartaría del objeto apuntado, al igual que los documentos generales y de referencia que integran estos antecedentes, en lo tocante a la ejecución del contrato. Pero esto es más aparente que real, por cuanto la oferta del proponente implica, en el caso de ser aceptada, la realización de los trabajos conforme a las normas del contrato, las que se fijan, entre otros, por los documentos señalados. La oferta del proponente no es ejecutar la obra conforme a normas contractuales que serán acordadas luego de concluido el proceso licitatorio, sino que, muy por el contrario, conforme a reglas claramente preestablecidas. Es decir, el contenido de la propuesta no es sólo el precio, sino además el cumplimiento de las condiciones contractuales que figuran en los Antecedentes de la Licitación.

Es por ello que las propuestas que no cumplan sustancialmente con las condiciones establecidas en los antecedentes serán rechazadas (subcláusula 2.25.3 de las BALI).

2.1.2.- Importancia del financiamiento internacional

Como se destacara en la primera parte de este trabajo, en los contratos de préstamos Internacionales se incluyen cláusulas que permiten al prestamista un control sobre la forma en que se utilizan los recursos que facilita. Esta idea se manifiesta desde el inicio del proceso de selección del co-contratante, en los siguientes aspectos:

¹⁷⁴ Conforme a las "Normas para Adquisiciones con Préstamos del BID", párrafo 1.1 (g), "Los derechos y obligaciones del prestatario con respecto a los licitadores que proponen suministrar los bienes y servicios para el proyecto, se rigen por lo establecido en los documentos de licitación emitidos por el prestatario". (Op. cit. pp. 6-7).

1.- Aprobación previa de los Antecedentes de la Licitación por los Organismos Financieros Internacionales. Por el hecho del financiamiento internacional, todos los Antecedentes de la Licitación Internacional y sus modificaciones ulteriores, deberán contar con la aprobación previa de los organismos que otorgan el financiamiento.

Esta prerrogativa resulta de la obligación asumida por el Estado, como prestatario, en los respectivos contratos de préstamo. Por ejemplo, en el Contrato de Préstamo 613/OC-CH, Anexo B, párrafo 3.21 se señala que los documentos de la licitación, bases o pliegos de condiciones, incluidos, entre otros, las bases administrativas, serán aprobados por el BID antes de ser entregados a los interesados. Y el párrafo 3.33, Anexo B, del mismo contrato señala que "toda modificación o ampliación de las bases y especificaciones de la licitación o de la fecha de presentación de las ofertas, deberá contar con la previa conformidad del Banco...". Por su parte, el Contrato de Préstamo 3.120-CH, con remisión al Apéndice 1, párrafo 2 de las "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF", señala que: "antes de llamar a licitación, el prestatario presentará al Banco, para que éste formule sus observaciones, el texto de la llamada a licitación y las especificaciones, otros documentos de licitación y proyectos de contratos..., junto con una descripción de los procedimientos de anuncio que se han de seguir para ella, y hará en dichos documentos o procedimientos las modificaciones que el Banco razonablemente solicite". La misma norma agrega que "para cualquier otra modificación de los documentos de licitación se requerirá el asentimiento del Banco antes de que sean remitidos a los presuntos licitantes".

2.- Los documentos de licitación deberán estar redactados de tal manera que "permitan y alienten" la competencia internacional¹⁷⁵.

3.- En los distintos Contratos de Préstamo se incluyen normas relativas a las características que deben reunir los Antecedentes de la Licitación. Así por ejemplo, en el Contrato de Préstamo 613/OC-CH, Anexo B, encontramos reglas relativas a la claridad de los documentos (párrafo 3.22), al libre acceso al Licitador (párrafo 3.23), a la calidad de equipos o materiales (párrafo 3.24), a las especificaciones para equipos (párrafo 3.25), a la moneda utilizada para los pagos (párrafo 3.26), a las garantías de mantenimiento de la oferta (párrafo 3.27) y de ejecución (párrafo 3.28), etc.. Por su parte, las "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF", entre los párrafos 2.12 al 2.43, se encarga de dar "orientaciones acerca de componentes críticos de los documentos de licitación"¹⁷⁶.

2.1.3.- Documentos que integran los Antecedentes de la Licitación Pública Internacional

La subcláusula 2.6.1 de las BALI señala cuáles son los Antecedentes de la Licitación:

- a) Circulares Aclaratorias;
- b) Invitación a Licitación Internacional e Instrucciones Particulares para Preparar y Presentar la Propuesta;
- c) BALI;
- d) Especificaciones Técnicas del Proyecto;
- e) Planos del Proyecto;

¹⁷⁵ "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF". Op. cit. Párrafo 2.16, p. 17. En el mismo sentido las "Normas para Adquisiciones con Préstamos del BID". Op. cit. Párrafo 2.1. p. 12.

¹⁷⁶ "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF". Op. cit. Párrafo 2.11, p. 16.

- f) Cantidades de obra del Proyecto;
- g) Formularios para la presentación de la Propuesta;
- h) RCOP;
- i) Determinadas disposiciones administrativas y documentos oficiales; y,
- j) Los Volúmenes 2, 3, 4 y 5 del Manual de Carreteras de la Dirección de Vialidad.

Estos documentos se clasifican en especiales y generales y de referencia de la licitación.

2.1.3.1.- Documentos especiales de la licitación

a) Circulares aclaratorias emitidas por la Dirección de Vialidad del MOP

Las circulares aclaratorias son una especie de acto administrativo, circulares, cuyo objeto es modificar, ratificar o precisar los Antecedentes de la Licitación, y que forman parte de éstos desde la fecha de su emisión (subcláusulas 2.8.1 y 2.8.2 de las BALI).

Estas circulares son emitidas por escrito por la Dirección de Vialidad del MOP, por cualquier razón, de oficio o en respuesta a una consulta o solicitud de aclaración planteada por un posible proponente. Éstos pueden solicitar, por escrito, aclaración de los Antecedentes de la Licitación, dirigidas al Director de Vialidad e ingresadas hasta 20 días antes de la fecha de apertura de las propuestas, en la Oficina de Partes de la Dirección (subcláusula 2.7.1 de las BALI).

Una vez emitida una circular aclaratoria, se debe dar aviso de ella a los posibles proponentes que hayan comprado o retirado los Antecedentes de la Licitación, para que retiren la circular en las Oficinas de la Sección Propuestas del Departamento de Estudios de la Dirección de Vialidad (subcláusula 2.8.2 de las BALI). Esta norma es armónica con la contenida en el párrafo 2.1 de las "Normas para Adquisiciones con Préstamos del BID".

Las circulares de este tipo se pueden dictar en cualquier momento antes de la fecha de apertura de las propuestas. Pero tienen un tratamiento distinto si son emitidas antes o dentro de los 15 días anteriores a esa fecha:

- 1.- Si se emiten antes de los 15 días que anteceden a la apertura de las propuestas, no precisan cumplir ningún requisito especial. Esta oportunidad es la regla general.
- 2.- La emisión de circulares aclaratorias dentro de los 15 días previos a la fecha de apertura de las ofertas, es excepcional, sólo se dictan en el evento que la Dirección estime indispensable su dictación (subcláusula 2.8.3 de las BALI).

En esta última hipótesis, la Dirección de Vialidad "podrá postergar la fecha de apertura de las propuestas con el objeto de dar un plazo razonable a los proponentes, para el estudio y preparación de las propuestas bajo las nuevas condiciones allí señaladas" (subcláusula 2.8.3 de las BALI). Esta postergación deberá cumplir con los requisitos que se señalan más adelante a propósito de la postergación de la oportunidad de la recepción y apertura de las ofertas.

Respecto de estas circulares, es pertinente tener presente que las consultas dirigidas al Licitador por parte de los interesados sobre la interpretación de los documentos de licitación, no podrán ser utilizadas para modificar o ampliar las bases y especificaciones de la licitación¹⁷⁷.

Ahora bien, si a través de una circular aclaratoria se modifican los Antecedentes de la

¹⁷⁷ Contrato de Préstamo 613/OC-CH. Anexo B, párrafo 3.34.

Licitación, ella deberá contar con la previa conformidad del Banco¹⁷⁸, y además, como toda circular aclaratoria, ser comunicada a todos los interesados que hayan comprado o retirado los Antecedentes de la Licitación¹⁷⁹.

En el SPSC, el Contrato de Préstamo 613/OC-CH, en su Anexo B, párrafo 3.33, prevee que si a juicio del Licitador o del Banco, la modificación fuese sustancial. "deberán mediar por lo menos 30 días calendarios entre la comunicación a los interesados y la fecha de apertura de las ofertas".

b) Invitación a Licitación Internacional e Instrucciones Particulares para Preparar y Presentar la Propuesta

Este documento presenta dos aspectos: la invitación a participar en una licitación internacional y las instrucciones particulares para preparar y presentar la propuesta.

1.- La invitación a los proponentes habilitados a participar en una licitación internacional determinada.

En este aspecto, este documento contiene una manifestación del deseo de la Administración, de que los habilitados para ello acudan a licitar, presenten sus ofertas. Como toda invitación, carece de fuerza obligatoria, no es un mandato o disposición. Eso sí, se trata de una invitación condicionada a los requerimientos fijados en el pliego de condiciones del contrato¹⁸⁰.

En ella se precisa el proyecto para el cual se formula el llamado (subcláusula 2.1.1 de las BALI). Por ejemplo, reposición ruta 68, Santiago-Valparaíso, kilómetro 63,631 al 109,400, V Región¹⁸¹.

El llamado a licitación puede hacerse para una sola obra o para un conjunto o grupo de ellas. El llamado o invitación a licitación se hará siempre que haya autorización de fondos y se disponga de bases administrativas, especificaciones técnicas, planos y presupuesto, con el visto bueno de la misma autoridad que adjudicará el contrato (Arts. 63 y 2, RCOP), en el caso del SPSC la Dirección de Vialidad.

El llamado a licitación, conforme al Art. 63 del RCOP, lo hará el Director General o el Secretario Regional, según proceda y en el caso de los contratos regidos por las BALI, la Dirección de Vialidad del MOP.

El párrafo 3.20, Anexo B, del Contrato de Préstamo 613/OC-CH, dispone el contenido

¹⁷⁸ Contrato de Préstamo 613/OC-CH, Anexo B, párrafo 3.33. "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF". Op. cit. Apéndice 1, párrafo 2, a). p. 40.

¹⁷⁹ Contrato de Préstamo 613/OC-CH, Anexo B, párrafo 3.33. Y "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF". Op. cit. Párrafo 2.16. p. 18.

¹⁸⁰ Boquera Oliver, José María. "La Selección de Contratistas. Procedimiento de Selección y Contrato". Colección de Estudios de Administración, Volumen XXXII. Editado por el Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1963. pp. 47-48.

¹⁸¹ Llamado a licitación pública internacional publicado en los diarios Oficial de la República de Chile y El Mercurio de Santiago, ambos de fecha 13 de Octubre de 1992.

mínimo que deberán tener los avisos de licitación e invitaciones a licitar¹⁸².

Es esencial para la licitación pública internacional la publicidad internacional que debe dársele a este llamado o invitación, empleando medios idóneos para ello. En el caso de los contratos que cuenten con financiamiento público internacional, deberán emplearse los medios de publicidad que se hubieren convenido en los respectivos contratos de préstamo, los que, refiriéndonos al SPSC, hemos tratado anteriormente.

2.- Instrucciones particulares para preparar y presentar la propuesta.

En esta parte se precisan aquellos aspectos particulares, propios de cada llamado a licitación, que no quedan contenidos en las BALI, dado el carácter general de éstas, por ejemplo, identificación y descripción de las obras, plazo de ejecución de las mismas, precios de la propuesta, día, hora y lugar de recepción y apertura de las propuestas, etc.¹⁸³.

c) Bases Administrativas para Licitaciones Internacionales (BALI).

El RCOP define "bases administrativas" como aquel conjunto de normas que regulan la licitación y el contrato de ejecución de una obra, a las que deben ceñirse las partes interesadas y que no pueden modificarse una vez que la licitación se haya abierto (Art. 4, N° 15 y Art. 3).

Las bases administrativas son preparadas por la Administración como expresión unilateral de su voluntad, pero una vez perfeccionado el contrato forman parte de él, convirtiéndose en cláusulas contractuales.

El Art. 1, inc. 1° del mismo reglamento señala que sus normas forman parte de los contratos de ejecución de obras, celebrados por los organismos que el mismo Art. señala, excepto en aquellos casos calificados para los cuales por DS se aprobaran bases especiales que expresamente lo modifiquen. Las BALI del SPSC son bases administrativas especiales, conforme a ello fueron aprobadas por el DS 148, del MOP, de 1992.

Pero estas BALI, por encontrarse vinculadas a la ejecución de un proyecto que cuenta con financiamiento internacional, requieren ser aprobadas además por los organismos que aportan los recursos monetarios externos, aunque esta característica no altera su naturaleza jurídica.

El ámbito de aplicación de estas BALI lo determina su cláusula 1.1, al decir que sólo regirán "la licitación, adjudicación y ejecución" de los contratos que reúnan las siguientes condiciones:

1.- Que se trate de contratos de ejecución de obras. En otros términos, estas bases no regulan los contratos de adquisición de bienes ni la contratación de servicios de consultoría, aun cuando éstos se vinculen con la ejecución del SPSC.

El SPSC contempla una partida para adquisición de bienes por un monto equivalente a US\$ 2.000.000,00 y otra para contratación de servicios de consultoría y capacitación, por un monto

¹⁸² Párrafo 3.20. Avisos de licitación e invitación a licitar. "Los avisos de convocatoria a licitación que se publiquen en la prensa o las invitaciones a licitar que se entreguen o remitan a las empresas precalificadas, deberán expresar, por lo menos, lo siguiente: (a) la descripción del Proyecto y del objeto de la licitación y el origen de los fondos destinados a financiar el costo de las adquisiciones o de las obras; (b) el hecho de que el Proyecto será financiado parcialmente por el Banco, y que la adquisición de bienes o la contratación de obras con dicho financiamiento, se sujetará a las disposiciones de este Contrato; (c) la descripción general del equipo, maquinaria y materiales requeridos, así como de la obra, con los volúmenes o cantidades de trabajo, de sus partes principales y el plazo para su ejecución; (d) la oficina o el lugar, día y hora en que se podrán retirar los documentos de la licitación incluyendo las bases, los planos y especificaciones así como el proyecto de contrato que se pretende celebrar; (e) la oficina donde deberán entregarse las propuestas y la autoridad que ha de resolver su aprobación y adjudicación; y (f) el lugar, día y hora en que se abrirán las propuestas en presencia de los oferentes o de sus representantes."

¹⁸³ Si la licitación considera la posibilidad de presentar ofertas por grupo de obras, en este documento se "establecerá las diferencias en cuanto a la experiencia exigida para el ingeniero residente, el laboratorio de autocontrol y las instalaciones a disposición de la Inspección Fiscal, ya sea que se trate de la oferta para un proyecto individual o para el grupo de obras allí definido" (subcláusula 2.11.4 de las BALI).

equivalente a US\$ 14.700.000,00, aportados por el BIRF¹⁸⁴.

2.- Que las obras se liciten bajo el sistema de serie de precios unitarios (cláusula 1.1, inc. final de las BALI). A *contrario sensu*, las BALI no registrarán aquellos contratos licitados bajo el sistema de propuesta a suma alzada u otro sistema.

3.- Que sean contratos destinados al cumplimiento del SPSC. Éste es un programa o proyecto del MOP, de un costo total de US\$ 785.800.000,00, que incluye inversiones, mejoras y mantenimiento de la red vial de Chile durante el período 1990-1993 y un componente para fortalecer administrativamente al organismo ejecutor, la Dirección de Vialidad del MOP.

Cada obra particular que integra el SPSC y que se regule por las BALI, es identificada en la respectiva "Invitación a Licitación Internacional" y se definirá en los planos, especificaciones técnicas y cuadros de cantidades de obras aprobadas para cada obra (subcláusulas 2.1.1 y 2.1.2 de las BALI).

4.- Que sean contratos financiados con los Préstamos del BIRF N° 3.120-CH y/o del BID N° 613/OC-CH y/o del *JEXIMBANK* N° 1.402.200-CH.

5.- Que estos contratos se refieran a obras cuyos presupuestos estimativos sean superiores a US\$ 5.000.000,00. El presupuesto estimativo es el costo preliminar previsto por el MOP para una obra (Art. 4, N° 20, RCOP).

6.- Que las obras sean licitadas mediante propuestas públicas internacionales.

d) Especificaciones técnicas del proyecto

Las especificaciones técnicas son "el pliego de características particulares que deberá cumplir la obra motivo de un contrato de construcción" (Art. 4, N° 16, RCOP), que incluyen "normas sobre procedimientos de elaboración, exigencias a que quedan sometidos los materiales y pruebas de control que deben superar las diferentes etapas de fabricación y/o construcción" (cláusula 1.2, N° 12 de las BALI).

Estas especificaciones son obligatorias tanto para los agentes de la Administración como para los contratistas¹⁸⁵.

e) Planos del Proyecto

Los planos son una representación gráfica en una superficie de la obra por realizar. Principalmente existen dos clases de planos del proyecto:

1.- Planos generales: Estos son los diseños que a una escala adecuada indican ubicación, forma y medida que permiten definir la obra a realizar (Art. 4, N° 17, RCOP y cláusula 1.2, N° 14 de las BALI); y,

2.- Planos de detalle: Es decir, "los diseños a escala adecuada para realizar la construcción, las piezas o las partes del proyecto, contenidos en los planos generales (Art. 4, N° 18, RCOP y cláusula 1.2, N° 15 de las BALI).

¹⁸⁴ Convenio de Préstamo 3.120-CH, Anexo 1, categoría 2.

¹⁸⁵ Lama Zaror, Elizabeth. "El contrato de obra pública adjudicado por propuesta pública en la legislación chilena". En "Revista de Derecho Público". Publicación del Departamento de Derecho del Estado y de los Organismos Públicos. Facultad de Ciencias Jurídicas, Administrativas y Sociales. Universidad de Chile. N° 18, Julio-Diciembre, 1975. p. 234.

f) Cantidades de obra del Proyecto

Esto es la cantidad, porción o extensión de la obra objeto del contrato. Por ejemplo, en el proyecto "Reposición ruta 5 norte, sector Longotoma-Puente Chivato", la cantidad de la obra está dada por la cantidad de kilómetros comprendidos entre el Km. 166,585 y el Km. 185,681.

g) Formularios para la presentación de la Propuesta

En este documento se expresa la voluntad del contratista, quien luego de examinar los Antecedentes de la Licitación, ofrece construir y terminar la totalidad de la obra por una determinada suma de dinero y se obliga a mantener su oferta por un determinado plazo. En este documento, el contratista se obliga a iniciar las obras en la fecha que propone en su Programa de Trabajo y a terminarlas y entregarlas en los plazos que propone, de acuerdo a las bases administrativas. Además, se compromete a presentar una garantía de cumplimiento del contrato por la suma que corresponda.

2.1.3.2.- Documentos Generales y de Referencia

a) Reglamento para Contratos de Obras Públicas (RCOP).

b) Disposiciones administrativas y documentos oficiales citados en los Antecedentes de la Licitación y sus modificaciones a la fecha del llamado a licitación.

c) Volúmenes 2, 3, 4 y 5 del Manual de Carreteras de la Dirección de Vialidad.

2.1.4.- Orden de prelación de los documentos que integran los Antecedentes de la Licitación

1º) Documentos especiales de licitación, y entre ellos según su orden de numeración dado por la subcláusula 2.6.1 de las BALI; y,

2º) Documentos generales y de referencia, y entre ellos según su orden de numeración en la misma subcláusula.

Estos documentos rigen en lo que no contradigan los documentos especiales de la licitación (subcláusula 2.6.1, inc. final de las BALI).

2.2.- Invitación a licitación

Una vez que la Administración ha elaborado los Antecedentes de la Licitación, la primera etapa de carácter externo es la invitación a licitar. Acerca de ella ya nos hemos extendido a propósito de los Antecedentes de la Licitación.

2.3.- La propuesta

Aquellos sujetos habilitados para participar en una licitación pública internacional y que deseen hacerlo, deberán presentar una oferta en respuesta al llamado formulado por la Administración en el documento "Invitación a Licitación Internacional".

Propuesta es "la cotización u oferta presentada por un proponente en una licitación, la

que deberá ajustarse a los requisitos establecidos en ella" (Art. 4, N° 23, RCOP y cláusula 1.2, N° 19 de las BALI). Estos requisitos se encuentran en los distintos documentos que forman los Antecedentes de la Licitación, los cuales, antes de nacer el contrato a la vida jurídica, son un esquema al cual debe sujetarse el proponente cuando redacta su oferta, de este modo en ella ofrece una prestación con las características que la Administración necesita¹⁸⁶.

El acto de presentar una propuesta es una declaración de voluntad del particular, la que, según destacaba Boquera¹⁸⁷, tiene un doble significado jurídico. En primer lugar, los interesados en contratar solicitan ser admitidos en el procedimiento de selección; y, en segundo lugar, la proposición es una oferta de contrato, es decir, un acto jurídico unilateral, por el cual un sujeto -el Licitante- le propone a otro -la Administración- la celebración de un contrato, en términos tales que para que éste quede perfecto sólo basta que el destinatario acepte la oferta pura y simplemente.

El contenido de la oferta, como ya lo señalamos, no se limita al precio sino que comprende las condiciones que figuran en los Antecedentes de la Licitación.

2.3.1.- Moneda en que se expresará el precio de la oferta

El precio de la oferta es la suma de todos los pagos en diversas monedas que se deban hacer al co-contratante¹⁸⁸.

Los licitantes expresarán sus precios en pesos chilenos, sin expresión de centavos (subcláusula 2.14.1 de las BALI). Esta disposición concuerda con el párrafo 2.23 de las "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF".

2.3.2.- Preparación y presentación de la propuesta

El proponente deberá preparar y presentar su propuesta conforme a los Antecedentes de la Licitación. Para ello "debe estudiar cuidadosamente todos los documentos contenidos en los Antecedentes de la Licitación y respetar las instrucciones y condiciones allí señaladas" (subcláusula 2.6.1 de las BALI).

Con el objeto que los proponentes obtengan para sí y bajo su responsabilidad, toda la información que puedan requerir para la preparación de su propuesta y posterior ejecución del contrato, se les recomienda visitar y examinar, personalmente o representados, el terreno y sus alrededores (subcláusula 2.5.1 de las BALI). Este tipo de visita y examen es de suma importancia si consideramos que el proponente deberá presentar una declaración renunciando a alegar cualquier desconocimiento sobre el área donde se emplazarán las obras.

El incumplimiento de los requisitos establecidos para la presentación de la propuesta y consecuencias que de ello pudieran derivarse, será a entero riesgo del proponente, conforme a la subcláusula 2.6.1 de las BALI.

Todos los costos asociados a la preparación y presentación de la propuesta serán de cargo del proponente. Las BALI declaran expresamente que la Dirección, en ningún caso será

¹⁸⁶ Boquera Oliver, José María. Op. cit. pp. 86-87.

¹⁸⁷ Boquera Oliver, José María. Op. cit. pp. 86-87.

¹⁸⁸ En este sentido las "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF". Op. cit. Párrafo 2.24. p. 20.

responsable de estos costos, independiente del resultado del proceso de licitación (subcláusula 2.4.1 de las BALI).

Las BALI regulan detalladamente la forma o requisitos externos que debe cumplir la propuesta.

2.3.3.- Plazo para preparar y presentar las ofertas

No existe un plazo predeterminado entre la publicación del llamado a licitación y la presentación de las ofertas. Precisarlos corresponde a la autoridad que efectúa el llamado, respetando los mínimos señalados en la legislación.

El RCOP, en su Art. 65. señala el plazo mínimo que puede existir entre la publicación del llamado o invitación a licitación y la fecha de presentación de las ofertas. En los casos en que exista Registro Especial, como ocurre en las licitaciones regidas por las BALI, este plazo será de 45 días, el cual concuerda con el plazo normal previsto en los Contratos de Préstamo, para la presentación de ofertas en licitaciones internacionales¹⁸⁹.

El plazo que en definitiva se otorgue para la preparación y entrega o recepción de las ofertas "deberá determinarse teniendo debidamente en cuenta las características especiales del proyecto y la magnitud y complejidad del contrato"¹⁹⁰ y "la distancia entre el sitio del proyecto y los lugares de donde pueden esperarse oferta"¹⁹¹, en el caso del SPSC, del domicilio de los inscritos en el Registro Especial.

2.3.4.- Postergación de la recepción y apertura de las ofertas

La Dirección podrá postergar la fecha de recepción y apertura de las propuestas, mediante la dictación de una circular aclaratoria (subcláusula 2.19.3 de las BALI). A esta circular aclaratoria le es plenamente aplicable todo lo que dijéramos a propósito de esta institución, al tratar de los Antecedentes de la Licitación.

En este caso, todos los derechos y obligaciones de la Administración y de los proponentes se entenderán prorrogados hasta la nueva fecha de recepción y apertura de las propuestas.

Si el contrato licitado cuenta con financiamiento internacional público, será necesaria la conformidad previa de los organismos financieros¹⁹².

2.3.5.- Documentos que constituyen la propuesta

Los documentos que integran la propuesta deberán presentarse en idioma español,

¹⁸⁹ El Contrato de Préstamo 613/OC-CH (Anexo B, párrafos 3.29 y 3.30) fija plazos mínimos para la presentación de ofertas en licitaciones internacionales; y en su párrafo 3.31 establece este plazo para las licitaciones circunscritas al ámbito nacional. Las "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF" (Op. cit. Párrafo 2.44, pp. 26-27) fija plazos mínimos para las licitaciones internacionales, idénticos a los establecidos en el Contrato de Préstamo 613/OC-CH.

¹⁹⁰ "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF". Op. cit. Párrafo 2.44, p. 26.

¹⁹¹ "Normas para Adquisiciones con Préstamos del BID". Op. cit. Párrafo 3.1, p. 18.

¹⁹² Contrato de Préstamo 613/OC-CH, Anexo B, párrafo 3.33. "Normas para Adquisiciones con Préstamos del BID". Op. cit. Párrafo 2.1, p. 12. "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF". Op. cit. Apéndice 1, párrafo 2, a), p. 40.

dentro de en un sobre sellado, denominado "Sobre de la Propuesta" (subcláusulas 2.12.1 y 2.10.1 de las BALI). En el interior de este sobre se incluirán otros dos sobres sellados, uno caratulado "Documentos Anexos" y otro "Propuesta" (subcláusula 2.18.1 de las BALI). El sobre exterior y los interiores deberán tener un rotulado determinado, especificado en la subcláusula 2.18.2 de las BALI. Si alguno de estos sobre no está sellado y rotulado adecuadamente, la Dirección no asumirá responsabilidad alguna por cualquier problema que pudiera suscitarse, incluyendo su apertura en un momento que no corresponda a la fecha y hora fijada para la propuesta (subcláusula 2.18.3 de las BALI).

Cada sobre interior contendrá en triplicado (original más dos copias o fotocopias) los documentos de la propuesta (subcláusula 2.17.1 de las BALI). Cada juego de antecedentes debe ser identificado claramente según se trate del original o de una copia. En caso de cualquier discrepancia entre ellos, prevalecerá lo consignado en el original. El original de la propuesta deberá estar escrito a máquina o con tinta. Tanto el original como las copias o fotocopias deberán entregarse firmadas por una persona o personas debidamente autorizada(s) por el proponente (subcláusula 2.17.2 de las BALI).

La propuesta deberá presentarse sin alteraciones, interlíneas o enmiendas, excepto en aquellos casos que respondan a instrucciones emitidas por la Dirección, o según sea necesario para corregir errores involuntarios del proponente, en cuyo caso tales correcciones deberán ser firmadas con las iniciales de la persona o personas que firman la propuesta (subcláusula 2.17.3 de las BALI).

Cada proponente podrá presentar una sola propuesta para cada proyecto, salvo en caso de propuestas por grupo de obras (subcláusula 2.17.4 de las BALI).

Si un consorcio presenta ofertas por una obra individual, las empresas que lo integren, aún cuando estén precalificadas en el Registro Especial individualmente, no podrán presentar propuestas individualmente por la misma obra, ni en forma individual ni por grupo de obras (subcláusulas 2.17.4 y 2.3.2 de las BALI). Esta disposición tiene por objeto evitar que se presente una competencia sólo aparente, irreal.

A continuación, nos extenderemos acerca de los documentos que integran la propuesta, agrupándolos bajo el epígrafe del sobre en el cual deben incluirse.

a) Sobre "Documentos Anexos"

1.- Nómina de contratos en ejecución. Entre los documentos de la propuesta debe figurar una nómina de los contratos de obra que el proponente tenga en ejecución (Art. 68, letra a) del RCOP y subcláusula 2.12.2, Doc. A1 de las BALI), ya que estos contratos afectan la capacidad financiera del proponente para la ejecución del contrato que pretende que se le adjudique.

La nómina exigida en las BALI y en RCOP difieren en dos puntos:

- i) Según las BALI, en esta nómina se incluirán los contratos de obras en ejecución, tanto con instituciones o empresas del sector privado como con el Fisco, servicios, organismos, instituciones o empresas del Estado, Fiscales, Semifiscales, Municipales o autónomas y sociedades en que el Estado tenga representación o aporte. El RCOP en cambio no considera los contratos con instituciones o empresas del sector privado.
- ii) En el RCOP sólo se consideran los contratos con "sociedades en que el Estado tenga representación o aporte mayoritario", mientras que en las BALI es irrelevante el porcentaje de la representación o aporte del Estado en las sociedades con las que se haya contratado.

En este documento, el oferente indicará los contratos de obra que tenga en ejecución con sus montos iniciales, obra ejecutada y saldo por ejecutar, en valores actualizados de acuerdo al último índice conocido que afecte el reajuste de dichos contratos. Como las BALI admiten proponentes extranjeros, se preocupan de regular la moneda en que se deberán expresar los valores indicados¹⁹³.

En caso que la nómina presentada por el oferente no fuere completa y hubiese que agregar obras a la nómina, la Dirección determinará si la capacidad financiera exigida, resultante de la incorporación pertinente, es suficiente para ejecutar las obras. Si no lo fuese, será causal suficiente para no considerar o rechazar la propuesta (Art. 68, inc. final, RCOP).

2.- Declaración. Tanto el RCOP como las BALI exigen que los proponentes acompañen una declaración en los siguientes términos:

- i) Haber estudiado todos los antecedentes y verificado la concordancia entre sí de los planos, especificaciones técnicas y presupuesto oficial en los casos en que éste se entregue antes de la propuesta (Art. 68, inc. 1º, letra d), N° 1, RCOP y subcláusula 2.12.2, Doc. A2 de las BALI);
- ii) Renunciar expresamente a alegar desconocimiento de las características del área en que se emplazan las obras, sean estas de orden topográfico, geológico o hidrológico o bien relativas a las condiciones de acceso y abastecimiento de la faena y otras que incidan directamente en la ejecución de las obras (Art. 68, inc. 1º, letra d), N° 2 y 3, RCOP y subcláusula 2.12.2, Doc. A2 de las BALI); y,
- iii) Estar conforme con las condiciones generales del proyecto (Art. 68, letra d), N° 4, RCOP y subcláusula 2.12.2, Doc. A2 de las BALI).

En el caso que el proponente no esté conforme con estas condiciones, podrá hacer presente las observaciones que crea conveniente y si la Dirección las acoge, enviará una nota aclaratoria a los proponentes interesados en la licitación (Art. 68, inc. 1º, letra d), N° 4, RCOP).

3.- Certificado de capacidad financiera total. La capacidad financiera total del proponente sirve de base para el cálculo de su capacidad financiera disponible, que es la verdaderamente relevante para el contrato que se licita.

Según el RCOP, la capacidad financiera total se acredita mediante un certificado otorgado por el Registro de Obras Mayores o Menores, según sea el caso, basado en los antecedentes presentados para la inscripción o renovación (Arts. 69, inc. final y 52, RCOP). Las BALI disponen que esta capacidad se compruebe por medio de un certificado extendido por el proponente y suscrito por su contador o auditor (subcláusula 2.12.2, Doc. A3)¹⁹⁴; en todo caso, la Dirección está facultada para solicitar a cualquiera de los proponentes, antes de adjudicar la propuesta, una ratificación de su capacidad financiera total, emitida por una empresa auditora externa inscrita en la Superintendencia de Valores y Seguros de Chile, o su similar del país de origen de la mencionada firma auditora.

Las BALI, además, contienen normas particulares relativas a la capacidad financiera

¹⁹³ Las empresas o consorcios nacionales deberán expresar estos valores en pesos chilenos; las empresas o consorcios extranjeros lo harán en las monedas en que efectivamente se cancelan y en su equivalente en dólares estadounidenses; los consorcios mixtos, deberán aportar los antecedentes señalados, en la moneda que corresponda, esto es, en pesos chilenos para las empresas nacionales y en las monedas que efectivamente se haga el pago y su equivalente en dólares, para las empresas extranjeras.

¹⁹⁴ Este certificado no podrá tener una antigüedad superior a 60 días, ni podrá basarse en antecedentes fechados con más de un año de anticipación, en ambos casos, a contar de la fecha de apertura de las propuestas.

total de los distintos posibles proponentes¹⁹⁵.

4.- Capacidad financiera disponible. Es condición indispensable para participar en una licitación acreditar una capacidad económica o financiera disponible mínima. En el RCOP esta capacidad es del 15% del valor del presupuesto oficial o estimativo, según sea el caso (Art. 69). Según las BALI, los proponentes deberán acreditar una capacidad financiera disponible igual o superior al 20% del monto de su oferta.

La forma en que se determina esta capacidad es, en el RCOP, el capital acreditado ante el respectivo Registro de Obras, disminuido en un 15% del saldo financiero reajustado de todas las obras que tenga contratadas para ser ejecutadas durante los 12 meses siguientes a la fecha de apertura de la licitación (Art. 69, inc. 3º). Y en las BALI (subcláusula 2.12.2, Doc. A4) esta capacidad corresponde a la capacidad financiera total disminuida en un 20% de los saldos de obras en ejecución; en la misma subcláusula se regula cada uno de los componentes que determinan la capacidad financiera disponible (capacidad financiera total¹⁹⁶ y saldos de obras en ejecución¹⁹⁷).

5.- Planificación general de la obra. Entre los documentos de la oferta, el proponente debe formular precisiones en cuanto a la forma en que llevaría a cabo la obra en el caso de ser favorecido.

Este documento deberá contener:

- i) La identificación de los supuestos de trabajo, los métodos y secuencias constructivas bajo los cuales se abordará la ejecución de las obras (subcláusula 2.12.2, Doc. A5, letra a) de las BALI).
- ii) El Programa de Trabajo, en formato especial que se entregará para este efecto (Art. 72, inc. 2º, letra a), RCOP). En las BALI se exige presentar además del Programa de Trabajo, una carta Gantt¹⁹⁸ (subcláusula 2.12.2, Doc. A5, letra b) de las BALI).
- iii) Los detalles de equipos y maquinaria, propias o arrendadas, que se prevé utilizar en las diversas faenas para dar cumplimiento al Programa de Trabajo (Art. 68, inc. 1º, letra c), RCOP y subcláusula 2.12.2, Doc. A5, letra a) de las BALI).
- iv) Identificación y localización de los yacimientos de materiales que se consulta utilizar, sus características, etc. (subcláusula 2.12.2, Doc. A5, letra d) de las BALI).
- v) Además, el contratista a quien se le haya adjudicado la obra, deberá presentar una programación CPM¹⁹⁹ de ella y un programa mensual de inversiones, en un plazo no superior a 30 días de iniciado el contrato (Art. 72, inc. 2º, letra b), RCOP y subcláusula 2.12.2, Doc. A5 de las BALI).

Entre las normas citadas observamos una diferencia. El RCOP exige que junto con la

¹⁹⁵ Para los consorcios en formación, el certificado deberá referirse a la capacidad financiera de cada empresa componente del mismo. Los proponentes nacionales deberán presentar el certificado expresado en pesos chilenos y los extranjeros y consorcios mixtos deberán presentarlo en valores expresados en dólares estadounidenses.

¹⁹⁶ La fórmula empleada en las BALI para determinar la capacidad financiera total es idéntica a la que se emplea en el RCOP para determinar la capacidad económica mínima necesaria para inscribirse en el Registro de Obras Mayores o Menores (Arts. 22 y 51).

¹⁹⁷ Este saldo se determina en función de los antecedentes proporcionados por el oferente en la nómina de contratos en ejecución.

¹⁹⁸ La carta gantt es la malla en que se representa, mediante gráficos de barras, la época de inicio y término de las distintas actividades que involucra la realización de la obra.

¹⁹⁹ Una programación CPM (*Critical Pat Method*) es aquel método en que, a través de una malla, se representan todas las actividades y sus relaciones de inicio y término recíprocos. Ella permite detectar las tareas que se podrían transformar en cuellos de botella para el desarrollo en tiempo oportuno de la obra.

oferta se presente siempre un programa mensual de inversiones, mientras que en las BALI ello ocurrirá sólo si en la "Invitación a Licitación Internacional e Instrucciones Particulares para Preparar y Presentar la Propuesta" se exige expresamente su presentación, es decir que en el silencio de este documento, el oferente no estaría obligado a presentar, con su propuesta, un programa de inversiones.

6.- Componente extranjera y moneda de pago. Dado que en los contratos regidos por las BALI, los proponentes extranjeros y los consorcios mixtos pueden solicitar el pago de un porcentaje del contrato en moneda extranjera, es necesario que, si desean hacer uso de este derecho, junto con su propuesta declaren los coeficientes, monedas, factores e índices propuestos para ello, según el detalle que se señala en la subcláusula 2.12.2, Doc. A6 de las BALI.

2º) Sobre "Propuesta"

Con el objeto de uniformar el procedimiento, la Administración entrega formularios especiales para la presentación de las ofertas. En estos formularios, la Administración resume los puntos esenciales de los Antecedentes de la Licitación, que el licitante debe convertir en condiciones de su oferta. "De esta manera se facilita a los órganos competentes la apreciación y comparación de las propuestas"²⁰⁰.

Estos formularios son los siguientes:

- 1.- Formulario de la Propuesta. En él el proponente señalará el precio, expresado en pesos chilenos, que pretende percibir por la ejecución de la obra conforme a los Antecedentes de la Licitación.
- 2.- Formulario Presupuesto de la Obra.
- 3.- Análisis de Precios Unitarios Considerados en la Oferta. En este documento el contratista debe especificar y señalar el valor de cada uno de los componentes de los precios unitarios que ofrece. Este documento sólo tendrá un carácter informativo para la evaluación de la propuesta, pero al igual que los otros documentos será parte integrante del contrato (subcláusula 2.12.3 de las BALI).

Los formularios que hemos numerado como 1 y 2 los entregará la Dirección al contratista -firmados por el funcionario competente- conjuntamente con los Antecedentes de la Licitación y ellos, convenientemente llenados, deberán necesariamente ser presentados como parte de la oferta. Mientras que el formulario que hemos signado con el número 3, la Administración lo entrega -sin firma de funcionario alguno- como ejemplo que los proponente pueden seguir o no; pueden presentar el análisis de precios unitarios utilizando el formulario que se les entrega conjuntamente con los Antecedentes de la Licitación, o bien empleando un esquema distinto.

Todos estos documentos deberán expresarse en pesos chilenos, sin considerar centavos (subcláusula 2.14.1 de las BALI).

2.3.6.- Propuesta por grupo de obras

Si el documento "Invitación a Licitación Internacional e Instrucciones Particulares para Preparar y Presentar la Propuesta" consulta oferta por grupo de obras, los proponentes que posean la capacidad financiera exigida, podrán presentar ofertas por el grupo de obras allí definido (subcláusula 2.11.1 de las BALI), y si así lo hacen deberán además presentar ofertas independientes

²⁰⁰ Boquera Oliver, José María. Op. cit. p. 99.

para cada uno de los proyectos que integran el grupo respectivo, considerando que la Dirección podría adjudicarle sólo uno de los proyectos (subcláusula 2.11.3 de las BALI).

Los proponentes que opten por hacer una oferta de este tipo deberán presentar los documentos anexos que correspondan al grupo de obras. No será necesario incluir entre los "Documentos Anexos del grupo de obras", aquellos que hemos identificado en el acápite anterior a propósito del contenido del sobre "Documentos Anexos", con los números 1, 2, 3 y 4, siendo válidos los documentos correspondientes presentados en las ofertas individuales. Pero, será preciso entregar para cada proyecto del grupo los documentos identificados con los números 5 y 6, adecuándolos en lo que sea necesario para la oferta por el grupo de obras (subcláusula 2.12.4 de las BALI).

Estos proponentes deberán presentar los formularios "Propuesta por el grupo de obras", "Presupuesto de las Obras" y, "Análisis de precios unitarios considerados en la oferta", uno para cada proyecto del grupo (subcláusula 2.12.5 de las BALI).

2.3.7.- Propuestas con alternativas

La subcláusula 2.12.6 de las BALI prevee la posibilidad que la Administración solicite propuestas con alternativas.

La regulación de este tipo de propuestas se encuentra en los Arts. 75 y 101 del RCOP.

De solicitarse este tipo de propuestas en el SPSC, y no existiendo norma especial en las BALI, éstas deberán presentarse en la forma que indica el Art. 75 del RCOP, es decir, por suma alzada, por lo que a tales propuestas y eventuales contratos no les serían aplicable la normativa de las BALI, ya que ellas, conforme a su cláusula 1.1, inc. final, rigen contratos licitados bajo el sistema de serie de precios unitarios. En consecuencia, sería preciso la dictación de bases administrativas especiales que regularan estas propuestas.

Si dentro del ámbito de las BALI se solicitan ofertas con modificaciones, su forma de presentación y documentos que la constituyan, se indicará en el documento "Invitación a Licitación Internacional e Instrucciones Particulares para Preparar y Presentar la Propuesta" o mediante circulares aclaratorias.

2.3.8.- Validez de la propuesta

Tratándose de licitaciones públicas internacionales, se exige a los proponentes la presentación de ofertas que permanezcan vigentes durante un período especificado en el llamado a licitación y suficiente para permitir al Licitador terminar la comparación y evaluación de las ofertas, examinar con el o los organismos financieros la recomendación relativa a la adjudicación y obtener todas las aprobaciones necesarias, de manera que el contrato pueda adjudicarse dentro de ese período²⁰¹.

Dentro de este marco, las BALI disponen que las propuestas deberán permanecer válidas por un plazo de 90 días a contar de la fecha de apertura de la licitación (subcláusula 2.15.1), y a ello se obliga expresamente el licitante en su propuesta.

Si un proponente retira su propuesta durante el período de validez, natural o prorrogado, será suspendido por 2 años del Registro Especial del SPSC y de todo otro Registro de

²⁰¹ "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF". Op. cit. Párrafo 2.13. p. 16.

Contratistas del MOP (subcláusulas 2.16.1 y 2.21.4 de las BALI).

2.3.8.1.- Prórroga del plazo de validez de las propuestas

Es recomendable que la Administración licitadora termine la evaluación de las ofertas y la adjudicación dentro del período inicial de validez, de modo que no sean necesarias las prórrogas²⁰². Sólo en casos especiales y siempre antes del vencimiento del plazo de validez de las propuestas, la Dirección puede solicitar a los proponentes una prórroga de dicho plazo. Esta solicitud deberá hacerse por escrito.

Un proponente puede excusarse de aceptar la solicitud de prórroga, sin que por ello se le apliquen las sanciones que correspondan al retiro de la propuesta durante el plazo de validez (subcláusula 2.15.2 de las BALI). Pero una vez adjudicado el contrato, el proponente favorecido está obligado a prorrogar la validez de su oferta, en caso necesario y a solicitud de la Dirección, hasta por un período de 45 días (subcláusula 2.30.2 de las BALI).

Cuando se solicite una prórroga del período de validez de las ofertas, no se deberá pedir ni permitir que los proponentes cambien el precio u otras condiciones de sus ofertas²⁰³.

Si el contrato licitado cuenta con financiamiento público internacional, la prórroga de validez de las ofertas deberá notificarse a los organismos financieros²⁰⁴.

2.3.9.- Garantía de seriedad de la propuesta

Corresponde a la Dirección decidir si se exigirá o no garantía de seriedad de la oferta (Art. 72, inc. final, RCOP).

En el evento que en el SPSC se exigiera este tipo de garantía, ella debería ajustarse a las disposiciones genéricas contenidas en el Contrato de Préstamo 613/OC-CH, Anexo B, párrafo 3.27 y en las "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF", párrafo 2.14.

En las licitaciones regidas por las BALI no se exige la presentación de garantía de seriedad de la propuesta. Pero ello no significa que, el proponente que retire su oferta durante el período de validez de ella, o no suscriba y protocolice el decreto o resolución que sanciona el contrato, o no entregue oportunamente las garantías y pólizas de seguro por daños a terceros exigidas en las BALI, no reciba sanción alguna. En todos los casos indicados la sanción es la misma: la suspensión del proponente por dos años del Registro Especial de Contratistas del SPSC y de todo otro Registro de Contratistas del MOP.

2.3.10.- Propuestas entregadas anticipadamente

Las BALI posibilitan que las ofertas, a riesgo del proponente, sean enviadas anticipadamente a la dirección que en ellas se indica.

Estas propuestas se considerarán recibidas oportunamente siempre que ingresen a la Oficina de Partes de la Dirección de Vialidad hasta una hora antes del inicio del acto de apertura

²⁰² "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF". Op. cit. Párrafo 2.59, p. 31.

²⁰³ "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF". Op. cit. Párrafo 2.59, p. 31.

²⁰⁴ "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF". Op. cit. Párrafo 2.59, p. 31.

(subcláusula 2.19.2 de las BALI), en caso contrario la propuesta será devuelta sin abrir (subcláusula 2.20.1 de las BALI). En el acto de recepción y apertura, el Oficial de Partes de la Dirección de Vialidad hará entrega de las propuestas recibidas anticipadamente y dentro de plazo.

Los proponentes que entreguen anticipadamente su propuesta, tienen la ventaja que podrán modificarla o retirarla, cumpliendo los requisitos que señalan las subcláusulas 2.21.1 y 2.21.2 de las BALI.

Las propuestas para las cuales se haya presentado una notificación aceptable de retiro, se devolverán sin abrir, durante el acto de apertura de las propuestas (subcláusula 2.22.2 de las BALI).

Ninguna propuesta podrá modificarse después de la fecha y hora fijada para la apertura de la propuesta (subcláusula 2.21.3)²⁰⁵. Acerca de este punto, las "Normas para Adquisiciones con Préstamos del BID", en su párrafo 3.3, expresan que "no se permitirá a ningún licitador modificar su oferta después que ésta haya sido abierta".

Pensamos que es más acertada la redacción de las BALI, por cuanto, interpretando literalmente el párrafo transcrito de las "Normas para Adquisiciones con Préstamos del BID", sería posible que un proponente modificase su propuesta durante el acto de apertura, con tal que lo hiciese antes de que su propuesta sea abierta, aun cuando ya se hubiese abierto otra u otras propuestas, lo cual es contradictorio con la política general del BID, que promueve y defiende la igualdad entre los proponentes.

2.4.- Recepción y apertura de las propuestas

Las BALI establecen una ceremonia única para la recepción y apertura de las propuestas, según se desprende claramente de las subcláusulas 2.19.1, 2.19.2 y 2.22.1.

Las ofertas serán recibidas y abiertas por la Dirección en el lugar que se indique en la "Invitación a Licitación Internacional e Instrucciones Particulares para Preparar y Presentar la Propuesta", en la fecha y hora original o prorrogada válidamente²⁰⁶.

La recepción y apertura de las propuestas se realiza en un acto público al que pueden asistir todos los proponentes que lo deseen, personalmente o representados (subcláusulas 2.19.1 y 2.22.1 de las BALI). Además, a este acto pueden asistir los representantes de las entidades que han facilitado los recursos para el SPSC, los que están facultados para examinar las ofertas²⁰⁷.

Conforme a la subcláusula 2.22.1 de las BALI, durante el acto de apertura la Dirección dará a conocer:

1.- El presupuesto oficial²⁰⁸.

²⁰⁵ En igual sentido, las "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF", cuyo párrafo 2.46 expresa que no se permitirá a ningún proponente modificar su oferta "después de que se haya abierto la primera. (Op. cit. p. 27). La primera oferta se abrirá en la fecha y hora fijada para ello en el documento "Invitación a Licitación Internacional e Instrucciones para Preparar y Presentar la Propuesta".

²⁰⁶ Por ejemplo, el acto de recepción y apertura de las propuestas relativas a la obra "Reposición ruta 5 norte, sector Longotoma-Puente El Chivato", fue fijado para "el día 22 de Febrero de 1994, a las 16 horas, en la Oficina del señor Director de Vialidad, Morandé N° 59, segundo piso, Santiago, Chile" ("Invitación a Licitación Internacional e Instrucciones para Preparar y Presentar la Propuesta", cláusula 2.19. Publicada en los diarios Oficial de la República de Chile y El Mercurio de Santiago, ambos de fecha 30 de Diciembre de 1993).

²⁰⁷ Contrato de Préstamo 613/OC-CH. Anexo B, párrafo 3.36.

²⁰⁸ El presupuesto oficial es el estudio detallado efectuado por la Dirección de las cantidades, precios unitarios y precio total previsto para una obra y que representa su opinión sobre su valor (Art. 4, N° 21, RCOP y cláusula 1.2, N° 17 de las BALI).

El RCOP permite que la Dirección entregue el presupuesto oficial a los interesados en alguna de las distintas oportunidades que su Art. 73 regula. Conforme a este artículo, en las licitaciones regidas por las BALI, el presupuesto oficial se mantiene en reserva hasta el acto de apertura de las propuestas, oportunidad en que se dará a conocer.

2.- Los nombres de los proponentes y el valor total de cada una de las propuestas. Estos datos se obtendrán de cada propuesta.

3.- Las notificaciones recibidas en cuanto a modificaciones y retiros, si las hubiere.

4.- Otros detalles similares, según lo estime apropiado.

Una vez abiertas las propuestas "se leerá en voz alta el nombre de los oferentes, el precio de cada oferta y el plazo y monto de las garantías, así como cualquier modificación substancial que se hubiere presentado por separado, dentro del plazo, pero con posterioridad a la presentación de la oferta principal"²⁰⁹.

Primeramente se abre el sobre rotulado "Documentos Anexos", de cada uno de los proponentes. En este momento se procede a verificar si todos los sobres incluyen cada uno de los antecedentes solicitados en las bases administrativas. Su revisión y análisis se efectuará posteriormente (Art. 77, inc. 2º, RCOP).

A los proponentes, cuyos sobres "Documentos Anexos" no contengan todos los antecedentes pertinentes, les será devuelto, sin abrir, el sobre rotulado "Propuesta" (Art. 77, inc. 3º, RCOP).

Posteriormente se procede a abrir el sobre "Propuesta", de aquellos proponentes que incluyeron en el sobre "Documentos Anexos" todos los antecedentes requeridos (Art. 77, inc. 4º, RCOP).

Del acto de recepción y apertura se levanta un acta, en la que se individualizan las propuestas recibidas y se deja constancia de las observaciones o reclamos de los interesados (Art. 78, inc. 1º, RCOP y subcláusula 2.22.3 de las BALI). "El acta de apertura será firmada por los funcionarios autorizados y por los proponentes o sus representantes que deseen hacerlo" (Art. 78, inc. final, RCOP).

Conforme a los términos en que se encuentra redactada la subcláusula 2.22.3 de las BALI, los representantes de los proponentes que asistan, pero no los proponentes que concurren personalmente, tienen la obligación de firmar el acta, ya que, refiriéndose a los representante emplea la expresión "deberán firmar".

Los proponentes que planteen observaciones o reclamos en el acto de apertura deberán fundamentarlos por escrito, ingresando una presentación en la Oficina de Partes de la Dirección dentro del primer día hábil siguiente a la fecha de apertura, si así no lo hicieren, se entenderá que se desisten de su observación o reclamo (Art. 78, inc. 2º, RCOP y subcláusula 2.22.3 de las BALI).

2.5.- Evaluación de las propuestas

La evaluación de las ofertas es una etapa de enorme importancia, porque determina

²⁰⁹ Contrato de Préstamo 613/OC-CH. Anexo B, párrafo 3.36. En sentido similar las "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF". Op. cit. Párrafo 2.45. p. 27.

cuál será el proponente a quien se le adjudicará el contrato.

La evaluación de las propuestas la realiza internamente la Administración, con el objeto de determinar el valor que para ella representa cada propuesta, de manera tal que pueda establecer una comparación válida entre todas las presentadas que reúnan las condiciones requeridas y determinar si acepta alguna y cuál. En otras palabras, en esta etapa se busca determinar:

- 1º) Si cada propuesta cumple con los requisitos exigidos en los Antecedentes de la Licitación; y,
- 2º) Determinar el valor que para la Administración representa cada propuesta y cuál de ellas le es más conveniente.

En consecuencia, se realiza una labor de análisis, valorización y comparación para determinar la oferta más conveniente.

2.5.1.- Criterios conforme a los cuales se realiza la evaluación

Uno de los principios fundamentales de la licitación internacional, recogido en los Contratos de Préstamo Internacionales, consiste en que las propuestas deberán evaluarse exclusivamente con arreglo a los factores estipulados en los documentos o antecedentes de licitación, y dárseles a ellos la ponderación o peso indicado en éstos²¹⁰.

En todo caso, estos factores deberán establecerse en función de poder concretar un contrato que permita llevar a cabo el SPSC de "acuerdo con prácticas de ingeniería, administrativas, ambientales, económicas y financieras adecuadas"²¹¹.

El párrafo 3.39, Anexo B del Contrato de Préstamo 613/OC-CH, señala que además del precio de la propuesta, ajustado para corregir errores aritméticos, el licitante podrá tener en cuenta otros factores pertinentes para determinar la propuesta evaluada como la más baja. Estos otros factores pueden ser "la fecha de terminación de la construcción o entrega; los costos operativos y de mantenimiento cuando corresponda, o la eficiencia y compatibilidad del equipo; la disponibilidad de servicios y piezas de repuesto; en los casos en los que se hubieren solicitado propuestas para todas las partes de un proyecto, las ventajas de adjudicar todo el contrato a un solo licitante y la confiabilidad de los métodos de construcción propuestos"²¹².

Los otros factores deberán expresarse preferiblemente en dinero o, como mínimo, dárseles una ponderación relativa de conformidad con los criterios especificados en los documentos de licitación, para facilitar una comparación entre las distintas propuestas.

En consecuencia, el principal factor que debe considerarse al evaluar las propuestas es el precio de las mismas y eventualmente otros factores, siempre que figuren en los Antecedentes de la Licitación.

En los contratos de préstamo vinculados al SPSC encontramos otras pautas relativas a la evaluación:

²¹⁰ En este sentido el Contrato de Préstamo 613/OC-CH, Anexo B, párrafo 3.39, letra (a). "Normas para Adquisiciones con Préstamos del BID". Op. cit. Párrafos 2.1 y 3.7. p. 12 y 20, respectivamente. "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF". Op. cit. Párrafo 2.51. pp. 28-29.

²¹¹ Convenio de Préstamo 3.120-CH, Art. IV, sección 4.02.

²¹² "Normas para Adquisiciones con Préstamos del BID". Op. cit. Párrafo 3.7. p. 20. En igual sentido las "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF". Op. cit. Párrafo 2.51. p. 39.

1.-No deberá considerarse el monto del reajuste de precio incluido en las propuestas, si lo hubiere²¹³;
2.- La moneda o monedas en que se efectuará el pago del precio de la propuesta, si fuere aceptada, "deberá valorarse en términos de una sola moneda", seleccionada por el Licitador para la comparación de todas las propuestas y especificada en los documentos de licitación. Los tipos de cambio a utilizarse en dicha evaluación serán los tipos de venta publicados por fuente oficial y aplicables a transacciones semejantes el día en que se abran las propuestas o en fecha posterior (30 ó 60 días después de abiertas las propuestas) tal como se estipule en el llamado a licitación²¹⁴.

Las BALI, por su parte, señalan que el contrato será adjudicado "al proponente cuya propuesta haya sido evaluada como la de menor costo después de efectuadas las eventuales correcciones de errores aritméticos". En otros términos, la evaluación de las propuestas se hará exclusivamente sobre la base del precio de ellas, sin considerar otros factores. Sin perjuicio de lo que se dirá más adelante a propósito de la adjudicación.

2.5.2.- Supervisión del ente financiero internacional

Si bien la evaluación la realiza internamente la Administración, tratándose de contratos financiados internacionalmente, es política de los organismos financieros exigir que el resultado de ella se les ponga en conocimiento para su supervisión. Para lo cual, en el Contrato de Préstamo se exige que el prestatario prepare un informe detallado sobre el análisis, evaluación y comparación de las propuestas, exponiendo las razones precisas en que se basa la recomendación para la adjudicación del contrato. Dicho informe es sometido a consideración del ente financiero antes de adjudicarse el contrato²¹⁵.

El Contrato de Préstamo 613/OC-CH es más específico. Señala que si el Banco determina que el proyecto de adjudicación no se ajusta a las disposiciones contenidas en el respectivo contrato, informará inmediatamente al Licitador acerca de su determinación, señalando las razones para ello. Salvo que puedan subsanarse las objeciones presentadas por el Banco, el contrato no será elegible para financiamiento y consiguientemente el Banco podrá cancelar el monto del Financiamiento que en su opinión, corresponda a los gastos declarados no elegibles²¹⁶.

2.5.3.- Confidencialidad del proceso de evaluación

Después de la apertura de las propuestas, la información relacionada con el examen, aclaración, evaluación y comparación de ellas, así como las recomendaciones relacionadas con su adjudicación, no deberán ser dadas a conocer a los postores u otras personas relacionadas hasta que se haya anunciado la adjudicación del contrato a uno de los proponentes (subcláusula 2.23.1 de las

²¹³ Contrato de Préstamo 613/OC-CH, Anexo B, párrafo 3.39, (a), y "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF". Op. cit. Párrafo 2.50, p. 28.

²¹⁴ Contrato de Préstamo 613/OC-CH, Anexo B, párrafo 3.39, (b).

²¹⁵ Contrato de Préstamo 613 OC-CH, Anexo B, párrafos 1.04, (a) y 3.41 y Convenio de Préstamo 3.120-CH, Anexo 4, Sección I, Parte D, N° 2.

²¹⁶ Contrato de Préstamo 613/OC-CH, Anexo B, párrafo 3.41.

BALI)²¹⁷.

Cualquier intención de un proponente para influenciar a la Dirección en el proceso de examen, aclaración, evaluación y comparación de las propuestas y en las decisiones relacionadas con la adjudicación del contrato, pueden dar como resultado el rechazo de su propuesta (subcláusula 2.23.2 de las BALI).

2.5.4.- Aclaración de propuestas

Para ayudar en el examen, evaluación y comparación de las propuestas, la Dirección puede solicitar individualmente a los proponentes aclarar sus propuestas (Art. 79, RCOP y subcláusulas 2.24.1 y 2.25.1 de las BALI).

La solicitud de aclaración y su respuesta deberán hacerse por escrito o por cable.

Ya hemos señalado que las propuestas no pueden modificarse después de la fecha y hora fijada para su apertura, consecuente con ello las aclaraciones no pueden significar la alteración de la esencia de la oferta o el precio de la misma, así como no pueden llevar a la violación del principio de igualdad de los licitantes (Art. 78, RCOP y subcláusula 2.25.1 de las BALI). Sobre este punto, las BALI en la subcláusula 2.24.1 disponen que las aclaraciones no pueden tener por objeto tratar de obtener, ofrecer o permitir un cambio en el precio o naturaleza de la propuesta, con la sola excepción que se solicite confirmar la corrección de errores aritméticos que hayan sido descubiertos por la Dirección durante la evaluación de las propuestas.

Los aspectos apuntados representan límites a esta institución, los que en idénticos términos encontramos en los contratos de préstamo²¹⁸.

2.5.5.- Cumplimiento de los Antecedentes de la Licitación

Acerca de este punto, podemos sentar el siguiente principio fundamental: Toda propuesta debe cumplir sustancialmente con los requerimientos establecidos en los Antecedentes de la Licitación. Este acatamiento no se refiere a los aspectos formales, accesorios o de detalles.

Corresponde a la Dirección determinar si una propuesta cumple o no sustancialmente con estos requerimientos (subcláusula 2.25.1 de las BALI).

Las mismas BALI, en la subcláusula 2.25.2, se encargan de indicar cuando una propuesta cumple sustancialmente con los requerimientos de los Antecedentes de la Licitación. Esto ocurre cuando una propuesta cumple todos los términos, condiciones y especificaciones de los Antecedentes de la Licitación, sin alejarse ni hacer salvedades materiales. Esto último acontece cuando se afecta en cualquier forma sustancial el alcance, calidad o realización de las obras, o se limita en cualquier forma sustancial, incompatible con los Antecedentes de la Licitación los derechos de la Dirección o las obligaciones de los proponentes, y la rectificación de esta desviación o reserva podría afectar injustamente la posición competitiva de los proponentes que presentaron propuestas que cumplen sustancialmente las exigencias.

²¹⁷ Esta disposición es armónica con la contenida en el Contrato de Préstamo 613 OC-CH, Anexo B, párrafo 3.32 y en las "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF". Op. cit. Párrafo 2.47. pp. 27-28.

²¹⁸ Contrato de Préstamo 613/OC-CH, Anexo B, párrafo 3.37. "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF". Op. cit. Párrafo 2.46. p. 27.

El Contrato de Préstamo 613/OC-CH contiene disposiciones que recogen el principio expuesto. El párrafo 3.40, Anexo B, posibilita que el Licitador admita ofertas que presenten defectos de forma o errores evidentes, "siempre que estos defectos no sean sobre cuestiones de fondo ni su corrección altere el principio de igualdad de los proponentes".

Aquellas propuestas que no cumplan sustancialmente los Antecedentes de la Licitación serán rechazadas²¹⁹, y este incumplimiento no podrá obviarse mediante la corrección o retiro de las desviaciones o reservas que la determinan (subcláusula 2.25.3 de las BALI).

Respecto de la segunda parte de la subcláusula 2.25.1²²⁰ de las BALI, pensamos que, en cuanto faculta a la Dirección para solicitar aclaraciones de las propuestas, sería conveniente eliminarla, porque no hace sino reiterar lo señalado en la subcláusula 2.24.1. Por otra parte, en lo tocante al límite que esta subcláusula impone a esta facultad, que es más amplio al señalado en la subcláusula 2.24.1, pensamos que sería conveniente trasladarla a esta última, ya que en ella se regula especialmente esta institución.

2.5.6.- Corrección de errores aritméticos

Las propuestas son revisadas por la Dirección por si hubiere cualquier error aritmético en el cálculo y suma.

Las BALI establecen un procedimiento para la rectificación de los errores aritméticos. Si existe discrepancia entre el precio unitario y el precio total que resulte de multiplicar el primero por las cantidades de obras correspondientes, prevalecerá el precio unitario y el precio total será corregido. En el caso que exista discrepancia en la suma de los productos señalados anteriormente, regirán los valores corregidos.

Conforme a lo anterior, el valor de la propuesta será el que resulte una vez efectuadas las correcciones indicadas, si procedieren (subcláusula 2.26.1 de las BALI).

2.6.- Adjudicación del contrato

Efectuada la evaluación de las propuestas viene la etapa de la adjudicación del contrato, en la cual la Administración elige, entre los proponentes, al más idóneo para ser su contratante.

La adjudicación es la etapa más importante de la licitación, es precisamente el objetivo que persigue todo procedimiento de selección de contratistas.

En el esquema de la formación de los actos jurídicos, la adjudicación equivale a la aceptación de la oferta.

La declaración de la Administración sobre cuál es el licitante con quien desea contratar no crea ni declara a favor de éste el derecho a ser contratista, pues este derecho existe en los

²¹⁹ Esta misma sanción se contempla en el Contrato de Préstamo 613 OC-CH, Anexo B, párrafo 3.40 y en las "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF". Op. cit. Párrafo 2.48. p. 28.

²²⁰ Subcláusula 2.25.1 de las BALI: "La Dirección determinará si cada Propuesta cumple sustancialmente con los requisitos de los Antecedentes de Licitación, en consideración a los documentos requeridos en la cláusula 2.12.2. La Dirección podrá solicitar a los oferentes aclaraciones con respecto a sus propuestas; éstos no podrán alterar la esencia de la oferta o el precio de la misma, ni violar el principio de igualdad de los licitantes."

particulares desde el momento en que son admitidos en el Registro Especial de contratistas del SPSC. "La elección no es más que condición para el ejercicio del derecho a ser contratista"²²¹.

2.6.1.- Resolución que adjudica el contrato

La adjudicación del contrato se materializa a través de una resolución.

Conforme al RCOP, la Administración no tiene un plazo perentorio para dictar esta resolución, pero si no lo hace dentro de los 30 días siguientes a la fecha de apertura de la licitación, los proponentes podrán desistirse de sus propuestas y retirar los antecedentes presentados, "salvo que las bases administrativas hayan fijado un plazo superior para resolverla" (Art. 80, inc. 2º, RCOP). Esto último es lo que precisamente ocurre en las BALI. La subcláusula 2.27.1, en relación con la subcláusula 2.15.1, fija un plazo de 90 días, contados desde la apertura de la licitación, para que la Dirección adjudique el contrato. Transcurrido este plazo sin que lo haga, los oferentes podrán desistirse de sus propuestas y retirar los antecedentes.

En otros términos, conforme al Art. 80, inc 2º del RCOP, si transcurre el plazo de 30 días que señala, y los proponentes no se desisten de sus propuestas ni retiran los antecedentes, la Administración válidamente podría dictar una resolución adjudicando el contrato.

Pero en el caso de las obras del SPSC la subcláusula 2.30.1 de las BALI dispone que la Dirección notificará al proponente favorecido su decisión de adjudicarle el contrato, "dentro del período de validez de la propuesta, indicado en la cláusula 2.15". Es decir, en las BALI sí existe un plazo perentorio para que la Dirección resuelva la adjudicación, lo que concuerda con lo dispuesto en el párrafo 2.58 de las "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF"

Una vez dictada la resolución que adjudica el contrato, no habrá derecho a desistimiento, ni aún por la demora en su tramitación (Art. 80, inc. 2º, RCOP).

2.6.2.- Criterio de adjudicación

Conforme a la subcláusula 2.27.1 de las BALI, se adjudicará el contrato al proponente cuya propuesta:

- 1º) Cumpla con los requerimientos establecidos en los Antecedentes de la Licitación; y,
- 2º) Haya sido evaluada como la de menor costo, después de efectuadas las eventuales correcciones de errores aritméticos. .

Este criterio concuerda con lo convenido por nuestra República con los organismos financieros. El Contrato de Préstamo 613/OC-CH, Anexo B, en su párrafo 3.42 dispone que "la licitación se adjudicará al oferente cuya propuesta haya sido evaluada como la más baja y se ajuste a los documentos de la licitación". El párrafo 2.58 de las "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF", preceptúa que "el prestatario deberá adjudicar el contrato... al licitante cuya oferta haya sido evaluada como la más baja".

2.6.2.1.- Derecho de la Administración para aceptar cualquiera propuesta

No obstante la claridad de la subcláusula 2.27.1 de las BALI, el punto se complica por lo expuesto en la subcláusula 2.28.1, que señala textualmente: "No obstante lo establecido en la

²²¹ Boquera Oliver, José María. Op. cit. p. 160.

cláusula 2.27, la Dirección se reserva el derecho a aceptar o rechazar cualquier propuesta". En sentido similar, el RCOP faculta a la Administración para aceptar cualquier propuesta, "aunque no ofrezca el precio más bajo, salvo que en las bases administrativas se establezca un sistema de adjudicación" (Art. 81).

Es decir, evaluada una oferta como la de menor costo, la Dirección válidamente podría adjudicar el contrato a un proponente cuya oferta sea de un costo mayor. En otros términos, no existe un criterio objetivo preestablecido para determinar la adjudicación del contrato licitado.

Se ha justificado esta norma en función del interés público que se encuentra involucrado en el contrato de obra pública, ya que "no siempre la propuesta más baja reúne las mejores condiciones para la ejecución de una obra"²²².

Esta norma podría, eventualmente, generar problemas al momento de la supervisión del proceso de elección de la propuesta por el o los organismos financieros internacionales. Ya que la selección de una oferta que no sea la evaluada como la más baja, evidentemente se aparta de lo acordado por la prestataria. En tal caso, se trataría de un gasto que los organismos financieros podrían declarar no elegible y consiguientemente no financiar el contrato²²³.

2.6.3.- Conformidad del Organismo Financiero Internacional

Ya hemos señalado que una vez que la Administración concluye el análisis, evaluación y comparación de las ofertas, debe enviar un informe al respecto a los organismos financieros, proponiéndoles en el mismo el nombre del oferente cuya propuesta pretende aceptar.

Sólo una vez aprobada la selección por los organismos financieros pertinentes, se comunica la adjudicación a todos los proponentes.

Si alguno de los organismos financieros no otorga su conformidad, la adjudicación puede seguirse adelante, pero ese contrato no sería financiado con recursos aportados por el o los organismos que rechazan la adjudicación.

Una cuestión interesante de plantearse es la siguiente: ¿Puede un Licitante disconforme con la adjudicación hecha por el Licitador reclamar ante los Organismos Crediticios que aportan el financiamiento?. Pensamos que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no tendría facultad para hacerlo, ya que no es parte del contrato de crédito externo, y ni éste ni ningún cuerpo normativo le confieren tal derecho. Pero, por otro lado, no podemos desconocer que nada le impediría plantear a tales organismos, por vías extrajudiciales y siempre que ellos estuvieren dispuestos a recibirlo y escucharlo, su punto de vista.

2.6.4.- Notificación de la adjudicación

Una vez que los organismos financieros han aprobado el proyecto de notificación de la adjudicación, la Dirección comunicará el acto de adjudicación a todos los proponentes, en el domicilio que hayan señalado, dentro de los tres días hábiles siguientes al de la adjudicación²²⁴.

²²² Lama Zaror, Elizabeth. Op. cit. p. 237.

²²³ Párrafos 3.42 y 5.01, Anexo B, del Contrato de Préstamo 613/OC-CH.

²²⁴ Párrafo 3.43, relacionado con el párrafo 3.42, ambos del Anexo B, del Contrato de Préstamo 613 OC-CH.

Al proponente favorecido, la Dirección le notificará por escrito la decisión de adjudicarle la propuesta, acompañando copia del decreto o resolución enviado a toma de razón a la Contraloría General de la República. Esta notificación deberá realizarse dentro del período de validez de la propuesta (subcláusula 2.30.1 de las BALI).

La notificación confirma oficialmente al proponente favorecido la intención de la Dirección de adjudicarle el contrato.

2.6.5.- Derecho de la Administración para rechazar cualquiera o todas las propuestas

El Art. 81 del RCOP faculta a la autoridad a quien corresponda aceptar la oferta, para desechar todas las propuesta presentadas.

La subcláusula 2.28.1 de las BALI recoge esta facultad y le otorga un ámbito mayor. El Art. 81 permite el rechazo de todas las propuestas, es decir, el desistimiento de la licitación, pero no el rechazo de una o más determinadas propuestas, como sí lo posibilitan las BALI.

Esta facultad puede ejercerse en cualquier momento antes de la adjudicación del contrato, y tratándose de licitaciones que involucran financiamiento internacional, previa consulta con el o los organismos financieros²²⁵, para ello la Dirección "deberá enviar un informe completo que incluya las razones y elementos de juicio que le sirvieron de base para proponer esa medida"²²⁶. El organismo financiero sólo otorgará su aprobación si existen razones justificadas.

Aparentemente, conforme a las BALI, la Administración podría rechazar todas, alguna o algunas ofertas por cualquier motivo. Tratándose de licitaciones con financiamiento internacional, para que el ejercicio de esta facultad no signifique que la obra licitada sea calificada como no elegible, deberá atenderse a los casos de rechazo que los respectivos contratos de préstamos contemplan. El Contrato de Préstamo 613/OC-CH, en su Anexo B, párrafo 3.40 señala casos en que el Licitador puede rechazar todas o alguna o algunas de la propuestas presentadas. Mientras que las "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF", en su párrafo 2.60, señala casos en que el Licitador puede rechazar todas las ofertas.

Cuando la Dirección ejerce esta facultad, según las BALI, no asume responsabilidad alguna frente al o los proponentes afectados ni tiene la obligación de informarles el motivo considerado para resolver en tal sentido.

Si se declara desierta una licitación, el Licitador "antes de llamar a una nueva licitación, deberá examinar las causas que motivaron el rechazo y considerar la posibilidad de modificar las especificaciones o de introducir cambios en el proyecto, o adoptar ambas medidas"²²⁷.

En la nueva licitación, se seguirá el mismo procedimiento que para la primera, solicitando nuevas propuestas por lo menos a todos los que fueron invitados a presentar ofertas inicialmente y "deberá conceder un plazo suficiente para su presentación"²²⁸.

²²⁵ Contrato de Préstamo 613/OC-CH, Anexo B, párrafos 3.40 y 3.45 y las "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF". Op. cit. Párrafo 2.60. pp. 31-32.

²²⁶ Contrato de Préstamo 613/OC-CH, Anexo B, párrafo 3.45. En igual sentido las "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF". Op. cit. Párrafo 2.60. p. 31.

²²⁷ "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF". Op. cit. Párrafo 2.60. p. 32.

²²⁸ Contrato de Préstamo 613/OC-CH, Anexo B, párrafo 3.40.

Si la segunda licitación fuese declarada desierta, el Licitador y los organismos financieros acordarán el procedimiento que deba seguirse para la contratación de que se trate²²⁹.

2.7.- Perfeccionamiento del contrato

“Se entiende perfeccionado un contrato cuando de él parten la plenitud de los derechos y obligaciones recíprocas entre la Administración y el contratista”²³⁰. En nuestro ordenamiento jurídico, tratándose de los contratos regidos por el RCOP, esto ocurre en el momento en que el decreto o resolución que aceptó la oferta o adjudicó el contrato ingrese totalmente tramitado por la Contraloría General de la República, a la Oficina de Partes de la autoridad del MOP que dictó dicho decreto o resolución (Art. 83, RCOP y subcláusula 2.30.1 de las BALI). Para estos efectos, la Oficina de Partes consignará la fecha de ingreso en las transcripciones de los documentos correspondientes.

El decreto o resolución tramitado, confiere la calidad de contratista de la obra al proponente a quien se adjudica la propuesta. El proponente pasa a ser parte del contrato licitado y adquiere los derechos y obligaciones de tal.

La resolución que acepta una propuesta deberá aprobar las bases administrativas, especificaciones técnicas, planos generales, presupuesto y, en general, todos los antecedentes que sirvieron de base para la licitación (Art. 80, inc. 3º, RCOP), como cantidades de obra y circulares aclaratorias.

El decreto o resolución que aprueba el contrato, consignará antecedentes tales como el valor inicial del contrato, el plazo de ejecución, el monto de la garantía de cumplimiento del contrato y de las eventuales garantías adicionales de la obra (subcláusula 2.30.3 de las BALI).

2.7.1.- Suscripción y protocolización

Una vez que el decreto o resolución tramitado por la Contraloría General de la República ingrese a la Oficina de Partes, el contratista deberá suscribir ante Notario Público tres transcripciones de dicho documento y protocolizar una de éstas, todo ello en señal de aceptación de los términos del contrato aprobado mediante dicho decreto o resolución (Art. 84, inc. 1º, RCOP y subcláusula 2.31.1 de las BALI). Este trámite, como hemos visto anteriormente, no dice relación con el perfeccionamiento del contrato.

El RCOP indirectamente señala un plazo de 30 días, contados desde que el decreto o resolución tramitado ingrese a la Oficina de Partes, para que el contratista cumpla con la suscripción y protocolización. Las BALI, en forma explícita, señalan que este plazo es de 15 días, contados desde igual fecha. Para el cómputo de este plazo cobra importancia la fecha de ingreso consignada en las transcripciones por la Oficina de Partes. Dentro del mismo plazo, el contratista deberá entregar, para su archivo, dos ejemplares suscritos con certificación de su protocolización (Art. 84, inc. 2º, RCOP y subcláusula 2.31.1 de las BALI). Según el RCOP, uno de estos ejemplares se entregará a la Dirección

²²⁹ Contrato de Préstamo 613.OC-CH, Anexo B, párrafo 3.46. Las "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF", en su parte III, considera procedimientos distintos de la licitación pública internacional acordables entre el prestatario y el BIRF.

²³⁰ Boquera Oliver, José María. Op. cit. p. 163. Quien cita a su vez a Fernández de Velasco.

y otro a la Fiscalía del MOP, mientras que según las BALI ambos ejemplares serán entregados a la Fiscalía.

Tratándose de contratos financiados internacionalmente, antes de la suscripción por el contratista, los organismos financieros deberán aprobar el borrador del contrato. Y una vez firmado, el Licitador enviará a estos organismos copia del mismo²³¹.

Las transcripciones suscritas por el contratista tienen gran importancia, ya que hacen fe respecto de toda persona y tienen mérito ejecutivo sin necesidad de reconocimiento previo (Art. 84, inc. 3º, RCOP y subcláusula 2.31.2 de las BALI).

Si el contratista no practica estas suscripciones y protocolización dentro de plazo, conforme al Art. 89 del RCOP y subcláusula 3.45.1, letra e) de las BALI, se podrá poner término administrativamente al contrato, mediante un decreto o resolución que deje sin efecto la adjudicación (este punto será tratado con mayor detalle a propósito de la extinción del contrato). Adicionalmente, el RCOP sanciona al contratista con la pérdida de la garantía de seriedad de la oferta, si la hubiere, y la suspensión del Registro General de Contratistas. Las BALI, que no exigen garantía de seriedad, sancionan al contratista con la suspensión por dos años del Registro Especial del SPSC y de todo otro Registro de Contratistas del MOP (subcláusula 2.16.1).

2.7.2.- Regla relativa a los consorcios

Si el contrato se adjudica a un consorcio, ya constituido o en formación, deberá entregar a la Fiscalía del MOP los antecedentes legales de su constitución, dentro del mismo plazo que se le concede para la suscripción y protocolización.

²³¹ En este sentido el Contrato de Préstamo 613/OC-CH, Anexo B, párrafo 3.43.

CAPÍTULO TERCERO

LAS PARTES DEL CONTRATO

1.- LA ADMINISTRACIÓN

De la esencia de todo contrato administrativo es la presencia de un órgano de la Administración Pública, como sujeto del mismo.

Para los contratos del SPSC, dicho organismo es la Dirección General de Obras Públicas del MOP, que actúa a través de la Dirección de Vialidad.

1.1.- Capacidad para contratar

La capacidad del órgano público se resuelve en el problema de su competencia, es decir, si se encuentra habilitado previamente por la ley para contratar y si lo hace dentro de la esfera que se le otorga.

La habilitación para que la Dirección General de Obras Públicas celebre contratos de obras públicas se encuentra en el Art. 11 del DS 294 del MOP, de 1984 y en el Art. 1º del RCOP.

Si un órgano del Estado celebra un contrato sin estar habilitado previamente para hacerlo o, si estándolo lo hace en una forma distinta a la que la ley le autoriza, tal contrato adolecerá de un vicio de nulidad de derecho público²³² y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale²³³ (Art. 7, inc. final, CPR).

1.2.- Expresión de la voluntad

Todo contrato es esencialmente un acuerdo de voluntades. El consentimiento de las partes es requisito sine qua non de todo contrato.

La voluntad de la Administración se genera conforme a procedimientos de derecho público y su exteriorización se traduce en la dictación de un DS, resolución u otro acto administrativo, los que se encuentran sujetos a normas de derecho público.

²³² El profesor Soto Kloss sostiene la posibilidad de la nulidad de derecho público de los contratos administrativos. En su trabajo "La nulidad de derecho público en el derecho chileno", al referirse a sus efectos señala que ella opera ipso iure, lo que significa que producida la infracción a la norma constitucional del Art. 7, "el acto que emite o dicte o celebre, es nulo" (En "Revista de Derecho Público", N° 47-48, Enero-Diciembre, 1990. Publicación del Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 19).

²³³ La responsabilidad y sanción del funcionario que contravenga esta disposición puede ser de un triple orden: administrativa, civil y penal.

2.- EL CO-CONTRATANTE

2.1.- El co-contratante un colaborador de la Administración

En el contrato administrativo, a diferencia de lo que ocurre en la contratación privada, uno de las partes, el co-contratante de la Administración, es considerado como un colaborador de la otra²³⁴. Esto porque no existe una absoluta y total contradicción entre los intereses de quienes contratan. Uno y otro se aplican a una misma tarea de interés general que encierra el contrato administrativo, si bien uno -la Administración- en forma inmediata y otro -el co-contratante- en forma mediata.

La Administración y su co-contratante no se presentan como esos luchadores opuestos frente a frente, buscando cada uno los fallos del otro, que son los contratantes de derecho privado, sino que como dos colaboradores que cooperan en una misma obra²³⁵, ya que quien contrata con la Administración busca, aunque en forma mediata, el mismo fin que la Administración.

De ahí que, para designar a quien contrata con la Administración preferimos la expresión "co-contratante" y no "contraparte", ya que esta última resalta la idea de intereses absolutamente opuestos o encontrados, lo que no representa adecuadamente la situación que se manifiesta en el contrato administrativo.

2.2.- Consecuencias de la noción de co-contratante "colaborador"

La noción de colaborador de la Administración encierra una serie de ideas principales, las que nos permitirán comprender mejor las particularidades que presentan los contratos administrativos²³⁶. Estas ideas son fundamentalmente las siguientes:

a) Si consideramos que colaborador es aquel que participa, colabora, ayuda o asiste en la tarea que

²³⁴ Marcel Waline, recordaba Ariño Ortíz, detectaba una profunda evolución en las relaciones del Estado con sus contratantes, la que no se ha traducido ciertamente en importantes modificaciones en los textos legales, pero sí en lo que podríamos llamar el clima de estas relaciones. "Antes, el contratista era considerado como el titular de intereses antagónicos de los del Estado. Era un adversario, la parte contraria en un conflicto siempre latente y presto a degenerar en proceso. Hoy la Administración considera a su contratante como un colaborador voluntario - si no desinteresado- cuyos intereses, incluso pecuniaros, no son necesariamente opuestos al interés justamente entendido del Estado, y, por tanto, la Administración y los Tribunales Administrativos le tratan, cada día más, como tal". (Ariño Ortíz, Gaspar. "Teoría del Equivalente Económico en los Contratos Administrativos". Edición del Instituto de Estudios Administrativos. Madrid, 1968. pp. 230-231).

²³⁵ Benoit, Francis-Paul. "El Derecho Administrativo Francés". Traducción de Rafael Gil Cremades. Edición del Instituto de Estudios Administrativos. Madrid, 1977. p. 723.

²³⁶ Acerca de la idea del co-contratante colaborador, André de Laubaudère manifiesta que: "...le cocontractant de l'administration, précisément parce que le contrat administratif est conclu en vue d'un service public, apparaît comme un collaborateur, plus ou moins direct selon les cas, du service public; le contrat administratif apparaît ainsi comme un système de collaboration entre l'administration et son cocontractant; du moins est-ce la signification qui doit lui être restituée, même si dans la pratique l'entrepreneur, le fournisseur (pour prendre l'exemple des marchés) peuvent être tentés de se considérer comme la 'partie adverse' de l'administration du fait de l'antagonisme de leurs intérêts. Peut-être cette conception de la position du cocontractant de l'administration et du contrat administratifs, système de collaboration, est-elle le résultat d'une véritable transformation dans les idées...; elle contribue, on la verra, à servir de fondement à plusieurs règles originales du contrat administratif, qu'il s'agisse d'obligations du cocontractant ou au contraire de droits indemnitaires que la jurisprudence lui reconnaît" (de Laubaudère, André. "Traité Théorique et Pratique des contrats administratifs". Editado por Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris, 1956. Tomo I, p. 23). Traducción de los autores: "...el co-contratante de la Administración, precisamente porque el contrato administrativo es celebrado en vista de un servicio público, aparece como un colaborador más o menos directo, según el caso, del servicio público; el contrato administrativo aparece por consiguiente, como un sistema de colaboración entre la Administración y su co-contratante; al menos ese es el sentido que debe atribuírsele, lo mismo si en la práctica el empresario o proveedor (tomando el ejemplo de las propuestas) puede estar tentado de considerarse como la 'parte adversaria' de la Administración, por el hecho del antagonismo de sus intereses. Quizás esta concepción de la posición del co-contratante de la Administración y del contrato administrativo como sistema de colaboración sea el resultado de una verdadera transformación de las ideas...; contribuye, en verdad, a servir de fundamento a varias reglas originales del contrato administrativo, que se manifiestan en las obligaciones del co-contratante y por otra parte en los derechos indemnizatorios que la jurisprudencia le reconoce."

interesa o es propia o responsabilidad primordial de otro, entonces aquél debe someterse a las directrices que le imparta este último, por ser el principal responsable de la tarea que en conjunto desempeñan²³⁷.

En este sentido, esta noción permite justificar las prerrogativas que habilitan a la Administración para modificar el objeto del contrato, para impartir instrucciones y fiscalizar estrictamente el cumplimiento de las obligaciones de su co-contratante, ya que el fin común perseguido en la contratación es responsabilidad y fin primordial de la Administración.

b) Cuando la Administración elige con quién contratar debe hacerlo con esmerado cuidado, precisamente porque éste pasará a ser un colaborador suyo. Por ello deberá considerar no sólo la capacidad técnica y solvencia económica de éste, sino también su solvencia moral.

Por esto es que, generalmente, el co-contratante es elegido de entre quienes se encuentran previamente inscritos en un registro especial, y para que un sujeto sea incluido en el registro debe acreditar, por una parte, que reúne requisitos técnicos, económicos y de experiencia suficientes para cumplir regularmente las obligaciones contractuales que eventualmente asumirá y por otra, poseer solvencia moral.

Manifestación del primer aspecto encontramos, por ejemplo, en los requisitos exigidos en el RCOP para inscribirse en el Registro de Contratistas, relativos a capacidad profesional y económica, experiencia, personal profesional idóneo, etc. Un ejemplo del segundo aspecto lo tenemos en el Art. 36, inc. 2º del RCOP, el cual preceptúa que no podrán inscribirse en el Registro de Obras Mayores las personas que hayan sido condenadas por crimen o simple delito que merezca pena aflictiva; y más aún, el Art. 143 del mismo cuerpo legal, expresa que es causal que autoriza a la Dirección para poner término anticipado y administrativamente a un contrato, el hecho de que "el contratista o alguno de los socios de la empresa contratista fuera condenado por delito que merezca pena aflictiva, o tratándose de una sociedad anónima, lo fuese alguno de los directores o el gerente".

c) Dado que el co-contratante se vincula a la Administración como colaborador, los derechos y obligaciones a favor o a cargo de éste son de carácter *intuitu personae*.

Consecuencias de este carácter son las siguientes:

- 1.- La intransferibilidad o prohibición de cesión de los derechos y obligaciones resultantes del contrato administrativo, sin autorización expresa de la Administración;
- 2.- La prohibición de subcontratar sin igual autorización; y,
- 3.- La intransmisibilidad del contrato, es decir, el contrato administrativo se extingue con la muerte del contratista persona natural.

La intransferibilidad e intransmisibilidad del contrato administrativo se justifican ya que por estas instituciones se introduce en la relación jurídica contractual una persona distinta de aquella con quien se contrató originariamente. Mientras que la subcontratación, si bien no significa introducir un tercero en la relación jurídica, implica la participación de otro sujeto en la ejecución de la obra, no considerado al perfeccionarse el contrato.

Estas prohibiciones son de la naturaleza del contrato administrativo, existen por sí, no

²³⁷ Esta es la idea que subyace en el planteamiento que hace el profesor español Rafael Entrena Cuesta, en su trabajo titulado "Consideraciones sobre la teoría general de los Contratos de la Administración". En "Revista de Administración Pública". N° 24, Septiembre-Diciembre, 1975, año VIII.

es necesario incluirlas expresamente²³⁸. Su derogación sólo procederá por texto expreso y además, pensamos que debe ser nominativa. Esto último porque si fuese posible una autorización genérica, la determinación y elección de sus colaboradores escaparía del control de la Administración, lo que precisamente se persigue evitar con estas instituciones.

d) Además, esta noción nos permite comprender el principio del equilibrio financiero o económico, ínsito en el contrato administrativo²³⁹.

Si el co-contratante es considerado un colaborador de la Administración, entonces las modificaciones que ésta introduzca en el objeto del contrato, no pueden perjudicar el interés inmediato que motiva a aquél a contratar. De ahí que, de introducirse modificaciones se deberá velar porque se mantenga el equilibrio económico representado por las prestaciones originarias.

"La Administración podrá aumentar los costos generales del contrato; leyes sociales, gastos en la ejecución de la obra, tarifas, importación, etc., ante lo cual el co-contratante sufre un desmedro económico en su patrimonio. Como contrapartida el co-contratante particular afectado tiene el derecho de exigir el equilibrio financiero del contrato, pues él, al celebrar tal contrato, lo hizo en vista de las cláusulas ahí contenidas y que consideró como justas y equitativas, además de otorgarle el contrato un beneficio económico, también justo y suficiente. Así pues, al momento de celebrar el contrato existió el equilibrio financiero en las prestaciones expresado en los derechos y obligaciones de cada una de las partes. Ahora, si la Administración modifica los términos originales del contrato en razón del interés público, el co-contratante particular podrá solicitar de la Administración las indemnizaciones o bonificaciones que estima necesarias para el equilibrio del contrato. Se tratará, en todo caso, de restablecer una vinculación originaria según ciertos presupuestos que se han roto por iniciativa de la Administración"²⁴⁰.

"En definitiva, por la vía de este principio, se concilian las exigencias del interés público con la rigidez y obligatoriedad propias del contrato, conciliación que se realiza sin atentar contra el efecto esencial del contrato que es el de crear derechos, los que no se pueden desconocer sin una plena y justa indemnización"²⁴¹.

2.3.- El co-contratante en los contratos regidos por las BALI

Para participar en las licitaciones del SPSC, y por ende, para ser parte de un contrato inserto en este proyecto, es necesario que los particulares cumplan:

- a) Con los requisitos generales relativos a la capacidad; y,
- b) Además, conforme a las cláusulas 1.1, inc. 2º y 2.3.1 de las BALI, con tres requisitos especiales copulativos:

1.- Tratarse de Empresas Constructoras o Consorcios de ellas;

²³⁸Dromi, José Roberto. "Instituciones de Derecho Administrativo". Segunda reimpresión. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1983. p. 383.

²³⁹Garrido Falla, Fernando. Op. cit. tomo II. pp. 106-107.

²⁴⁰Oelckers Camus, Osvaldo. "Los Principios Informadores de la Contratación Administrativa". En "Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso". Tomo VII, año 1983. p. 159.

²⁴¹Oelckers Camus, Osvaldo. Op. cit. en nota 240. p. 160.

- 2.- Que tales Empresas sean originarias "de los países miembros del BID, BIRF, Suiza y Taiwán, China": y,
- 3.- Haber sido precalificadas por la Dirección de Vialidad en el Registro Especial de Contratistas del SPSC.

A continuación analizaremos cada uno de los requisitos especiales.

1.- Empresas constructoras o consorcios de ellas

Es pertinente observar que debe ser una empresa²⁴² dedicada al rubro de la construcción, sea que se trate de una persona natural o jurídica²⁴³.

Se reconoce la posibilidad de que participen en la licitación, y eventualmente se adjudiquen el contrato, consorcios, es decir, conjuntamente dos o más empresas precalificadas individualmente, aunque éstos no estén precalificados como tales, para lo cual deberán cumplir con la exigencia establecida en la subcláusula 2.3.1 de las BALI. Esta posibilidad se encuadra dentro de la hipótesis del Art. 10, inc. 3º del RCOP, el cual permite que las bases administrativas autoricen que las obras se ejecuten por consorcio, pero sólo en el caso de Registros Especiales, como precisamente ocurre en las obras del SPSC.

2.- Empresas originarias de los países miembros del BID, BIRF, Suiza y Taiwán, China

En las licitaciones regidas por las BALI sólo podrán participar y consiguientemente, ser parte del contrato adjudicado, las empresas constructoras originarias de los países miembros del BID, BIRF, Suiza y Taiwán, China (cláusulas 1.1, inc. 2º y 2.3.1).

Esta limitación es resultado de la política general de los organismos financieros internacionales vinculados al SPSC, en cuanto a la nacionalidad de los proveedores de bienes y servicios financiados con los recursos que ellos aportan. Esta política se explicita en los contratos de préstamos externo, suscritos por nuestro país. A este respecto las "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF", en su párrafo 1.5 disponen que: "Los fondos de los préstamos del Banco se desembolsarán solamente a cuenta de gastos por concepto de bienes y servicios proporcionados por nacionales de los países miembros del Banco y de Suiza y producidos en dichos países y suministrados desde ellos". Para los fines de la disposición transcrita "los proveedores y contratistas de Taiwán, China, reúnen los requisitos para competir en el suministro de bienes y la contratación de obras financiadas por el Banco"²⁴⁴.

En el mismo sentido, los párrafos 2.06 y 2.07, Anexo B, del Contrato de Préstamo 613/OC-CH, explicitan la política del BID sobre el particular, expuesta en los párrafos 1.1, (c), 1.8 y 2.8 de las "Normas para Adquisiciones con Préstamos del BID". El primero de los dos párrafos señala, textualmente, que "los bienes y servicios que deban contratarse para el Proyecto y que se financien con recursos del Financiamiento, deberán provenir de los países miembros del Banco"; y la segunda: "Sólo podrán participar en las licitaciones para obras, las firmas o empresas provenientes de alguno de

²⁴² El Código del Trabajo, en su Art. 3, inc. 3º, define empresa como "toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada."

²⁴³ La cláusula 1.2, N° 9, de las BALI define al contratista como "la persona natural o jurídica...".

²⁴⁴ "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF". Op. cit. Nota 8, p. 8.

los países miembros del Banco”. Seguidamente, el mismo párrafo 2.07 fija las reglas que el Licitador deberá aplicar para determinar la nacionalidad de origen de una empresa que participe en una licitación para obras; para ello exige que:

- i) La firma esté constituida y en funcionamiento, de conformidad con las disposiciones legales del país miembro donde tenga su domicilio principal;
- ii) La firma tenga la sede principal de sus negocios en territorio de un país miembro;
- iii) Más del 50% del capital de la firma sea de propiedad de una o más personas naturales o jurídicas de uno o más países miembros o de ciudadanos o residentes bona fide de esos países elegibles;
- iv) La firma constituya parte integral de la economía del país miembro en que esté domiciliada;
- v) No exista arreglo alguno en virtud del cual una parte sustancial de las utilidades netas o de otros beneficios tangibles de la firma sean acreditados o pagados a personas naturales que no sean ciudadanos o residentes bona fide de los países miembros; o a personas jurídicas que no sean elegibles de acuerdo con los requerimientos de nacionalidad de este párrafo;
- vi) Cuando se trate de un contrato para la ejecución de obras, sean ciudadanos de un país miembro, por lo menos el 80% del personal que deba prestar servicios en el país donde la obra se lleve a cabo, ya sea que las personas estén empleadas directamente por el contratista o por subcontratistas. Para los efectos de este cómputo, si se trata de una firma de un país distinto al de la construcción, no se tendrán en cuenta los ciudadanos o residentes permanentes del país donde se lleve a cabo la construcción; y,
- vii) Las normas anteriores se aplicarán a cada uno de los miembros de una joint venture o consorcio y a firmas que se propongan para subcontratar parte del trabajo.

Para determinar la época en que el país de origen de la empresa es elegible por el Banco para ser parte de un contrato financiado por éste, es necesario distinguir, conforme al párrafo 1.1, (c), de las "Normas para Adquisiciones con Préstamos del BID", dos situaciones:

- i) Si se requiere licitación, como en el caso de los contratos que nos interesan, la elegibilidad del país de origen de la empresa deberá estar vigente al día del llamado a licitación; o,
- ii) Si no se requiere licitación, la elegibilidad del país deberá estar vigente al día de la firma de la orden de compra para bienes o del contrato para prestación de servicios de construcción.

Por el hecho de la limitación a empresas originarias de un país miembro del BID, BIRF, Suiza y Taiwán, China, para participar en las licitaciones del SPSC, es recomendable que los proveedores y contratistas verifiquen con anticipación si sus países son elegibles para adquisiciones relacionadas con el financiamiento otorgado.

3.- Haber sido precalificadas por la Dirección de Vialidad en el Registro Especial de Contratistas del SPSC

A este punto nos referiremos en extenso en el capítulo que sigue.

CAPÍTULO CUARTO

LOS SISTEMAS DE REGISTRO Y PRECALIFICACIÓN

1.- GENERALIDADES

Para que un sujeto pueda participar en la licitación existen diversos criterios aplicables, los cuales establecen un procedimiento para seleccionarlos.

Básicamente podemos hablar de los sistemas de registro y de precalificación. En el primero, los postulantes deben realizar un solo acto para demostrar su idoneidad para contratar con la Administración; dicho acto consiste en la inscripción en un registro. El registro es una nómina o libro en donde se anotan los contratistas que hayan cumplido con los requisitos de incorporación. Podrán participar en la licitación todos aquellos contratistas que se hayan inscrito en el registro, y no es necesario que acompañen otros antecedentes que no sean los que digan relación con la obra licitada.

En cambio en la precalificación, hay una apreciación o determinación de las calidades o circunstancias del contratista, que se formula con anterioridad a la asignación de la obra. Pero los requisitos del contratista son apreciados inmediatamente antes de la adjudicación del contrato. Se llama a licitación al público en general, siempre que cumplan con los requisitos para calificar, aunque no es necesario que se encuentren inscritos en ningún registro, v. gr. se llama a construir una carretera, pudiendo participar todas las personas que cumplan con determinados requisitos, tales como haber construido antes carreteras, tener 10 años de experiencia, tener un patrimonio adecuado y contar con los medios físicos y económicos para ejecutar las obras (máquinas, herramientas, empleados y obreros, etc.).

Cada vez que se convoca a una licitación, utilizando precalificación, el postulante debe presentar los antecedentes requeridos en los documentos de licitación, los que permitirán calificarlo. En cambio en el sistema de registro, los requisitos del contratista (capacidad económica, técnica, experiencia mínima, etc.) van separados de los requisitos de las obras mismas y no se incorporan a la licitación porque ya fueron entregados y verificados. Es por eso que en el registro, el espectro de participantes se ve limitado (sólo pueden participar los que se hayan inscrito). En la precalificación, en cambio, el espectro de participantes es teóricamente más amplio, puesto que cualquier persona interesada puede participar en la licitación, con el único requisito de aportar los antecedentes propios de su capacidad económica y técnica y de experiencia mínima previa, los que son verificados durante la licitación, pero antes de adjudicar el contrato, ya que éste sólo puede ser atribuido a un contratista que haya cumplido con los requisitos exigidos.

En nuestra legislación, el RCOP establece que sólo pueden participar en las licitaciones y en las adjudicaciones de un contrato, los contratistas que se encuentren inscritos en un registro (Art. 64). Puede tratarse de un Registro Normal, como el establecido en el RCOP con el nombre de

Registro General de Contratistas del MOP (Art. 5), o de un Registro Especial abierto por las Direcciones, o establecido en bases administrativas especiales (Art 10, inc. 1º y 2º, RCOP).

A continuación nos referiremos al sistema utilizado en las licitaciones regidas por las BALI del SPSC, para lo cual, en primer término y por la importancia que tiene en éste, expondremos brevemente los conceptos fundamentales sobre el Registro de Contratistas regulado en el RCOP.

2.- EL REGISTRO GENERAL DE CONTRATISTAS REGULADO EN EL RCOP

2.1.- Características

1º) La inscripción en el registro es un requisito esencial e indispensable para que un contratista pueda participar en la licitación;

2º) Este registro se encuentra bajo la dependencia de un organismo del MOP;

3º) Se divide en Registro de Obras Mayores y Registro de Obras Menores;

4º) Para inscribirse en él se deben llenar una serie de requisitos, los que miden los siguientes aspectos del contratista:

- a) Experiencia.
- b) Capacidad económica.
- c) Calidad profesional.
- d) Personal profesional.

5º) La inscripción en un determinado registro tiene un período limitado de vigencia, que corresponde a un año calendario (Arts. 13 y 46, RCOP);

6º) La vigencia de la inscripción se puede renovar;

7º) Permite llevar una hoja de vida de los contratistas, donde se anotan las Calificaciones que estos obtengan (Art. 14, RCOP); y,

8º) Las normas establecidas para el Registro de Obras Mayores son de aplicación general y por tanto rigen al Registro de Obras Menores a menos que en éste existan reglas especiales (Art. 41, RCOP).

2.2.- El Registro de Obras Mayores

Como su nombre lo indica, se trata del registro concerniente a las obras de mayor envergadura. El criterio utilizado por el RCOP para determinar que obras ingresan en este registro, es el económico, de tal manera que son obras mayores todas aquellas que tengan un presupuesto estimativo superior a 3.000 UTM y no exceda de 180.000 UTM (Arts. 10 y 40).

2.2.1.- Características

1º) Se divide en Registro de Obras Civiles y De Montaje.

Cada uno de ellos se divide a su vez en Sub Registros por tipo de obras, v. gr. en el registro de obras civiles están los Sub Registros de Obras de Movimiento de Tierra, de Obras de Hormigón Estructural, de Pavimentos, etc.; y en el de Montaje, los Sub Registros de Montaje de Equipos Eléctricos, de Equipos Mecánicos, etc. (Arts. 9 y 11, RCOP).

2º) Los registros se dividen en tres categorías (Art. 9, inc. 2º, RCOP).

Las categorías se refieren a los rangos o valores monetarios de las obras en licitación y se calculan en atención a los presupuestos estimativos, v. gr. para el Registro de Obras Mayores Civiles de Movimiento de Tierra, son de primera categoría aquellas cuyo presupuesto estimativo no sea inferior a 80.000 UTM, ni superior a 180.000 UTM (Art. 23, RCOP).

3º) Los requisitos para inscribirse son:

a) Experiencia. Se refiere al conocimiento que el contratista adquiere con la práctica o acción.

Es fundamental al momento de seleccionar a un contratista, puesto que un postulante con mayor tiempo en el ejercicio de la profesión ofrece mayores garantías de desempeñar adecuadamente los trabajos y da mayor confianza al Ministerio.

En cuanto a los parámetros utilizados para medir la experiencia, el RCOP usa el tiempo y el volumen o valor de las obras ejecutadas. El tiempo es el número de años que se lleva en el rubro y el volumen o valor de las obras se refiere a las cantidades de obras ejecutadas en el período de tiempo exigido. La experiencia debe ser acreditada con certificados expedidos por los mandantes del contratista, es decir por las personas que le encomendaron la ejecución de las obras, sean estos públicos o privados (Art. 15 y sges., RCOP).

b) Capacidad Económica. Entendiendo por ella la aptitud o suficiencia patrimonial del contratista.

A la Administración le interesa que el postulante sea una persona que cuente con los medios (bienes) con que hacer frente a los costos de las obras y que pueda responder por los trabajos. Es por eso que el RCOP, en el Art. 22, inc. 2º, señala que la capacidad económica corresponde al patrimonio neto del contratista disminuido en las reservas exigibles, en los valores del activo que no representen inversiones reales retenidas y en las utilidades del ejercicio. Para determinar ese patrimonio da las reglas pertinentes, estableciendo y conceptualizando una serie de variables. Se elabora una verdadera fórmula o procedimiento matemático de determinación patrimonial.

El RCOP exige una capacidad económica mínima, medida por un porcentaje (15%) sobre los valores superiores de los presupuestos estimativos de cada una de las categorías de obras señaladas en los Arts. 23 y 24 (Art. 22).

En cuanto a la acreditación de la capacidad económica, se exigen estados financieros efectuados por auditores externos, inscritos en el Registro de la Superintendencia de Valores y Seguros. Además, esos estados financieros deben ser preparados conforme a principios contables generalmente aceptados (Art. 25, RCOP).

c) Calidad Profesional. Corresponde a la aptitud o capacidad para efectuar determinadas tareas,

que proviene de los conocimientos adquiridos o aprendidos metódicamente por una persona.

Para el RCOP es necesaria la posesión de una determinada profesión, de aquellas que requieren un título académico. Conjuntamente con el título se exigen un cierto número de años en el ejercicio de la profesión. Cuando el contratista es una persona jurídica, uno de los socios o directores por lo menos debe ser profesional. Para cada categoría se exige una profesión y un número de años de ejercicio profesional diferente. v. gr. para primera categoría el postulante debe ser o ingeniero civil o arquitecto o constructor civil, ingeniero de ejecución o técnico universitario; los años de experiencia en tanto, van entre los 5 y 8, dependiendo de la profesión (Art. 27, RCOP).

Por último, si se trata de personas jurídicas extranjeras, requieren para poder inscribirse, tener un representante legal acreditado en Chile (Art. 30, RCOP).

d) Personal Profesional. Se le exige al postulante contar con un equipo de trabajo propio, integrado por profesionales titulados.

A la Administración le interesa saber quienes son las personas que efectivamente ejecutarán las obras, porque el directorio o los socios de la empresa pueden ser muy calificados, pero si sus empleados no lo son, dicha empresa no da las suficientes garantías.

En todo caso el reglamento solicita un número mínimo de profesionales integrantes de la planta de la empresa, dependiendo de la categoría y registro de que se trate, v. gr. en el Registro de Obras Civiles Exteriores y Subterráneas, tales como las de movimiento de tierra, en la primera categoría se exigen dos ingenieros civiles, dos constructores civiles, un técnico universitario y un experto en prevención de riesgos (Art. 31, RCOP).

2.2.2.- Procedimiento de Inscripción

Dentro del procedimiento podemos distinguir las siguientes etapas fundamentales:

a) Solicitud. Debe hacerse una petición por escrito ante el Director General de Obras Públicas, acompañando los siguientes documentos (Art. 33, RCOP):

1.- Formularios de inscripción.

2.- Antecedentes, datos y certificados.

3.- Si la solicitud la formula una sociedad, debe presentar además, los antecedentes y documentos que acrediten su constitución legal y un informe de la Fiscalía del MOP que compruebe tal circunstancia.

b) Estudio y resolución. La Comisión del Registro de Obras Mayores²⁺⁵ evalúa los antecedentes y resuelve si acepta o no una solicitud. Si la acepta ordena la inscripción en el registro y categoría correspondiente, en caso contrario no ordena la inscripción. Contra la decisión de la Comisión no procede recurso alguno.

El RCOP menciona algunas causas por las cuales no se puede aceptar la inscripción, v. gr. cuando el postulante figure en el boletín comercial con algún documento protestado, que no haya sido debidamente aclarado, o cuando haya sido condenado por crimen o simple delito que merezca

²⁴⁵ Esta Comisión está integrada por el Director General de Obras Públicas, en calidad de presidente y por lo menos tres jefes de servicio (Art. 34, inc. 2º, RCOP).

pena aflictiva (Art. 36), o cuando haya sido condenado por delito de menor gravedad que los que merecen pena aflictiva, siempre que por la naturaleza del delito o del bien jurídico tutelado, se estime que afectan la idoneidad profesional del contratista o la aptitud y responsabilidad de la empresa.

2.2.3.- Sanciones

Una vez inscrito, se forma una relación jurídica entre el MOP y el contratista. Como resultado de esta relación surgen obligaciones del contratista para con la Administración y, especialmente, el deber de someterse a las decisiones de ésta. Cuando el contratista no cumpla con estas obligaciones, se verá expuesto a la aplicación de alguna de las siguientes sanciones por parte de la Administración:

- 1.- Eliminación del registro;
- 2.- Suspensión del registro; o,
- 3.- Inhabilitación para inscribirse en el registro.

2.3.- El Registro de Obras Menores

En este registro se deben inscribir los contratistas, para realizar aquellas obras de tamaño más reducido y que en general tengan un presupuesto estimativo inferior a las 3.000 UTM.

2.3.1.- Características

1º) El contratista inscrito en este registro sólo puede realizar obras del mismo y nunca del Registro de Obras Mayores;

2º) Está dividido en registros por tipos de obras o trabajos similares, v. gr. el Registro De Movimiento de Tierra al Exterior (Art. 44, N° 1, RCOP).

3º) Cada registro se divide a su vez en dos categorías, A y B. Los criterios para determinar cada una de ellas son (Art. 43, inc. 2º, RCOP):

- a) Experiencia.
- b) Capacidad económica.
- c) Calidad profesional.

4º) Se pueden inscribir los contratistas aun cuando no reúnan los requisitos exigidos para los contratistas de la tercera categoría del Registro de Obras Mayores (Art. 40, inc. 1º, RCOP).

5º) Los requisitos de la inscripción son :

- a) Experiencia Mínima. Al igual que en el Registro de Obras Mayores, los parámetros para medir la experiencia son una cierta cantidad o volumen de obras ejecutadas en un determinado período de tiempo (últimos 25 años). El volumen de estas obras depende de cada registro, v. gr. en el Registro de Movimiento de Tierra al Exterior, se requieren para la categoría A, 80.000 M3.

b) Capacidad económica. Los contratistas deben acreditar una capacidad económica mínima equivalente al 15% de 3.000 UTM para las obras de la categoría A, y al 15% de 1.500 UTM para obras de categoría B. La capacidad económica se acredita con el balance general, que cumpla con los principios contables generalmente aceptados. No es menester la auditoría.

Para determinar la capacidad se empleará el mismo procedimiento establecido para las obras del Registro de Obras Mayores.

Por último, para participar en las licitaciones debe acreditarse una capacidad económica disponible del 15% del valor del presupuesto estimativo.

c) Calidad profesional. Para inscribirse en la categoría A es necesario acreditar la calidad profesional. Si el contratista es persona natural, dicha calidad debe tenerla el mismo. Si se trata de una persona jurídica, hay que realizar el siguiente distingo:

- i) En las sociedades de personas, la calidad profesional debe tenerla uno de los socios a quien corresponda el uso de la razón social.
- ii) En las sociedades de capital (anónimas), esta calidad debe tenerla un director.

Para inscribirse en categoría B basta con haber aprobado el 4º año de enseñanza media o equivalente.

2.3.2.- Procedimiento de inscripción

Dentro del procedimiento para la inscripción de un contratista en este registro, reconocemos las siguientes etapas:

a) Solicitud. Se pide la inscripción ante el Secretario Regional Ministerial, a ella se deben acompañar los formularios, antecedentes y certificados requeridos. Ahora bien, si se trata además de una sociedad se deben presentar los antecedentes de su constitución legal y el informe de la Fiscalía del Ministerio sobre dicho punto (Art. 55, RCOP).

b) Estudio y resolución. La Comisión del Registro de Obras Menores es el organismo que, en cada región, evalúa los antecedentes y decide sobre la procedencia de la inscripción en un registro²⁴⁶.

No procede recurso alguno contra la resolución formulada por la Comisión (Art. 55, RCOP).

2.3.3.- Sanciones

Una vez inscrito el contratista y como consecuencia de la relación jurídica que ha surgido, la Administración puede sancionar y calificar al contratista por su desempeño y comportamiento (Arts. 59 y 62, RCOP). Entre las sanciones podemos mencionar la eliminación del registro y la suspensión del mismo.

²⁴⁶ La Comisión la componen el Secretario Regional Ministerial, quien la preside y a lo menos tres Directores regionales.

3.- EL REGISTRO ESPECIAL

Paralelamente al Registro General de Contratistas existen otros registros que son más restringidos, que se denominan Registros Especiales.

En el RCOP se han contemplado dos tipos de Registros Especiales:

- 1.- El Registro Especial para las obras con presupuestos estimativos superiores al límite más alto de las primeras categorías del Registro de Obras Mayores (Art. 10, inc. 1º, RCOP). En este tipo de registros se hacen necesarias unas bases administrativas especiales.
- 2.- El Registro Especial para las obras con presupuestos estimativos que no excedan el límite superior de las primeras categorías del Registro de Obras Mayores. Se trata de un registro eventual, ya que para que se forme es necesario, además, que la Dirección respectiva estime que es procedente, debido a que las características técnicas de la obra o las condiciones especiales para su construcción u otras circunstancias así lo aconsejan.

Existen dos reglas que son comunes a ambas categorías de registro especial. Primero, sólo cuando hay Registro Especial, las bases administrativas podrán autorizar que la obra se ejecute por consorcio (Art. 10, inc. 3º, RCOP). Los consorcios debemos entenderlos como asociaciones de dos o más empresas, que no constituyen, al momento de solicitar la inscripción como consorcio, una persona jurídica diferente de cada uno de los contratistas asociados y cuyo único fin es reunirse para participar en una licitación. Sin embargo, una vez que se le adjudique el contrato tiene la obligación de constituirse en sociedad, conforme a la ley, dentro del plazo de 30 días a contar de la fecha de tramitación de la resolución adjudicatoria.

Segundo, sólo cuando hay Registro Especial las bases de inscripción podrán autorizar que participen en la licitación empresas extranjeras o consorcios en los cuales intervengan esas empresas (Art. 10, inc. final, RCOP). A estas empresas se les exigirá en lo posible requisitos similares a los que se le requieren a las empresas nacionales, a fin de velar por el cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación.

4.- EL REGISTRO ESPECIAL DE CONTRATISTAS DEL SPSC

Podemos citar como ejemplo de Registro Especial de Contratistas el regulado en las Bases para Precalificación en el Registro Especial de Contratistas para Licitaciones Públicas Internacionales del SPSC, en adelante Bases del Registro Especial del año 1989 (BARE).

Este Registro Especial está contemplado en las BALI, las que establecen como requisito indispensable para que las empresas constructoras o consorcios de ellas participen en las licitaciones internacionales presentando ofertas, que estén precalificadas en el Registro Especial de Contratistas del SPSC (cláusula 1.1, inc. 2º y subcláusula 2.3.1 de las BALI).

Este es un punto donde el financiamiento internacional y particularmente la institución financiera que otorga los créditos hace valer con mayor claridad sus prerrogativas y criterios, a la hora de escoger y determinar a la contraparte del prestatario. Debido a ello es muy importante recurrir a los contratos de crédito externo y a las normas sobre adquisiciones y préstamos conferidos por los Bancos Internacionales, puesto que, en ellos podemos encontrar las razones que llevaron a consagrar tal o cual procedimiento y requisito. De tal manera que al examinar, por ejemplo, el Contrato de Préstamo entre la República de Chile y el BID, del 18 de Marzo de 1991, préstamo N°

613/OC-CH, resolución N° DE-135/90, en su Anexo B, encontramos todo un procedimiento de licitación, dentro del cual se regula la precalificación y el registro de proponentes.

Estas normas, toda vez que forman parte de un acuerdo de voluntades, son vinculantes para las partes y consiguientemente la Administración debe respetarlas.

Como ya habíamos adelantado, los organismos financieros públicos internacionales tienen una serie de normas por las que se rigen en materia de créditos, las que incluyen reglas sobre licitaciones internacionales y sobre precalificación de licitantes. V. gr. el BIRF establece que la precalificación es aconsejable en los casos de obras de magnitud o complejidad considerable y en casos excepcionales también para la adquisición de equipos diseñados sobre pedido y servicios especializados, con el fin de asegurar con anterioridad a la presentación de las ofertas, que las llamadas a licitación se envíen solamente a empresas idóneas²⁴⁷.

La precalificación también es útil para determinar si un contratista tiene derecho a una preferencia nacional, en el evento que ésta sea concedida.

La precalificación debe basarse enteramente en la capacidad de los presuntos licitantes para ejecutar satisfactoriamente el contrato de que se trate.

4.1.- Inscripción en el Registro Especial del SPSC

Para el análisis de este punto efectuaremos un paralelo con el Registro General del RCOP, fundamentalmente en cuanto a los requisitos para inscribirse en él y, en este punto, relacionarlo con las normas dictadas por los Bancos e Instituciones Financieras.

El postulado básico es la igualdad de posibilidades y la no discriminación a los contratistas participantes. Debe existir libertad de competencia y por eso no se deben incluir requisitos o condiciones que impidan o dificulten la participación de empresas extranjeras.

Los requisitos para inscribirse en este Registro son²⁴⁸:

a) En cuanto a los sujetos. Sólo podrán participar en la precalificación los contratistas de cualquier país miembro del BIRF, BID, Suiza y Taiwán, China (cláusula 3.1 de las BARE).

En el RCOP no existe una norma restrictiva en cuanto a la nacionalidad del contratista, puesto que éste puede ser una persona nacional o extranjera. Sin embargo, en el Registro Especial se ha incluido esta norma porque es un requisito incorporado en las BALI (subcláusula 2.3.1.), las que a su vez la incluyeron por tratarse de una norma acordada con los organismos financieros en los respectivos contratos de préstamo o crédito externo. Estos organismos incorporan dichas normas en sus contratos para que los recursos monetarios que suministran sean usados o vayan a parar en definitiva a la economía de alguno de los países miembros de ellos. Constituye un incentivo indirecto para que los países se sientan atraídos por ingresar al Banco (Contrato de Préstamo 613/OC-CH,

²⁴⁷ "Normas sobre Adquisiciones con Prestamos del BIRF y Créditos de la AIF". Op. cit. Párrafo 2.10. p. 14.

²⁴⁸ En lo que se refiere a los requisitos, muchas normas siguen las directrices dadas al respecto por los Bancos Internacionales, v. gr., según el BID la precalificación se efectuará teniendo en cuenta la capacidad de ejecución satisfactoria de las empresas y en especial: i) Su experiencia y desempeño en trabajos semejantes; ii) Su capacidad en materia de personal, equipo e instalaciones; iii) Su capacidad financiera. ("Normas para Adquisiciones con Préstamos del BID". Op. cit. Párrafo 1.4. p. 9).

En estos criterios no se aprecia una gran diferencia con los adoptados en el Registro General de Contratistas del RCOP.

Anexo B, cláusula 2.02)²⁴⁹.

Los contratistas pueden ser personas naturales o jurídicas, como también consorcios (cláusula 3.1 de las BARE). Los "consorcios" son una agrupación de dos o más empresas contratistas ya sean nacionales o extranjeras o de ambas. No es necesario que se constituyan en personas jurídicas antes de la adjudicación del contrato, pero, deben eso sí prometer constituirse en sociedad si tal evento llega a suceder. Esta promesa debe ser notarial y en ella los contratistas deben comprometerse además a aceptar una responsabilidad indivisible y solidaria.

Se prohíbe a las empresas presentarse en más de un consorcio para un mismo proyecto.

A su vez las BALI contemplan una serie de reglas aplicables a los consorcios, las que se encuentran contenidas en las subcláusulas 2.31 y 2.32. Se establece en ellas un procedimiento de incorporación en el Registro Especial, que se inicia con una carta solicitud dirigida al Director de Vialidad; en dicha carta se debe estipular además el porcentaje del capital y del crédito con que participa cada empresa. En caso contrario, se presume que cada empresa concurre con el total de ellos. También es necesario individualizar al representante del consorcio ante la Dirección.

Sobre este punto es necesario efectuar algunas relaciones con el Registro General de Contratistas. En el Registro Especial, cláusula 3.1 de las BARE, se establece que podrán ser precalificados los contratistas nacionales que se encuentren en alguna de las siguientes hipótesis:

- 1.- Acrediten su inscripción en Primera Categoría del Registro General de Obras Mayores del MOP, en las especialidades Movimiento de Tierras y Pavimentos y que cumplan, ya sea individualmente o como consorcio, con los requisitos técnicos y económicos exigidos en las BARE; o,
- 2.- Acrediten su inscripción en Segunda Categoría del Registro General de Obras Mayores del MOP, en las especialidades anteriormente señaladas y que además acrediten conjuntamente o como consorcio, capacidad técnica para estar en primera categoría en estas especialidades, cumpliendo con los requisitos de las BARE.

b) Idioma oficial. Las BARE han fijado, como requisito de carácter formal, que los documentos que los postulantes envíen al MOP como también los que éste emita, se extiendan en español como idioma oficial de todas las gestiones de precalificación y actualización de antecedentes (cláusula 2.1). Los documentos escritos en otro idioma, deberán acompañarse de las respectivas traducciones autorizadas por el Consulado chileno que corresponda.

Esta norma era necesaria porque, al tratarse de una licitación internacional, los idiomas de los participantes pueden ser muy diversos, por lo que por razones de seguridad jurídica y de conveniencia práctica se debía establecer una lengua oficial²⁵⁰.

²⁴⁹ La fuente última de estas normas restrictivas se encuentran en los tratados o convenios constitutivos que crean el respectivo organismo financiero, donde los beneficios del acuerdo sólo se aplican a los miembros y no a terceros. Más concretamente, son las normas internas dictadas por estos organismos las que consagran con mayor detalle estas restricciones, v. gr. en el caso del BIRF, el Párrafo 1.5 de las "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AID", señala que "los fondos de los préstamos del Banco se desembolsarán solamente a cuenta de gastos por concepto de bienes y servicios proporcionados por nacionales de los países miembros del Banco y de Suiza y producidos en dichos países." (Op. cit. p. 8).

²⁵⁰ Tratándose de obras financiadas con aportes del BID, los idiomas oficiales aceptados por éste son el español, francés, inglés y portugués. Aunque los llamados a licitación, especificaciones y contratos deben ser redactados en el idioma del país del prestatario. Art. 1.7 de las "Normas Para Adquisiciones con Préstamos del BID". Op. cit. p. 10.

c) Experiencia. Los postulantes que sean empresas extranjeras deben demostrar experiencia en la construcción de obras viales en las especialidades de movimiento de tierra y pavimento.

Los criterios de medición utilizados son el volumen de obras ejecutadas en un período de tiempo determinado. En las obras de movimiento de tierras por ejemplo se requiere un volumen total de excavaciones exteriores sin explosivos superior a 3.000.000 de M3. que comprendan a lo menos una obra mayor a 500.000 M3.

En cuanto a las empresas nacionales, a nuestro juicio se deben distinguir dos situaciones diferentes:

1.- Si se trata de empresas inscritas en el Registro de Obras Mayores a que alude la cláusula 3.1, inc. 6º de las BARE, bastará con la experiencia que se exige para inscribirse en ese registro.

2.- Para las empresas nacionales no inscritas en el Registro General, es necesario que presenten una lista de las obras que hayan ejecutado en los últimos 10 años, de naturaleza y magnitud similares a las que se licitan conforme a las BALI²⁵¹ e indicar respecto de cada obra su naturaleza, monto del contrato, mencionando el sujeto para el cual fue construida y su fecha de iniciación y término. El monto debe expresarse en dólares de los EE.UU. (cláusula 3.2.5 de las BARE).

d) Capacidad económica. Es un requisito estructurado de una manera muy similar a la del RCOP.

No se da un concepto de capacidad económica, pero éste se puede deducir. A nuestro juicio se trata del patrimonio del postulante (capacidad económica disponible) unida a su capacidad de crédito, entendida esta última como un bien intangible del licitante que demuestra su fortaleza económica, ya que es el reflejo de la confianza asignada a dicha empresa (cláusula 3.2.4 de las BARE).

Se ha definido un procedimiento para calcular la capacidad económica disponible. Ella es el resultado de restar a la capacidad económica total²⁵² el 20% de los saldos de obras en ejecución²⁵³ (cláusula 3.2.4.1 de las BARE). Dicha capacidad debe ser acreditada con un certificado bancario²⁵⁴. Por otro lado, en lo que respecta a la capacidad de crédito mínima, sólo se exige que sea comprobada por al menos una entidad financiera (cláusula 3.2.4.2 de las BARE). El monto de esta capacidad debe ser de US\$ 1.200.000,00. Si comparamos esta cifra con el presupuesto estimativo mínimo de las obras que asciende a la suma de US\$ 5.000.000,00, debemos concluir que en este Registro Especial se exige una capacidad económica de aproximadamente un 24% del valor del presupuesto; mientras que en el RCOP se exige un 15% como capacidad económica mínima, tomando este porcentaje sobre los valores superiores de los presupuestos estimativos de cada una de las categorías (Art. 22, RCOP).

e) Capacidad técnica. Es un requisito no contemplado en el RCOP para inscribirse en alguno de los

²⁵¹ Si se desea saber cuáles son específicamente estas obras se puede consultar el Anexo 1 de las BARE.

²⁵² La capacidad económica total corresponde al patrimonio neto del contratista disminuido en las reservas exigibles, en los valores del activo que no representen inversiones reales, en las utilidades retenidas y en las utilidades del ejercicio (cláusula 3.2.4.1, letra a), de las BARE).

²⁵³ Para determinar el 20% de los saldos de obras en ejecución, se deberá entregar una declaración que indique los contratos vigentes de las obras en ejecución, indicando el monto del contrato primitivo, el valor ejecutado a la fecha y el saldo por hacer.

²⁵⁴ De acuerdo a las BARE, el certificado bancario no puede tener una antigüedad superior a los 60 días, ni podrá basarse en antecedentes comprobados por el banco fechados con más de un año de anticipación (cláusula 3.2.4.1).

registros del Registro General de Contratistas, pero sí en las BARE, en su cláusula 3.2.6.

A nuestro juicio, se trata de la aptitud del contratista para ejecutar convenientemente las obras. Supone poseer determinados conocimientos científicos y técnicos, propios de la tarea de que se trate, v. gr. conocimientos ingenieriles para efectuar cálculos; conocimientos arquitectónicos para diseñar planos, etc. Además, contar con calidad y equipos profesionales competentes para efectuar los trabajos. En este punto se vincula con el requisito del personal profesional a que se refiere el RCOP, pero también implica considerar la infraestructura con que cuenta la empresa, v. gr. maquinarias y equipos.

Las BARE, en la cláusula 3.2.6, exigen que esta capacidad sea demostrada, para lo cual se solicita una serie de antecedentes, como por ejemplo certificados de instituciones públicas o privadas, en los cuales se acredite que el contratista tiene contratos en ejecución; listado de maquinarias propias con las que contará para ejecutar las obras.

Este requisito se exige tanto para las empresas nacionales como extranjeras. Tratándose de consorcios, deberán acreditar la capacidad técnica de cada uno de sus componentes por separado (cláusula 3.2.6, letra c), de las BARE).

4.2.- Procedimiento de inscripción

Tratándose de contratos financiados internacionalmente, este procedimiento deberá estar conforme a lo acordado con las instituciones financieras en los respectivos contratos de crédito. En el caso que nos ocupa, respecto del BID estas directrices se encuentran en el Anexo B, del Contrato de Préstamo 613/OC-CH, entre los párrafos 3.04 al 3.17, ambos incluidos y, en lo concerniente al BIRF y al *JEXIMBANK*, principalmente en los párrafos 2.9, 2.10 y Apéndice 1, todos de las “Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF”. En cumplimiento de estos acuerdos, se estructuró un procedimiento de precalificación de contratistas contenido en las BARE, el cual fue aprobado tanto por el BIRF como por el BID.

A continuación expondremos las etapas más relevantes de este procedimiento.

a) Llamado a participar en la precalificación para el registro.

El MOP publicó un aviso llamando a precalificar para el Registro Especial, en el Diario Oficial y en el Mercurio de Santiago de Chile, haciendo llegar además una copia del llamado por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores a las Embajadas de los países miembros del Banco Mundial, Suiza y Taiwán, China. Por su parte, el Banco Mundial publicó este llamado en el *Development Forum*.

En este aviso se contenían las características de las obras a licitar, los requisitos exigidos a los interesados y los plazos para retirar las bases de precalificación y para presentar los antecedentes.

b) Solicitud.

Los interesados deben dirigirse al Director de Vialidad a través de una carta, en la cual indicarán su dirección postal y acompañarán los antecedentes y formularios requeridos. Estos antecedentes permitirán individualizar a la empresa y a la persona que efectúe la solicitud a nombre de ella. Entre los antecedentes se destacan:

- 1.- Los de carácter jurídico, que en general se refieren a los documentos que permiten acreditar la constitución legal de la sociedad, el hecho de estar integrado realmente a la economía de un país miembro, su comportamiento e idoneidad comercial, etc. (cláusula 3.2.3 de las BARE).
- 2.- Los de carácter económico, que en general dicen relación con el patrimonio de la empresa.
- 3.- Los de carácter técnico, que acreditan la capacidad profesional específica del postulante para ejecutar obras de las características como las que se pretenden licitar.
- 4.- Los que dicen relación con la experiencia.

c) Informe del resultado de la precalificación y aprobación por los organismos financieros.

Una vez recibidos los antecedentes por la Administración, ésta verificará si cumplen con los requisitos exigidos y procederá a enviar un informe de carácter técnico a los organismos financieros, en el cual indicará cuales postulantes han sido precalificados y cuales no²⁵⁵.

Los organismos financieros, conforme a los contratos de préstamos, se han reservado la facultad de aprobar y solicitar las modificaciones del resultado, que razonablemente estimen conveniente²⁵⁶.

d) Resolución.

El resultado de la precalificación, previa aceptación de los organismos financieros será notificado a los postulantes (cláusula 5, inc. final de las BARE).

Contra esta resolución, conforme a la cláusula 2.4 de las BARE, no será procedente recurso alguno, ni tampoco se podrá exigir a la Dirección de Vialidad que justifique el motivo del rechazo.

²⁵⁵ Contrato de Préstamo 613.OC-CH, Anexo B, párrafo 3.13. Convenio de Préstamo 3.120-CH, Anexo 4, sección I, Parte D, N° 1.

²⁵⁶ Contrato de Préstamo 613.OC-CH, Anexo B, párrafo 3.14. "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF". Op. cit. Apéndice 1, párrafo 1, p. 39. Aplicable esta última disposición por remisión hecha en la cláusula 1, parte D, sección I, Anexo 4 del Convenio de Préstamo 3.120-CH.

CAPÍTULO QUINTO

PODERES DE LA ADMINISTRACIÓN DURANTE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

En primer término daremos un esbozo doctrinario de estos poderes y posteriormente nos preocuparemos de ellos en el RCOP, con especial referencia a las BALI del SPSC.

1.- LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES DEL DERECHO PRIVADO

Los poderes que detenta la Administración durante la ejecución del contrato administrativo es una cuestión latamente estudiada en la doctrina, bajo la denominación de cláusulas exorbitantes del derecho privado.

1.1.- Concepto

Entiéndese por cláusulas exorbitantes "aquellas cláusulas inusuales en el derecho privado o que incluidas en un contrato de Derecho Común resultarían ilícitas por exceder del ámbito de la libertad contractual y contrariar el orden público"²⁵⁷.

Por ejemplo, en el derecho privado son inusuales aquellas cláusulas que facultan a una de las partes para dar instrucciones a su contraparte acerca de la forma en que debe ir cumpliendo el contrato o para ejercer, durante la ejecución del mismo, un control fuera de lo común²⁵⁸. Conforme al derecho privado, las cláusulas que colocan a la Administración en posición de ejercer, respecto del contrato, funciones de tipo jurisdiccional (v. gr., decidir acerca de la verificación de algún motivo de extinción o término anticipado del contrato) serían ilícitas, por ilicitud de su objeto, por ser contrarias al derecho público chileno (Art. 1.462 del CC), ya que en situaciones como las del ejemplo se confunden la calidad de parte del contrato y juez, lo que implicará, obviamente, falta de imparcialidad, lo cual atenta contra la garantía de un racional y justo procedimiento garantizado en el Art. 19, N° 3 de la CPR.

Estas cláusulas se encuentran en todo contrato administrativo, ya sea explícitas o

²⁵⁷Dromi, José Roberto. Op. cit. en nota 238. p. 381. En el mismo sentido Jean Rivero. "Droit Administratif". Novena edición. Editorial Dalloz. París, 1980. pp. 120-121.

²⁵⁸Marienhoff, Miguel. Op. cit. tomo III, volumen A. p. 75.

implícitas en el mismo²⁵⁹.

1.2.- Justificación

Cuando la Administración y un particular contratan, lo hacen teniendo en vista fines inmediatos de distinta entidad. La Administración persigue un fin único y exclusivo de interés público (el Bien Común, en cuanto concreta satisfacción de necesidades públicas)²⁶⁰, mientras que el particular busca, en primer término, un fin de interés privado, que generalmente consiste en una legítima ganancia de carácter económico y sólo secundariamente el interés público, como colaborador de la Administración²⁶¹.

La Administración no puede contratar sino teniendo como fin único el interés público, para cuya satisfacción ha sido creada y habilitada por el ordenamiento jurídico²⁶². Obrar de una manera distinta sería atentatorio al principio de legalidad administrativa y determinaría la nulidad del contrato, conforme al Art. 7, inc. final de nuestra CPR.

El interés público es la causa, fin primordial y razón de ser del contrato administrativo; de ahí que el interés público prevalezca sobre el privado²⁶³⁻²⁶⁴.

Esta diversidad de fines y su distinta relevancia, explica que el ordenamiento jurídico le reconozca a la Administración una serie de prerrogativas, en razón precisamente de la finalidad pública perseguida por este tipo de contrato²⁶⁵.

1.3.- Efectos y límites

Estas cláusulas colocan a la Administración en una situación de privilegio, supraordenadora y directiva respecto de su co-contratante, que es lo usual, pero además, en virtud de ellas, la Administración puede también sacrificarse en aras del interés público y pactar condiciones tan

²⁵⁹ Las cláusulas exorbitantes son explícitas, expresas, específicas o concretas cuando se expresan en el texto del contrato o resultan de los preceptos legales que regulen la actividad del órgano administrativo contratante. Son implícitas o virtuales en la situación inversa, resultando su presencia, en este caso, de la sola naturaleza administrativa del contrato. (Marienhoff, Miguel. Op. cit. tomo III, volumen A, pp. 51 y 81).

²⁶⁰ En este mismo sentido se pronuncia el profesor Eduardo Soto Kloss, en su trabajo "La Contratación Administrativa". En "Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales". Editorial Jurídica de Chile. Tomo LXXV, 1978, primera parte, sección Derecho. pp. 55 y sgtes.

²⁶¹ Soto Kloss, Eduardo. "Contratación Administrativa. Ideas Básicas y Principios". Separata. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 1988. p. 2.

²⁶² La Ley 18.575, "Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado", recoge este principio en su Art. 3, el cual señala que "la Administración del Estado estará al servicio de la comunidad, atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente."

²⁶³ Acerca de este punto, Gastón Jèze señalaba que al contrato de concesión le es aplicable "la fórmula de que siendo decisivo el interés general, a él deben subordinarse los intereses privados" y, agregaba que "el interés general representado por el servicio público no puede estar subordinado al interés particular del concesionario." ("Los Principios Generales del Derecho Administrativo". Traducción de la segunda edición francesa de Carlos García Oviedo. Editorial Reus (S. A.). Madrid, 1928. p. 328). Pensamos que esta fórmula no es exclusiva del contrato de concesión, sino aplicable a todo contrato administrativo.

²⁶⁴ Reconocimiento jurídico positivo expreso de esta idea lo encontramos en la Ley 18.575, la que, en su Art. 7 indica la manera en que deben desempeñar sus labores los funcionarios públicos, esto es, "con preeminencia del interés público sobre el privado."

²⁶⁵ Oelckers Camus, Osvaldo. Op. cit. en nota 240. p. 152.

desventajosas que serían inconcebibles en un contrato celebrado por un particular al amparo de las normas de Derecho Común²⁶⁶. Esto último, precisamente porque el interés público dentro del contrato no es patrimonio exclusivo de uno de los contratantes; tanto la Administración como su co-contratante persiguen, en último término, un mismo fin: el interés público, el Bien Común.

No obstante lo anterior, las cláusulas exorbitantes tienen que respetar ciertos límites, los que vienen dados por la juridicidad de la actividad administrativa, el principio de legalidad. Según este principio, cuando la Administración ejerce su actividad no puede contrariar normas de jerarquía constitucional o infra constitucional, ni las limitaciones jurídicas de la discrecionalidad²⁶⁷.

Las cláusulas exorbitantes posibilitan actuaciones discrecionales de la Administración, por ello, diremos algunas palabras respecto a los límites de los actos discrecionales, en función de los cuales es posible ejercer un control sobre estos actos, "lo cual resulta imprescindible para garantizar adecuadamente los derechos e intereses de los particulares frente a la actividad de la Administración"²⁶⁸.

En doctrina se sostiene que las técnicas que permiten el control de la discrecionalidad son: a) la desviación de poder; b) los hechos determinantes; c) los principios generales del derecho; d) los conceptos jurídicos indeterminados; y, e) la inequidad manifiesta.

a) La desviación de poder

Dentro de un Estado de Derecho, las autoridades administrativas cuentan, normalmente, con poderes discrecionales, pero no pueden ejercer éstos para alcanzar cualquier fin, sino que precisamente para aquel considerado, expresa o tácitamente, por el ordenamiento jurídico y en todo caso, para el logro de la finalidad pública, de la utilidad o interés general.

La Administración que ejerce una potestad, incluso discrecional, no la puede ejercer para alcanzar cualquier fin, y de ocurrir ello estaremos en presencia de una desviación de poder. "El acto discrecional que se ha desviado de su fin, del fin en vista del cual el ordenamiento otorgó el poder, ha cegado la fuente de su legitimidad. Incurrir en un vicio, que, naturalmente, puede ser fiscalizable por los Tribunales"²⁶⁹. Por ejemplo, el Art. 19 del DFL 164, de 1991, dispone que el MOP podrá modificar, "por razones de interés público", las características de las obras y servicios contratados por el sistema de concesión; si estas modificaciones persiguen otro fin, estaremos frente a una desviación de poder.

b) Los hechos determinantes

Para que se produzca un acto se requieren determinados presupuestos de hecho, los cuales la Administración no puede interpretar a su antojo. Los Tribunales pueden verificar la realidad

²⁶⁶ Oelckers Camus, Osvaldo. "En Torno al concepto de Contrato Administrativo". En "Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso". Tomo III, año 1979, p. 148.

²⁶⁷ Dromi, José Roberto. Op. cit. en nota 238, p. 382.

²⁶⁸ Oelckers Camus, Osvaldo. "Notas a la potestad discrecional de la Administración Pública". En "Revista de Derecho. Universidad de Concepción" Año XLIV, N° 165. Enero-Diciembre, 1977, p. 163.

²⁶⁹ García de Enterría, Eduardo. "El control de los poderes discrecionales de la Administración". En "Revista de Derecho Público". Publicación del Departamento del Estado y de los Organismos Públicos. Facultad de Ciencias Jurídicas, Administrativas y Sociales. Universidad de Chile. N° 17, Enero-Junio, 1975, p. 83.

de los hechos determinantes de un acto discrecional²⁷⁰. Por ejemplo, para que el MOP imponga válidamente una sanción al concesionario, es preciso que se verifique alguno de los hechos que lo habilitan para ello, como las contenidas en los Arts. 48 y 49 del DS 240, de 1991, del MOP.

c) Principios generales del derecho

Estos principios son expresión del mundo de los valores y de la experiencia jurídica, son normas del ordenamiento jurídico que tienen que ser respetadas por la Administración Pública, incluso ante supuestos de discrecionalidad para actuar²⁷¹.

"No puede por lo tanto, invocarse la discrecionalidad administrativa para atentar contra los principios de igualdad, de buena fe, de proporcionalidad, de la naturaleza de las cosas, de servicio público, etc."²⁷².

d) Conceptos jurídicos indeterminados

Existen algunos casos en que la actuación administrativa está limitada por conceptos jurídicos indeterminados, en los que, si bien es cierto, no es fácil establecer cuál debe ser la actuación concreta, ello no implica que sea discrecional por cuanto se encuentra limitada precisamente por estos conceptos.

"Estos conceptos jurídicos indeterminados están contenidos en las llamadas normas flexibles, que son aquellas que dejan un ámbito libre a rellenar en cada caso, pues la medida concreta para la aplicación de los mismos no la administra con exactitud la ley que los contiene. Ejemplo de conceptos jurídicos indeterminados los tenemos en las expresiones buena fe, buenas costumbres, buen padre de familia, orden público, precio justo, urgencia, interés público, etc."²⁷³.

Cuando la Administración debe actuar conforme a un concepto jurídico indeterminado, no se encuentra habilitada para determinar libremente su conducta, porque estos conceptos no ofrecen una opción de posibilidades sino que tienen una única solución justa.

Rellenar estos conceptos es tarea difícil, de ahí que se deba recurrir a una valorización querida y dependiente de la ley, lo que nos lleva a realizar una interpretación de la norma. Por lo tanto, el proceso de integración de un concepto jurídico indeterminado no puede ser un proceso volitivo de discrecionalidad o de libertad, sino un proceso de juicio, de estimación o de comprobación, el que ha de atenerse, por una parte, a las circunstancias reales del caso concreto y por otro, al sentido jurídico que la ley le ha asignado, llegando forzosamente a la única solución justa, por lo que se debe considerar que el proceso de aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados presenta un carácter reglado²⁷⁴.

"Allí donde estemos en presencia de un concepto jurídico indeterminado, allí cabe con

²⁷⁰ Oelckers Camus, Osvaldo, Op. cit. en nota 268. p. 164.

²⁷¹ El catedrático español García de Enterría afirma que: "la Administración está sometida no sólo a la ley, sino también a los principios generales del derecho, y ello por una razón elemental, porque la Administración no es señor del derecho, como puede pretender serlo, aunque siempre será parcialmente, el legislador." (Op. cit. en nota 269. p. 92).

²⁷² Oelckers Camus, Osvaldo. Op. cit. en nota 268. p. 167.

²⁷³ Oelckers Camus, Osvaldo. Op. cit. en nota 268 p. 165.

²⁷⁴ García de Enterría, Eduardo. Op. cit. en nota 269. pp. 87-88. En idéntico sentido Oelckers Camus, Osvaldo. Op. cit. en nota 268. p. 165.

perfecta normalidad una fiscalización jurisdiccional de su aplicación"²⁷⁵.

d) La iniquidad manifiesta

Esta técnica de control de la discrecionalidad es una variante de los criterios principales, ya expuestos.

Si frente a una actuación administrativa no es posible aplicar ninguna de las técnicas de control referidas precedentemente, pero no obstante ello, se llegara a un resultado manifiestamente inícuo, habría que deducir también la ilegalidad del uso que se le da a la discrecionalidad. Se trata de una técnica de control que se aplica sobre el resultado de la actuación administrativa²⁷⁶.

2.- REGLAMENTO PARA CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA Y PODERES DE LA ADMINISTRACIÓN DURANTE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO

A continuación nos ocuparemos de los poderes o prerrogativas que el RCOP confiere a la Administración, con referencia a su fundamentación doctrinaria. En especial, los poderes para:

- 1.- Adoptar unilateralmente decisiones de cumplimiento inmediato respecto de la ejecución del contrato;
- 2.- Modificar el objeto del contrato;
- 3.- Dirigir y controlar la ejecución del contrato;
- 4.- Aplicar sanciones; y,
- 5.- Interpretar el contrato.

2.1.- Decisiones unilaterales y de cumplimiento inmediato respecto de la ejecución del contrato²⁷⁷

La Administración se encuentra facultada para adoptar unilateralmente, durante la ejecución del contrato administrativo, decisiones relativas a su ejecución, las que deben ser cumplidas inmediatamente por el co-contratante, sin perjuicio del derecho que a éste asiste para recurrir ante los Tribunales de Justicia solicitando la impugnación de aquellas decisiones que estime ilegales o arbitrarias.

2.1.1.- Justificación

La justificación de esta prerrogativa se encuentra en el fin mismo que persigue el contrato administrativo, esto es el Bien Común. La Administración debe emplear todas sus facultades para el logro de este fin, principalmente para evitar retrasos en el cumplimiento de las obligaciones contractuales, retrasos que serían inevitables si la Administración tuviera que demandar judicialmente

²⁷⁵ García de Enterría, Eduardo. Op. cit. en nota 269. p. 89.

²⁷⁶ Oelckers Camus, Osvaldo. Op. cit. en nota 268. p. 167.

²⁷⁷ La información doctrinaria referente a esta prerrogativa la hemos tomado, principalmente, de Eduardo García de Enterría. Op. cit. en nota 38. pp. 122 y sgtes.

el cumplimiento de las obligaciones contractuales o si el cumplimiento de las mismas pudiese ser paralizada por un proceso judicial²⁷⁸.

En consecuencia, podemos afirmar que la justificación de esta prerrogativa se encuentra en la necesidad de un cumplimiento sin dilación de las obligaciones contractuales, las que, como hemos sostenido no pueden tener sino como fin último el Bien Común, razón de ser y fin del contrato.

2.1.2.- Efectos

Estas decisiones de la Administración -parte del contrato en que ellas inciden- son vinculantes para su co-contratante, sin perjuicio de los recursos administrativos y judiciales que posteriormente éste pueda deducir contra las mismas. Tienen un valor previo e inmediato en cuanto a su cumplimiento (cumplimiento inmediato)²⁷⁹ pero no un valor definitivo (firmeza), el que sólo la sentencia judicial podrá declarar.

Por otra parte, cuando el co-contratante pretenda que se produzca alguna de las decisiones propias del ámbito de esta prerrogativa, en cuanto le interesen (v. gr. la devolución de la garantía o la prórroga del contrato), e incluso cuando se trate de un incumplimiento de parte de la Administración, debe cumplir con la carga de solicitar de ésta la resolución pertinente, es decir, no puede recurrir directamente a los Tribunales de Justicia.

Debemos tener presente que esta prerrogativa se refiere sólo al ejercicio de los derechos y no al fondo de los mismos.

En términos prácticos, la Administración cuenta con un instrumento formal para ejercitar sus derechos contractuales, que excede de las facultades propias de los sujetos de derecho privado, pero aún más, el co-contratante se ve privado de otros medios que el derecho privado le reconoce para el ejercicio de sus derechos (v. gr. acudir directamente a los Tribunales de Justicia, sin tener que someter sus pretensiones a una verificación previa de la otra parte).

Pero esta facultad, por importante que pueda ser deja absolutamente intactas las reglas de fondo que definen los contenidos obligacionales del contrato, es decir, si la Administración decidiera en contra de tales reglas de fondo (v. gr. si acuerda calificar de incumplimiento lo que no lo es, o pretende que se han producido situaciones de rescisión que no están legalmente justificadas, o se apropia de fianzas sin razón obligacional que lo justifique), sus decisiones serían susceptibles de anularse por los Tribunales de Justicia, puesto que sólo tienen un valor previo.

2.1.3.- Decisiones unilaterales y de cumplimiento inmediato en el RCOP

A continuación daremos algunos ejemplos de esta prerrogativa, tomados del RCOP, los que desarrollaremos en forma más extensa a lo largo de este trabajo, al tratar de cada punto en

²⁷⁸ Un autor, fundamentando la existencia de esta prerrogativa en el contrato de obra pública, señalaba que "razones suficientes autorizan al Estado a no someterse a la larga espera de una sentencia judicial. Tampoco puede admitirse la postergación sine die de las obras públicas, en cuya ejecución rápida y eficaz radica la mayor satisfacción del interés público, que directa o indirectamente están llamadas a servir". (Mó, Fernando. "Régimen Legal de las Obras Públicas. Doctrina. Legislación. Jurisprudencia". Editorial Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1966. p. 313).

²⁷⁹ Para referirse a este aspecto, el profesor García de Enterría emplea el término ejecutoriedad. Nosotros preferimos la expresión *cumplimiento inmediato*, para evitar confusiones terminológicas, ya que, en nuestra legislación las expresiones *firmeza* y *ejecutoriedad* aluden a un mismo estado jurídico en que pueden encontrarse las sentencias judiciales respecto a su cumplimiento.

particular.

La Administración puede adoptar decisiones con un valor de cumplimiento inmediato acerca de:

- 1.- El perfeccionamiento del contrato y su validez;
- 2.- La interpretación del contrato (v. gr. Art. 142, RCOP);
- 3.- La ejecución de las prestaciones debidas por el contratista, en cuanto a tiempo y forma (v. gr. Art. 137, inc. 2º, RCOP);
- 4.- La calificación de situaciones de incumplimiento (v. gr. Art. 155, inc. 3º, RCOP);
- 5.- La imposición y ejecución de sanciones en caso de incumplimiento (v. gr. Arts. 89, 90, 157 y 177, RCOP);
- 6.- La prórroga del contrato (v. gr. Arts. 138 y 139, RCOP);
- 7.- La concurrencia de motivos objetivos de extinción o término anticipado del contrato o rescisión (v. gr. Arts. 141 y 155, inc. 2º, RCOP);
- 8.- La recepción, calificación y aceptación de las prestaciones contractuales (v. gr. Art. 173, RCOP);
- 9.- Las eventuales responsabilidades del contratista durante el plazo de garantía;
- 10.- La liquidación del contrato (v. gr. Art. 182, RCOP); y,
- 11.- La apropiación o devolución final de la garantía (v. gr. 144, RCOP).

2.2.- Modificación del objeto del contrato

En este momento nos ocuparemos del poder o prerrogativa de la Administración para modificar unilateralmente el objeto del contrato, denominado por la doctrina como *ius variandi*.

El *ius variandi* es la más espectacular de las singularidades del contrato administrativo, en cuanto apunta directamente a uno de los presupuestos básicos del instituto contractual, cual es su fuerza obligatoria²⁸⁰, consagrado en nuestro ordenamiento jurídico en el Art. 1.545 del CC.

2.2.1.- Alcance y justificación

En virtud de esta prerrogativa la Administración puede modificar unilateralmente las obligaciones del contrato, es decir, su objeto mismo, introducirle modificaciones intrínsecas y no sólo adoptar decisiones relativas al ejercicio de los derechos, cuando el interés público así lo exija, sin perjuicio del adecuado resarcimiento del co-contratante afectado.

Estas alteraciones del contrato administrativo operan, además, de un modo inmediato y directo, por la facultad de la Administración para adoptar decisiones unilaterales y de cumplimiento inmediato, previa al conocimiento judicial²⁸¹, de la que ya tratamos.

La justificación de esta prerrogativa se encuentra en el hecho que cuando la Administración contrata no puede dejar de ser lo que es, un poder público, no puede renunciar a sus potestades ni a la gestión del interés general. La Administración va a actuar conforme a sus

²⁸⁰ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. "Curso de Derecho Administrativo". Segunda edición. Editorial Civitas S. A. Madrid, 1975. Tomo I, p. 506.

²⁸¹ Ariño Ortiz, Gaspar. "Teoría del Equivalente Económico en los Contratos Administrativos". Edición del Instituto de Estudios Administrativos. Madrid, 1968. p. 225.

atribuciones y prerrogativas que le han sido dadas por la ley para la realización de las finalidades que le están encomendadas; su responsabilidad por el interés público no puede verse condicionada a los contratos que ella celebre. De ahí que se justifique que la Administración pueda introducir alteraciones en el objeto del contrato, tendientes a asegurar una mejor realización del interés público, o una mejor adaptación a este fin. La renuncia de esta potestad, aun declarada en el contrato, sería nula y sin valor²⁸²⁻²⁸³.

Pensamos que esta prerrogativa también encuentra su justificación y fundamento en el carácter de colaborador que tiene el co-contratante. En efecto, si el fin que justifica el contrato administrativo es el Bien Común; y si éste es responsabilidad primordial de uno de los contratantes (la Administración); y si para la realización de este fin se han unido Administración y co-contratante, entonces, resulta razonable que la Administración pueda introducir modificaciones al contrato en razón del fin perseguido por ambas partes, ya que de no hacerlo se vería lesionado o cuando menos retardado el cumplimiento de esta finalidad.

2.2.2.- Límites

Este poder no es absoluto, no significa que la Administración pueda modificar todo el contrato y todas y cada una de sus cláusulas, de ser así, no podríamos calificar como contrato a una figura que carezca de toda fuerza obligatoria para una de las partes (la Administración). Esta prerrogativa, en palabras de Ariño Ortiz, "permite una cierta mutabilidad en el objeto del contrato, pero una inmutabilidad expresada por la ley del contrato y su finalidad"²⁸⁴.

Los límites a esta prerrogativa, según la doctrina, se encuentran dados por el interés general, el fin de la relación contractual y el equilibrio económico.

a) El interés general

La mutabilidad contractual encuentra su fundamento, pero también sus límites en su misma finalidad de interés general.

La Administración no puede introducir al contrato ninguna modificación que afecte este interés, y de hacerlo, "habría desviación de poder, puesto que la Administración se desvincularía del fin específico del contrato"²⁸⁵.

b) El fin mismo de la relación contractual

Villar Palasí nos aclara esta limitación mediante el siguiente ejemplo: "la Administración puede alterar las bases o condiciones de ejecución de una presa, y estas modificaciones son obligatorias para el contratista dentro de ciertos límites (20 por 100), pero no puede obligarle, por ejemplo, a hacer una carretera, aun cuando no alterase con ello el presupuesto ni

²⁸² Ariño Ortiz, Gaspar. Op. cit. p. 225.

²⁸³ En sentido similar, el profesor Oelckers expresa que la Administración goza de esta facultad por ser un poder inserto dentro de sus prerrogativas, que operan desde fuera del contrato y siempre que ella esté orientada hacia los fines o intereses generales de la comunidad, por los cuales debe velar la Administración. (Oelckers Camus, Osvaldo. Op. cit. en nota 240. p. 161).

²⁸⁴ Ariño Ortiz, Gaspar. Op. cit. p. 229.

²⁸⁵ Oelckers Camus, Osvaldo. Op. cit. en nota 240. pp. 160-161.

los precios unitarios"²⁸⁶⁻²⁸⁷.

c) El equilibrio económico

Deben permanecer inmutables aquellos aspectos cuya modificación afecte el equilibrio económico del contrato, el que nunca puede verse alterado unilateralmente en perjuicio del co-contratante y que de serlo, obliga a la Administración a equilibrarlo por medio del pago del equivalente económico²⁸⁸⁻²⁸⁹.

En consecuencia, podemos afirmar que por el juego de estas dos instituciones (facultad de la Administración para modificar el objeto del contrato y equilibrio financiero del mismo) resultan suficientemente amparados los intereses inmediatos, directos que persigue cada una de las partes al contratar.

2.2.3.- Modificación del objeto del contrato en el RCOP y en las BALI

El RCOP regula esta prerrogativa en sus Arts. 96 a 101, ambos incluidos y las BALI en sus cláusulas 3.10 y 3.11.

Del examen de esta normativa, podemos observar que las modificaciones sólo dicen relación con la materialidad de la obra pública objeto del contrato (aumento o disminución de la cantidad de obras, obras nuevas, modificación de ellas y empleo de materiales no considerados).

En virtud de esta normativa, el MOP, por un acto de autoridad, puede ordenar que se disminuyan o aumenten las cantidades de obras, se modifiquen las obras, se ejecuten obras nuevas o se empleen materiales no considerados.

2.2.3.1.- Disminución de las cantidades de obras

Esta decisión puede adoptarse en contratos a serie de precios unitarios y en los de suma alzada. Pero, respecto de los últimos, sólo es posible si la disminución es parte de una modificación del proyecto contratado y ella comprende partidas o porcentajes perfectamente determinadas o valorizadas.

Como consecuencia de esta decisión y para mantener el equilibrio de las prestaciones, se hace imprescindible que:

- 1.- Se disminuya el plazo de ejecución de la obra, siempre que proceda conforme al Programa de Trabajo; y,
- 2.- Se rebaje el valor del contrato, proporcionalmente o de acuerdo al procedimiento que indiquen

²⁸⁶ Villar Palasí, José Luis. "Lecciones sobre Contratación Administrativa". Editado por la Universidad de Madrid. Madrid, 1969. p. 174.

²⁸⁷ En el ejemplo que nos entrega Villar Palasí, se señala un límite objetivo a la modificación del 20 por 100 del valor de la obra, ya que, en la legislación española, las modificaciones del proyecto que impliquen -aislada o conjuntamente- alteraciones del precio del contrato en cuantía superior en más o menos al 20 por 100 del importe de aquél, constituyen una causal de resolución del contrato (Art. 51 N° 2, Ley de Contratos del Estado y Art. 157, N° 2, Reglamento General de Contratación del Estado).

²⁸⁸ Oelekers Camus, Osvaldo. Op. cit. en nota 2-40, p. 161.

²⁸⁹ Tomando esta prerrogativa como punto de análisis del contrato administrativo, podría llegarse a la errónea conclusión que el principio *pacta sunt servanda* (los contratos deben observarse; las palabras deben cumplirse; los contratos obligan) ha sido totalmente desconocido con esta institución jurídica. Empero, señala Garrido Falla, si se miran bien las cosas, no puede olvidarse la idea de la rigurosa equidad que preside la conciliación del interés general con el interés del contratista, que se realiza cabalmente en la teoría del contrato administrativo. "Esta equitativa solución se manifiesta antes que nada en la idea del 'equilibrio financiero'... que supone que toda alteración contractual provocada por la Administración basada en exigencias de interés público acarrea necesariamente un derecho a indemnización a favor del contratista que venga a compensarle del perjuicio económico que la modificación le ha irrogado". (Garrido Falla, Fernando. Op. cit. tomo II. p. 112).

las bases administrativas (Art. 96, inc. 1º, RCOP).

Las BALI que nos ocupan, en la subcláusula 3.10.9 reproducen el Art. 96, inc. 1º, sin señalar un procedimiento especial para calcular la disminución del valor del contrato, por lo que ella será proporcional.

Ante la decisión de disminuir las cantidades de obras, el contratista tiene derecho a una indemnización, salvo que ésta sea el resultado de alguna causa de terminación administrativa y anticipada del contrato, como, por ejemplo, si el contratista no ha dado cumplimiento al Programa de Trabajo (Arts. 96 y 143, RCOP). El monto de esta indemnización es igual al 10% de la disminución que resulte en la liquidación final de los aumentos y disminuciones parciales de obras.

2.2.3.2.- Aumento de las cantidades de obras

Por esta institución se modifica el número o cantidad de obras contratadas inicialmente (Art. 3, N° 30, RCOP y cláusula 1.2, N° 24 de las BALI).

Esta institución no habilita para modificar las características de las obras, cuyas especificaciones se encuentran en los documentos de la licitación, sino sólo su número (Art. 3º, N° 31, RCOP y cláusula 1.2, N° 25 de las BALI).

Esta decisión sólo procede en los contratos a serie de precios unitarios²⁹⁰. En el caso de los contratos a suma alzada todo aumento de obras constituye "obra nueva o extraordinaria", institución que trataremos posteriormente.

Conforme al RCOP podemos distinguir dos tipos de aumento de las cantidades de obras, uno que denominaremos ordinario o normal y otro extraordinario.

a) Aumento ordinario o normal de las cantidades de obras

Su regulación se encuentra en el Art. 96, inc. 2º del RCOP, el cual es reproducido en la subcláusula 3.10.1 de las BALI.

Las entidades facultadas pueden ordenar unilateralmente, mediante un acto de autoridad, un aumento de las cantidades de obras hasta un máximo del 30% de cada partida del presupuesto. Para adoptar válidamente esta decisión, la autoridad tiene sólo que respetar los límites generales a este poder modificatorio: el interés general, el fin de la relación contractual y el equilibrio económico.

Ante un aumento ordinario de las cantidades de obras, el contratista tendrá derecho a:

- 1.- El pago de las obras aumentadas, a los precios unitarios compensados del contrato; y,
- 2.- El aumento del plazo para la ejecución de las obras, proporcional al aumento que haya experimentado el contrato inicial. Excepcionalmente podrá fijarse un plazo distinto, por resolución fundada de la autoridad pertinente.

Es oportuno recalcar que ambos aspectos (precio y plazo) no son fruto de una negociación específica, sino que el resultado de la aplicación, más o menos mecánica, del Reglamento o de las bases administrativas pertinentes.

²⁹⁰ Los Arts. 96, inc. 2º y 98 del RCOP regulan los aumentos de las cantidades de obras, refiriéndose sólo a los contratos a serie de precios unitarios, excluyendo así esta posibilidad en los contratos a suma alzada, ya que, como se sabe, conforme al principio de legalidad, la Administración sólo puede realizar aquello para lo que se encuentra expresa y específicamente facultada.

b) Aumento extraordinario de las cantidades de obras

Se regula en el Art. 98 del RCOP, el que es recogido en las subcláusulas 3.10.3, 3.10.4 y 3.10.5 de las BALI.

Los órganos facultados pueden ordenar unilateralmente un aumento de las cantidades de obras, superior al 30% de cada partida del presupuesto, pero sin exceder del 50% del monto inicial del contrato (Art. 98 en relación con los Arts. 96, inc. 2º y 100, todos del RCOP).

Para adoptar válidamente esta decisión se debe cumplir con dos requisitos:

- 1.- Se trate de un caso calificado; y,
- 2.- El aumento corresponda a complementaciones de la obra inicial.

En esta hipótesis, al igual que en el caso de aumento ordinario, el contratista tendrá derecho a:

- 1.- El pago de las obras que significa el aumento; y,
- 2.- El aumento del plazo para la ejecución de las obras.

Pero, a diferencia del aumento ordinario, tanto el precio unitario de las obras aumentadas por sobre el 30%, como el plazo para su ejecución, deben ser acordados previamente por el MOP (Dirección de Vialidad en el caso de las BALI) y el contratista (Art. 98, inc. 1º, RCOP y subcláusula 3.10.3 de las BALI).

El RCOP, en su Art. 98, inc. 2º y las BALI en la subcláusula 3.10.3, fijan pautas generales que deben observar los funcionarios que, en representación del MOP, negocien con el contratista el precio unitario de estas obras. Se les fija el precio máximo que pueden convenir con el contratista, el que en caso alguno podrá exceder los precios compensados o convenidos del contrato inicial, debidamente reajustados²⁹¹.

En caso que no se logre acuerdo respecto de los precios unitarios del aumento de obras, es necesario distinguir si la realización de las obras es o no urgente.

1º) La realización de las obras es urgente. En este caso, la Administración puede ordenar al contratista la ejecución inmediata de las obras que significa el aumento de cantidad, al precio máximo permitido por el RCOP o las BALI (Art. 98, inc. 3º, RCOP y subcláusula 3.10.4 de las BALI).

Lo que justifica esta decisión es la urgencia de la realización de las obras, situación que corresponde calificar, en primer término, a la Administración. Es este un ejemplo de decisión unilateral y de cumplimiento inmediato, por lo que nada obsta para que el co-contratante que disienta de esta calificación recurra a los Tribunales de Justicia, para que éstos efectúen la calificación definitiva.

En otro aspecto, pensamos que el contratista que considere que el precio que se le impone no es justo, podría recurrir a los Tribunales de Justicia demandando la fijación del mismo por el Juez, el que podrá fijarlo sin sujeción al precio máximo permitido por el RCOP y por las BALI. Fundamentamos nuestra posición en que las disposiciones pertinentes del RCOP (Art. 98, inc. 2º) y de las BALI (subcláusula 3.10.3), regulan el precio máximo que se puede "pactar" o "convenir" entre la Administración y su co-contratante y en esta situación, corresponde decidir al Juez precisamente por ausencia de este acuerdo, por lo que éste, pensamos, no estaría obligado por tales normas. El juez podría fijar el precio que, conforme a los antecedentes, considere justo.

²⁹¹ El RCOP entrega a las bases administrativas la fijación del sistema de reajuste de precios, y regula uno subsidiario en su Art. 102. Las BALI, en su cláusula 3.10.5, regulan con remisión a su cláusula 3.55 el procedimiento de reajuste que se debe aplicar a los contratos que rigen.

2º) La realización de las obras no es urgente. En primer término es necesario señalar que esta hipótesis es más teórica que práctica, desde que corresponde a la Administración calificar la urgencia de la realización de una obra, por lo que a ésta bastaría con asignarle tal calificación para ordenar, conforme a lo planteado en el punto anterior, su ejecución inmediata. Sólo sería posible en el caso que la Administración insistiera en la ejecución de las obras correspondientes al aumento extraordinario, luego que los Tribunales calificaran la realización de una obra determinada como no urgente²⁹².

Esta situación no es regulada expresamente ni en el RCOP ni en las BALI. Nuestra posición es la siguiente:

- 1.- Es evidente que la Administración no puede ordenar la ejecución inmediata de las obras al precio máximo permitido, porque esta posibilidad sólo está regulada para el evento que la realización de las obras sea urgente.
- 2.- Un aumento extraordinario de obras involucra la realización de obras que, si bien no son urgentes, reúnen los requisitos generales para la adopción de esta decisión (caso calificado y que el aumento corresponda a complementos de la obra inicial). Por ello, pensamos que en esta situación la Administración puede recurrir a los Tribunales de Justicia, para que sean éstos los que fijen el precio de las obras, sin sujeción al precio máximo que señalan el RCOP y las BALI, por las razones anteriormente expuestas.
- 3.- Sólo una vez fijado el precio por sentencia firme o ejecutoriada, la realización de estas obras será obligatoria para el contratista.

2.2.3.3.- Modificación de obras, obras nuevas y empleo de materiales no considerados

Estas instituciones se regulan en el Art. 99 del RCOP y en las subcláusulas 3.10.6 y 3.10.8 de las BALI.

En los contratos a serie de precios unitarios, entiéndese por obras nuevas aquellas que se incorporan o agregan al proyecto para llevar a mejor término la obra contratada, pero cuyas características sean diferentes a las especificadas o contenidas en los antecedentes que sirven de base al contrato (Art. 4, N° 31, RCOP y cláusula 1.2, N° 25 de las BALI). Si no existe esta diferencia de características, como ya lo adelantáramos, estaremos frente a un aumento de las cantidades de obras.

En los contratos a suma alzada, se consideran obras nuevas aquellas que se incorporan o agregan al proyecto para llevar a mejor término la obra contratada (Art. 4, N° 31, RCOP). Es indiferente las características que presenten las obras nuevas.

Estas decisiones deben ser adoptadas con el fin de llevar a mejor término la obra contratada, lo que constituye su fundamento y justificación.

Además, la modificación de obras, obras nuevas y empleo de materiales no considerados, no pueden, en caso alguno, tener un valor superior al 30% del monto inicial del contrato, debidamente reajustado, sin considerar los aumentos y disminuciones de obras (Art. 99, inc. 3º, RCOP). La subcláusula 3.10.8 de las BALI, contempla una disposición similar, pero sólo referida a las obras nuevas o extraordinarias, aunque ello no obsta para que, por aplicación supletoria del RCOP, en el SPSC se aplique esta misma norma a las instituciones no señaladas en esta cláusula pero sí en el Art. 99 del RCOP.

²⁹² En esta hipótesis, otra alternativa de la Administración es contratar la ejecución de estas obras a través de un nuevo contrato.

Si bien se trata de decisiones unilaterales, es preciso que previo a la ejecución de ellas se acuerde, entre la Administración y el contratista:

- 1.- El plazo para la ejecución de la modificación de las obras previstas o de las obras nuevas o para el empleo de los materiales no considerados, según corresponda; y,
- 2.- El precio unitarios de las obras que involucran la ejecución de la modificación de las obras previstas o la realización de las obras nuevas o el empleo de materiales no considerados.

Para la fijación de los precios, el RCOP hace aplicable lo expuesto a propósito del precio máximo acordable en el caso de aumento extraordinario de las cantidades de obras (Art. 99, inc. 1º). Las BALI, por su parte, no señalan un precio máximo, pero por aplicación supletoria del RCOP debemos entender que éste existe y es el mismo que ahí se indica.

En el evento que no hubiere acuerdo sobre el precio, es necesario distinguir si la realización de las obras es o no urgente.

1º) La realización de las obras que involucran estas decisiones es urgente. En tal evento la Administración podrá disponer, ordenar la ejecución de esas obras pagando al contratista los gastos directos comprobados, hasta un 30% más de esos valores para compensar gastos generales y utilidad. Este pago se efectuará una vez aprobado por resolución el detalle y justificación de dichos gastos (Art. 99, inc. 2º, RCOP y subcláusula 3.10.6 de las BALI).

2º) La realización de las obras que involucran estas decisiones no es urgente. No existe regulación expresa de esta situación, sin embargo, pensamos que le son aplicables las consideraciones que realizamos, ante igual hipótesis, a propósito del aumento extraordinario de las cantidades de obras.

2.2.4.- Normas comunes a las instituciones reguladas en el RCOP y las BALI, que permiten modificar el objeto del contrato

Existen algunas reglas que son comunes a las instituciones que precedentemente hemos tratado, las que analizamos a continuación.

2.2.4.1.- Aprobación de las modificaciones

Toda modificación que se introduzca al contrato adjudicado debe ser aprobada o autorizada por medio de un decreto o resolución, según corresponda. Además, si procediere, por este mismo medio se sancionarán las modificaciones del plazo y la reprogramación del Programa de Trabajo vigente (subcláusula 3.10.11 de las BALI).

Toda modificación del contrato significa una alteración de la voluntad original de la Administración, expresada al momento de su adjudicación por medio de un decreto o resolución, de ahí que se exija un acto administrativo de la misma naturaleza que la autorice. En el caso de los contratos regidos por las BALI, se requerirá una resolución de la Dirección de Vialidad del MOP (subcláusulas 3.10.11 y 3.11.1).

Una vez tramitado por la Contraloría General de la República el decreto o resolución que apruebe alguna modificación al contrato, tres transcripciones de ellos deberán ser suscritas ante Notario por el contratista, en señal de aceptación de su contenido, además, ante el mismo Notario, deberá protocolizarse uno de los ejemplares (Art. 84, inc. 1º, RCOP).

En las BALI no existe norma especial acerca de la entrega que el contratista debe

hacer de las transcripciones referidas, como sí las tiene respecto de las transcripciones del decreto o resolución que aprueba el contrato, por lo que deberá cumplirse con lo dispuesto en el Art. 84, inc. 2º del RCOP, en cuanto al plazo y autoridad a quien se hace la entrega.

Las transcripciones suscritas harán fe respecto de toda persona y tendrán mérito ejecutivo sin necesidad de reconocimiento previo (Art. 84, inc. final, RCOP).

Si no existe autorización previa, válidamente expedida, las BALI, en la subcláusula 3.11.1, regulan dos situaciones:

- 1.- El co-contratante, durante la ejecución del contrato, introduce modificaciones al proyecto adjudicado. En este caso, el contratista deberá ejecutar los trabajos rectificatorios, los que serán de su cargo.
- 2.- El co-contratante ejecuta obras que superan los volúmenes contratados u obras nuevas. En esta situación, la Dirección de Vialidad no asumirá compromiso alguno en relación a dichas obras e incluso podrá ordenar la restitución del terreno a su estado original.

2.2.4.2.- Límite objetivo al aumento de obras

Los aumentos efectivos de un contrato, provenientes de aumentos de las cantidades de obra (ordinario y extraordinario), obras nuevas, modificación de las obras previstas o el empleo de materiales no considerados, no podrán sobrepasar, en conjunto, el 50% del monto inicial del contrato, contabilizándose las disminuciones convenidas (Art. 100, inc. 1º, RCOP y subcláusula 3.10.7 de las BALI).

Para la determinación del monto del aumento máximo se debe actualizar, reajustar el valor inicial del contrato y de cada una de sus modificaciones, en base al sistema de reajuste regulado en las bases administrativas aplicables a cada contrato o, si éstas nada señalan, al especificado en el Art. 102 del RCOP.

Conforme al Art. 100 citado, se consideran sólo las disminuciones de obras convenidas. En otras palabras, no se contabilizan las disminuciones ordenadas unilateralmente por la Administración conforme al Art. 96 del RCOP.

Cumplido el aumento del 50%, procede la liquidación del contrato y las obras no realizadas se considerarán como una obra distinta, y consiguientemente deberán contratarse como tales (Art. 100, inc. 2º, RCOP).

2.2.4.3.- Ejecución inmediata y pago anticipado

El RCOP consulta la posibilidad que el aumento ordinario de las cantidades de obras, la modificación de las obras previstas, la ejecución de obras nuevas y el empleo de materiales no considerados se ejecuten sin esperar la dictación y tramitación del decreto o resolución pertinente (Arts. 97 y 99, inc. final). Idéntica posibilidad se consigna en las subcláusulas 3.10.2 y 3.10.6 de las BALI, pero sólo respecto del aumento ordinario de las cantidades de obras y de las obras nuevas.

Esta institución, conforme a los Arts. 97 y 99, inc. final del RCOP, sólo procede respecto de:

- 1.- Los aumentos ordinarios de las cantidades de obras;
- 2.- La modificación de las obras previstas;
- 3.- Las obras nuevas o extraordinarias; y,
- 4.- El empleo de materiales no considerados.

Las BALI sólo se preocupan de la ejecución inmediata y pago anticipado respecto de los aumentos ordinarios de las cantidades de obras y de las obras nuevas, pero ello no impide que, por aplicación supletoria del RCOP, ella proceda también en el caso de las instituciones no señaladas en las BALI pero sí en los Arts. 97 y 99 del RCOP.

Para este tipo de cumplimiento es necesario:

a) Que se trate de casos urgentes.

b) Que exista solicitud del Inspector Fiscal.

El Art. 97 del RCOP señala que esta solicitud debe ser escrita; exigencia no expresada en la subcláusula 3.10.2 de las BALI; mas aún, pareciera que esta solicitud puede ser verbal, ya que esa misma cláusula exige que la aprobación de la autoridad sea escrita.

Pensamos que en las obras del SPSC, aún cuando no se exija expresamente, la solicitud del Inspector Fiscal debe ser escrita. Primero, por aplicación supletoria del RCOP; Segundo, por el principio de la formalidad que inspira los contratos administrativos, y; Tercero, por la mayor claridad y transparencia que brinda una solicitud escrita.

c) Aprobación de la autoridad que corresponda, según el Reglamento de Montos. En el caso de las BALI, la Dirección de Vialidad.

A diferencia de las BALI, el RCOP no exige expresamente que esta aprobación sea escrita. Pensamos que era innecesario que lo señalara, por cuanto la forma normal de expresión de la voluntad de la Administración es a través de actos eminentemente formales.

d) Que el aumento de obras no exceda del 30% de cada partida del presupuesto, regularmente actualizadas. En otras palabras, la ejecución inmediata y pago anticipado sólo procede en el caso de aumento de las cantidades de obras que hemos calificado de ordinaria.

e) Acuerdo del contratista.

Debemos tener presente que este acuerdo es para la ejecución inmediata del aumento de las cantidades de obras y no para el aumento mismo.

De no contarse con el acuerdo del contratista, a la Administración no le queda más que esperar la dictación y total tramitación del acto administrativo pertinente para poder exigir la ejecución del aumento de obras.

f) Tratándose de modificación de las obras previstas, ejecución de obras nuevas y empleo de materiales no considerados, es necesario además "un convenio suscrito con el contratista, en que se indiquen características, cantidades de obras, precio y plazos de realización de ellas" (Art. 99, inc. final, RCOP).

Cumpliendo los requisitos señalados, el Art. 97 del RCOP faculta al MOP y la subcláusula 3.10.2 de las BALI a la Dirección de Vialidad, para anticipar el pago a cuenta hasta del 80% de las obras realizadas, imputándolo provisoriamente al contrato, mientras se dicta, suscribe y protocoliza el acto administrativo correspondiente.

Este pago se considera, para todos los efectos, como anticipo del contrato y en caso de reparos al acto administrativo que regulariza la situación, las retenciones y garantías del contrato servirán para responder o restituir estos anticipos.

Conforme a los términos de las disposiciones citadas, la Administración perfectamente podría, cumpliéndose con los requisitos ya señalados, convenir la ejecución inmediata del aumento de las cantidades de obras sin anticipación de pago.

2.2.4.4.- Término anticipado del contrato

Si el contratista no acata alguna de las decisiones unilaterales que afectan el objeto del contrato, la Dirección podrá ponerle término anticipado y administrativamente (Art. 143, letra f), RCOP y subcláusula 3.45.1, letra f) de las BALI). El término anticipado del contrato resulta ser una sanción para el contratista, justificada por el hecho que estas órdenes pretenden llevar a mejor término las obras. Por otra parte, al momento de celebrarse el contrato el contratista se obligó a respetar estas órdenes, por lo que desobedecerlas es un incumplimiento del contrato.

2.2.4.5.- Cómputo del aumento de plazo

Si como resultado del aumento o modificación de obras, o de obras nuevas, se sigue la ampliación del plazo para el cumplimiento del contrato, éste se contabiliza, por norma general, a continuación del vencimiento del plazo original.

Excepcionalmente, en el caso que el aumento de obras se ordene con posterioridad al vencimiento del plazo original, "las ampliaciones podrán contabilizarse, para todos los efectos que determina el reglamento, en forma separada" (Art. 154, inc. final, RCOP).

2.2.4.6.- Modificación del proyecto o disminución de las cantidades de obras a propuesta del contratista

El Art. 75 del RCOP posibilita que las bases administrativas autoricen expresamente a los proponentes para que, además de la propuesta correspondiente al proyecto oficial y en un mismo acto, puedan presentar variantes al proyecto oficial o proyectos alternativos completos, que signifiquen una economía para el Fisco o ventajas notorias.

Las variantes o proyectos nuevos deberán presentarse en la forma que indiquen las bases administrativas y por suma alzada.

Las BALI contienen indirecta o implícitamente una autorización de esta índole en la subcláusula 3.10.10. Esta disposición prevee la posibilidad que existan modificaciones del proyecto o disminución de las cantidades de obras que tengan su origen en una proposición escrita del contratista. El problema se suscita porque ninguna disposición de las BALI autoriza expresamente a los proponentes para presentar variantes al proyecto oficial o proyectos nuevos, como lo exige el Art. 75 citado, ni regulan la forma en que deberían presentarse. Pensamos que, al no existir autorización expresa en las BALI para hacer estas presentaciones, ni regularse en ellas la forma de materializarlas, los proponentes carecen de esta posibilidad. De sostenerse una posición contraria, en el sentido de legitimar una autorización implícita como modificación al RCOP²⁹³, se llega al punto de preguntarse cuál es el procedimiento a seguir para hacer presentaciones de esta naturaleza. En las BALI no existe

²⁹³El Art. 1, inc. 1º del RCOP señala, en lo pertinente, que el RCOP puede ser modificado por bases especiales aprobadas por DS, que es el caso de las BALI que nos ocupan.

cláusula al respecto, por lo que se debe recurrir supletoriamente, conforme a la subcláusula 2.6.1 de las mismas bases, al RCOP; pero éste tampoco regula directamente el punto, ya que entrega su regulación a las bases administrativas. Además, debemos tener presente que las BALI regulan contratos licitados bajo el sistema de serie de precios unitarios (cláusula 1.1, inc. final), y el Art. 75 del RCOP señala que "las variantes o proyectos nuevos deberán presentarse... por suma alzada"; por tanto, las BALI por ser excepcionales a este Art. deberían ser explícitas en esta materia, sin dar lugar a dudas.

En el evento que las modificaciones del proyecto o disminución de las cantidades de obras previstas tengan su origen en una proposición escrita del contratista, sobre la base de un proyecto completo y si después de estudiado éste fuere aceptado y las modificaciones importan una economía con respecto al valor considerado en el contrato para la obra variada o modificada, el contratista tendrá derecho a un premio equivalente a un porcentaje del valor de la economía efectiva, el que se le pagará al terminar la ejecución de la variante ofrecida. Este premio asciende, según el RCOP, al 30% (Art. 101) y, en el caso de las obras del SPSC regidas por las BALI, al 20% (subcláusula 3.10.10).

La demora en la tramitación para aceptar esta clase de variantes o modificaciones, por lo general, no da lugar a un aumento del plazo de ejecución de los trabajos. Excepcionalmente, en casos plenamente justificados en opinión de la autoridad que aceptó la propuesta, se aumentará este plazo (Art. 101, inc. 2º, RCOP y subcláusula 3.10.10 de las BALI).

2.3.- Dirección y control de la ejecución del contrato

Otra cláusula exorbitante es la facultad de la Administración para dar instrucciones o directivas y para ejercer un control permanente y de alcance excepcional, respecto de la forma en que el co-contratante debe ir cumpliendo sus obligaciones contractuales. Este poder se traduce en instrucciones, órdenes y sanciones.

Esta facultad constituye una prerrogativa exorbitante, porque las cláusulas que supeditan el cumplimiento del contrato al control riguroso de una de las partes son *inusuales* o *inhabituales* en el derecho privado. En la contratación privada, generalmente el sujeto que asume una obligación dispone de cierta libertad para su cumplimiento, la sanción sólo se produciría posteriormente si la ejecución fuese inadecuada²⁹⁴.

2.3.1.- Justificación

Esta prerrogativa se justifica por la finalidad del contrato, el Bien Común, el cual es responsabilidad prioritaria de la Administración, en cuya consecución el co-contratante, como ya se explicara, no es sino un colaborador.

Dado el interés público involucrado en la ejecución de las obligaciones asumida por el

²⁹⁴ Marienhoff, Miguel. Op. cit. Tomo III, volumen A, p. 75.

co-contratante, las que generalmente son del tipo denominado determinadas o de resultado²⁹⁵, la Administración se asegura, mediante el ejercicio de esta prerrogativa, de obtener precisamente el resultado esperado, el que la ha motivado a contratar.

"A la Administración contratante interesa, ante todo, la correcta ejecución de la obra y la buena prestación del servicio público más que la percepción de una indemnización por las deficiencias o demoras en la ejecución, que nada resuelve en orden a la satisfacción del interés general. De ahí que la Ley no se conforme con reconocer a la Administración la facultad de resolver el contrato cuando el contratista incumpla sus obligaciones y trate, antes que nada, de asegurar que ese incumplimiento no se produzca, autorizándola para poner en juego con este fin sus poderes de coerción y para imponer sanciones que muevan al contratista a evitar la situación de incumplimiento"²⁹⁶.

2.3.2.- La facultad de dirección y control en el RCOP y en las BALI

2.3.2.1.- Los organismos de dirección y control

Estos organismos son fundamentalmente dos: La Dirección y la Inspección Fiscal.

a) La Dirección

No debemos confundir "facultad de dirección en la ejecución del contrato" y "Dirección", entendida como "el servicio, empresa o institución que tiene a su cargo la ejecución de la obra" (Art. 4, N° 5, RCOP). En el caso de las BALI del SPSC, el servicio que tiene a su cargo la ejecución de la obra es la Dirección de Vialidad. Las BALI, en su cláusula 1.2, N° 4 definen a la Dirección de Vialidad como el "servicio dependiente de la Dirección General de Obras Públicas que tiene a su cargo la preparación de los antecedentes del proyecto, su licitación, adjudicación y la administración de la ejecución de la obra que se regulará por las presentes BALI."

No obstante la misión encomendada a la Dirección de Vialidad, en algunos casos, de acuerdo con la reglamentación vigente serán el Ministro de Obras Públicas o el Director General de Obras Públicas, según corresponda, quienes a petición de la Dirección autorizarán mediante el decreto o resolución correspondientes, la implementación de las decisiones o actos atribuidos a la Dirección de Vialidad en las BALI, en los Antecedentes de la Licitación o en los del Contrato.

b) La Inspección Fiscal

La Inspección Fiscal de la Obra es el conjunto de funcionarios técnicos y administrativos, dependientes del Inspector Fiscal, que tiene a su cargo la fiscalización de un contrato y que puede contar con la colaboración de Asesoría de Inspección (Art. 4, N° 9, RCOP).

Conforme a lo anterior, esta inspección es responsabilidad de un funcionario público denominado Inspector Fiscal.

Los sujetos que, dependientes del Inspector Fiscal, componen la Inspección Fiscal

²⁹⁵ Que el co-contratante asuma una obligación de resultado tiene importancia en materia de prueba. En las obligaciones de esta clase el acreedor *nada debe probar*, pues al deudor de ellas le corresponde acreditar que se obtuvo el resultado prometido, y si él no ha tenido lugar, que no hubo culpa suya en este hecho. (Abeliuk Manasevich, René. "Las Obligaciones". Editorial Ediar Editores Ltda. Segunda edición. Santiago, 1983. pp. 170-171).

²⁹⁶ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. Op. cit. pp. 504-505.

pueden ser: funcionarios públicos o personal contratado especialmente como colaboradores.

1.- Funcionarios públicos, tanto de orientación técnica como administrativa. En este caso, al igual que en toda relación funcionario público-Administración, se presenta un vínculo de carácter estatutario o legal.

El nombramiento de estos asesores, según la subcláusula 3.16.1 de las BALI, será realizado por escrito, por el Inspector Fiscal, con el objeto señalado en la misma cláusula y sus atribuciones serán las que por escrito les delegue el Inspector Fiscal, las que deberán ser comunicadas por escrito al contratista. Además, por tratarse de una delegación, ésta deberá cumplir con los requisitos del Art. 43 de la Ley 18.575²⁹⁷.

2.- Personas, naturales o jurídicas, contratadas especialmente para colaborar con el Inspector Fiscal en la fiscalización del contrato, denominada Asesoría de Inspección (Art. 4, N° 10, RCOP).

Existe aquí un vínculo contractual entre el particular (asesor) y la Administración. Por lo que las actividades y obligaciones del asesor serán las que se establezcan en el contrato respectivo, las que serán comunicadas al contratista por escrito por el Inspector Fiscal (Art. 105, inc. final, RCOP y subcláusula 3.16.2 de las BALI).

Para la contratación de asesores de inspección, se requiere que la Dirección respectiva lo ordene, previa autorización del Director General de Obras Públicas y visto bueno del Ministro de Obras Públicas (Art. 105, inc. final, RCOP).

Los asesores de inspección, según el RCOP, deben ser profesionales, específicamente "ingenieros civiles, arquitectos, constructores civiles u otros profesionales particulares o por sociedades en que dichos profesionales tengan participación como socios o directores" (Art. 105, inc. final). Las BALI limitan los asesores a quienes tengan profesión de "ingenieros civiles, arquitectos o constructores civiles" (subcláusula 3.16.2). Además, tratándose de sociedades, exigen que estén constituidas por escritura pública, sin limitar la posibilidad de asesoría a aquellas que cuenten con socios o directores que tengan alguna de las profesiones señaladas. Esta cláusula, pensamos que debe ser entendida complementada con el Art. 105 citado, en el sentido que las sociedades asesoras, deben tener socios o directores que sean profesionales de los señalados.

El Art. 4, N° 8 del RCOP y la cláusula 1.2, N° 7 de las BALI, definen al Inspector Fiscal como "el funcionario profesional que, nombrado en forma competente, asume el derecho y la obligación de fiscalizar el cumplimiento de un contrato de construcción". Dentro de este mismo orden de ideas, el Art. 105, inc. 1° del RCOP y la subcláusula 3.15.1 de las BALI, agregan que el Inspector Fiscal se encuentra encargado de velar directamente por la correcta ejecución de una obra y, en general, por el cumplimiento de un contrato.

Para el desempeño de sus funciones, el Inspector Fiscal deberá contar con un libro denominado "Libro de Obras", cuyos aspectos principales están regulados en el Art. 105, inc. 2° y 3° del RCOP, recogidos y especificados en las subcláusulas 3.17.1 y 3.17.2 de las BALI.

²⁹⁷ Ley 18.575, Art. 43: "El ejercicio de las atribuciones y facultades propias podrá ser delegado, sobre las bases siguientes:

- a) La delegación deberá ser parcial y recaer en materias específicas;
- b) Los delegados deberán ser funcionarios de la dependencia de los delegantes;
- c) El acto de delegación deberá ser publicado o notificado según corresponda;
- d) La responsabilidad por las decisiones administrativas que se adopten o por las actuaciones que se ejecuten recaerá en el delegado, sin perjuicio de la responsabilidad del delegante por negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones de dirección o fiscalización; y
- e) La delegación será esencialmente revocable.

El delegante no podrá ejercer la competencia delegada sin que previamente revoque la delegación.

Podrá, igualmente, delegarse la facultad de firmar, por orden de la autoridad delegante en determinados actos sobre materias específicas. Esta delegación no modifica la responsabilidad de la autoridad correspondiente, sin perjuicio de la que pudiera afectar al delegado por negligencia en el ejercicio de la facultad delegada."

2.3.2.2.- Facultades de los organismos de dirección y control

a) La Dirección

Para el cumplimiento de su tarea, la Dirección se encuentra investida de facultades que son expresión de la prerrogativa que aquí desarrollamos.

Corresponde especialmente a la Dirección, entre otras facultades:

1.- Resolver acerca de los errores u omisiones que se detecten durante la ejecución del contrato.

Al dictaminar respecto de los errores u omisiones, la Dirección por intermedio del Inspector Fiscal, dará instrucciones escritas al contratista indicando la forma en que debe realizarse la obra y corregirse los errores u omisiones (subcláusula 3.2.3 de las BALI).

El contratista avisará oportunamente al Inspector Fiscal, por escrito, la falta de coherencia que pueda existir entre los documentos del contrato u omisiones que a su juicio existan o cuando necesite algún plano o especificación adicional indispensable para la ejecución de la obra (subcláusula 3.2.4 de las BALI).

2.- La Dirección tiene plenas atribuciones y autoridad para imponer al contratista, cada vez que sea necesario durante la vigencia del contrato, los planos e instrucciones complementarios que se requieran para la adecuada ejecución, fabricación, terminación y mantención de las obras.

Estos planos e instrucciones complementarias serán consideradas como incorporadas al contrato y por consiguiente, el contratista deberá aceptarlas y ejecutarlas de acuerdo a lo previsto en el contrato (subcláusula 3.2.5 de las BALI).

Es pertinente resaltar que estos planos e instrucciones deben ser complementarios a los fijados originalmente, es decir, en uso de esta facultad la Administración no podría pretender introducir modificaciones al contrato.

3.- Cuando circunstancias especiales lo aconsejen, por medio de una decisión unilateral, puede modificar el Programa de Trabajo (Art. 139, RCOP y subcláusula 3.42.1 de las BALI). En este caso, si procede, se indemnizará al contratista de los perjuicios que esta medida le ocasionare.

4.- En aquellos casos que lo estime conveniente para el buen desarrollo de las obras, la Dirección podrá autorizar la reformulación del Programa de Trabajo solicitada por el contratista conforme a la subcláusula 3.41.1 de las BALI.

5.- Si en el documento "Invitación a Licitación Internacional e Instrucciones Particulares para Preparar y Presentar la Propuesta", la Administración se obligó a proporcionar elementos y/o materiales de su propiedad para la ejecución de la obra, la Dirección puede ordenar su empleo (subcláusula 3.42.2 de las BALI).

6.- Relacionado con la facultad anterior, la Dirección puede determinar la prórroga del plazo de ejecución de las obras, si a su juicio, el atraso en la entrega de estos elementos y/o materiales ocasiona atrasos en la terminación de la obra (Art. 138, RCOP y subcláusula 3.42.2 de las BALI). Además, en la misma situación, el Art. 138 del RCOP faculta a la Dirección para autorizar la adquisición de los materiales y/o elementos por el contratista, previas cotizaciones controladas por el Inspector Fiscal, reembolsándole su valor.

7.- Calificar, antes del inicio de las obras o durante su desarrollo, la experiencia e idoneidad del Ingeniero Residente propuesto por el contratista y darle su aprobación o disponer su reemplazo (subcláusula 3.21.3 de las BALI).

8.- Determinar si el contratista ha dado cumplimiento a sus obligaciones de despeje y limpieza final de las obras (subcláusula 3.31.1 de las BALI).

- 9.- La Dirección está facultada para resolver o proponer a la autoridad que corresponda, la aceptación o rechazo de la ampliación del plazo solicitada por el contratista, por atrasos ocasionados por fuerza mayor o caso fortuito (subcláusula 3.43.2 de las BALI).
- 10.- Entregar al contratista el trazado, fijando puntos de origen y referencias perfectamente individualizados (subcláusula 3.39.6 de las BALI).
- 11.- Exigir la pronta reposición o reconstrucción de los elementos vinculados a la planta de construcción (subcláusula 3.29.1 de las BALI).
- 12.- Poner término administrativamente y en forma anticipada al contrato, en los casos expresamente contemplados (Arts. 141 y 143, RCOP y subcláusulas 3.45.1 y 3.46.1 de las BALI).
- 13.- Ordenar la paralización de las obras, cuando no haya fondos disponibles para llevarlas adelante, o cuando así lo aconsejen las necesidades del servicio (Art. 141, RCOP y subcláusula 3.46.1 de las BALI).
- 14.- Hacer uso de los estados de pago pendientes y si éstos no fueren suficientes, retenciones y garantías del contrato, para pagar imposiciones adeudadas por el contratista a Instituciones Previsionales, correspondiente al personal ocupado en la obra (Art. 146, RCOP y subcláusula 3.51.6 de las BALI). Podrá emplear igual facultad, para mantener en vigencia las pólizas de seguro o las boletas de garantía del contrato, si éstas no fueren oportunamente renovadas (subcláusula 3.51.6 de las BALI).
- 15.- Aceptar, cuando a su juicio sean satisfactorios, los valores de los coeficientes de ponderación y parámetros de componentes nacional y extranjero, propuestos por el contratista extranjero para efectos del pago y reajuste (subcláusula 3.55.2 de las BALI).
- 16.- Analizar los antecedentes de los índices del país de origen presentados por los contratistas extranjeros, para efectos de la aplicación de la fórmula de reajuste, pudiendo aceptarlos o rechazarlos, e incluso solicitar su reemplazo o establecer la misma Dirección los índices que se utilizarán en el contrato (subcláusula 3.55.7 de las BALI).
- 17.- Autorizar al contratista para subcontratar parte de las obras (subcláusula 3.6.1 de las BALI).

b) La Inspección Fiscal

El Inspector Fiscal está facultado, genéricamente, para impartir todas las órdenes que sean necesarias para fiscalizar y velar por el correcto cumplimiento del contrato. No obstante ello, tanto en el RCOP como en las BALI, existen facultades que le están específicamente señaladas, entre otras las siguientes:

- 1.- El Inspector Fiscal está habilitado para fijar las normas y medidas que sean necesarias para normalizar el ritmo de las faenas, cuando el Programa de Trabajo se esté realizando con retraso (subcláusula 3.40.6 de las BALI). En este punto las BALI modifican el RCOP, en el sentido que éste otorga esta facultad a la Dirección (Art. 136, inc. 2º, RCOP).
- 2.- El Inspector Fiscal puede exigir la separación de cualquier subcontratista o trabajador del contratista, por insubordinación, desorden, incapacidad u otro motivo grave comprobado (Art. 107, RCOP y subcláusula 3.18.2 de las BALI). En este evento, la Administración se reserva la facultad de inmiscuirse en una relación contractual respecto de la cual es un tercero.
- 3.- La subcláusula 3.22.3 de las BALI faculta al Inspector Fiscal para "solicitar" el reemplazo de cualquiera de los miembros del equipo del contratista en terreno. Esta no es propiamente una solicitud, sino una orden, ya que efectuada ella el "contratista deberá proceder a reemplazar a la

persona objetada" dentro de un plazo de 14 días, contados desde la fecha de su notificación o dentro de la extensión de plazo que se le conceda, por una persona idónea que cuente con la aprobación del Inspector Fiscal.

4.- El Inspector Fiscal puede ordenar al contratista reconstruir por su cuenta las obras o reemplazar los materiales que no sean aceptados por el mismo Inspector, cuando no cumplan con las exigencias impuestas por los documentos del contrato (Art. 108, RCOP y subcláusula 3.18.3 de las BALI).

5.- Corresponde al Inspector Fiscal, conforme a los análisis y pruebas, aceptar o rechazar los materiales que el co-contratante pretenda emplear en una obra (Art. 137, inc. 2º, RCOP y subcláusula 3.40.4 de las BALI).

6.- El Inspector Fiscal puede ordenar el retiro fuera de la zona de las faenas, de los materiales que sean rechazados por su mala calidad, cuando exista el peligro de que dichos materiales sean empleados en la obra sin su consentimiento (Art. 109, RCOP y subcláusula 3.18.4 de las BALI).

7.- Al Inspector Fiscal corresponde aprobar, por escrito, la designación del reemplazante del Ingeniero Residente (Art. 115, RCOP y subcláusula 3.21.4 de las BALI).

8.- La Inspección Fiscal está facultada para: solicitar informes al laboratorio de autocontrol del contratista; calificar el funcionamiento de este laboratorio; acceder libremente a las pruebas y ensayos que practique el contratista; impartir órdenes sobre la correcta aplicación de las normas, como asimismo el buen uso de todos los elementos de control (subcláusula 3.32.3 de las BALI).

9.- En el caso que el contratista adeude remuneraciones a los trabajadores que emplee en las obras, el Inspector Fiscal puede hacer estos pagos, a través de la Dirección de Contabilidad y Finanzas del MOP, con cargo a los estados de pago pendientes (Art. 126, RCOP y subcláusula 3.23.4 de las BALI)²⁹⁸.

10.- La Inspección Fiscal puede exigir un control de las labores de replanteo o estacado de las obras, para cuyo objeto el contratista deberá poner a su disposición todos los elementos y el personal requerido (subcláusula 3.39.6 de las BALI).

11.- Al Inspector Fiscal corresponde aprobar el traspaso de los subcontratos (subcláusula 3.6.1 de las BALI).

2.3.2.3.- Características de las órdenes del Inspector Fiscal

1º) Se imparten siempre por escrito, conforme a los términos y condiciones del contrato, dejándose constancia en el Libro de Obras;

2º) Son obligatorias para el contratista (Art. 106, inc. 1º, RCOP y subcláusula 3.18.1 de las BALI);

3º) Su inobservancia genera las sanciones previstas en la normativa pertinente (multas, término anticipado del contrato);

4º) Operan de un modo inmediato y directo, en virtud de la prerrogativa de la decisión unilateral y de cumplimiento inmediato, ya tratada; y,

5º) El contratista puede apelar de las órdenes y resoluciones del Inspector Fiscal.

²⁹⁸ Volveremos sobre esta facultad a propósito de las obligaciones del contratista para con el personal empleado en la ejecución de la obra.

2.3.2.4.- Apelación de las órdenes y resoluciones del Inspector Fiscal

El contratista tiene la posibilidad de apelar de las órdenes y resoluciones adoptadas por el Inspector Fiscal durante el curso de los trabajos, sean éstas sobre las obras u otros aspectos que se relacionen con el contrato, tanto en la instancia administrativa como judicial (Art. 110, RCOP y subcláusulas 3.12.1 y 3.19.1 de las BALI).

La apelación se interpone, por escrito, ante el Director correspondiente (en las BALI, el Director de Vialidad), en el plazo de 8 días hábiles, sin perjuicio de plazos especiales que puedan establecerse en otros cuerpos normativos. Este plazo se cuenta desde la fecha en que el Inspector Fiscal comunique sus órdenes o resoluciones.

El Director de Vialidad resolverá la apelación breve y sumariamente, sin perjuicio de las atribuciones que pudieren corresponderle al Director General de Obras Públicas, al Ministro de Obras Públicas o al Contralor General de la República.

Para la resolución de la apelación, el RCOP fija un plazo de 15 días hábiles, contados desde su recepción en la Oficina de Partes. Las BALI nada dicen sobre el particular, por lo que el Director de Vialidad contará con idéntico plazo para resolver.

Una vez agotada la instancia administrativa, el contratista puede aún recurrir a la vía judicial, ante los tribunales chilenos (subcláusula 3.13.1 de las BALI).

Los organismos financieros públicos internacionales aconsejan incluir en el contrato licitado disposiciones relativas al derecho aplicable y al ámbito para la resolución de desacuerdos. Más aún, recomiendan el empleo del arbitraje comercial internacional²⁹⁹.

Si el reclamo o apelación del contratista es acogido y la Administración (Dirección de Vialidad) es condenada al pago de indemnización, éste se hará en el estado de pago más próximo, previa dictación de la resolución correspondiente. En caso de atraso, devengará un interés del 8% anual sobre la suma líquida a pagar expresada en UF (Art. 113, RCOP y cláusula 3.19.4 de las BALI).

Tratándose de órdenes impartidas por el Inspector Fiscal, que no sean resoluciones, si el contratista no apela de ellas o si su apelación fuere rechazada y se resistiere a acatarla, la Dirección podrá, previa notificación, suspender la tramitación de los estados de pago y aplicar los fondos retenidos al contratista y aún la garantía, si fuere necesario, para dar cumplimiento a estas órdenes (Art. 112, inc. 1º, RCOP y subcláusula 3.19.3 de las BALI).

La autoridad que adjudicó el contrato, podrá asimismo, según la gravedad del caso y previa notificación hecha con 15 días de anticipación, poner término anticipado al contrato. En tal caso, se aplicarán también al cumplimiento de las órdenes los fondos provenientes de las retenciones y quedará a beneficio fiscal, según el Art. 112, inc. 2º del RCOP, un porcentaje de la garantía de cumplimiento del contrato (a lo menos el 25% de su valor), modificado en el caso de las BALI, en el sentido que quedará a beneficio fiscal el total de esta garantía.

2.4.- Facultad sancionadora

En todo contrato administrativo se encuentra involucrado el interés público y en vista de este interés, el ordenamiento jurídico ha investido a la Administración de la facultad para imponer sanciones a su co-contratante.

²⁹⁹ "Normas para Adquisiciones con Préstamos del BID", cláusula 4.9.

En varias disposiciones, el RCOP y las BALI otorga a la Administración un cierto grado de libertad, en el sentido de elegir el tipo de sanción aplicable de entre varias o bien determinar la extensión de la misma. Sobre este punto, el profesor Aróstica³⁰⁰ afirma que esto no significa una libertad absoluta, puesto que el acto administrativo que las concreta debe ser expresión de una libertad guiada por la razón y la prudencia. Lo contrario importaría pensar que el Legislador le ha facultado para proceder arbitrariamente, lo que resulta absurdo porque significaría colocarla en una situación contraria a derecho.

"Las sanciones administrativas, obviamente, deben ser justas, tendientes a que el infractor reciba realmente lo suyo, siendo proscrito el repartirle ni más ni menos de los que se ajusta a los hechos y circunstancias que las motivan o justifican. La adopción de un temperamento sancionador excesivo o desproporcionado, aunque sea dentro de los marcos legales, es una injusticia, defecto que puede y debe ser corregido por el juez, ya anulando el acto que contiene el castigo, ya declarando él mismo lo que en el caso es lo justo y adecuado, fijando una sanción de inferior rigor"³⁰¹.

Las sanciones pueden ser de variada índole, generalmente de orden pecuniario. Por ejemplo, pérdida de la garantía de seriedad de la propuesta o de un porcentaje de la garantía de cumplimiento del contrato; aplicación de multas por incumplimiento del contrato; terminación anticipada del contrato.

A continuación analizaremos las más frecuentes de ellas.

2.4.1.- Multas

2.4.1.1.- Algunos casos en que procede

A continuación daremos algunos ejemplos, donde procede esta sanción.

a) Incumplimiento de las órdenes del Inspector Fiscal.

Habíamos dicho que las órdenes del Inspector Fiscal son obligatorias, si el contratista no las cumple será sancionado con una multa diaria, mientras no las acate.

Según el RCOP, para determinar el monto de esta multa es necesario distinguir si se trata de un contrato del Registro de Obras Mayores, Especiales o Menores. En los dos primeros esta multa va desde 3 a 8 UTM, y en el último entre 0,5 a 3 UTM, salvo que las bases administrativas establezcan condiciones distintas (Art. 106, inc. 2º). Las BALI señalan un marco distinto para el monto de esta multa, que va desde 6 a 10 UTM (subcláusula 3.18.1).

La aplicación de esta multa y su monto son determinados por el Inspector Fiscal.

En caso de reincidencia, el Inspector Fiscal dará cuenta a la Dirección de Vialidad para que ella le aplique las sanciones contempladas en la subcláusula 3.19.3 de las BALI.

Si el Ingeniero Residente o su reemplazante se niega a recibir en nombre del contratista las instrucciones y directivas que le imparta el Inspector Fiscal, el contratista será sancionado con una multa de 2 UTM, por cada día de incumplimiento (subcláusula 3.21.4 de las BALI).

³⁰⁰ Aróstica Maldonado, Ivan. "El Derecho Administrativo sancionador y la proporcionalidad de los actos administrativos (un asunto de justicia distributiva)". En "Revista de Derecho y Jurisprudencia". Tomo LXXXIV, N° 3, 1987. pp. 109 y sgtes.

³⁰¹ Aróstica Maldonado, Ivan. Op. cit. pp. 124-125.

b) Designación de Ingeniero Residente reemplazante.

Si el Ingeniero Residente se ausenta temporalmente de la obra, se encuentra obligado a dejar en su reemplazo un profesional idóneo debidamente autorizado para asumir todas sus responsabilidades y obligaciones. Su designación debe ser aprobada por escrito por el Inspector Fiscal.

En caso de incumplimiento de esta obligación, el contratista será sancionado con una multa de 2 UTM por cada día de incumplimiento (subcláusula 3.21.4 de las BALI). Para este efecto se considera el valor de la UTM del mes anterior al correspondiente al estado de pago en que se aplica la multa. Esta multa se aplica por el Inspector Fiscal.

c) Omisión de la denuncia de los accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.

Si el contratista no denuncia los accidentes del trabajo y las enfermedades profesionales en conformidad con las disposiciones legales vigentes³⁰², será sancionado con una multa de 1 a 5 UTM (Art. 119, RCOP y subcláusula 3.23.2 de las BALI). El RCOP exige además que el contratista informe a la Inspección Fiscal de los hechos ocurridos, haciendo entrega de tales denuncias cuando corresponda.

d) Entrega de información.

Si el contratista se niega a proporcionar o no proporciona oportunamente a la Oficina de Estadísticas de la Dirección General de Obras Públicas, a la Inspección Fiscal o a la Inspección del Trabajo los datos que se le soliciten, en conformidad a las instrucciones y formularios que para este objeto se le proporcionen, será sancionado, cada vez, con una multa de 1 a 5 UTM (Art. 118, RCOP y subcláusula 3.25.1 de las BALI).

e) Mantención del tránsito.

Si a requerimiento del Inspector Fiscal, el contratista no da oportuno y cabal cumplimiento a sus obligaciones señaladas en el subtítulo de las BALI denominado "Mantención del Tránsito", será sancionado con una multa de 10 UTM, por cada día de incumplimiento (subcláusula 3.26.3 de las BALI)³⁰³.

Debemos tener presente que el RCOP obliga al contratista a mantener a su costa la circulación por las vías públicas que haya de desviar o modificar a causa de los trabajos, tomando todas las precauciones para proteger las obras en ejecución y la seguridad del tránsito (Art. 128, RCOP).

f) Instalación del Laboratorio de Autocontrol.

Si en el plazo de 30 días, contados desde la fecha de inicio del contrato, el Laboratorio de Autocontrol del contratista no está completamente instalado, con el personal y movilización adecuada y permanente para su buen desempeño, éste será sancionado con una multa de 5 UTM, por cada día de atraso, la que será descontada del estado de pago correspondiente (subcláusula 3.32.4 de

³⁰² Ley 16.744, sobre "Seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales".

³⁰³ Dada la importancia de estas obligaciones, las BALI contemplan la posibilidad, ante su incumplimiento, de que el Inspector Fiscal opte por abordar directamente las acciones requeridas, en tal caso los gastos necesarios y que correspondan serán con cargo a las retenciones del contrato, los que se descontarán administrativamente.

las BALI).

g) Entrega de instalaciones a disposición de la Inspección Fiscal.

Si el contratista no entrega oportunamente las instalaciones que debe poner a disposición de la Inspección Fiscal, será sancionado con una multa de 10 UTM por cada día de atraso (subcláusula 3.33.2 de las BALI).

h) Letreros de identificación de las obras.

Si el contratista no coloca los letreros de identificación de las obras dentro del plazo de 15 días, contados desde la fecha en que la Inspección Fiscal indique los lugares de su instalación y la leyenda específica; o no cumple con su obligación de mantener y preservar estos letreros, será sancionado con una multa diaria de 1 UF, la que será descontada del estado de pago correspondiente (subcláusula 3.34.2 de las BALI).

i) Señalización y seguridad para el tránsito.

El incumplimiento de las obligaciones del contratista relativas a señalización y seguridad para el tránsito, será sancionada con una multa de 10 UTM por cada día de incumplimiento (subcláusula 3.27.2 de las BALI).

j) Incumplimiento de los plazos.

Para determinar las multas que proceden en caso de incumplimiento de los plazos de ejecución de las obras es necesario distinguir si se trata de un plazo parcial o total.

1.- Plazos parciales.

El Art. 157 del RCOP dispone que las bases administrativas podrán fijar multas por atrasos parciales en la ejecución de la obra. Las BALI encomiendan, a su vez, al documento denominado "Invitación a Licitación Internacional e Instrucciones Particulares para Preparar y Presentar la Propuesta", la determinación de la exigencia de plazos parciales (subcláusula 2.9.2) y si éste los exige, su incumplimiento, excluyendo el plazo total, será sancionado, a contar del día siguiente al de su vencimiento y hasta que los trabajos correspondientes a ese plazo sean dados por cumplidos, con una multa diaria equivalente al medio por mil del valor determinado según la cantidad de obra comprometida en el Programa de Trabajo vigente, valorizada a los precios unitarios contratados o convenidos según corresponda, todo ello debidamente reajustado hasta la fecha en que la multa sea cancelada por el contratista (subcláusula 3.44.2 de las BALI).

Esta multa no podrá exceder del 15% del valor total de la obra comprometida en ese plazo, valorizada según lo expuesto precedentemente.

2.- Plazo total para la ejecución de la obra.

Si el contratista no entrega la obra totalmente terminada dentro del plazo convenido, será sancionado con una multa diaria, que correrá desde el día siguiente de expirado el plazo para la ejecución de la obra y hasta la fecha de término real consignada en el Acta de Recepción Provisional de las Obras. Esta multa será equivalente al uno por mil del monto total del contrato primitivo, considerando sus aumentos y disminuciones, reajustados al momento en que se aplique la multa (Art. 157, RCOP y subcláusula 3.44.3 de las BALI).

Observamos una diferencia entre estas dos disposiciones, que dice relación con la reajustabilidad del valor de la multa. El Art. 157 señala que la multa estará afecta al reajuste establecido en el contrato, entre el mes anterior a la fecha indicada en el contrato como término de las obras y el mes anterior en que ella sea pagada. Mientras que según las BALI, el reajuste correrá hasta la fecha en que la multa sea cancelada por el contratista y no el mes anterior.

A contar del término del plazo del contrato, esta multa reemplazará cualquier otra que se estuviere aplicando por incumplimiento de plazos anteriores, si los hubiere.

La suma de las multas aplicadas por incumplimiento de los plazos parciales y total no podrá exceder del 15% del valor total del contrato, considerando sus aumentos y disminuciones, reajustado conforme al procedimiento que se establece en la cláusula 3.55 de las BALI, hasta la fecha en que la multa sea cancelada por el contratista.

2.4.1.2 Procedimiento de aplicación y apelación de las multas

Todas las multas se cursarán administrativamente, sin forma de juicio, y se deducirán de los valores y en el orden de prelación siguiente (Art. 159, RCOP y subcláusulas 3.14.1, 3.18.1, 3.21.4, 3.25.1 de las BALI), salvo disposición contraria:

- 1º) De los estados de pago;
- 2º) De las retenciones hechas al contratista; o,
- 3º) De la garantía de cumplimiento del contrato.

El contratista puede apelar de la resolución por la que se le aplica una multa, conforme al procedimiento que hemos descrito a propósito de las órdenes del Inspector Fiscal.

2.4.2.- Suspensión o eliminación del Registro de Contratistas

Las sanciones pueden consistir, también, en la suspensión o eliminación del o los Registros en que el contratista esté inscrito. En este evento, la Administración considera que la conducta que se sanciona es de tal gravedad que el co-contratante no es digno de ser contado entre sus posibles colaboradores, ya sea temporal o definitivamente.

En el RCOP encontramos numerosos ejemplos de una y otra sanción. Por ejemplo, es procedente la suspensión en los casos que señalan los Arts. 26, inc. final, 37, 39, inc. 1º y 2º, 68, inc. 1º, letra a), 59, inc. 1º, 89, inc. 1º, 161, inc. 2º y 177, letra a). Ejemplos de eliminación encontramos en los Arts. 38, 59, 144, inc. 3º, 114, inc. 2º, 161, inc. 2º y 177, letras b) y c).

2.4.2.1.- Eliminación y suspensión del Registro Especial del SPSC

Una primera cuestión que debemos plantearnos es la siguiente: Si las causales de eliminación y suspensión de los Registros de Obras Mayores y Menores que contempla el RCOP, son aplicables a los contratistas inscritos en el Registro Especial del SPSC.

Nos inclinamos por una respuesta negativa, fundados, por una parte, en la especificidad de la inscripción en este registro (para los contratos del SPSC licitados internacionalmente) y por otra, porque este registro tiene una regulación jurídica especial, contenida en las BARE del SPSC, de las que ya hemos tratado. Además, debemos tener presente que la eliminación y suspensión son sanciones, y como tales su aplicación analógica es, por lo menos, cuestionable.

Por lo tanto, este tipo de sanciones -eliminación y suspensión del registro-, serán

aplicables a los contratistas inscritos en el Registro Especial de Contratistas del SPSC en las siguientes hipótesis:

a) Cuando alguna de estas sanciones contempladas en el RCOP, se hagan expresamente extensivas a los contratistas inscritos en "Registros Especiales", como ocurre en el Art. 114, inc. 2º.

b) Cuando en las BALI se contemple específicamente alguna de estas sanciones. Por ejemplo:

1.- Si el proponente retira su propuesta durante el período de validez de ésta, será suspendido por dos años de éste y de todo otro Registro de Contratistas del MOP (subcláusula 2.16.1).

2.- Si al proponente al que se le adjudique el contrato, no suscribe ni protocoliza, dentro de los plazos preestablecidos, el decreto o resolución que sanciona el contrato, será suspendido por dos años de este registro y de todo otro Registro de Contratistas del MOP (subcláusula 2.16.1).

3.- Si el proponente al que se le adjudique el contrato no entrega las garantías y la(s) póliza(s) de seguro por daños a terceros especificadas en las BALI, dentro del plazo que ellas fijan, será suspendido por dos años de éste y de todo otro Registro de Contratistas del MOP (subcláusula 2.16.1).

4.- El contratista a quien se le haya puesto término a un contrato por falta de cumplimiento será eliminado del Registro Especial del SPSC y en el caso que éste sea nacional además será suspendido de los Registros del MOP (subcláusula 3.45.2).

2.4.2.2.- Causales de eliminación del Registro de Obras Mayores contenidas en el RCOP y los contratistas inscritos en el Registro Especial del SPSC

No obstante lo expresado, debemos tener presente que si un contratista del SPSC es eliminado del Registro de Obras Mayores del MOP, consecuentemente puede serlo también del registro que nos interesa. Esto porque durante los sucesivos llamados a licitación, la Dirección de Vialidad puede pedir la reactualización de las calificaciones que estime pertinente (punto 1, inc. 5º de las BARE), entre las que se cuentan estar inscrito en primera o segunda categoría del Registro de Obras Mayores del MOP en las especiales de Movimiento de Tierras y/o Pavimentos (punto 3.1, inc. 6º de las BARE).

2.4.3.- Pérdida de la garantía de seriedad de la propuesta

En el proceso licitatorio, conforme al Art. 72, inc. final del RCOP, no es indispensable la exigencia de una garantía de seriedad de la oferta. Este Art. entrega a las bases administrativas decidir si se requiere o no una garantía de esta especie y regula, supletoriamente, las condiciones que ella debe cumplir, en caso de exigirse.

Si las bases administrativas exigen esta garantía y el contratista al que se le adjudique el contrato no suscribe ni protocoliza las transcripciones del decreto o resolución pertinente, dentro de plazo, será sancionado, entre otras, con la pérdida a favor del Fisco de la garantía de seriedad que hubiere entregado junto con su propuesta (Art. 89, inc. 1º, RCOP).

En las BALI del SPSC, conforme a la subcláusula 2.16.1, no se exige la presentación

de una garantía de seriedad de la propuesta³⁰⁴. Lo que no quiere decir que carezca de sanción el proponente que no suscriba ni protocolice dentro de plazo el decreto o resolución que sanciona el contrato. La sanción a esta conducta la establecen las subcláusulas 2.16.1 y 3.45.1, letra e), consistentes en la suspensión del Registro Especial de Contratistas del SPSC y en la terminación administrativa y anticipada del contrato.

2.4.4.- Pérdida de la garantía de cumplimiento del contrato

El RCOP, en su Art. 144 contempla esta sanción. Establece la pérdida de por lo menos el 25% del valor de las garantías que caucionen el cumplimiento del contrato, para el caso que a éste se le ponga término anticipado. Salvo que tal terminación sea de común acuerdo entre los contratantes, o que el Director General de Obras Públicas considere que no resulta equitativo aplicar esta sanción. Idéntica disposición es recogida en la subcláusula 3.45.2 de las BALI.

El Art. 112 del RCOP, al que nos referimos a propósito de las órdenes impartidas por el Inspector Fiscal, establece esta sanción, en el mismo porcentaje que el Art. 144, para el caso que se le ponga término anticipado al contrato si el contratista se resistiere a cumplir una orden del Inspector Fiscal. Esta disposición debe entenderse complementaria a la letra f) del Art. 144 del RCOP.

2.4.5.- Inhabilidad para inscribirse en Registros Especiales

El Art. 177, letra d) del RCOP dispone que el contratista que tenga un promedio de notas inferior a 5 no podrá inscribirse en Registros Especiales. Igual sanción sufre el contratista eliminado de un registro por mala calificación, conforme al Art. 177, letras b) y c) del RCOP, referidos precedentemente.

Los contratistas que hubieren sufrido esta sanción no podrán inscribirse en el Registro Especial del SPSC.

2.4.6.- Terminación anticipada del contrato

En la mayoría de los casos la terminación anticipada del contrato constituye una sanción para el contratista. En especial, cuando es producto del incumplimiento de algún aspecto al que se obligó por el contrato.

Sobre la terminación anticipada del contrato nos referiremos posteriormente, a propósito de la extinción del contrato.

2.5.- Interpretación del contrato

La interpretación de todo contrato es una materia de enorme importancia práctica. Sobre este punto, el profesor López Santa María expresa que: "La interpretación del contrato reconoce o determina los efectos jurídicos, o sea, que de ella depende el alcance de la convención. La trascendencia concreta que cualquier contrato sobre el cual las partes discrepan es el resultado de la

³⁰⁴ En el evento que en el SPSC se exigiere garantía de seriedad de la propuesta, deberían observarse las indicaciones relativas a monto, vigencia y devolución de éstas, contenidas en el Contrato de Préstamo 613.OC-CU, Anexo B, cláusula 3.27 y en las "Normas para Adquisiciones con Préstamos del BID". Op. cit. párrafo 2.5. p. 13..

interpretación"³⁰⁵.

Tratándose de los contratos administrativos, una de las partes -la Administración- tiene la facultad de interpretarlo unilateralmente, interpretación que opera, como ya lo señalamos, de un modo inmediato, sin perjuicio de que la otra parte -el contratista- pueda recurrir a los Tribunales de Justicia, demandando la determinación definitiva del contenido exacto de las disposiciones contractuales.

Esta prerrogativa se justifica en vista del interés público comprometido en los contratos de esta especie. Se pretende evitar que las divergencias entre la Administración y el contratista puedan perjudicar el interés público, como inevitablemente ocurriría si, producidas éstas, hubiera de suspenderse la ejecución de la obra o la prestación del servicio mientras no se resolviese, en forma definitiva, la controversia por el juez competente.

Así justificada, la interpretación unilateral de los contratos administrativos carece "de todo contenido material o sustantivo. No se trata de que la Administración pueda decidir libremente sobre el alcance real de lo pactado, sino de asegurar una decisión que provisionalmente permita continuar la obra, servicio o suministro contratados sin interrupciones perjudiciales para el interés general"³⁰⁶.

2.5.1.- Interpretación administrativa unilateral del contrato de obra pública en el RCOP y en las BALI

La prerrogativa de la Administración para interpretar unilateralmente el contrato de obra pública, se deduce de las atribuciones generales que el RCOP confiere al Inspector Fiscal en las distintas etapas de ejecución del contrato, en cuanto puede impartir órdenes e instrucciones por escrito al contratista³⁰⁷. Órdenes que, como ya lo expusieramos, son obligatorias para el contratista.

El Art. 135 del RCOP -reproducido en la subcláusula 3.40.5 de las BALI- establece la regla básica o elemental para esta interpretación. Señala que las bases administrativas, especificaciones técnicas, planos generales y de detalle, perfiles y pliego de condiciones del proyecto se "interpretarán siempre en el sentido de la mejor y más perfecta ejecución de los trabajos, conforme a las reglas de la técnica".

Pensamos que esta disposición se aparta del sistema subjetivo de interpretación de los contratos que consagra nuestro CC. En efecto, el Art. 135 citado no insta al intérprete a buscar la intención de los contratantes, a desentrañar la voluntad psicológica que los unió, como ocurre con el Art. 1.560 del CC, muy por el contrario, lo obliga a realizar una labor interpretativa que podríamos calificar de finalista y objetiva.

Finalista, porque el intérprete deberá dar al contrato de obra pública el alcance o sentido que permita la "mejor y más perfecta ejecución de los trabajos, conforme a las reglas de la técnica". No es una labor desligada del fin justificativo de la contratación administrativa. Una interpretación finalista del contrato de obra pública se justifica por el interés público involucrado en el contrato; toda obra pública, por definición, tiene por finalidad propender al bien público (Art. 4, N°

³⁰⁵ López Santa María, Jorge. Op. cit. nota 111. pp. 306-307.

³⁰⁶ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. Op. cit. p. 505.

³⁰⁷ Huidobro Salas, Ramón. "El Contrato de Construcción de Obra Pública". Separata. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 1992. p. 12.

12, RCOP), para cuya realización, precisamente, se celebra el contrato. El contrato de obra pública es un acto jurídico tanto de interés individual como social; a toda la comunidad interesa la más perfecta ejecución de la obra pública contratada.

Pero por otra parte, una interpretación finalista de este contrato no permite justificar cualquier alcance que se pretenda dar a los términos en él empleados, por mucho que lo exija el interés público. Se deben respetar ciertas pautas interpretativas de carácter objetivo, las que, postulamos, se encuentran dadas por los siguientes criterios:

1º) La determinación de cuál es la mejor y más perfecta ejecución de los trabajos, debe realizarse mediante el empleo de reglas técnicas adecuadas.

2º) El resultado de la interpretación debe ser aquel al que arribaría un hombre medio razonable. Esto significa que el intérprete debe atribuir a la declaración contractual controvertida, el sentido normal que le otorgaría la generalidad de los hombres razonando sobre la base de reglas técnicas pertinentes y teniendo en vista la mejor y más perfecta ejecución de la obra pública.

Finalmente, sostenemos que esta forma de interpretación no sólo es aplicable a la tarea interpretativa que realiza la Administración sino que también cuando ella es desarrollada por los Tribunales de Justicia. Esto porque los argumentos que justifican este tipo de interpretación son válidos tanto en uno como en otro caso. Más aún, ante cualquier conflicto que se genere a propósito del contrato de obra pública, el juez, conforme al principio de la especialidad, debe aplicar la regulación publicista señalada para este contrato en particular, contenidas en el RCOP.

2.5.2.- Alcance del tipo de interpretación del Art. 135 del RCOP

Nos ocuparemos de analizar dos aspectos vinculados al alcance del Art. 135 del RCOP, uno que dice relación con los documentos y otro relativo a los aspectos susceptibles de ser interpretados conforme al sistema interpretativo que este Art. consagra.

2.5.2.1.- Documentos susceptibles de interpretarse conforme al Art. 135 del RCOP

La interpretación finalista y objetiva que acoge el Art. 135 del RCOP, según los términos en que se encuentra redactado, es aplicable al examen de los siguientes antecedentes:

- 1.- Bases administrativas;
- 2.- Especificaciones técnicas;
- 3.- Planos generales;
- 4.- Planos de detalle;
- 5.- Perfiles³⁰⁸; y,
- 6.- Pliego de condiciones del proyectos.

El RCOP y las BALI definen los cuatro primeros antecedentes, pero ninguno de estos cuerpos normativos define o conceptualiza la figura del pliego de condiciones del proyecto.

Por la redacción del Art. que analizamos, queda claro sí que el pliego de condiciones del proyecto no es confundible con los otros antecedentes numerados, es un antecedente distinto que

³⁰⁸ Los perfiles no son sino una especie de plano.

integra el contrato.

En esta parte trataremos de dar un concepto de pliego de condiciones del proyecto.

El RCOP (Art. 4, N° 19) y las BALI (cláusula 1.2, N° 11) definen la expresión proyecto, como el conjunto de antecedentes que permite definir en forma suficiente la obra por realizar, que incluye bases administrativas, planos generales y de detalle, especificaciones técnicas, cuadros de cantidades y todos los demás documentos de la licitación.

Por otra parte, la expresión condición no es posible entenderla en el sentido que le da el CC, como modalidad de los actos jurídicos, sino que en su sentido natural y obvio, esto es como circunstancias que afectan a un proceso o al estado de una persona o cosa³⁰⁹, en este caso, el conjunto de circunstancias o requisitos o calidad del contrato licitado³¹⁰.

De tal modo, pensamos que el pliego de condiciones del proyecto es el conjunto de antecedentes, jurídicos y técnicos, redactados por la Administración que rigen la licitación y ejecución del contrato y definen los derechos y obligaciones de las partes del mismo³¹¹.

Entonces, pliego de condiciones del proyecto es una expresión amplia, comprensiva de los demás antecedentes señalados en la numeración precedente.

En consecuencia, la forma de interpretación que consagra el Art. 135 del RCOP alcanza a todos los documentos integrantes del contrato de obra pública.

2.5.2.2.- Aspectos susceptibles de interpretarse conforme al Art. 135 del RCOP

Por otra parte, pensamos que una interpretación como la señalada en el Art. 135 del RCOP, sólo es aplicable a los aspectos vinculados a la ejecución de los trabajos de las obras contratadas. Fundamentamos nuestra posición en los siguientes argumentos:

1º) Este Art. regula la interpretación del contrato a propósito de la forma en que el contratista debe ejecutar los trabajos.

2º) Es esta una interpretación finalista, orientada a la mejor y más perfecta ejecución de los trabajos, por lo que, en aquellos aspectos que no digan relación directa con ese fin (v. gr., todo lo vinculado con el precio de la obra), es lógicamente inaplicable esta forma de interpretación.

A mayor abundamiento, esta interpretación es evidentemente inaplicable en aquellas situaciones que se susciten luego de finalizados los trabajos y recepcionada la obra, como por ejemplo, la devolución de garantías; o antes del inicio de las mismas, como en el caso del perfeccionamiento del contrato.

De lo expuesto, resulta que para aquellas situaciones no vinculadas a la ejecución de los trabajos, por no existir norma especial de derecho público, su interpretación deberá hacerse conforme a las normas del derecho privado, el cual acoge un sistema subjetivo tradicional de interpretación de los contratos (Arts. 1.560 y siguientes del CC).

³⁰⁹ Real Academia Española. Op. cit. p. 377.

³¹⁰ La expresión "circunstancia", según el Diccionario de la Lengua Española, en su acepción segunda, significa "calidad o requisito". (Real Academia Española. Op. cit. p.340).

³¹¹ En este sentido José Roberto Dromi. Op. cit. en nota 238. p. 389.

2.5.3.- Normas especiales de interpretación contenidas en las BALI

a) La subcláusula 3.4.1 expresa que el contrato deberá interpretarse de acuerdo con la legislación chilena. En este punto, la legislación aplicable es la que examinamos precedentemente.

b) La subcláusula 3.2.2 señala que el contexto de cada uno de los documentos que forman parte del contrato servirá para ilustrar el sentido de cada uno de los aspectos tratados en estas Bases, de manera que haya entre todos ellos la debida correspondencia y armonía. En todo caso frente a cualquier conflicto interpretativo, prevalecerán tales documentos en el orden que establece la subcláusula 3.1.1 de estas BALI y en el caso de los documentos incluidos en la letra b), según el orden contemplado en la cláusula 2.6.1.

La primera parte de la subcláusula 3.2.2 recoge el elemento lógico de interpretación, en términos similares al Art. 22, inc. 1º del CC, relativo a la interpretación de la ley.

A propósito del contexto de la ley, que podemos extender al contexto del contrato, Alessandri y Somarriva señalan que "es el enlazamiento de sus diversas partes; natural es presumir que éstas no sean contradictorias, porque cada una y todas son elementos integrantes de una misma unidad y están informadas por una misma idea directriz"³¹².

En la segunda parte de esta subcláusula, las BALI dirimen las discrepancias interpretativas que se pudieran presentar entre los distintos elementos integrantes del contrato, recurriendo al orden de precedencia que ellas fijan. Esto no es sino aplicación de lo dispuesto en el Art. 2 del RCOP.

c) A los términos o expresiones que las BALI definen, se les dará el significado y alcance que ellas les señalen, salvo que del contexto se derive claramente una interpretación distinta (cláusula 1.2). Esta cláusula define una serie de términos o expresiones de frecuente empleo en ellas, muchas de las cuales no hacen sino repetir las definiciones del Art. 4 del RCOP, mientras que otras son un verdadero aporte a la interpretación de los contratos regidos por estas bases.

Esta cláusula nos entrega una norma interpretativa análoga a la contenida en el Art. 20, parte final, del CC a propósito del sentido que debe dársele a las palabras empleadas por el legislador.

Si se define una expresión, es lógico que a ella se le dé ese y no otro sentido, por cuanto ha existido una manifestación de voluntad clara al respecto, la que debe respetarse, salvo que del contexto del contrato se derive claramente una interpretación distinta.

Para destacar el empleo de algún término definido en esta u otras cláusulas³¹³ de las BALI, se emplea la técnica de escribir la(s) letra(s) iniciales en mayúsculas (nota a la cláusula 1.2).

d) La subcláusula 1.3.1 señala que "las palabras empleadas en singular incluyen también el plural y viceversa cuando el contexto del contrato lo requiera".

e) En todos los casos cuando se empleen los términos "incluyendo" o "incluye" o cualquier variación de ellos, seguido de una enumeración de ítems o elementos, deberá entenderse tal como si estas

³¹² Alessandri Rodríguez, Arturo y Somarriva Undurraga, Manuel. Op. cit. p. 137.

³¹³ Otras cláusulas que definen expresiones son: 2.3.4, 3.55.5.

palabras fuesen seguidas por la expresión "pero sin que la enumeración sea taxativa" (subcláusula 1.3.2).

En ningún caso deberá presumirse que los ítems o elementos enumerados son completos, exhaustivos o descriptivos del total de aquellos del cual los ítems o elementos forman parte.

f) "Los títulos y subtítulos empleados para identificar las secciones y cláusulas que componen estas BALI, se insertan solamente para facilitar la referencia y no deberán considerarse como parte de las cláusulas para fines de interpretación de estas BALI" (subcláusula 1.3.3).

g) Si el proponente presenta con su propuesta documentos impresos en un idioma distinto al español, acompañado de una traducción, en su interpretación prevalecerá el texto en español (subcláusula 2.10.1).

CAPÍTULO SEXTO

OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA EN EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

En el contrato de obra pública, la principal obligación del co-contratante es la ejecución de la obra pública objeto del contrato, conforme a las bases administrativas, especificaciones técnicas, planos generales y de detalle, perfiles y pliego de condiciones del proyecto (Art. 135, RCOP y subcláusula 3.40.5 de las BALI).

De la ejecución de la obra nos ocuparemos en el capítulo siguiente, en éste nos referiremos, en primer término, a las instituciones que tienen por objeto garantizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del co-contratante; en seguida nos ocuparemos de las obligaciones específicas que asume el co-contratante en el ámbito de las BALI del SPSC.

1.- GARANTÍAS DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

Las obligaciones que genera el contrato de obra pública se encuentran vinculadas a la satisfacción del Bien Común, de ahí que sea una característica tradicional de la contratación administrativa exigir al co-contratante la prestación de garantías que persiguen asegurar su correcta ejecución³¹⁴.

Siguiendo esta filosofía, los contratos de préstamo vinculados al financiamiento internacional del SPSC exigen que, en los documentos de licitación se requiera que los interesados presten fianzas de ejecución u otras garantías que aseguren que los trabajos serán llevados hasta su conclusión³¹⁵.

En el RCOP esta finalidad se procura alcanzar a través de dos instituciones:

- 1.- Las garantías de cumplimiento del contrato; y,
- 2.- Las retenciones.

Adicionalmente, las BALI prevén una tercera institución respecto de los consorcios, como es la fianza y solidaridad pasiva que deben constituir sus integrantes.

1.1.- Garantías de cumplimiento del contrato

En nuestra legislación se exige al contratista rendir garantías que caucionen el estricto y fiel cumplimiento de todas las obligaciones que le impone el contrato. Respecto del contrato de obra pública, podemos distinguir dos clases de garantías: básica y adicional.

³¹⁴ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. Op. cit. Tomo I, p. 490.

³¹⁵ Contrato de Préstamo 613 OC-CH, Anexo B, párrafo 3.28. "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF". Op. cit. Párrafo 2.34, pp. 23-24.

1.1.1.- Garantía básica

El RCOP, en su Art. 90 regula esta garantía, que hemos llamado básica en oposición a adicional, que es la denominación que el reglamento da a la otra clase de garantía.

El mismo reglamento faculta a las bases administrativas para modificar esta regulación en cuanto al monto, plazo y moneda de la garantía "si a juicio de la Dirección así conviniere" (Art. 90. inc. 1º).

A continuación analizaremos las principales características de la garantía exigida por las BALI.

a) Condiciones

La garantía de cumplimiento del contrato se constituirá a la orden del Director de Vialidad, en alguna de las formas siguientes:

- 1.- Boletas de garantía bancaria; o,
- 2.- Fianza de cumplimiento solidaria que contenga condiciones de seguridad, cubra riesgos y responsabilidades y pueda hacerse efectiva en un plazo que sea aceptable para la Dirección de Vialidad.

Corresponde al contratista elegir la forma de constitución de la garantía. Cualquiera que sea su forma, esta garantía deberá ser emitida por bancos nacionales o una sucursal de un banco extranjero con oficinas en Chile.

En casos calificados, los contratistas extranjeros podrán presentar boletas de garantía bancaria o fianzas de cumplimiento solidario otorgadas por entidades extranjeras consideradas aceptables por la Dirección de Vialidad, debiendo siempre solicitarse la conformidad de la Dirección dentro de un plazo de 15 días, contados desde la fecha de notificación de la adjudicación (subcláusula 3.7.1 de las BALI).

b) Monto

Respecto del monto de esta garantía, los contratos de préstamo vinculados al financiamiento del SPSC señalan que será variable, según las características y magnitud de los trabajos, debiéndose indicar en los documentos de licitación y ser suficiente para dar adecuada protección al Licitador, asegurando que, en caso de incumplimiento por parte del contratista, las obras serán terminadas sin aumento de costos para él³¹⁶.

El RCOP fija a esta garantía un monto del 3% del valor del contrato, permitiendo a las bases administrativas aumentarlo, como ocurre en las BALI, las que fijan un monto equivalente al 5% del valor del contrato (subcláusula 3.7.1).

Para determinar la forma de expresión de su monto, hay que distinguir si los pagos del contrato se efectuarán en moneda nacional o extranjera.

- 1.- Si el monto garantizado por la boleta bancaria o fianza de cumplimiento solidario corresponde a pagos que se efectuarán en moneda nacional, se expresará en UF, considerando el valor de ésta al último día del mes anterior al de apertura de la propuesta (subcláusula 3.7.2 de las BALI).
- 2.- La boleta de garantía o fianza correspondiente a la parte del contrato pagadero en monedas

³¹⁶ Contrato de Préstamo 613 OC-CH, Anexo B, párrafo 3.28. "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF". Op. cit. Párrafo 2.34. p. 23.

extranjeras, debe expresarse en dólares estadounidenses, considerando el dólar acuerdo correspondiente al último día hábil del mes anterior al de apertura de la propuesta (subcláusula 3.7.2 de las BALI).

c) Vigencia

La vigencia de la fianza o garantía deberá exceder el plazo del contrato de obra y extenderse, según el Contrato de Préstamo 613/OC-CH, lo suficiente "para cubrir un período de garantía razonable"³¹⁷ y, según el Convenio de Préstamo 3.120-CH, por un plazo que cubra el período de garantía de construcción especificado en el contrato de obra³¹⁸.

Por su parte, el RCOP señala que la vigencia de esta garantía será igual al plazo del contrato aumentado en 28 meses (Art. 90, inc. 1º), el que podrá modificarse en las bases administrativas. Esto último es lo que ocurre en las BALI, que restringen su vigencia al plazo del contrato aumentado en 18 meses (subcláusula 3.7.1).

En todo caso, las garantías de cumplimiento del contrato y sus aumentos deberán permanecer vigentes hasta la suscripción y protocolización, por parte del contratista, del decreto o resolución de liquidación del contrato (subcláusula 3.7.4 de las BALI).

En consecuencia, si en virtud de los aumentos de plazo autorizados para la ejecución del contrato, éste se extiende más allá del plazo de vigencia de la garantía, también será necesario prolongar el plazo de vigencia de ésta. El contratista deberá hacerlo por el nuevo plazo que le señale la Dirección. Si el contratista no renovare las garantías en las condiciones solicitadas, 30 días antes de su vencimiento, la Dirección está facultada para hacerlas efectivas (Art. 90, inc. 4º, RCOP y subcláusula 3.7.4 de las BALI).

Si las boletas de garantía no fueren oportunamente renovadas por el contratista, la Dirección está facultada para hacer uso de los estados de pago pendientes para mantener su vigencia. Si los estados de pago fueren insuficientes, podrá recurrir a las retenciones, siempre que existan próximos estados de pago que cubran su reintegro (Art. 153, RCOP).

d) Entrega

La garantía se entregará a la Dirección de Vialidad dentro de 15 días, contados desde la fecha en que el decreto o resolución tramitado por la Contraloría General de la República ingrese totalmente tramitado a la Oficina de Partes de la Dirección (Arts. 90 y 84, RCOP y subcláusula 3.7.1 en relación con las subcláusulas 2.31.1, 2.32.1 de las BALI).

La boleta o documento de garantía será remitido a la Dirección de Contabilidad y Finanzas del MOP y quedará en su poder hasta la liquidación final del contrato (Art. 93, RCOP).

e) Devolución

El documento que garantiza el cumplimiento del contrato será devuelto al contratista luego de la suscripción y protocolización de la resolución de liquidación (Art. 171, RCOP). La devolución se hará mediante el endoso firmado por el funcionario a cuya orden se ha extendido, el

³¹⁷ Contrato de Préstamo 613/OC-CH, Anexo B, párrafo 3.28. En idéntico sentido las "Normas para Adquisiciones con Préstamos del BID". Op. cit. Párrafo 2.6. p. 14.

³¹⁸ "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF". Op. cit. Párrafo 2.34. pp. 23-24.

que en el caso de las BALI es el Director de Vialidad.

f) Garantías por aumentos de obras u obras nuevas

Si en el transcurso del contrato se autorizan aumentos de obras u obras nuevas, el contratista deberá rendir garantías sobre ellas por el mismo porcentaje, plazo y bajo las mismas condiciones señaladas precedentemente (Art. 90, inc. 3º, RCOP y subcláusula 3.7.3 de las BALI).

1.1.2.- Garantías adicionales de cumplimiento del contrato

El Art. 92 del RCOP contempla un único supuesto donde se exige garantía adicional de cumplimiento del contrato, mientras que las BALI regulan dos tipos de estas garantías, las que analizamos a continuación.

1.1.2.1.- Garantía adicional tipo 1

a) Oportunidad

Se exige esta garantía cuando el monto de la propuesta aceptada fuere inferior en más de un 15% al presupuesto oficial de la Dirección³¹⁹ (Art. 92, inc. 1º, RCOP y subcláusulas 2.29.1 y 3.8.1 de las BALI). Es decir, esta garantía se exige cuando a la Administración le parece dudosa la adecuada ejecución de la obra con un presupuesto muy inferior al calculado por ella.

b) Condiciones

Esta garantía consistirá en una boleta bancaria de las mismas características que las de la garantía básica. Pero en este caso no existe alternativa para el contratista en cuanto a la forma de la garantía, como ocurre en el caso de la garantía básica.

c) Monto

Deberá constituirse por un monto equivalente a la diferencia entre el valor del presupuesto oficial de la Dirección, rebajado en un 15% y el valor de la propuesta aceptada (Art. 92, inc. 1º, RCOP y subcláusula 3.8.1 de las BALI).

d) Vigencia

La vigencia de estas boletas de garantía bancaria, según el RCOP será equivalente al plazo del contrato aumentado en 12 meses, "salvo que las bases administrativas establezcan una vigencia distinta" (Art. 92, inc. 1º, en relación con el Art. 151, inc. 1º), como ocurre en las BALI, que establecen que deberán tener una vigencia igual al plazo del contrato aumentado en 6 meses (subcláusula 3.8.1).

Si las boletas de garantía no fueren oportunamente renovadas por el contratista, la Dirección se encuentra facultada para hacer uso de los estados de pago pendientes para mantener su vigencia. Si estos estados fueren insuficientes, podrá recurrir a las retenciones, siempre que existan próximos estados de pago que cubran su reintegro (Art. 153, RCOP).

³¹⁹ Presupuesto oficial es el estudio detallado efectuado por la Dirección de las cubicaciones, precios unitarios y precio total previsto para una obra, el que representa la opinión oficial sobre su valor (Art. 4, N° 21, RCOP y cláusula 1.2, N° 17 de las BALI).

e) Entrega

Esta garantía deberá entregarse en el mismo plazo que la garantía básica (subcláusula 2.32.1 de las BALI).

f) Devolución

Esta garantía será devuelta al contratista a medida que la obra se vaya ejecutando y pagando, en forma tal de conservar una garantía adicional que, sumada con las retenciones, mantenga el mismo porcentaje con relación a la obra que queda por ejecutar, que el porcentaje que tenía la garantía adicional primitiva con relación al valor inicial del contrato (Art. 92, inc. 2º, RCOP y subcláusula 3.8.2 de las BALI).

g) Reembolso de los gastos

En aquellos casos en que el presupuesto oficial no se haya dado a conocer antes de la fecha de la apertura de la propuesta, se reembolsarán al contratista los gastos efectivos que origina esta garantía adicional, pero con un máximo equivalente a un 6% anual sobre el monto de esta garantía (Art. 92, inc. 3º, RCOP y subcláusula 3.8.3 de las BALI).

Este reembolso se efectuará en la medida que se cumpla con lo señalado a propósito de la devolución de esta garantía.

1.1.2.2.- Garantía adicional tipo 2

Este tipo de garantía sólo se contempla en las BALI, no en el RCOP.

a) Oportunidad

Esta garantía se exige cuando los precios unitarios de la propuesta aceptada, aplicados a las cantidades de obra programadas en el período inicial del contrato, generen un programa de pagos significativamente mayor, en dicho período, que el programa de pagos calculado empleando los precios unitarios considerados en el presupuesto oficial (subcláusulas 2.29.2 y 3.8.4 de las BALI).

En cuanto a la exigibilidad de esta garantía, observamos una diferente redacción entre las subcláusulas 2.29.2 y 3.8.4 de las BALI. La primera emplea la expresión "la Dirección podrá solicitar" esta garantía, es decir que, frente al supuesto que plantea, es facultativo para la Administración solicitarla o no; mientras que la segunda, frente a idéntico supuesto, señala que "se exigirá" esta garantía, es decir la Dirección no puede dejar de solicitarla.

b) Condiciones

Esta garantía consistirá en una boleta bancaria de las mismas características que las de la garantía adicional tipo 1.

c) Monto

El monto máximo de esta garantía será igual a la diferencia establecida al calcular los dos programas de pago establecidos al determinar la procedencia de esta garantía. No obstante ello, la Dirección podrá establecer montos menores si la oferta aceptada supera el valor total del presupuesto oficial (subcláusula 3.8.4 de las BALI).

d) Vigencia

Estas boletas de garantía deberán tener una vigencia igual al plazo del contrato, aumentado en 6 meses.

La Dirección puede hacer uso de los estados de pago pendientes para mantener en vigencia las boletas de garantía, si no fueren oportunamente renovadas por el contratista. Si estos estados de pago fueren insuficientes, podrá recurrir a las retenciones, siempre que existan próximos estados de pago que cubran su reintegro (Art. 153, RCOP).

e) Entrega

Esta garantía deberá entregarse en el mismo plazo que la garantía básica (subcláusula 2.32.1 de las BALI).

f) Devolución

El contratista podrá solicitar la devolución de esta garantía contra presentación del acta de recepción provisoria de las obras (subcláusula 3.8.5 de las BALI).

g) Gastos de la garantía

Aún cuando no se haya dado a conocer el presupuesto oficial antes del acto de apertura de la propuesta, esta garantía adicional de cumplimiento será de cargo del contratista, y la Dirección no reembolsará los gastos que ella implique (subcláusula 3.8.6 de las BALI).

El diferente tratamiento de los gastos de los dos tipos de garantías adicionales, resulta de que en un caso la propuesta aceptada es inferior al presupuesto oficial y en otro superior.

1.1.3.- Situación legal de los documentos que garantizan el cumplimiento del contrato

Las boletas de garantía y demás documentos o valores dados por el contratista para responder del cumplimiento del contrato, no podrán ser retenidos, embargados ni cedidos a terceros (Art. 152, RCOP). Ello porque estos documentos tienen una finalidad específica, vinculada con el Bien Común.

1.1.4.- Renuencia del contratista a entregar las garantías

Si el contratista no entrega las garantías que correspondan, en el plazo correspondiente, se originarán las siguientes consecuencias:

- 1.- La Dirección no entregará al contratista las copias de los planos, especificaciones técnicas y demás antecedentes del proyecto, ni le hará entrega del trazado de la obra (Art. 130, inc. 1º, RCOP y subcláusula 3.39.1 de las BALI).
- 2.- Se podrá poner término administrativamente al contrato, mediante un decreto o resolución que deje sin efecto el documento de adjudicación (subcláusula 3.9.1 de las BALI).

Las BALI contemplan esta medida en términos amplios, para el caso que no se entregue cualquiera garantía, básica o adicional. En cambio, el RCOP sólo permite poner término anticipado al contrato si el contratista no entrega "la garantía a que alude el Art. 90" (Art. 142, letra e)), esto es, la garantía de cumplimiento que denominamos básica, excluyendo las adicionales. Entonces, en este punto debemos considerar que las BALI modifican el reglamento.

3.- El contratista será suspendido del Registro Especial de Contratista del SPSC y de todo otro Registro de Contratistas del MOP (subcláusula 3.9.1 en relación la subcláusula 2.16.1, ambas de las BALI).

1.2.- Retenciones

La institución de las retenciones es otra de las medidas tendientes a asegurar la correcta ejecución de los trabajos y el cumplimiento de todas las obligaciones del contrato.

Se trata de una garantía especial, que no excluye la que sirve de caución al contrato, ni autoriza para disminuirla (Art. 151, inc. 3º, RCOP).

En esta parte nos ocuparemos especialmente de la regulación de las retenciones en las BALI.

Las "Normas para Adquisiciones con Préstamos del BID", señalan en su párrafo 4.6 que: "Cuando corresponda, los documentos de licitación y el contrato deberán estipular los porcentajes del pago total que serán destinados para sumas retenidas o garantías de ejecución, así como las condiciones para su pago final". En igual sentido las "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF", en su párrafo 2.34 señalan que: "En los contratos podrán estipularse la retención de un porcentaje del pago total para caucionar el cumplimiento cabal por parte del contratista".

En cumplimiento de las citadas normas, Las BALI disponen que de cada estado de pago se retendrá un 10% del valor de las obras pagadas, hasta enterar un 5% del valor total de las obras del contrato y sus ampliaciones. Dicha cantidad se depositará en una cuenta especial de la Dirección General de Obras Públicas, como garantía de la correcta ejecución de los trabajos y del cumplimiento de todas las obligaciones del contrato hasta la recepción provisional (subcláusula 3.53.1 de las BALI).

En el caso de los contratistas extranjeros y de los consorcios mixtos, la retención se efectuará en las mismas proporciones de moneda nacional y monedas extranjeras en que corresponda hacer el pago.

Estas retenciones podrán canjearse por boletas de garantía bancaria, de las mismas características que las de la garantía básica, cuyo plazo de vigencia será equivalente al plazo pendiente del contrato más 6 meses, debiendo en todo caso ser renovadas, si fuere necesario, para mantenerlas vigentes hasta la recepción provisional de las obras (subcláusula 3.53.1 de las BALI).

Las garantías constituidas para el canje de las retenciones no excluyen las que sirvan de caución al contrato o al anticipo, ni autoriza para disminuirlas, y sólo se devolverán una vez efectuada la recepción provisional (Art. 151, inc. 3º, RCOP y subcláusula 3.53.2 de las BALI).

Los reajustes a los estados de pago de obra no estarán sujetos a descuentos por retenciones ni necesitarán garantía. Tampoco estarán afectos a retenciones los anticipos que se otorguen al contratista (subcláusula 3.53.3 de las BALI).

Las retenciones no podrán ser objeto del derecho legal de retención, ni embargadas ni cedidas a terceros (Art. 152, RCOP).

1.3.- Garantía especial de los consorcios

Si el contratista al que se le adjudica el contrato es un consorcio, ya constituido o en formación, las BALI exigen que para garantizar las obligaciones contractuales que asume, cada uno de sus integrantes deberá constituirse en fiador y codeudor solidario de todas y cada una de las obligaciones del consorcio (subcláusula 3.2.2).

Estas cauciones deberán constar en la escritura de constitución del consorcio como sociedad, la que deberá ser entregada a la Fiscalía del MOP, junto con los demás antecedentes legales de la constitución, dentro de un plazo de 15 días a contar de la fecha en que el decreto o resolución que apruebe el contrato, tramitado por la Contraloría General de la República, ingrese a la Oficina de Partes.

Estas dos cauciones son adicionales a las que se exigen para todo contratista.

2.- OBLIGACIONES ESPECÍFICAS DEL CONTRATISTA EN LAS BALI

Los derechos y obligaciones de cada una de las partes del contrato, en relación con la ejecución de las obras, se establecen en los documentos del contrato.

A continuación nos ocuparemos de algunas de las obligaciones específicas que asume el contratista al amparo de las BALI del SPSC.

2.1.- Dirección de las obras por el contratista

Con la finalidad de asegurar el correcto y escrupuloso cumplimiento de las obligaciones contractuales, el contratista asume la obligación de articular la dirección y supervisión que sea necesaria durante la construcción de las obras, es decir, durante el período que se extiende entre la entrega del trazado y la recepción provisoria de las mismas.

En este marco, el Art. 115 del RCOP dispone que: "El contratista o el profesional de éste aceptado por la Dirección, debe dirigir personalmente los trabajos y atenderlos en forma que el avance de la obra esté de acuerdo con el Programa de Trabajo aprobado".

Las BALI regulan detalladamente la forma en que el contratista debe cumplir con esta obligación:

a) Las BALI especifican esta obligación, en el sentido que obligan al contratista a entregar al Inspector Fiscal la Estructura Orgánica y Cronograma de Permanencia del Personal, dentro del plazo de 15 días, contados desde que el decreto o resolución totalmente tramitado por la Contraloría General de la República, ingrese a la Oficina de Partes correspondiente.

Los supervisores y técnicos que el contratista destinará a la supervisión y dirección de las obras, deberán cumplir con las exigencias mínimas señaladas en la Invitación a Licitación Internacional e Instrucciones Particulares para Preparar y Presentar la Propuesta, en cuanto a la experiencia de los Ingenieros Residente y Ayudante (subcláusula 3.21.1 de las BALI). Pero además, conforme al Art. 116 del RCOP el contratista debe cumplir con las bases administrativas, en lo relativo a calidad y número de profesionales que deberá mantener en terreno durante la ejecución de la obra.

Las empresas que contemplen contar con la participación de profesionales extranjeros deben cumplir con lo estipulado en la Ley 19.093³²⁰.

b) El contratista deberá presentar la Estructura Orgánica (Organigrama) que será implementada para ejecutar las obras, indicando la relación con la organización central del contratista (subcláusula 3.21.1 de las BALI)³²¹.

c) Además, el contratista deberá presentar un Cronograma de Permanencia general de todo el personal ocupado en la obra (curva ocupacional)³²².

d) Debe existir un Ingeniero Jefe o Administrador de las obras (denominado Ingeniero Residente), el que deberá estar permanentemente en terreno y dedicar todo su tiempo exclusivamente a la administración y dirección de las obras.

El Ingeniero Residente deberá estar autorizado para actuar con plenos poderes en nombre del contratista, frente a las responsabilidades y obligaciones que derivan del contrato (subcláusula 3.21.2 de las BALI).

El Ingeniero Residente o su reemplazante recibirá, en nombre del contratista, las instrucciones y directivas que le imparta el Inspector Fiscal (subcláusula 3.21.4 de las BALI), de ahí que se exija que éste o a lo menos uno de los ejecutivos superiores de la organización del contratista en el terreno, sea capaz de expresarse en forma oral y escrita en idioma español (subcláusula 3.21.2 de las BALI).

La designación del Ingeniero Residente es a propuesta del contratista. Éste deberá proponer un ingeniero civil que cumpla con la experiencia solicitada en la Invitación a Licitación Internacional e Instrucciones Particulares para Preparar y Presentar la Propuesta y corresponderá a la Dirección, antes del inicio de las obras o durante su desarrollo, calificar la experiencia e idoneidad del Ingeniero Residente propuesto y dar su aprobación o disponer su reemplazo (subcláusula 3.21.3 de las BALI).

El Ingeniero Residente o su reemplazante en su ausencia, estará obligado a acompañar a los funcionarios dependientes del MOP que tengan encargo de visitar o inspeccionar las obras, suministrar instrumentos, herramientas u otros medios que permitan a estos funcionarios hacer una revisión prolija de las obras en construcción, y asimismo, presentar los controles y otros documentos que guarden relación con el contrato (Art. 117, RCOP y subcláusula 3.21.5 de las BALI).

Quando el Ingeniero Residente se ausentare temporalmente de las obras, deberá dejar en su reemplazo un profesional idóneo debidamente autorizado para asumir todas sus

³²⁰ La Ley 19.093 se puede consultar en el Tomo II (Anexos) de este trabajo.

³²¹ La estructura orgánica es el organigrama del personal que se usará para ejecutar la obra; en él aparecerán los cargos y relaciones entre cada uno de los miembros del personal, además debe señalar la relación de cada cargo con la organización central del contratista, hasta el nivel de Jefe de Obras, adjuntando los respectivos currículum vitae del personal Nivel A, esto es, supervisores generales o equivalentes (cláusula 3.21.1, inc. 5º de las BALI).

³²² El Cronograma de Permanencia del Personal es aquella tabla que muestra el tiempo que cada miembro del personal estará en la obra y las fechas de permanencia. Para su confección el personal se subdivide en niveles, de acuerdo a lo siguiente:

* Nivel A: Personal de supervisiones generales o equivalentes

* Nivel B: Jefes de obras o equivalentes

* Nivel C: Capataces o equivalentes

* Nivel D: Trabajadores calificados

* Nivel E: Trabajadores no calificados.

responsabilidades y obligaciones; su designación deberá ser aprobada por escrito por el Inspector Fiscal (subcláusula 3.21.4 de las BALI).

2.2.- Obligaciones del contratista para con su personal

Este punto lo dividiremos en dos partes, la primera vinculada a la obligación que el contratista asume frente a la Administración, respecto del personal que debe emplear en la ejecución de la obra y la segunda, relativa a las obligaciones del contratista para con este personal.

2.2.1.- Obligación del contratista frente a la Administración, en cuanto al personal que debe emplear en la ejecución de la obra

Es obligación del contratista destinar a la ejecución de la obra un número de trabajadores que guarde relación con la cantidad de obras por ejecutar, de acuerdo con el Programa de Trabajo (Art. 136, inc. 1º, RCOP). Este personal debe ser idóneo y calificado

Antes de iniciar las obras, el contratista deberá presentar una nómina completa del personal profesional, técnico y administrativo que trabajará a sus órdenes, indicando para cada uno de ellos los datos que se exigen en la subcláusula 3.22.1 de las BALI.

El Inspector Fiscal se encuentra facultado para "solicitar el reemplazo de cualquiera de los miembros del equipo del contratista en terreno" (subcláusula 3.22.3 de las BALI). Si bien la cláusula reproducida emplea la expresión "solicitar", se comprende que ella no es una solicitud o petición, sino una orden, ya que esa misma cláusula agrega que "el contratista deberá proceder a reemplazar a la persona objetada dentro de un plazo de catorce días a contar de la fecha de notificación, o dentro de la extensión de plazo que se le conceda, por una persona idónea que cuente con la aprobación del Inspector Fiscal".

2.2.2.- Obligaciones del contratista para con el personal empleado en la ejecución de la obra

Todo el personal que el contratista destina a la ejecución de las obras se encuentra vinculado jurídicamente a éste y no a la Administración, por lo que, para todos los efectos legales, "el contratista tendrá la responsabilidad total y exclusiva de su condición de empleador con todos sus trabajadores" (subcláusula 3.22.2 de las BALI), conforme a las disposiciones del Código del Trabajo y las leyes que regulan las relaciones laborales.

La expresión "trabajador" que emplea la subcláusula 3.22.2, se encuentra definida por la ley como "toda persona natural que preste servicios personales intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación, y en virtud de un contrato de trabajo" (Art. 3, letra b) del Código del Trabajo). Por lo tanto, se excluyen de la disposición que comentamos:

- 1.- Las personas jurídicas, cualquier que sea la naturaleza de los servicios prestados.
- 2.- Los trabajador independiente, es decir, "aquel que en el ejercicio de la actividad de que se trate no depende de empleador alguno ni tiene trabajadores bajo su dependencia" (Art. 3, letra c) del Código del Trabajo).
- 3.- Las personas naturales que presten servicios en virtud de un contrato distinto al de trabajo, como por ejemplo, un mandato.

El RCOP y las BALI especifican una serie de obligaciones del contratista para con sus trabajadores, las que, en general, no son sino una aplicación de las normas contenidas en el Código del Trabajo, por lo que estas obligaciones igualmente pesarán sobre el contratista si ninguno de estos cuerpos normativos nada dijera al respecto.

2.2.2.1.- Obligaciones contenidas en el RCOP y en las BALI

Hechas las precisiones anteriores, pasaremos revista a las obligaciones del contratista para con sus trabajadores, contenidas en el RCOP y en las BALI.

a) El contratista queda especialmente sujeto a las disposiciones contenidas en el Código del Trabajo y a las leyes que regulan las relaciones con sus trabajadores (Art. 120, RCOP reproducido en la subcláusula 3.23.1 de las BALI).

El incumplimiento de las obligaciones que tanto el RCOP como las BALI imponen al contratista en relación con sus trabajadores, deberá ser considerado por el Inspector Fiscal al emitir sus informes de calificación de la labor del contratista.

b) El contratista debe efectuar la denuncia de los accidentes del trabajo y de las enfermedades profesionales, conforme a las disposiciones legales vigentes. Su incumplimiento es sancionado con multa (Art. 119, RCOP y subcláusula 3.23.2 de las BALI).

El RCOP, en sus Arts. 125 y 126, y las BALI, en las subcláusulas 3.23.3 y 3.23.4, contienen normas relativas a las remuneraciones de los trabajadores, las que analizaremos a continuación.

1º) El Art. 125 del RCOP, en su inc. 1º, dispone que "el período para el pago de las remuneraciones será semanal, quincenal o mensual, según se establezca en los contratos celebrados entre el contratista y sus trabajadores, y si el trabajo es a trato, deberá concederse el anticipo en relación a la labor realizada". Una disposición similar encontramos en la subcláusula 3.23.3 de las BALI, en la que se reemplaza la expresión "remuneración" empleada en el RCOP por "salario".

Consideramos que el cambio de redacción es poco feliz. La expresión salario, empleada sin definir por el antiguo Código del Trabajo, ha sido reemplazada en el actual por la expresión remuneración. Esta última está definida claramente en nuestro actual Código del Trabajo, como "las contraprestaciones en dinero y las adicionales en especie valuables en dinero que debe percibir el trabajador del empleador por causa del contrato de trabajo" (Art. 40).

Comentario aparte nos merece el período de pago que establecen el Art. 125 del RCOP, reproducido en la subcláusula 3.23.3 de las BALI. Según el Art. 43 del Código del Trabajo, la remuneración podrá fijarse por unidad de tiempo, día, semana, quincena o mes. Mientras que las disposiciones que comentamos lo limitan a semanal, quincenal o mensual, limitación que consideramos ilegal, ya que un reglamento no puede modificar una norma de rango legal.

2º) El Art. 125 del RCOP, en su inc. 2º preceptúa que las "remuneraciones deberán pagarse preferentemente en dinero efectivo". Una disposición similar encontramos en la subcláusula 3.23.3 de las BALI: "Los salarios y sueldos deberán pagarse en dinero efectivo".

Respecto de la expresión "preferentemente en dinero efectivo" empleada por el Art.

125, debemos entenderla en el sentido que señala el Art. 53 del Código del Trabajo, esto es que las remuneraciones se pagarán en moneda de curso legal, salvo que, a solicitud del trabajador, se paguen con cheque o vale vista bancario a su nombre.

Por otra parte, la expresión "salarios y sueldos", utilizada en la subcláusula 3.23.3 transcrita precedentemente, nos merece reparos. Como ya lo señaláramos en el punto anterior, la expresión correcta es "remuneraciones". Además, según el Art. 41 del Código del Trabajo, el sueldo es una parte de la remuneración, en otras palabras, al decir remuneración se comprende el sueldo, por lo que éste nada agrega al primero.

3º) Las remuneraciones no podrán ser inferiores a las legales vigentes en la zona correspondiente (Art. 125, RCOP y subcláusula 3.23.3 de las BALI).

La norma se refiere a remuneraciones legales "vigentes en la zona correspondiente", lo que es un resabio de la antigua legislación laboral, conforme a la cual el salario mínimo era referido a un ámbito geográfico -ciudad o región-³²³, situación que actualmente no ocurre, puesto que el ingreso mínimo mensual es fijado por ley para todo el territorio nacional.

Comentario aparte nos merece el precepto contenido en el Art. 125, inc. 2º del RCOP, que faculta a la Dirección General para fijar en las bases administrativas de cada contrato, cuando lo estime conveniente, las remuneraciones mínimas que el contratista deberá pagar a sus trabajadores, no pudiendo ser éstas inferiores al ingreso mínimo vigente. Esta norma nos parece de una dudosa constitucionalidad, ya que conforme a los Arts. 60, N° 14 y 62, N° 4 de la CPR, es materia de ley de iniciativa exclusiva del Presidente de la República la fijación de las remuneraciones mínimas de los trabajadores del sector privado, el aumento obligatorio de sus remuneraciones y demás beneficios económicos o la alteración de las bases que sirvan para determinarlos.

4º) Si el contratista no da cumplimiento a lo señalado en alguno de los puntos comentados en esta letra c), el Inspector Fiscal está facultado para pagar, a través de la Dirección de Contabilidad y Finanzas del MOP, con cargo a los estados de pago pendientes, ante un Inspector del Trabajo o un Ministro de Fe, los sueldos, jornales o tratos adeudados a los trabajadores ocupados en la obra, como también los gastos originados por esta diligencia (Art. 126, inc. 1º, RCOP y subcláusula 3.23.4 de las BALI). Este acto se hará administrativamente sobre la base de los libros del contratista y de la nómina de los trabajadores entregados por éste al Inspector Fiscal.

Observamos que esta facultad del Inspector Fiscal no se refiere a todo tipo de remuneración adeudada, sino sólo a sueldos³²⁴, jornales³²⁵ y tratos³²⁶ adeudados. Entonces se excluyen el sobresueldo, la comisión, la participación y la gratificación.

Si los estados de pago pendientes son insuficientes para estos efectos, se podrán usar las retenciones y garantías del contrato, siempre que existan próximos estados de pago que cubran su

³²³ El Art. 44 del antiguo Código del Trabajo disponía que: "Se entenderá por salario mínimo aquel que no sea inferior a los dos tercios ni superior a los tres cuartos del salario normal corrientemente pagado en la misma clase de trabajo, a los obreros de las mismas aptitudes o condiciones, en la ciudad o región en que se ejecute".

³²⁴ Sueldo es el estipendio fijo, en dinero, pagado por períodos iguales, determinados en el contrato, que recibe el trabajador por la prestación de sus servicios (Art. 41, letra a) del Código del Trabajo).

³²⁵ Jornal es el estipendio a que tiene derecho el trabajador contratado por unidad de tiempo día.

³²⁶ Trato es la remuneración acordada por pieza, medida u obra.

reintegro, para mantenerlas vigentes.

Esta medida podrá adoptarse también en caso de liquidación o terminación anticipada del contrato.

d) Es obligación del contratista adoptar y hacer cumplir todas las normas y reglamentos que sean necesarios y apropiados para salvaguardar a todas las personas que trabajen en las obras (subcláusula 3.29.3 de las BALI).

Es obligación del contratista proporcionar a sus trabajadores los equipos e implementos necesarios de protección y tomar las medidas para mantener en sus campamentos y en la obra la higiene y seguridad en el trabajo, en conformidad a las normas legales que regulan la materia (Art. 121, RCOP y subcláusula 3.24.1 de las BALI).

Las disposiciones citadas son una especificación de la norma general contenida en el Art. 171 del Código del Trabajo, que impone al empleador la obligación de tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de sus trabajadores, como asimismo disponer de los elementos necesarios para prestar, en caso de accidentes de sus trabajadores, oportuna y adecuada atención médica, farmacéutica y hospitalaria.

Las BALI, en este punto, someten al contratista especialmente al Instructivo sobre Seguridad e Higiene Industrial para Contratistas del MOP (Resolución exenta N° 1.860, de fecha 11 de Octubre de 1985, de la Subsecretaría de Obras Públicas).

Respecto de esta obligación es conveniente tener presente el Art. 177 del Código del Trabajo, que faculta a los Servicios de Salud para fijar en cada caso las reformas o medidas mínimas de higiene y seguridad que los trabajos y la salud de los trabajadores aconsejen.

e) Es obligación del contratista proporcionar a los trabajadores que laboren en obras alejadas de centros poblados, campamentos que los protejan satisfactoriamente de las lluvias, viento y humedad (Art. 122, inc. 1°, RCOP).

La subcláusula 3.24.2 de las BALI recoge esta disposición, introduciéndole una modificación poco feliz. Sustituye el vocablo "trabajadores", que acertadamente usa el RCOP, por "obreros". Esta última expresión era empleada en la antigua legislación laboral, que distinguía entre empleados y obreros, para referirse a aquella "persona que desarrolla un trabajo o presta un servicio en que prime el esfuerzo físico sobre el intelectual, bajo la dirección de un patrón, en virtud de un contrato de trabajo"³²⁷. Nuestra actual legislación no distingue entre obreros y empleados, acuñándose la expresión "trabajador" como comprensiva tanto de unos y otros.

f) Cuando las obras se ejecuten lejos de centros poblados, el contratista tiene la obligación de asegurar el aprovisionamiento de los trabajadores con víveres y cosas de primera necesidad, manteniendo la libertad de comercio. El precio de estos productos no deberá exceder de los que se cobren en la ciudad o pueblo más cercano, recargados en el valor del flete (Art. 123, RCOP). La subcláusula 3.24.3 de las BALI reproduce esta norma, con la misma inadecuada modificación señalada en la letra anterior.

Si tenemos presente que tanto el RCOP como las BALI forman parte del contrato de

³²⁷ Humeres Magnan, Héctor. "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social". Undécima edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1977. p. 78.

obra pública, entonces, por las citadas normas una de las partes del contrato, el contratista, se obliga a:

1.- Ejercer una actividad comercial que asegure el aprovisionamiento de los trabajadores con víveres y artículos de primera necesidad. Pensamos que si el RCOP y las BALI nada dijese, el contratista igualmente estaría obligado a desarrollar esta actividad, en virtud de lo dispuesto en el Art 171 del Código del Trabajo, citado anteriormente.

2.- Respetar un techo para los precios que cobrará por los productos que proporcione a determinados terceros, como son sus trabajadores dependientes.

Un punto particularmente interesante de plantearse es el siguiente: Estos terceros ¿tienen derecho para exigir al contratista el desarrollo de esa actividad y el respeto del precio máximo?. Pensamos que en esta cláusula existe una manifestación de la institución denominada "contrato en favor de un tercero", que recoge nuestro CC en su Art. 1.449. Por lo que nuestra respuesta a esta interrogante no puede sino ser afirmativa. Y este derecho en favor de los trabajadores del contratista emana del mismo contrato de obra pública.

Más aún, si el contratista no respeta el precio máximo permitido y por tratarse de una actividad comercial desarrollada "lejos de los centros poblados", podría configurarse una hipótesis de abuso de posición monopólica, sancionada por el DL 211, de 1973.

2.3.- Cuidado y mantención de las obras

Desde el inicio de las obras y mientras no se verifique su recepción provisional, el contratista es plenamente responsable por el cuidado y mantención de las obras, sean éstas definitivas o provisorias (subcláusula 3.30.1 de las BALI). Conforme a ello, toca al contratista "proporcionar y mantener por su propia cuenta los cuidadores, serenos, cercos y luces de alumbrado, en cantidad suficiente para asegurar la protección de las obras, la seguridad y conveniencia del público y de su propio personal" (subcláusula 3.30.2 de las BALI).

Como consecuencia de esta responsabilidad y mientras ella dure, el contratista deberá reparar a su costa y a satisfacción de la Dirección, los daños que se produzcan en las obras por cualquier causa, salvo caso fortuito o fuerza mayor así calificada por el Director General de Obras Públicas.

2.4.- Obligaciones del contratista relacionadas con los riesgos durante la ejecución de la obra

Por regla general, todo daño, de cualquier naturaleza, que con motivo de la ejecución de la obra se cause a terceros, será de exclusiva responsabilidad del contratista, salvo las expropiaciones y los daños que, según la ley y el contrato, sean de cuenta del Fisco (Art. 129, inc. 1º, RCOP).

El contratista deberá tomar las precauciones razonables para evitar daños a las personas y a la propiedad durante la ejecución de la obra. Con este fin, deberá adoptar y hacer cumplir todas las normas y reglamentos que sean necesarios y apropiados para salvaguardar al público (subcláusula 3.29.3 de las BALI). En este contexto asume la obligación de contratar una serie de seguros.

a) Seguros por daños a terceros.

Además del deber de cuidado general, para cubrir los daños que con motivo de la ejecución de las obras se ocasionaren a terceros, el contratista se obliga a contratar una póliza de seguro, a favor del Fisco, que cubra daños y, además, el reembolso de las eventuales indemnizaciones que el Fisco se encontrare constreñido a cancelar a esos terceros, por daños derivados de accidentes del tránsito ocurridos por mal estado de las vías públicas o de su señalización dentro del área en que se ejecuten las obras del contrato (subcláusula 3.38.2 de las BALI).

Muchas de las condiciones de la póliza se encuentran preestablecidas en las BALI, como por ejemplo monto mínimo, forma de pago, vigencia y materia asegurada³²⁸.

El contratista deberá entregar esta póliza dentro de un plazo de 15 días, contados desde que el contrato se perfeccione (subcláusula 2.32.1 en relación la subcláusula 2.31.1, ambas de las BALI).

De producirse daños a terceros por montos que superen el valor de la póliza contratada, el contratista será el único responsable pecuniariamente de las diferencias entre el monto de la póliza y los daños que efectivamente deban ser indemnizados o reparados (subcláusula 3.38.2 de las BALI).

b) Seguros por daños relacionados con la planta de construcción.

Además, es obligación del contratista contratar los seguros que le cubran de los riesgos ante cualquier evento que atente contra la integridad del suministro, transporte, instalación, mantención y suficiencia de la planta de construcción requerida para el normal desarrollo de la obra (subcláusula 3.29.1 de las BALI).

c) Seguros por incendio.

Las pérdidas causadas por incendio serán soportadas por el contratista.

Respecto de las obras que corran riesgo de incendio, el contratista asume la obligación de contratar, de su cargo, un seguro que le cubra de ese riesgo, hasta la recepción provisional (subcláusula 3.47.2 de las BALI).

La Dirección podrá exigir al contratista la exhibición de la póliza de seguros, bajo apercibimiento de no dar curso a los estados de pago.

2.4.1.- Normas relativas a seguros vinculados a contratos financiados internacionalmente

Las BALI regulan minuciosamente la contratación de los seguros vinculados a los contratos de obra pública que rigen, dando cumplimiento, de este modo, a lo preceptuado en los contratos de préstamo vinculados al financiamiento del SPSC³²⁹.

³²⁸ Subcláusula 3.38.2 de las BALI: "...El monto mínimo de esta póliza será el correspondiente al 5% del total del contrato expresado en UTM, con valor a la fecha de apertura de la propuesta..."

Subcláusula 3.38.3 de las BALI: "Esta póliza, que deberá ser pagada al contado, contendrá en forma específica dentro de la glosa correspondiente a la materia asegurada, los daños e indemnizaciones referidos, sin exclusiones en cuanto al origen de esos daños. Asimismo la póliza deberá señalar expresamente que ha sido cancelada al contado por el contratista. Esta póliza deberá tener vigencia hasta la recepción definitiva de las obras..."

³²⁹ Las "Normas para Adquisiciones con Préstamos del BID", en su párrafo 2.7 señalan que: "Los documentos de licitación deben indicar con precisión los tipos de seguros, si los hubiere, que deberá contratar el licitador seleccionado" (Op. cit. p. 14). Por su parte, las "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF", en su párrafo 2.39 señalan que: "Los documentos de licitación deberán especificar las clases y condiciones del seguro que ha de proporcionar el licitante" (Op. cit. p. 25).

Para la contratación de estos seguros no se deberán imponer restricciones indebidas y se deberá prestar debida atención a los aspectos de economía y eficiencia³³⁰.

Finalmente, debemos tener presente que tratándose de contratos que cuenten con financiamiento público internacional, los servicios de seguros son elegibles para financiarse con esos recursos sólo cuando se presten por aseguradores que provengan de fuentes elegibles³³¹, en el caso del SPSC, de países miembros del BID, BIRF, Suiza y Taiwán, China.

2.5.- Verificación de las especificaciones del contrato y calidad de los materiales

Para verificar el cumplimiento de los aspectos relativos a las especificaciones técnicas del contrato y calidad de los materiales producidos por el mismo contratista, las BALI le imponen la obligación de instalar en terreno, equipar y operar, a su costa, un laboratorio de autocontrol destinado a realizar todos los ensayos y análisis pertinentes (subcláusulas 3.32.1 y 3.32.5).

El laboratorio de autocontrol del contratista estará a cargo de un profesional que posea la experiencia que se exija en la "Invitación a Licitación Internacional e Instrucciones para Preparar y Presentar la Propuesta". Este profesional tiene la obligación de emitir informes regulares sobre los controles de producción semanal, o cuando lo solicite la Inspección Fiscal.

Todo el personal adicional que labore en este laboratorio deberá contar como mínimo con licencia clase C del Laboratorio Nacional de Vialidad (LNV), al día. La Inspección Fiscal calificará a estos funcionarios (subcláusula 3.32.3 de las BALI).

Este laboratorio deberá contar con los equipos necesarios para efectuar los ensayos y análisis mencionados en las especificaciones técnicas del contrato, conforme a lo señalado en el Volumen "Especificaciones y Métodos de Muestreo y Ensaye de la Dirección de Vialidad", preparado por el LNV, 1986. Se exceptúan los equipos para efectuar ensayos altamente especializados, calificados por el LNV, para los cuales, eventualmente, el LNV podrá hacer las verificaciones que estime pertinentes, u ordenar al contratista ejecutarlos, a su costa, en laboratorios externos reconocidos por el LNV (subcláusula 3.32.2 de las BALI).

Las BALI exigen que este laboratorio se encuentre completamente instalado, con el personal y movilización adecuada y permanente para su desempeño, en un plazo de 30 días a contar desde la fecha de inicio del contrato (subcláusula 3.32.4).

2.6.- Instalaciones a disposición de la Inspección Fiscal

Para el buen funcionamiento de la Inspección Fiscal y del personal del Laboratorio de Vialidad, el contratista se obliga a proporcionar, durante el tiempo que duren las obras, un campamento que cumpla con las características y condiciones que las BALI señalan en la subcláusula 3.33.1.

El costo de las instalaciones que fueren necesarios para dejar totalmente habitables las

³³⁰ "Normas para Adquisiciones con Préstamos del BID. Op. cit. Párrafo 2.7. p. 14.

³³¹ "Normas para Adquisiciones con Préstamos del BID. Op. cit. Párrafo 1.8. p. 11. "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF". Op. cit. Párrafo 2.39. p. 25.

dependencias exigidas, los gastos de mantención y otros, tales como provisión de agua, energía eléctrica, gas licuado, limpieza permanente del recinto y cualquier reparación originada por el uso del campamento, estarán incluidos en el contrato (subcláusulas 2.13.2 y 3.33.2 de las BALI), es decir, son de cargo del contratista.

2.7.- Proporcionar información estadística

El contratista se encuentra obligado a proporcionar a la Oficina de Estadísticas de la Dirección General de Obras Públicas, a la Inspección Fiscal y a la Inspección del Trabajo, los datos que se le soliciten, en conformidad a las instrucciones y formularios que se le proporcionen (Art. 118, RCOP y subcláusula 3.25.1 de las BALI).

2.8.- Obligaciones relativas al tránsito

a) Mantención del tránsito.

El Art. 128 del RCOP dispone que el contratista deberá mantener a su costa la circulación por las vías públicas que haya necesidad de desviar o modificar a causa de los trabajos, tomando todas las precauciones para proteger las obras en ejecución y la seguridad del tránsito.

Por su parte, las BALI especifican esta obligación. La subcláusula 3.26.1 expresa que: "el contratista estará obligado a permitir que el tránsito sea fluido en todas aquellas partes del camino donde se efectúen obras de remoción y reparación parcial o total de la estructura del camino, tomando todas las precauciones para proteger las obras en ejecución y la seguridad en el tránsito". Agrega que esta obligación será para la totalidad del sector contratado y durante todo el período de ejecución de las obras. Por lo tanto, tendrá que mantener a su costo el personal, los elementos y materiales necesarios para efectuar, periódicamente, la conservación requerida, como ser relleno de baches existentes o nuevos con material estabilizante, perfilado y riego de la superficie de rodado y en general todo trabajo necesario para permitir un tránsito seguro y expedito.

Además, el contratista está obligado a mantener a su costa los caminos públicos y privados o variantes por los que fuere necesario desviar el tránsito a causa de la ejecución de las obras contratadas. Asimismo deberá reparar los daños causados y/o mantener los caminos públicos que utilice para transportar los materiales que esté incorporando a la obra (subcláusula 3.26.2 de las BALI).

b) Señalización y seguridad para el tránsito.

El mismo Art. 128 obliga al contratista a tomar todas las precauciones para brindar seguridad en el tránsito.

Las BALI especifican esta obligación. La subcláusula 3.27.1 señala que: "el contrato obliga al contratista a procurar la seguridad del tránsito para los usuarios del camino, debiendo proveer, colocar y mantener letreros y señales de peligro, diurno y nocturno, durante todo el período de las faenas. Igualmente deberá proveer personal de señaleros día y noche, como también los equipos y ayuda para emergencias". Estas señalizaciones se deben retirar tan pronto como ellas se hagan innecesarias.

Estas medidas deben ajustarse a lo establecido en el DS 63, de 1986, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, sobre señalización y medidas de seguridad cuando se efectúen trabajos en la vía pública.

2.9.- Mantenimiento del escurrimiento de las aguas

El Art. 128 del RCOP obliga al contratista a mantener el libre escurrimiento de las aguas, para ello deberá construir, a su costo, las obras que sean necesarias, y "responderá por las indemnizaciones que tengan su origen en la ocupación temporal de terrenos, corte de árboles y otros".

La subcláusula 3.28.1 de las BALI, que detalla esta obligación, expresa que "el contratista no podrá interrumpir el libre escurrimiento de las aguas, ya sea que se trate de cursos naturales o artificiales, debiendo construir a su costa, si la construcción de las obras así lo requiere, desvíos provisorios que mantengan las condiciones de escurrimiento. Terminada la obra que originó el desvío, se devolverán las aguas al cauce previsto en el proyecto o al cauce original si fuere el caso, restituyendo las condiciones pre-existentes del terreno en el área utilizada para el desvío, de modo que se asegure que las aguas no volverán a tomar el curso del cauce provisorio".

En cumplimiento de esta obligación, el contratista deberá tomar las medidas necesarias para evitar cualquier tipo de contaminación de las aguas (subcláusula 3.28.2 de las BALI).

2.10.- Despeje y limpieza final

Antes de la recepción provisoria, el contratista deberá despejar y retirar del sitio de las obras las instalaciones de la planta de construcción, los materiales excedentes, obras provisorias, escombros y basuras de cualquier especie para dejar limpia la totalidad de las obras y en condiciones aceptables para la Dirección (subcláusula 3.31.1 de las BALI).

Mientras el contratista no de cumplimiento a esta obligación no se le devolverán las retenciones del contrato.

2.11.- Letreros

El contratista tiene la obligación de instalar, a su cargo, distintos tipos de letreros, los que deberán cumplir con las características y lugares de ubicación que las BALI indican para cada uno de ellos.

Estos letreros son:

- 1.- De identificación de las obras (subcláusulas 3.34.1 y 3.34.2 de las BALI);
- 2.- De obra terminada (subcláusula 3.35.1 de las BALI); y,
- 3.- Letreros móviles (subcláusula 3.36.1 de las BALI).

2.12.- Facilidades para la ejecución de trabajos de otros contratistas

Conforme a la subcláusula 3.50.1 de las BALI, el contratista, a requerimiento de la Dirección deberá dar todas las facilidades razonables para la ejecución de sus trabajos a otros contratistas de la Dirección de Vialidad que ejecuten obras en el sector, o de cualquier otra obra no incluida en el contrato o de otros contratos que la Dirección pueda celebrar en conexión con las obras, o dependencias de ellas.

2.13.- Abstención de invocar protección de Gobiernos extranjeros y recurrir a la vía diplomática

Los contratistas extranjeros se considerarán como ciudadanos chilenos para los efectos del contrato (reclamos e interpretación). Consecuencia de esto es que, si los dueños de la empresa contratista o sus representantes fuesen extranjeros, no podrán invocar la protección de sus respectivos gobiernos ni entablar reclamaciones por la vía diplomática (Art. 114, RCOP y subcláusula 3.20.1 de las BALI).

CAPÍTULO SÉPTIMO

DERECHOS DEL CONTRATISTA (EL PRECIO)

En este capítulo nos ocuparemos sólo del principal derecho del contratista, aunque no exclusivo, el pago del precio. Los demás derechos los hemos tratado y trataremos en las diversas partes de este trabajo.

En los contratos administrativos financiados internacionalmente, el precio es pagado con los recursos proporcionados por los organismos financieros.

De los distintos sistemas de precios que existen, nos ocuparemos del empleado en las BALI del SPSC, esto es, a serie de precios unitarios.

1.- Precio unitario

El precio de cada unidad es inamovible (Art. 4, N° 28, RCOP y cláusula 1.2, N° 21 de las BALI), y constituirá "plena compensación por la ejecución de cada unidad de obra en conformidad con lo señalado en las especificaciones técnicas, planos y documentos que forman parte de los antecedentes de la licitación" (subcláusula 2.13.2 de las BALI).

Conforme a las BALI, en el precio unitario se entienden incluidos la utilidad y los gastos generales del contratista y todas las instalaciones, obras provisionales y anexas que sean necesarias³³². Además, se incluyen todos los derechos, impuestos y otras contribuciones de cargo del contratista, que estén vigentes 30 días antes de la fecha de apertura de las propuestas³³³. Asimismo, deben entenderse incluidos los servicios anexas "tales como transportes, seguros, instalación, capacitación, mantenimiento inicial y otros similares"³³⁴.

En el caso que la Dirección proporcione elementos y/o materiales para la ejecución de la obra, en el documento "Invitación a Licitación Internacional e Instrucciones Particulares para Preparar y Presentar la Propuesta" se indicará la forma de considerarlos en el cálculo de los precios unitarios (subcláusula 2.13.4 de las BALI).

³³² Son obras anexas, entre otras, las instalaciones de faena, habilitación de pozos de materiales, mantención del tránsito, caminos de acceso, señalización, desvíos provisionales, laboratorio de autocontrol del contratista, campamento para laboratorio y oficinas de la Inspección Técnica de la Obra.

³³³ En igual sentido las "Normas sobre Adquisiciones con los Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF". Op. cit. Párrafo 2.53. p. 29.

³³⁴ "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF". Op. cit. Nota 2. p. 5.

2.- Precio total del contrato

Las "Normas para Adquisiciones con Préstamos del BID" sugieren que con el objeto de incentivar una amplia concurrencia en las licitaciones públicas internacionales, los contratos individuales deben ser de un monto apropiado para interesar a Licitantes responsables³³⁵.

El precio total del contrato se determina sobre la base de los precios de cada unidad y para determinar la suma a que tiene derecho el contratista, por este concepto, es necesario distinguir:

1.- Monto originario. El monto total a que originariamente tiene derecho el contratista queda determinado por la suma de los productos obtenidos a partir de las cantidades de obra que figuran en el documento "Presupuesto de la obra" multiplicado por el precio unitario respectivo ofrecido por el proponente en dicho documento (Art. 74, inc. 2º, RCOP y subcláusula 2.13.1 de las BALI).

Es decir, resulta de multiplicar los precios unitarios por las cubicaciones provisionales³³⁶.

2.- Monto definitivo. La suma a que en definitiva tiene derecho el contratista se determina multiplicando el precio unitario por las cubicaciones ajustadas a las obras efectivamente realizadas, verificadas por la Dirección de acuerdo a las bases de licitación (Art. 4, N° 28, RCOP y cláusula 1.2, N° 21 de las BALI).

3.- Monedas de pago

Conforme al Contrato de Préstamo 613/OC-CH, Anexo B, párrafo 3.26 y a las "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF", párrafo 2.20 los documentos de licitación indicarán la moneda o monedas en que se efectuarán los pagos.

En el caso de los contratos regidos por las BALI, para determinar la moneda en que se ha de efectuar el pago es preciso distinguir si se trata de un contratista nacional, extranjero o de un consorcio mixto.

a) Contratista nacional. Los contratistas nacionales serán pagados exclusivamente en pesos chilenos (subcláusulas 2.14.2, 3.54.1 y 3.55.1 de las BALI). Si desean obtener alguna moneda extranjera deberán hacerlo a través de los canales normales.

b) Contratista extranjero y consorcio mixto. Estos contratistas, por regla general serán pagados en pesos chilenos. Sin embargo, tienen la posibilidad de solicitar el pago de un porcentaje del valor del contrato en una o más monedas de libre conversión ampliamente usadas en el comercio internacional (subcláusula 3.54.2 de las BALI). Si no formulan una solicitud en tal sentido serán pagados íntegramente en pesos chilenos.

Los tipos de cambio que servirán de base para las conversiones de moneda serán el dólar acuerdo y las paridades de monedas extranjeras informadas por el Banco Central de Chile.

Para estos efectos, el contratista deberá consignar en el documento de su propuesta denominado "Componente extranjera y monedas de pago", los coeficientes de la componente

³³⁵ "Normas para Adquisiciones con Préstamos del BID". Op. cit. Párrafo 1.5. pp. 9-10.

³³⁶ Huidobro Salas, Ramón. Op. cit. p. 7.

nacional y extranjera que integran el contrato total. Estos coeficientes deberán ser consistentes con la estructura esperada de costo de la oferta y razonables a juicio de la Dirección de Vialidad (subcláusula 3.54.3 de las BALI).

En el caso que el pago de la componente extranjera se solicite en más de una moneda extranjera, el proponente presentará la lista de dichas monedas indicando el porcentaje de cada una de ellas, respecto del valor total del contrato. Estos porcentajes deberán ser razonables a juicio de la Dirección de Vialidad (subcláusula 3.54.4 de las BALI).

En todo caso, el proponente extranjero deberá considerar que el porcentaje del pago en moneda chilena debe ser igual a la proporción de los gastos del contrato que se originen en Chile y por lo tanto deberá concordar con el coeficiente de la componente nacional de su estructura de costos. Es decir, todos los bienes y servicios adquiridos y contratados en Chile serán cancelados en moneda nacional (subcláusula 3.54.5 de las BALI).

4.- Estados de pago

El pago de la obra se hace a medida que ésta se vaya ejecutando. Para ello se emplean los "estados de pago".

El estado de pago es el "documento que contiene una relación de las obras ejecutadas por el contratista en un cierto período, valorizadas a los precios vigentes del contrato y que una vez aprobado por el Inspector Fiscal permite al contratista presentar a cobro el valor de las obras" (cláusula 1.2, N° 23 de las BALI).

Los estados de pago son considerados como abonos parciales que efectúa la Dirección durante el curso de los trabajos, y tienen sólo carácter de un anticipo concedido al contratista a cuenta del valor de la obra. En ningún caso se estimará que el anticipo que representa el estado de pago que se cursa, significa aceptación por parte de la Dirección, de la cantidad y calidad de obra ejecutada por el contratista y a la cual corresponde dicho abono (Art. 146, inc. 7°, RCOP y subcláusula 3.51.11 de las BALI).

Los estados de pago serán formulados cuando se hayan ejecutado por lo menos las cantidades de obras que establezcan las bases administrativas y que consten en un avance de obra firmado y fechado por el Inspector Fiscal (Art. 146, RCOP). Conforme a la subcláusula 3.51.2 de las BALI, los estados de pago se formularán por períodos no inferiores a 30 días. En este punto las BALI modifican el RCOP, el que permite estados de pago quincenales o mensuales (Art. 145, RCOP).

En el caso que se hubiesen establecido plazos parciales, deberán formularse necesariamente un estado de pago al vencimiento de cada plazo parcial, en el que se consignará la obra ejecutada a ese período (subcláusula 3.51.1 de las BALI).

El estado de pago se formulará en moneda nacional. Si el contrato ha sido adjudicado a un contratista extranjero o a un consorcio mixto, se procederá a calcular los monto que se pagarán en moneda nacional y en las distintas monedas extranjeras, definidas por el contratista en su propuesta (subcláusula 3.51.1 de las BALI).

El valor de la obra ejecutada, según el estado de pago correspondiente, se reajustará según el procedimiento que corresponda. El RCOP entrega a las bases administrativas el establecimiento del sistema de reajustabilidad para cada contrato y fija uno supletorio. Las BALI

establecen un sistema de reajuste especial, del que tratamos más adelante.

Además, se harán los descuentos que eventualmente fuere necesario hacer por concepto de multas o cargos de cuenta del contratista, según las disposiciones del contrato (subcláusula 3.51.5 de las BALI).

Los estados de pago serán formulados por la Inspección Fiscal, y cada estado de pago comprenderá las cantidades de obra efectivamente ejecutadas y a los precios unitarios ofrecidos por el contratista en su propuesta y/o a los precios convenidos, si procede (Art. 146, inc. 4º, RCOP y subcláusula 3.51.1 de las BALI). En cada uno de ellos se incluirá la totalidad de la obra ejecutada en el período, que cumpla con las especificaciones técnicas del contrato y corresponda al Programa de Trabajo vigente. La Dirección no asume compromiso de pago anticipado respecto del Programa de Trabajo vigente; pudiendo, sin embargo, cancelarse las obras efectivamente ejecutadas, siempre que se disponga de los recursos para ello (subcláusula 3.51.3 de las BALI).

Para que se curse un estado de pago, sea de obra o de anticipo, es necesario:

- 1.- Que el contratista haya suscrito ante notario público tres transcripciones del decreto o resolución que le adjudicó el contrato y protocolizado una de ellas;
- 2.- Que el contratista haya entregado la garantía de cumplimiento del contrato;
- 3.- Que el contratista haya presentado la estructura orgánica y cronograma de permanencia del personal; y,
- 4.- En el caso de las BALI, si el contrato se adjudicó a un consorcio, se requiere además que se haya entregado a la Fiscalía del MOP los antecedentes legales de su constitución.

Los estados de pago deberán ser firmados por el Inspector Fiscal, por el contratista o su representante y por el Jefe del Departamento que tenga a su cargo la supervisión de la obra o el Director de Vialidad, o por el Director Regional correspondiente, cuando así lo disponga la Dirección.

Si el contratista no acepta y de consiguiente no firma el estado de pago o lo hace con reservas, deberá formular sus observaciones por escrito al Director o al Secretario Regional respectivo, dentro de un plazo de 15 días, contados desde la fecha en que el Inspector Fiscal firmó el estado de pago. Vencido este plazo, las observaciones que haga el contratista no serán tomadas en consideración (Art. 146, inc. 6º, RCOP y subcláusula 3.51.9 de las BALI). Expirado este plazo, podrá continuar cursándose el estado de pago, aún cuando no cuente con la firma del contratista.

El estado de pago será fechado el día que lo firme el Jefe del Departamento, o en su reemplazo, el Director o el Director Regional respectivo (subcláusula 3.51.9 de las BALI). Mientras que la fecha del pago será la que figure en el cheque o documento correspondiente (subcláusula 3.51.13 de las BALI).

Los estados de pago que no sean pagados dentro de los 30 días siguientes a su fecha, según el RCOP "corresponderá recalcularlo para el pago de la diferencia de reajuste que proceda". Las BALI, por su parte, son más estrictas, señalan que estos estados de pago devengarán un interés del 8% anual sobre la suma líquida a pagar expresada en UF, a contar de los señalados 30 días y hasta la fecha del pago (subcláusula 3.51.13).

Todos los pagos efectuados al contratista en exceso, deberán ser devueltos por éste reajustados, considerando para estos efectos el mes anterior al del pago de lo no debido y el mes anterior al del reintegro respectivo (Art. 147, RCOP y subcláusula 3.51.12 de las BALI).

5.- Anticipos

El RCOP contempla anticipos de dos especies: por materiales y a cuenta del precio de la obra. Las "Normas para Adquisiciones con Préstamos del BID" (Párrafo 4.4, (a)) y las "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF" (Párrafo 2.28), reconocen un tercer tipo de anticipo, cuyo objeto es solventar gastos de movilización.

El RCOP entrega a las bases administrativas la posibilidad de autorizar el otorgamiento de anticipos, de una u otra especie, al contratista (Arts. 149 y 150). La cláusula 3.52 de las BALI autoriza y regula la concesión de anticipos a cuenta del precio de la obra, lo que analizamos a continuación.

a) Finalidad del anticipo. El anticipo que regulan las BALI, según señala la subcláusula 3.52.1, estará destinado exclusivamente al financiamiento de las obras del contrato.

b) Solicitud de anticipo. Los anticipos se conceden a solicitud del contratista, la que debe realizarse dentro de un plazo de 60 días, contados desde la fecha de tramitación del decreto o resolución que aceptó la contratación de las obras (subcláusula 3.52.1 de las BALI).

c) Monto del anticipo. El RCOP estipula que este tipo de anticipo no podrá ser de un monto superior al 50% del valor del contrato primitivo (Art. 150), en las BALI, el anticipo no podrá exceder del 20% del valor inicial del contrato (subcláusula 3.52.1). En todo caso, el monto del anticipo deberá guardar relación con la cantidad estimada del gasto³³⁷.

d) Moneda en que se otorga el anticipo. El anticipo se concederá en las monedas de pago que corresponda, conforme a lo expresado anteriormente sobre este punto.

e) Entrega del anticipo. El contratista podrá solicitar la entrega del anticipo en parcialidades o el total de una sola vez, en ambos casos la solicitud deberá efectuarse dentro de los primeros 60 días de iniciado el contrato (subcláusula 3.52.2 de las BALI).

f) Garantía de devolución del anticipo. Los anticipos sólo se otorgarán una vez que el contratista haya caucionado su devolución mediante boletas bancarias (Art. 150, inc. 1º, RCOP). Estas boletas de garantía serán de iguales características a las que garantizan el cumplimiento del contrato.

Las boletas de garantía deberá ser de un monto equivalente al del anticipo concedido, expresado en UF. Para determinar su monto regirá el valor de la UF del último día del mes anterior al de otorgamiento del anticipo para la parte en moneda nacional, y en dólares estadounidenses para la parte en moneda extranjera (subcláusula 3.52.3 de las BALI).

El plazo de vigencia de estas boletas deberá corresponder al plazo máximo de devolución del anticipo, más seis meses. Si en virtud de los aumentos de plazo autorizados para la ejecución del contrato, fuere necesario prolongar el plazo de vigencia de las garantías que caucionen el anticipo, el contratista deberá hacerlo por el nuevo plazo que le señale la Dirección.

Las garantías deberán renovarse 30 días antes de su vencimiento, en las condiciones

³³⁷ En este sentido las "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF". Op. cit. Párrafo 2.33. p. 23.

solicitadas, si así no se hiciere la Dirección se encuentra facultada para hacer efectivas las boletas de garantía (subcláusula 3.52.4 de las BALI).

En caso que se produzcan atrasos en la ejecución de las obras, imputables al contratista, antes de la fecha de devolución total del anticipo y que sean atribuibles a insuficiencia de fondos, la Dirección queda facultada para recuperar el saldo de anticipo y su reajuste en forma inmediata, haciendo efectivas las boletas de garantía que lo caucionan (subcláusula 3.52.5 de las BALI).

El contratista podrá solicitar la devolución de una boleta de este tipo, tan pronto como se haya dado curso al estado de pago en que se entera la devolución correspondiente al valor base debidamente reajustado, caucionado por dicha boleta (subcláusula 3.52.8 de las BALI).

g) Devolución del anticipo. El Art. 150, inc. 2º del RCOP encomienda a las bases administrativas establecer el procedimiento de devolución del anticipo, regulando uno subsidiario. Las BALI regulan este punto en las subcláusulas 3.52.6 y 3.52.7.

La devolución del anticipo será efectuada mediante descuentos en los estados de pago, iniciándose en el momento en que el pago acumulado de obras, excluido el anticipo de dinero alcance el 40% del valor del contrato y completándose al momento del pago acumulado del 90% del mismo. Entre esos dos estados de pago, la devolución de anticipo se hará en forma proporcional a los avances de obra que se estén pagando. Como valor del contrato se entenderá el total de las obras contratadas, a la fecha del estado de pago que se esté cursando.

La devolución se efectuará en la misma composición de monedas en que se efectúa cada pago.

El valor base del anticipo que se amortice en cada oportunidad deberá devolverse reajustado, utilizando los índices que corresponda aplicar respecto de la fecha de concesión y de devolución de esa parte del anticipo.

Si por cualquier motivo no se hubiere completado la devolución del anticipo debidamente reajustado a la fecha en que se alcance el 90% del pago acumulado de obras, la Dirección queda facultada para hacer efectiva la o las boletas de garantía que lo caucionan, hasta el valor total del monto no devuelto más su respectivo reajuste.

El simple retardo de la devolución del anticipo será sancionado con una multa diaria equivalente al 1% de la cantidad adeudada, reajustada hasta el mes anterior al pago efectivo. Además, la autoridad está facultada para hacer efectiva la garantía que lo caucione (Art. 150, inc. final, RCOP).

6.- Reajuste

Si consideramos que el precio no es pagado inmediatamente después de perfeccionado el contrato, sino que se dilata en el tiempo, resulta que el precio originario se ve expuesto al fenómeno económico de la inflación, es decir, la progresiva pérdida del valor adquisitivo de la moneda con el transcurso del tiempo³³⁸.

³³⁸ Hübner, Jorge. "Inflación, Imprevisión y Justicia Conmutativa". En "El derecho ante la inflación". Primer Congreso Nacional de Abogados Chilenos. Editorial Jurídica de Chile. 1955. p. 122.

De los diversos medios destinados a impedir o a subsanar los desequilibrios derivados de la inflación, en el contrato de obra pública se consagra el de las "cláusulas de estabilización", conocidas también, en la literatura jurídica, como cláusulas de reajustabilidad, de valor, de garantía monetaria, de corrección monetaria o de revalorización.

Se entiende por cláusula de estabilización, las estipulaciones que las partes suelen incluir en los contratos en que el cumplimiento de una obligación queda diferido a una fecha posterior a la del acuerdo de voluntades, mediante estos acuerdos se mantiene el poder adquisitivo inicial de las prestaciones pecuniarias, evitando a los acreedores el menoscabo económico que sin ellas les acarrearía la inflación y la depreciación consecencial de la moneda³³⁹.

Las cláusulas de estabilización contempladas en el RCOP (Art. 102) y en las BALI (cláusula 3.55) son de la especie denominada "indiciales" o "según índices". En las obligaciones con cláusula indicial se fija una suma base, la que deberá pagarse por el deudor con más el reajuste correspondiente al alza porcentual que experimente el índice elegido entre la fecha del contrato y la fecha del cumplimiento³⁴⁰.

El RCOP faculta a las bases administrativas para fijar el sistema de reajuste aplicables a los contratos que ellas rijan y además, regula un sistema supletorio. La cláusula 3.55 establece y regula el sistema de reajuste aplicables a los contratos del SPSC regidos por las BALI³⁴¹.

Para determinar la fórmula de reajustabilidad aplicable, la subcláusula 3.55.1 de las BALI distingue:

- 1.- Contratistas nacionales. Para los cuales se establecen dos fórmulas, una para pavimento asfáltico y otra para pavimento de hormigón; y,
- 2.- Contratistas extranjeros. Para los que se consideran fórmulas de reajuste para la componente nacional y para la extranjera.

En cada una de estas fórmulas se consideran las variaciones que puedan experimentar los principales factores que influyen en el sacrificio económico que debe realizar el contratista para ejecutar la obra (sueldos y salarios, dólar de los Estados Unidos de América, cemento, asfalto, acero, Índice de Precios al Consumidor, combustible).

Los antecedentes que permiten determinar estos índices deben ser propuestos por el contratista a la Dirección de Vialidad, la que, previo análisis, los aceptará o rechazará, pudiendo solicitar su reemplazo, o bien, establecer ella misma los índices que se utilizarán (subcláusula 3.55.7 de las BALI).

Además, el contratista que reciba pagos en moneda extranjera deberá presentar junto con cada estado de pago, el boletín o publicación que contenga la información actualizada sobre los índices extranjeros de precios, relevantes para el cálculo del reajuste de la componente extranjera (subcláusula 3.55.8, inc. 1º de las BALI).

El reajuste se pagará mediante los estados de pago, conjuntamente con el estado de

³³⁹ López Santa María, Jorge. "Obligaciones y contratos frente a la inflación". Editorial Jurídica de Chile. 1978. p. 55.

³⁴⁰ López Santa María, Jorge. Op. cit. en nota 339. p. 57.

³⁴¹ El párrafo 4.5 de las "Normas para Adquisiciones con Préstamos del BID" expresa que: "Cuando corresponda, podrán incluirse disposiciones respecto a los ajustes (ascendentes o descendentes) del precio contractual para los casos en que se produjeran cambios en los principales componentes de costo del contrato, tales como mano de obra, materiales y equipo, y sobre los cuales el contratista no tenga control. Las bases sobre las cuales se efectuarán dichos ajustes, deberán indicarse con claridad en los documentos de licitación y en el contrato" (Op. cit. p. 23). En sentido similar las "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF", párrafos 2.31 y 2.32 (Op. cit. pp. 22-23).

pago de obra o independientemente de éste, individualizándose el estado de pago de obra que corresponda al reajuste que se paga.

Si al momento de presentar un estado de pago se desconoce alguno de los índices necesarios para el cálculo del reajuste, se determinará un reajuste provisorio, utilizando el(los) último(s) conocido(s). Posteriormente, al disponer de la información completa, se efectuará la reliquidación del reajuste (subcláusula 3.55.8, inc. 2° de las BALI).

El plazo máximo para requerir el cobro de reajustes es de 180 días, contados desde la fecha del estado de pago al cual corresponda el pago (Art. 104, inc. 1°, RCOP).

La reajustabilidad del precio se congelará a la fecha de vencimiento del plazo total o parcial para la ejecución de la obra (subcláusula 3.55.12 de las BALI). Es decir, las obras terminadas fuera del plazo total o parcial, según el Programa de Trabajo vigente, serán pagadas sin reajuste alguno.

Cada vez que proceda el pago de reajuste, el valor del contrato se entenderá automáticamente aumentado o rebajado, según sea, sin perjuicio de la posterior resolución que apruebe el reajuste. En caso de reparos a estas resoluciones, las retenciones y garantías del contrato servirán para responder o restituir las sumas que pudieren haberse pagado de más.

No obstante lo anterior, los precios unitarios consultados en el presupuesto compensado y el valor inicial del contrato, mantendrán su vigencia para todos los demás efectos, distintos de los relativos a presupuesto y pago (Art. 102, inc. 4°, RCOP).

El sistema de reajuste establecido en las BALI, según la subcláusula 3.55.11, regirá para todos los efectos del contrato, incluyendo: devoluciones de anticipo, aplicación de multas, indemnizaciones, etc.

La subcláusula reproducida señala claramente que el sistema de reajustabilidad considerado en las BALI es aplicable a las multas. Las multas están establecidas en UF y UTM, unidades que, por definición, son reajustables, de ahí que si el sistema de reajustes se aplica a una multa establecida en alguna de estas unidades, más que una adecuación del valor adquisitivo de la moneda, resulta un aumento real del valor de la multa.

CAPÍTULO OCTAVO EJECUCIÓN DE LAS OBRAS

1.- ENTREGA DE LOS ANTECEDENTES DEL PROYECTO Y DEL TRAZADO

1.1.- Condiciones previas a la entrega de los antecedentes del proyecto y del trazado

La Dirección entregará al contratista, una vez que se hayan verificado determinadas condiciones, sin cargo, dos copias de los planos, especificaciones y demás antecedentes del proyecto y le comunicará por escrito el día en que tendrá lugar la entrega del trazado de la obra. Tales condiciones, exigidas en el Art. 130, inc. 1º del RCOP y reproducidas, con un agregado en la subcláusula 3.39.1 de las BALI, son las siguientes:

- 1.- Que esté totalmente tramitado el decreto o resolución que adjudicó el contrato;
- 2.- Que el contratista haya suscrito, oportunamente, ante notario tres transcripciones del decreto o resolución que le adjudicó el contrato y protocolizado una de ellas;
- 3.- Que el contratista haya entregado las garantías de cumplimiento pertinentes; y,
- 4.- Que el contratista haya entregado al Inspector Fiscal la estructura orgánica y cronograma de permanencia del personal. Esta exigencia aparece sólo en las BALI y no en el reglamento.

Las condiciones que dependen del contratista, deberá cumplirlas en el plazo de 15 días, contados desde la fecha en que el decreto o resolución que le adjudicó el contrato ingrese a la Oficina de Partes correspondiente, totalmente tramitado por la Contraloría General de la República (subcláusula 3.39.2 en relación con las subcláusulas 2.31.1 y 2.32.1, todas de las BALI).

1.2.- Entrega del trazado

La entrega del terreno es el acto por el cual la Administración le traspasa al contratista, a título de mera tenencia, los terrenos donde se ejecutará la obra. El trazado de la obra consiste en marcar sobre el terreno los lugares donde se efectuarán los trabajos de construcción de la obra.

El plazo para la entrega y trazado será el siguiente:

- 1.- El que señalen las bases administrativas. Las BALI, en la subcláusula 3.39.2 fijan el mismo plazo que el RCOP.
- 2.- Si nada dicen las bases, rige el plazo contenido en el RCOP, que es de 15 días contados desde que se cumplen los requisitos que hemos señalado en el punto anterior (Art. 130, inc. 2º, RCOP).

La entrega del terreno la realizará la Dirección al contratista o su representante, fijando puntos de origen y referencias perfectamente individualizadas (subcláusulas 3.39.3 y 3.39.6 de las BALI), dejando constancia de la entrega del terreno y trazado en un acta que será firmada por el contratista y el Inspector Fiscal (Art. 130, inc. final, RCOP).

Si el contratista no concurriere, ni personalmente ni representado, el día fijado para la entrega, la Dirección le señalará un nuevo plazo, el cual no podrá exceder de 8 días. Si expirado el nuevo plazo, el contratista no concurriere se podrá administrativamente poner término anticipado al contrato (Art. 130, inc. 3º, RCOP y subcláusulas 3.39.3 y 3.45.1, letra c) de las BALI).

En los contratos de construcción de cualquier obra que deba realizarse en un plazo mayor de un año, bastará con entregar al contratista para que inicie los trabajos, el trazado o los puntos de referencia de una de las secciones en que esté dividida la obra, en conformidad con el Programa de Trabajo para que éste pueda desarrollarse normalmente (Art. 131, inc. 1º, RCOP y subcláusula 3.39.4 de las BALI). La entrega de las secciones sucesivas se hará a solicitud escrita del contratista, la que deberá hacerse con una anticipación no menor de 15 días de acuerdo al Programa de Trabajo y siempre que lo justifique el avance de las obras (Art. 131, inc. 2º, RCOP).

La subcláusula 3.39.5 de las BALI dispone que "si la falta de entrega del trazado o de los planos no fuese imputable al contratista y le ocasionare atrasos en relación con el Programa de Trabajo aprobado, le serán indemnizados los daños correspondientes; de acuerdo con los gastos directos justificados que el contratista haya tenido y que la Inspección Fiscal haya verificado, recargados en un 30% por concepto de gastos generales y utilidad. Asimismo, se aumentará el plazo del contrato en conformidad con el atraso que se produzca por el motivo indicado". El Art. 131, inc. 2º del RCOP contiene una norma de idéntico contenido que la transcrita, pero ubicada en un artículo referido sólo a los contratos en que existan entregas parciales de trazado, ello nos podría llevar a pensar que no es aplicable esta norma a los contratos en que la entrega del trazado se verifique de una sola vez. No obstante lo cual, pensamos que la norma del Art. 131 es aplicable a todo contrato, por cuanto se refiere a la "falta de entrega del terreno o de los planos", y éstos siempre son entregados de una sola vez y nunca por partes. En todo caso, sería recomendable, para evitar confusiones, que esta parte del Art. 131 del RCOP se estableciera como un artículo diferente, similar a lo que ocurre en las BALI.

2.- DESARROLLO DE LAS OBRAS

La regla fundamental que guía el desarrollo de las obras, es que éstas deben llevarse a cabo conforme a las bases administrativas, especificaciones técnicas, planos generales y de detalle, perfiles y pliegos de condiciones del proyecto (Art. 135, inc. 1º, RCOP y subcláusula 3.40.5 de las BALI), es decir, conforme a las cláusulas contractuales.

En este punto, es conveniente tener presente las prerrogativas de la Administración, en especial para dirigir y controlar la ejecución del contrato. Además, el proponente o sus representantes están facultados para inspeccionar el sitio de las obras y tienen la obligación de dirigir y supervisar la ejecución del contrato.

2.1.- Plazo de ejecución de las obras

El contratista se encuentra obligado a cumplir los plazos, total y parciales, fijados en el contrato para la ejecución de las obras.

El plazo de ejecución de las obras será fijado en las bases administrativas (Art. 155, inc. 1º, RCOP). En el caso de las BALI, el plazo para cada contrato en particular se fija en el documento denominado "Invitación a Licitación Internacional e Instrucciones para Preparar y Presentar la Propuesta". Este plazo se contará desde el día siguiente a la fecha en que el decreto o resolución que acepte la contratación de la obra, totalmente tramitado por la Contraloría General de la República, ingrese a la Oficina de Partes correspondiente del MOP -en las BALI, la Oficina de Partes de la Dirección de Vialidad- (Art. 154, inc. 1º, RCOP y subcláusulas 3.40.1 y 2.9.1 de las BALI).

Para su determinación se consideran las eventuales modificaciones de plazo y/o reprogramaciones autorizadas por la Dirección.

Se trata de un plazo de días corridos (Art. 154, inc. 1º, RCOP). Las BALI definen la expresión "días corridos" como todos los días de la semana, incluidos sábados, domingos, feriados y festivos. Y agrega que cuando se indique únicamente la palabra "días", deberá entenderse lo mismo que días corridos (cláusula 1.2, N° 30).

Los plazos, total o parciales, podrán ser prorrogados en los casos contemplados en la normativa pertinente (Art. 157, inc. 2º, RCOP y subcláusula 3.43.1 de las BALI). Para ello es necesario que el contratista solicite la prórroga por escrito, a la autoridad correspondiente y antes del vencimiento del o los plazos cuya ampliación se solicita³⁴².

Si durante la ejecución de la obra se produjeren atrasos ocasionados por fuerza mayor o 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 ese período no se aceptará justificación alguna. El Director estudiará el informe presentado por el Inspector Fiscal y las razones invocadas por el contratista para justificar el atraso y resolverá o propondrá, a la autoridad que corresponda, la aceptación o rechazo de la ampliación de plazo (Art. 155, inc. 3º, RCOP y subcláusula 3.43.2 de las BALI).

Los antecedentes sometidos a consideración de la Dirección en relación a una modificación del plazo, deben incluir una reprogramación, aprobada por la Inspección Fiscal, del Programa de Trabajo vigente (subcláusula 3.43.4 de las BALI).

Si la modificación es aceptada, se sancionará mediante la dictación de la resolución correspondiente.

Si durante la ejecución de los trabajos se produjese un atraso injustificado a juicio de la Dirección, de un 30% o más con respecto al avance de las obras consultadas en el Programa de Trabajo vigente, ésta podrá poner término anticipado al contrato, sin perjuicio de las multas contempladas para este caso, de las que ya nos hemos ocupado (Art. 155, inc. 2º, RCOP y subcláusula 3.44.1 de las BALI). Además, el incumplimiento de los plazos tiene importancia para los reajustes, ya que éstos se congelan a la fecha de vencimiento del plazo (subcláusula 3.55.12 de las BALI).

2.2.- Inicio de los trabajos y gastos que origine la obra

El contratista debe iniciar los trabajos inmediatamente después de la entrega del terreno (Art. 132, inc. 1º, RCOP y subcláusula 3.40.2 de las BALI). Pero no se permitirá iniciar las

³⁴² En sentido similar, el Art. 67, inc. 2º, N° 2 del Código de Procedimiento Civil exige que la prórroga de los plazos judiciales "se pida antes del vencimiento del término".

obras mientras el contratista no haya contratado una póliza de seguro a favor del Fisco, en las condiciones señaladas en las bases administrativas, que cubra daños y el reembolso de las eventuales indemnizaciones que el Fisco deba cancelar a terceros por daños derivados de accidentes del tránsito ocurridos por mal estado de las vías públicas o de su señalización dentro del área en que se ejecuten las obras contratadas.

La demora por más de 15 días en el inicio de los trabajos y que no haya sido causada por fuerza mayor o justificada plenamente ante el Inspector Fiscal, dará derecho a la Dirección para poner término anticipado administrativamente al contrato (Art. 132, inc. 2º, RCOP y subcláusula 3.40.2 de las BALI).

Todos los gastos que origine la obra serán de cargo del contratista, salvo que en los documentos del contrato se estipule otra cosa (Art. 134, inc. 1º, RCOP y subcláusula 3.40.3 de las BALI). En consecuencia, la Dirección sólo estará obligada a proporcionar los materiales y/o equipos a que expresamente se obligue de acuerdo con el contrato y en la forma y época que en él se determine.

2.3.- Materiales y elementos empleados en las obras

El contratista será responsable del suministro, transporte y almacenamiento de los materiales y elementos que deban ser incorporados a la obra, ya sea que se encuentren en su lugar de producción y acopio o al pie de la obra (subcláusula 3.29.2 de las BALI).

En caso de pérdida, contaminación o deterioro de los materiales, por cualquier causa, deberán ser repuestos sin costo alguno para la Dirección, y a entera satisfacción del Inspector Fiscal. Esta norma es aplicable aún en el caso que el siniestro sea por caso fortuito o fuerza mayor, ya que mientras los materiales no sean incorporados a la obra son de propiedad del contratista, de ahí que exista una regulación distinta para los siniestros por fuerza mayor, en el caso de los materiales no incorporados a la obra y de los que sí lo han sido.

El contratista será el único responsable por el suministro, transporte, instalación, mantención y suficiencia de la planta de construcción requerida para el normal desarrollo de la obra (subcláusula 3.29.1 de las BALI). Con el término planta de construcción se designa a "todos aquellos elementos de uso temporal, maquinarias, artefactos, equipos, instalaciones y todos aquellos elementos o insumos de cualquier naturaleza necesarios para la ejecución de las obras y las obras extraordinarias, y que no quedarán formando parte de ellas" (cláusula 1.2, N° 28 de las BALI).

El contratista asume la obligación de contratar los seguros que le permitan cubrir los riesgos ante cualquier evento que atente contra la integridad de los elementos de la planta de construcción. La Dirección, en vista de la oportuna realización de los trabajos, le exigirá su pronta reposición o reconstrucción, según sea el caso.

Los materiales que se empleen en las obras deberán cumplir con las especificaciones técnicas del contrato y, a falta de estipulación expresa deberán ser de la mejor calidad y procedencia en su especie, lo que será calificada por el Inspector Fiscal (Art. 137, inc. 1º, RCOP y subcláusula 3.40.4 de las BALI).

Tratándose de contratos financiados internacionalmente, si se exigen especificaciones

técnicas, éstas deberán respetar ciertas directrices que los organismos financieros exigen³⁴³.

Antes de que se utilicen los materiales, deberá avisarse al Inspector Fiscal para que, en vista de los análisis y pruebas del caso, resuelva y formule por escrito su aceptación o rechazo de los mismos (Art. 137, inc. 2º, RCOP y subcláusula 3.40.4 de las BALI). En otras palabras, ningún material puede emplearse en la obra si no cuenta con la aceptación previa del Inspector Fiscal, y si así ocurriere, el Inspector Fiscal se encuentra facultado para exigir su reemplazo (Art. 108, RCOP y subcláusula 3.18.3 de las BALI).

El contratista no tiene derecho a prórroga de plazo por los atrasos que puedan experimentar los trabajos, a consecuencia del rechazo que efectúe la Inspección Fiscal de materiales que no cumplan con las condiciones del contrato (Art. 156, RCOP y subcláusula 3.43.3 de las BALI).

No obstante la aprobación del Inspector Fiscal, si durante la construcción o el plazo de garantía, se comprobare que el material aceptado por el Inspector Fiscal ha resultado deficiente, el contratista tendrá la obligación de reemplazarlo y de reconstruir de su cuenta y a su costa la obra en que fue empleado (Art. 137, inc. 3º, RCOP y subcláusula 3.40.4 de las BALI), y si no lo hiciese, la Dirección podrá poner término anticipado al contrato (Art. 143, letra f), RCOP y subcláusula 3.45.1, letra f) de las BALI).

2.4.- Bienes y servicios para propósitos del contrato: País de origen y lugar donde pueden efectuarse los gastos

Es política de los Organismos Públicos Financieros Internacionales exigir a sus prestatarios que, con los recursos que proporcionan, sólo solventen gastos que beneficien a un país miembro del mismo organismo. Esta política se articula a través de cláusulas que se insertan en los contratos de préstamo.

De tal modo, en los contratos de préstamo que proporcionaron los recursos para el SPSC se incluyeron cláusulas que recogen esta política. Así, el Contrato de Préstamo N° 613/OC-CH, en su Anexo B, párrafo 2.06 dispone que: "Los bienes y servicios que deban contratarse para el proyecto³⁴⁴ y que se financien con recursos del financiamiento³⁴⁵, deberán provenir de los países miembros del Banco". En esta misma línea, el párrafo 2.08 agrega que: "Sólo podrán adquirirse bienes cuyo país de origen sea un país miembro del Banco" y, para evitar cualquier confusión, se encarga de definir el concepto "país de origen".

En igual sentido el Convenio de Préstamo 3.120-CH, con remisión a las "Normas sobre

³⁴³ Por ejemplo, en las "Normas para Adquisiciones con préstamos del BID" encontramos: a) Párrafo 2.2: "En el caso de que se citen determinadas normas de calidad a las que deben ajustarse los equipos o materiales, las especificaciones deben indicar que también serán admitidos los bienes que satisfagan otros standards autorizados capaces de asegurar una calidad igual o superior a la requerida"; b) Párrafo 2.3: "Las descripciones que figuren en las especificaciones no deben hacer referencia a marcas de fábrica, número de catálogo o tipos de equipo de un determinado fabricante, a menos que se haya decidido que es necesario hacerlo para garantizar la inclusión de un determinado diseño esencial, o características de funcionamiento, construcción o fabricación. En tal caso, la referencia deberá ser seguida por las palabras 'o equivalente', e indicarse el criterio con que se determinará la 'equivalencia'. Las especificaciones deberán permitir ofertas de equipos, artículos o materiales alternativos que tengan características similares, presten igual servicio y sean de igual calidad a los especificados. En casos especiales y con la previa aprobación del Banco, las especificaciones podrán requerir el suministro de un artículo de marca determinada". (Op. cit. p. 12). Disposiciones similares se contienen en los párrafos 2.17 y 2.18 de las "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF".

³⁴⁴ "Proyecto significa el Proyecto o Programa para el cual se ha otorgado el financiamiento" (Art. 2.01, letra n), Parte Segunda, Contrato de Préstamo N° 613/OC-CH). En la especie, el SPSC.

³⁴⁵ "Financiamiento significa los fondos que el Banco conviene en poner a disposición del Prestatario para contribuir a la realización del Proyecto" (Art. 2.01, letra f), Parte Segunda, Contrato de Préstamo N° 613/OC-CH).

Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF", dispone que los fondos de los préstamos del BIRF se desembolsarán sólo a cuenta de gastos por conceptos de bienes y servicios producidos en algún país miembro del Banco, Suiza y Taiwán, China y suministrados desde ellos (párrafo 1.5), y agrega que "el Banco requiere que se le facilite información respecto al país de origen de los bienes y obras que financia, y en los documentos de licitación se deberá exigir al proveedor o contratista que proporcione la información necesaria a ese efecto" (párrafo 2.19).

El prestatario, en su momento, cumplirá esta obligación insertando las cláusulas apropiadas en el contrato que celebra con el licitante. En los contratos regidos por las BALI, este objetivo se pretende lograr a través de la cláusula 2.3, la que en la subcláusula 2.3.3 señala que: "el contratista sólo podrá efectuar gastos para propósitos del contrato en el territorio de un país que sea miembro del BID, BIRF, Suiza y Taiwán, China", y agrega que "esta disposición regirá también para el equipo y materiales que el contratista compre o arriende para propósitos del contrato"; en la subcláusula siguiente añade que: "Los servicios tales como fletes, seguros y otros deben ser suministrados por proveedores de nacionalidad, de un país miembro del BID, el BIRF, Suiza y Taiwán, China".

Observamos dos importantes diferencias entre las normas contenidas, por una parte, en el Contrato de Préstamo N° 613/OC-CH y el Convenio de Préstamo 3.120-CH y, por otra, en las BALI.

1º) La subcláusula 2.3.3 de las BALI señala que todo gasto que el contratista efectúe para propósitos del contrato debe hacerlo en territorio de un país miembro del BID, BIRF, Suiza y Taiwán, China.

Del examen de los párrafos 2.06 y 2.08 del Contrato de Préstamo N° 613/OC-CH, concordados con los párrafos 4.3³⁴⁶, 1.8³⁴⁷ y 1.1 (c)³⁴⁸ del documento "Normas para Adquisiciones con Préstamos del BID", y el párrafo 1.5 de las "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF", resulta que:

- 1.- El contratista sólo puede adquirir bienes que tengan origen o sean producidos en un país miembro; y,
- 2.- Esos bienes sólo los puede adquirir el contratista en territorio de un país miembro o, lo que es lo mismo, que sean suministrados desde ellos.

Al amparo de las normas de las BALI un contratista podría adquirir un bien, para efectos del contrato, cuyo país de origen no fuese un país miembro ni del BID ni del BIRF ni Suiza ni Taiwán, China, con tal que el "gasto" de esa adquisición se efectúe en el "territorio" de alguno de los países referidos o mencionados, ya que el concepto gasto nada tiene que ver con el de origen de un bien. Gastos significa "costo de servicios o beneficios recibidos, el sacrificio realizado"³⁴⁹. Nuestra Excelentísima Corte Suprema lo ha definido como todo egreso de dinero en alguna cosa, como los

³⁴⁶ Párrafo 4.3, Gastos imputables a los contratos. "Los contratos dispondrán que el contratista o proveedor no hará gastos para propósitos del contrato en el territorio de un país que no sea elegible para adquisiciones del respectivo proyecto financiado por el Banco. (Veáse párrafos 1.1 (c) y 1.8)".

³⁴⁷ Párrafo 1.8, Elegibilidad por nacionalidades. "(a) Sólo los países miembros del Banco pueden participar en las adquisiciones financiadas con recursos de su Capital Ordinario, Fondo para Operaciones Especiales o con ciertos fondos en fideicomiso administrados por el Banco".

³⁴⁸ Párrafo 1.1, Propósito y objetivos. "(c) Los recursos del Banco están constituidos principalmente por los recursos del capital ordinario, y del Fondo para Operaciones Especiales, con reglas específicas de elegibilidad con relación a la nacionalidad de los proveedores de servicios y el origen de los bienes (veáse párrafo 1.8)... Se sugiere que los proveedores y contratistas verifiquen con anticipación si sus países son elegibles para adquisiciones relacionadas con el financiamiento otorgado por el Banco".

³⁴⁹ Anthony, Robert. "La Contabilidad en la Administración de Empresas. Texto y Casos". Traducción al español de Manuel Fagoaga C. Primera edición en español. Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana. 1969. p. 62.

que un empresario hace para pagar a sus trabajadores, o el precio de las materias primas objeto de la actividad empresarial, los insumos en maquinarias, etc.³⁵⁰.

En una situación como la planteada, no existiría incumplimiento del contrato de obra pública por el contratista, pero sí incumplimiento del contrato de préstamo por parte de la prestataria, la República de Chile. Este incumplimiento podría originar que los organismos financieros se “abstuvieran de financiar dicha adquisición”³⁵¹ o la “cancelación de la porción del préstamo asignada a dichos bienes”³⁵²; e incluso la suspensión de los desembolsos³⁵³ o el término anticipado del contrato en la parte del financiamiento no desembolsado o la declaración de vencimiento y el pago inmediato de la totalidad del préstamo otorgado³⁵⁴.

2º) Como ya adelantáramos, el párrafo 2.08, Anexo B, del Contrato de Préstamo N° 613/OC-CH, delimita el significado del término “país de origen” a:

- 1.- “aquél en el cual el material o equipo ha sido extraído, cultivado, producido, manufacturado o procesado”; o,
- 2.- “aquél en el cual, como efecto de la manufactura, procesamiento o montaje, resulte otro artículo, comercialmente reconocido, que difiera sustancialmente en sus características básicas de cualesquiera de sus componentes importados. La nacionalidad o país de origen de la firma que produzca, ensamble, distribuya o venda los bienes o los equipos no será relevante para determinar el origen de éstos”.

Una norma similar a la reproducida encontramos en la subcláusula 2.3.4 de las BALI³⁵⁵, la que, entre otros aspectos, determina el significado de la expresión origen, según expresa “para los fines de esta cláusula”. Pero de la lectura de la cláusula aludida (cláusula 2.3), observamos que en ella no se utiliza normativamente la expresión “origen”.

Por si sola la subcláusula 2.3.4 no tiene contenido normativo, no manda, prohíbe o permite conducta alguna, lo único que hace es definir un concepto que no se utiliza en la cláusula para la cual se define, por lo que resulta ser esta una cláusula inoperativa e innecesaria.

Al parecer lo que se pretendió definir fue el concepto “país de origen de los bienes”, como lo realiza el Contrato de Préstamo N° 613/OC-CH, pero en las BALI (subcláusula 2.3.3) esa expresión se cambió, erróneamente a nuestro juicio, por la de “gastos en territorio de un determinado país”, como si todo gasto que se efectúa en un territorio determinado fuese sólo para adquirir bienes cuyo origen sea precisamente el mismo país.

³⁵⁰ “Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Gaceta de los Tribunales”. Editorial Jurídica de Chile. Tomo 63, 1966, segunda parte, sección primera. p. 128.

³⁵¹ Contrato de Préstamo 613/OC-CH, Anexo B, párrafo 5.01.

³⁵² “Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF”. Op. cit. Párrafo 1.11. p. 10.

³⁵³ BIRF. “Condiciones Generales Aplicables a los Convenios de Préstamo y Garantía”. 1985. Art. VI, Sección 6.02, (c).

³⁵⁴ Contrato de Préstamo N° 613/OC-CH. Parte segunda, Arts. 5.01 (b) y 5.02. En igual sentido se pronuncian las “Condiciones Generales Aplicables a los Convenios de Préstamo y Garantía”, Art. VII, Sección 7.01, (e).

³⁵⁵ Cláusula 2.3.4: “Para los fines de esta cláusula, ‘origen’ significa el lugar donde se extraen, cultivan o producen los materiales y/o el equipo mediante manufactura, elaboración o montaje. El origen de un artículo ‘producido’ será necesariamente el país en el cual, por medio de dicha manufactura, elaboración o montaje, se obtenga otro artículo comercialmente reconocido que difiera sustancialmente en sus características básicas, propósitos o utilidad, de cualquiera de sus componentes importados. El origen de los bienes no está determinado por la nacionalidad del proponente. Los servicios tales como fletes, seguros y otros deben ser suministrados por proveedores de nacionalidad, de un país miembro del BID, del BIRF, Suiza y Taiwán, China.”

Excepcionalmente, en el caso de contratos regidos por las BALI, el contratista podrá efectuar gastos en el territorio de un país distinto a los mencionados, siempre que se trate de compras de repuestos para el equipo de construcción en posesión o en arrendamiento antes de la firma del contrato (subcláusula 2.3.3 de las BALI).

2.5.- Programa de Trabajo

El Programa de Trabajo es la ordenación cronológica, dentro del plazo del contrato, del desarrollo de las diversas etapas, partidas o ítem de la obra, sea que ellos deban ser ejecutados en forma simultánea o sucesiva (Art. 4, N° 36, RCOP y cláusula 1.2, N° 27 de las BALI). De tal manera que en él se indican las fechas de inicio y de término de las diversas secciones o etapas de la obra, de acuerdo a los distintos ítems de la licitación (Art. 72, inc. 2°, letra a), RCOP).

El programa especifica los plazos parciales para la ejecución del contrato. Según las BALI debe contener la subdivisión del tiempo, distinguiendo períodos de 30 días corridos. Se representa el o los períodos de ejecución de cada ítem, indicando el instante de inicio y término de la actividad con una aproximación del orden de 15 días (Documento A5, letra b), subcláusula 2.12.2 de las BALI).

2.5.1.- Adecuación del Programa de Trabajo

Si entre la apertura de la propuesta y la entrega del trazado de la obra transcurre un plazo superior a 90 días, el contratista tiene derecho para "proponer una reformulación del Programa de Trabajo presentado en su oferta, para adecuarlo a las temporadas de trabajo que deberá enfrentar la faena" (subcláusula 3.41.1 de las BALI).

Igual derecho asiste al contratista si la entrega del trazado se realiza antes del plazo señalado precedentemente. Pero en este caso, la Dirección podrá autorizar la reformulación del Programa de Trabajo, si lo estima conveniente para el buen desarrollo de las obras.

En ambos casos, conforme a la subcláusula 3.41.2 de las BALI:

- 1.- La reprogramación deberá ser presentada dentro de los 30 días siguientes a la fecha de entrega del trazado;
- 2.- La reprogramación no puede significar una alteración del plazo total fijado para la ejecución de la obra, ni de los plazos parciales, si los hubiere;
- 3.- La Dirección se reserva el derecho de aceptar o rechazar la reprogramación propuesta por el contratista;
- 4.- Si se acepta la reprogramación, deberá sancionarse mediante una resolución de la autoridad que aprobó el contrato;
- 5.- La reprogramación sólo entrará en vigencia a partir de la fecha de suscripción del convenio correspondiente; y,
- 6.- Su aceptación no dará derecho al contratista para solicitar indemnización de ninguna especie.

2.5.2.- Modificación del Programa de Trabajo ordenada por la Dirección

La Dirección puede decidir unilateralmente la modificación del Programa de Trabajo,

siempre que "circunstancias especiales lo aconsejen" (Art. 139, inc. 1º, RCOP y subcláusula 3.42.1 de las BALI).

Corresponde a la misma Administración calificar las circunstancias que aconsejen esta modificación. Se trata de una decisión unilateral y de cumplimiento inmediato.

Ante una modificación de esta especie, el contratista tendrá derecho para que se le indemnicen los perjuicios que esta medida le ocasione. Pero, si la modificación tiene su origen en otras causales de aumento de plazo prevista en el RCOP y en las bases administrativas, no procede indemnización de perjuicios (Art. 139, inc. 1º, RCOP), como por ejemplo si es resultado de obras nueva o de modificación de las obras.

Si conforme a las bases administrativas y en el caso de las BALI al documento "Invitación a Licitación Internacional e Instrucciones Particulares para Preparar y Presentar la Propuesta", la Dirección ordena el empleo de materiales o elementos pertenecientes al Fisco y si, a su juicio, la entrega de éstos ocasiona atrasos en la terminación de las obras, el plazo de ejecución se prorrogará en el tiempo correspondiente al atraso ocasionado por falta de oportunidad en la entrega de los mismos (Art. 138, RCOP y subcláusula 3.42.2 de las BALI).

En las situaciones expuestas, si se aumentare el plazo del contrato, el contratista tendrá derecho para que se le indemnicen los mayores gastos generales, proporcionales al aumento del plazo en que incurra en relación al plazo original (Art. 140, inc. 1º, RCOP y subcláusula 3.42.3 de las BALI).

El porcentaje para la partida gastos generales puede ser fijado por las bases administrativas, y en el caso de las BALI lo será por el documento "Invitación a Licitación Internacional e Instrucciones Particulares para Preparar y Presentar la Propuesta". En el silencio de estos instrumentos:

- 1.- Según el RCOP, la partida gastos generales será precisamente del 12% del valor de la propuesta; y,
- 2.- Según las BALI, esta partida "no podrá exceder a un 12%" del valor de la propuesta.

El cambio de redacción no es intrascendente, ya que se podría sostener que en los contratos regidos por las BALI, los gastos generales que se indemnizan son los que acredite el contratista, hasta un máximo del 12% del valor de la propuesta, es decir, podrían ser menores a tal porcentaje. En cambio, el RCOP fija un porcentaje único, inalterable, con prescindencia de los gastos generales efectivos.

Para el cálculo de la indemnización, el valor de la propuesta se reajustará conforme a lo establecido en las bases administrativas, entre el mes anterior a la fecha de apertura de la propuesta y el mes anterior a la fecha del estado de pago de la indemnización (Art. 140, inc. 2º, RCOP y subcláusula 3.42.3 de las BALI). La indemnización se cancelará al efectuar la liquidación final del contrato.

2.5.3.- Retraso de los trabajos

Si el Programa de Trabajo se está realizando con retraso, la Dirección según el RCOP, el Inspector Fiscal en el caso de las BALI, está facultado para fijar las normas y medidas necesarias para normalizar el ritmo de las faenas (Art. 136, inc. 2º, RCOP y subcláusula 3.40.6 de las BALI).

El contratista deberá implementar las normas y medidas ordenadas, dentro del plazo de 15 días, contado desde la notificación de lo resuelto, si así no lo hiciera, la Dirección podrá poner

término anticipado al contrato (Arts. 136 y 143, letra f), RCOP y subcláusula 3.45.1, letra f) de las BALI). Sin perjuicio de las sanciones previstas por el incumplimiento de los plazos parciales.

2.6.- Paralización de los trabajos

Cualquier interrupción en el curso de los trabajos que dure más de 15 días dará derecho a la Dirección para poner término anticipado administrativamente al contrato, salvo que ésta haya sido causada por fuerza mayor o justificada plenamente ante el Inspector Fiscal (Art. 132, inc. 2º, RCOP y subcláusula 3.40.2 de las BALI).

2.7.- Daños de la obra

Los accidentes o eventos de la naturaleza que deterioren, destruyan o derriben las obras, o que ocasionen pérdidas de materiales, serán soportados exclusivamente por el contratista, mientras la obra no haya sido recibida provisoria o definitivamente (Art. 142, inc. 1º, RCOP).

El RCOP y las BALI regulan especialmente los daños producto de fuerza mayor, incendio y por defecto de construcción o de los materiales.

a) Daños por fuerza mayor.

El contratista no será responsable de los daños que sufra la obra si son consecuencia de una circunstancia calificada como fuerza mayor, es decir, un caso extraordinario y ajeno a toda previsión (subcláusula 3.47.1 de las BALI).

Los contratos de préstamo internacional contienen cláusulas que obligan al prestatario a incluir en los contratos licitados, disposiciones en que se acuerde que el incumplimiento, total o parcial, por alguna de las partes de sus obligaciones, no se considerará como tal si se debe a un caso de fuerza mayor. Además, disponen que en el contrato licitado se defina el concepto de fuerza mayor³⁵⁶.

Las BALI definen la fuerza mayor en la cláusula 1.2, N° 32, en los mismos términos que lo hace el Art. 45 del CC.

Corresponde al Director General de Obras Públicas calificar un caso como fuerza mayor, lo que constituye una decisión unilateral, previa y de cumplimiento inmediato.

Para el contratista, constituyen fuerza mayor los hechos de terceros, como por ejemplo, el hurto o robo de materiales. Sin perjuicio que la Administración podrá exigirle la cesión de los derechos o acciones que tenga contra esos terceros conforme al Art. 1.677 del CC.

Calificado un suceso como fuerza mayor, será soportado por la Administración y se procederá a tramitar la modificación del contrato que corresponda, generalmente un aumento de la cantidad de obra.

b) Daños por incendio.

Las pérdidas causadas por incendio serán soportadas por el contratista, aunque tenga

³⁵⁶ "Normas para Adquisiciones con Préstamos del BID". Op. cit. Párrafo 4.8. p. 24. "Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF". Op. cit. Párrafo 2.41. p. 26.

su origen en un caso de fuerza mayor (Art. 142, inc. 2º, RCOP y subcláusula 3.47.2 de las BALI).

El contratista asume la obligación de asegurar, por su cuenta y hasta la recepción provisional, las obras que corran riesgos de incendio. La Dirección podrá exigir al contratista la exhibición de la póliza de seguros para dar curso a los estados de pago.

c) Daños por defecto de construcción o de los materiales.

En el evento que el perjuicio tenga origen en algún defecto de construcción de la obra o de los materiales empleados, será siempre responsable el contratista, por el término de 5 años, contados desde la recepción provisoria. Excepto que el daño provenga de la mala calidad de los materiales suministrados por el Fisco y cuyo uso le haya sido impuesto al contratista (Art. 142, inc. final, RCOP y subcláusula 3.47.3 de las BALI).

2.8.- Reparaciones urgentes

Si a causa de cualquier accidente, falla u otro acontecimiento inesperado que ocurra en las obras, o de cualquier parte de ellas, resultare necesario para la seguridad de cualquier faena hacer arreglos o reparaciones, según opinión del Inspector Fiscal, y el Contratista fuere incapaz o renuente a ejecutar de inmediato tal faena o reparación, la Dirección podrá realizarla con otros obreros y/o materiales necesarios (subcláusula 3.48.1 de las BALI).

Si el contratista ejecuta las reparaciones o arreglos ordenados o si la Dirección los ejecuta con otros obreros y/o elementos, los costos en que se incurra serán de cargo del contratista, salvo que los deterioros hayan sido causados por un acontecimiento calificado como de fuerza mayor o se haya recibido la obra.

Si los costos o cargos en que incurra la Dirección por este concepto son en definitiva exigibles al contratista, ellos podrán deducirse administrativamente por parte de la Dirección de los futuros estados de pago, de las retenciones o de las garantías del contrato, en ese orden de prelación.

2.9.- Traslados por caminos públicos

Tanto el contratista como sus subcontratistas y proveedores deberán cumplir las normativas vigentes en cuanto a pesos y dimensiones máximas autorizadas para circular por los caminos de Chile (subcláusula 3.49.1 de las BALI).

En caso que el contratista se vea en la necesidad de trasladar una o más cargas de la planta de construcción, maquinarias o unidades de la obra, por sobre una carretera o puente y este desplazamiento pudiese ocasionar desperfectos o daños en las vías, deberá solicitar previamente autorización a la Dirección de Vialidad, informando acerca del peso y demás detalles de la carga que requiere movilizar y acerca de sus proposiciones para proteger o reforzar dichas carreteras o puentes.

Las faenas de protección o refuerzo, después de la aceptación de las autoridades pertinentes de la Dirección o del Inspector Fiscal, deberán ser realizadas por el contratista, por su cuenta y bajo su responsabilidad, sin perjuicio de la garantía que en cada caso exija la Dirección (subcláusula 3.49.2 de las BALI).

2.10.- Subcontratos

El contratista, para la ejecución de las obras, puede celebrar un nuevo contrato derivado y dependiente del contrato de obra pública, es decir, subcontratar. El RCOP permite la subcontratación de partes de las obras y siempre previa autorización de la Dirección (Art. 95).

Acercas de la subcontratación es conveniente tener presente lo que dijéramos a propósito de la noción de co-contratante colaborador.

Las BALI, en la cláusula 3.6 regulan esta institución en los siguientes términos:

1º) Al igual que el reglamento, las BALI prohíben que el contratista subcontrate la totalidad de las obras. Sólo podrá subcontratar parte de ellas (subcláusula 3.6.1).

2º) Para subcontratar, el contratista deberá contar con la aprobación previa de la Dirección (subcláusula 3.6.1).

Desde un punto de vista jurídico, cuando existe subcontratación, las partes del contrato administrativo siguen siendo las mismas, pero un tercero participa en la realización de la obra -la que, recordemos, se encuentra vinculada al Bien Común-, en consecuencia, de la calidad del desempeño del subcontratista dependerá en alguna medida la perfecta ejecución de los trabajos, de ahí que se exija autorización previa para subcontratar.

3º) Para obtener el consentimiento de la Dirección, el contratista deberá presentar por escrito a la consideración del Inspector Fiscal las bases sobre las cuales se otorgará el subcontrato, la naturaleza y extensión de los trabajos y suministros consultados en el subcontrato y el nombre y los antecedentes del subcontratista, el que deberá estar inscrito en el Registro General de Contratistas del MOP (subcláusula 3.6.1).

4º) La autorización para subcontratar no releva al contratista de ninguna obligación ni responsabilidad contemplada en el contrato (subcláusula 3.6.2). El contratista será responsable ante la Dirección, de todos los actos, defectos u omisiones de sus subcontratistas, en la misma forma que si dichos actos, defectos u omisiones se debieran a él, a sus agentes o a su personal (subcláusula 3.6.3).

Nada de lo contenido en el contrato o en los contratos suscritos entre el contratista y sus subcontratistas creará relación contractual alguna entre los subcontratistas y la Dirección. Esto se explica porque la dependencia del subcontrato al contrato base es sólo desde un punto de vista objetivo, de las prestaciones³⁵⁷. Desde un punto subjetivo, el primer contratante (la Administración) sólo es parte en el contrato base o inicial (contrato de obra pública); el segundo contratante o intermediario (el co-contratante) es parte del contrato inicial y del subcontrato; y el tercer contratante, ajeno al contrato inicial, celebra el subcontrato con el intermediario. De modo que entre el subcontratista y la Administración no existe relación jurídica.

5º) El valor total acumulado de las obras subcontratadas no podrá exceder, en ningún caso, del 35%

³⁵⁷ El subcontrato nace modelado y limitado por el contrato base. Como el intermediario da origen al subcontrato usando su posición de parte en el primer contrato, él debe actuar exclusivamente con los derechos y obligaciones que el contrato base le otorga. (López Santa María, Jorge. Op. cit. (Contratos...) p. 150). De consiguiente, las prestaciones a las cuales se obligan el contratista parte del contrato de obra pública y el subcontratista han de ser de igual naturaleza que las prestaciones derivadas del contrato de obra pública.

del valor total reajustado del contrato a la fecha de verificación (subcláusula 3.6.4).

CAPÍTULO NOVENO EXTINCIÓN DEL CONTRATO

Aunque el RCOP emplea la expresión "terminación del contrato", nosotros preferimos hablar con más propiedad de "extinción del contrato", por ser ésta una expresión genérica. Terminación es una especie de extinción de los contratos, que se presenta en aquellos que tienen la naturaleza de tracto sucesivo, la terminación equivale a la resolución³⁵⁸, con la diferencia que sólo opera hacia el futuro. Un ejemplo de contrato de tracto sucesivo es el de arrendamiento, una de cuyas especie es el contrato de ejecución de obra material. Creemos que justamente por tratarse este último contrato de la figura más parecida dentro del derecho civil a la del contrato de obra pública, es que el legislador utilizó la expresión "terminación del contrato".

En este capítulo nos ocuparemos en primer lugar de clasificar las causales de extinción del contrato, para luego entrar al estudio de las causales normales y anormales de extinción, es decir, todas aquellas en que no existe cumplimiento de las obligaciones, para concluir con el estudio de la liquidación del contrato.

1.- CLASIFICACIÓN DE LAS CAUSALES DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA A LA LUZ DEL RCOP Y DE LAS BALI

Existe una extinción normal del contrato, que consiste en su cumplimiento, el que tratándose de contratos de obra pública consta de diferentes fases o etapas. Pero también hay una extinción anormal del contrato. En general, es anormal toda aquella extinción donde no existe el cumplimiento del mismo, es decir, donde no hay pago o prestación de lo debido, o no se ejecuta el contrato total o parcialmente en la forma convenida.

Las causales de extinción anormal del contrato pueden ser clasificadas desde diferentes puntos de vista:

a) Causales que implican necesariamente el incumplimiento por parte del contratista y causales que no lo implican.

Las causales que implican necesariamente el incumplimiento son todas aquellas en las cuales el contratista o la Administración no cumple con sus obligaciones, es decir, no ejecuta las obras conforme al plan, a las especificaciones técnicas, al Programa de Trabajo, o cuando se liquida por falta de fondos de la Administración, etc. (v. gr. Art. 143, letras d) y g), RCOP).

Las causales que no implican necesariamente el incumplimiento, como su nombre lo dice son aquellas en que a pesar de existir extinción del vínculo contractual, esto no implica el

³⁵⁸ La **resolución** del contrato es un modo de extinguir los contratos cuando opera una condición resolutoria, es decir, un hecho futuro e incierto que extingue los derechos y obligaciones.

incumplimiento por parte del contratista, en otras palabras, la extinción no es consecuencia de no cumplir con las obligaciones del contrato, incluso el contratista puede tener toda la intención de cumplir pero por razones ajenas a su voluntad no puede hacerlo, por ejemplo las situaciones contempladas en el RCOP, en los Arts. 141 (terminación anticipada por falta de fondos), 143, letra a) (terminación anticipada cuando el contratista ha sido condenado por delito), y el mismo Art. 143, letra b) (cuando el contratista cae en quiebra), en el Art. 183 (muerte del contratista persona natural), en el Art. 141 (terminación anticipada por necesidades de la Administración), etc.

b) Causales que dan derecho a indemnización y causales que no lo dan.

Las causales que dan derecho a indemnización son aquellas en las cuales el contratista recibe una compensación monetaria por las obras ejecutadas.

El procedimiento para fijar la indemnización depende de la causal que haya operado. Si la terminación es anticipada hay derecho a una indemnización única equivalente a un porcentaje del valor liquidado a que alcance la disminución del valor primitivo del contrato (Art. 141, inc. 4º, RCOP).

Las causales que no dan derecho a indemnización son aquellas en donde no se obtiene ninguna restitución pecuniaria por los trabajos efectuados, sólo generan pérdidas. Por ejemplo, los accidentes fortuitos que deterioren o derriben la obra, imprevistos a los cuales es imposible resistir, el contratista debe responder de ellos soportando las pérdidas, lo mismo ocurre si los accidentes fortuitos ocasionan pérdidas de los materiales.

Sin embargo, hay dos casos en que es posible obtener una restitución:

- 1.- Cuando la Dirección General califique el caso como extraordinario y ajeno a toda previsión; y,
- 2.- Cuando la obra haya sido recibida provisoria o definitivamente.

c) Causales de extinción anticipada y causales de extinción en tiempo normal.

En la extinción anticipada, como su nombre lo dice, se pone fin al contrato antes que se hayan terminado las obras y por eso es anticipada. Se encuentran contenidas en el Art. 143 del RCOP y en la subcláusula 3.45.1 de las BALI.

Las causales de extinción en tiempo normal son todas aquellas donde la Administración no haya puesto fin anticipadamente al contrato.

d) Causales de extinción unilateral y causales de extinción bilateral.

Son causales de extinción unilateral todas aquellas que son de resorte de una de las partes, en otras palabras aquellas que disuelven el vínculo contractual por la sola voluntad de una de ellas. En el derecho civil, esta manera de extinguir el vínculo contractual sólo opera excepcionalmente, tratándose de algunos contratos, por ejemplo, el mandato donde el mandante puede ponerle fin mediante la revocación. La extinción unilateral opera en los contratos *intuitu personae*, donde la calidad o aptitud de las partes es el motivo fundamental para contratar, por lo tanto al perderse esa aptitud puede extinguirse el contrato.

La regla general es que las obligaciones se extinguen de la misma manera en que han surgido, entonces en el contrato se requiere el consentimiento de las partes, la extinción debe ser también fruto de un acuerdo entre ellas.

Las causales de extinción bilateral, en cambio, son aquellas en las que la disolución del

vínculo contractual depende de la voluntad de ambos contratantes, en consecuencia ninguno de ellos puede ponerle fin por su propia voluntad y siempre requerirá el consentimiento del otro, por ejemplo, el mutuo disenso o resciliación, que es la manera de extinguir las obligaciones por acuerdo entre las partes. Esta causal se encuentra contenido en el Art. 1.567, inc. 1º del CC, en el Art. 143, letra h) del RCOP y en la subcláusula 3.45.1, letra g) de las BALI.

5.- Causales contempladas en el RCOP y en las BALI y causales no contempladas.

Existen causales previstas y reglamentadas tanto en el RCOP como en las BALI, por ejemplo las de los Arts. 143, 141 y subcláusula 3.45.1. Ellas no revisten mayor problema.

Las causales no previstas en el RCOP o en las BALI son las que generan las mayores controversias, en el sentido que su aplicación requiere mayores conocimientos jurídicos que le permitan a la Administración armonizarlas con los principios del ordenamiento jurídico administrativo. Por ejemplo, la nulidad tanto del derecho civil como del derecho público; la destrucción de la cosa debida o imposibilidad en la ejecución, etc.

2.- EXTINCIÓN NORMAL: CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

Como ya habíamos adelantado, se extingue normalmente el contrato cuando se cumple con las prestaciones que de él emanan, es decir, se ejecutan las obras conforme a lo convenido y en especial se ha dado fiel cumplimiento a los planos y especificaciones técnicas del contrato. Se ha pagado.

Debido a la magnitud de las obras y los intereses en juego en el contrato de obra pública, es que se debe comprobar que efectivamente ha acontecido el cumplimiento. La Administración utiliza el trámite de recepción de las obras para efectuar esta comprobación. Existen básicamente dos procedimientos para la recepción de las obras, uno que se aplica toda vez que se han concluido los trabajos y otro en el cual estos trabajos no llegaron hasta la terminación completa, debido a que el contrato se liquidó anticipadamente. En el primer caso se utiliza el procedimiento normal de recepción de obras, el que consta de dos etapas, la recepción provisional y la recepción definitiva. En el segundo caso se utiliza el procedimiento de recepción única de las obras, contemplado en el Art. 168 del RCOP.

2.1.- Procedimiento normal de recepción de obras

Este procedimiento de verificación del cumplimiento del contrato comienza con la recepción provisional de la obra, la que tiene este carácter porque aún no está decidida, no es definitiva, pudiendo convertirse en recepción definitiva cuando la obra ha superado satisfactoriamente el plazo de garantía que le fija el RCOP o las BALI.

Una vez que han transcurrido estas etapas de verificación del cumplimiento, se produce la extinción efectiva del contrato, para lo cual se procede a su liquidación.

Explicaremos a continuación con mayor detenimiento la recepción y la liquidación del contrato.

2.1.1.-Esquema de la recepción provisoria

a) Solicitud.

La recepción de obras debe solicitarla el contratista por escrito, dirigiéndose al Inspector Fiscal, una vez terminados los trabajos

b) Primera verificación.

El Inspector Fiscal debe constatar:

- 1.- El fiel cumplimiento de los planos; y
- 2.- El fiel cumplimiento de las especificaciones técnicas.

c) Comunicación.

Constatado lo anterior, el Inspector Fiscal comunica a la Dirección el resultado de la verificación, mediante un oficio y dentro de un plazo máximo de 10 días. Debe comunicar además la fecha en que el contratista puso término a la obra.

d) Segunda verificación.

Esta verificación la pueden efectuar:

- 1.- En las obras del Registro de Obras Mayores, una comisión de tres personas integrada por el Secretario Regional (o profesional universitario que lo reemplace), el Jefe del Departamento pertinente (o profesional universitario que lo reemplace) y el Director Regional (o profesional que lo reemplace) a menos que él haya sido el Inspector Fiscal de la obra. Todos los miembros de esta comisión deben ser funcionario del MOP.
- 2.- En las obras del Registro de Obras Menores, una comisión de dos miembros. Éstos deben ser profesionales universitarios, propuestos por el Secretario Regional y por lo menos uno de ellos debe ser miembro de la Dirección (Art. 160, inc. 3º, RCOP).
- 3.- En las obras del Registro 19 de Obras Menores. En estas obras hay una recepción única, que se realiza por una comisión de dos miembros, los que deben ser profesionales idóneos, propuestos por el Director Regional y asesorados por el Inspector Fiscal.

Requisitos comunes a todas las comisiones son que sus integrantes sean designados por resolución, la cual debe ser dictada por la autoridad que adjudicó el contrato, dentro del plazo máximo de 20 días, contados desde la fecha de término de la obra fijada por el Inspector Fiscal.

Son deberes de la comisión evaluar las obras, verificando su correcta ejecución y evacuar un informe en el plazo máximo de 20 días, contados desde la notificación de su designación.

e) Resultado de la segunda verificación.

Concluida la verificación, sucederá una de tres cosas:

- 1.- Que la Comisión, atendido los antecedentes, no reciba la obra;
- 2.- Que reciba la obra con reservas; o,
- 3.- Que reciba provisionalmente las obras.

1.- La Comisión no recibe la obra.

Esto sucede cuando los trabajos no están terminados o ejecutados conforme a los planos, especificaciones y reglas técnicas o cuando se constate que se utilizaron materiales defectuosos

o inadecuados³⁵⁹. Constatado lo anterior, la comisión elabora un informe detallado que se entrega a la Dirección y le fija un plazo al contratista para que repare a su costa la obra o haga los trabajos pertinentes.

El contratista puede adoptar una de dos actitudes:

- i) Realiza las reparaciones y subsana los defectos. En este caso se recibe la obra provisionalmente.
- ii) No realiza las reparaciones. En este caso, la Dirección puede llevar a cabo la ejecución de los trabajos por cuenta del contratista. Si son obras menores, pueden hacerse los trabajos por trato o administración directa. Los trabajos se harán con cargo a las retenciones o a las garantías, en ese mismo orden. De la negativa debe dejarse constancia en la "Hoja de vida del contratista".

La negativa a realizar las reparaciones es causal de eliminación o suspensión del Registro de Contratista y de aplicación de multas.

Una vez que se subsanen los defectos se recibirá provisionalmente la obra.

2.- La comisión recibe con reservas la obra.

Esto ocurre cuando los trabajos no estén terminados o ejecutados conforme a los planos, especificaciones y reglas técnicas; o cuando se constate que se utilizaron materiales defectuosos o inadecuados; y, en ambos casos, siempre que los trabajos o los materiales defectuosos o inadecuados no afecten la eficiente utilización de la obra y puedan ser reparados fácilmente.

La recepción con reservas genera los siguientes efectos:

- i) Se recibe provisionalmente la obra;
- ii) Se autoriza la devolución de las retenciones al contratista, descontando una cantidad equivalente a 10 veces el valor del costo de las reparaciones;
- iii) Se puede ordenar la explotación inmediata de la obra;
- iv) Se le fija al contratista un plazo para efectuar las reparaciones
- v) Vencido el plazo y ejecutadas las obras, la comisión nuevamente constituida levantará, si procediere, un acta de recepción provisional; y,
- vi) Si el contratista no subsana los reparos, la Dirección puede llevar a cabo la ejecución de los trabajos por cuenta del contratista, pero sólo con cargo a las retenciones. Además, se autoriza a dejar el hipotético saldo de las cantidades retenidas a beneficio del Fisco. También se debe dejar constancia de la conducta negativa del contratista en la Hoja de Vida (Art. 162, inc. 3° del RCOP).

3.- Recepción provisional de las obras.

Procede cuando se ha verificado la correcta ejecución de las obras, ya sea que los trabajos se hayan efectuado adecuadamente o que detectándose defectos, éstos fueren subsanados.

Se debe levantar un acta, firmada por todos los miembros de la comisión y por el contratista o su representante, si lo desea (Art. 160, inc. 7° del RCOP).

A esta recepción pueden concurrir los miembros de la comisión, el Fiscal previamente citado, y el contratista previamente citado o su representante (Art. 160, inc. 6°, RCOP).

³⁵⁹ Material defectuoso es aquella materia que se necesita para una obra y que tiene imperfecciones, que le faltan cualidades necesarias para poder ser usado convenientemente. Material inadecuado es aquél que a pesar de no ser defectuoso, le faltan las cualidades convenientes, no se acomoda con los fines tenidos en cuenta, no corresponde.

2.1.2.- Recepción definitiva de las obras

La recepción definitiva de las obras consta de dos etapas: plazo de garantía y la recepción definitiva.

2.1.2.1.- Plazo de garantía

El objeto de la garantía consiste en caucionar el fiel cumplimiento del contrato por parte del contratista (Art. 164, RCOP). Esta garantía ha sido proporcionada por el contratista con anterioridad.

En cuanto al plazo de la garantía, éste puede ser:

- a) Plazo establecido por el RCOP;
- b) Plazo establecido en las bases administrativas; y,
- c) Plazo establecido en la ley (CC).

a) Plazo establecido en el RCOP.

El RCOP distingue entre obras del Registro de Obras Mayores y Menores. Tratándose del plazo de garantía para obras del Registro de Obras Mayores será de un año y en el caso del Registro de Obras Menores será de seis meses (Art. 164, inc. 1º, RCOP). En ambos casos, el plazo se contará el plazo desde la fecha fijada como término de la obra (Art. 164, inc. 1º, RCOP).

b) Plazo establecido en las bases administrativas.

Las bases administrativas pueden modificar los plazos establecidos en el RCOP (Art. 164, inc. 1º, RCOP). Las BALI fijan un plazo único de garantía que es de 12 meses, contados desde la fecha de término de la obra (subcláusula 3.57.1).

c) Plazo establecido en la Ley (CC).

El RCOP menciona también el plazo de garantía que consagra la ley, el cual es plenamente aplicable a las obras públicas. Este plazo se encuentra regulado en el Art. 2.003, N° 3 del CC y es de cinco años, contados desde la recepción definitiva de la obra (Art. 164, inc. 3º del RCOP). Disposición similar se encuentra en las BALI, en la subcláusula 3.57.3, pero este plazo se cuenta desde la recepción provisional de las obras.

¿A qué se refiere la garantía del CC?. Es un plazo establecido para los contratos de confección de obra material, los cuales son una especie de contrato de arrendamiento. Pero esta disposición sólo es aplicable a un tipo de estos contratos, el que reúna los siguientes requisitos copulativos: que se trate de la construcción de edificios; que haya sido celebrado por un empresario; que se trate de la construcción de toda la obra; y, que el precio sea único y prefijado.

Se trata de una garantía que cubre el perecimiento o amenaza de ruina de un edificio. Se entiende que el edificio perece cuando se destruye o se acaba, deja de ser tal. En tanto que amenaza ruina cuando hay indicios de la inminencia de la caída o destrucción de la obra.

Las causas del perecimiento o amenaza de ruina son vicios de la construcción, del suelo y de los materiales.

1.- Vicios de la construcción.

Los vicios de la construcción son la mala calidad o defectos de las cosas construidas o edificadas.

2.- Vicios del suelo.

Los vicios del suelo son aquellos defectos o mala calidad en el sitio o solar del edificio. La ley exige que este tipo de vicios hayan debido ser conocidos por el empresario o las personas por él empleadas, en razón de su oficio (Art. 2.003, N° 3 del CC).

No se exige el conocimiento real del defecto, sino que a la ley le basta la posibilidad de su conocimiento, ya sea por el empresario constructor o por sus empleados. La ley presume que podían conocer o estarían en situación de conocer la existencia de dichos vicios debido a la naturaleza misma del oficio o actividad que desarrollan. Un particular cualquiera, que no tenga conocimientos de construcción, malamente podría estar en posibilidad de conocer los vicios de que adolezca la obra. Por estos vicios responde el empresario.

3.- Vicios de los materiales.

Estos vicios son los defectos o mala calidad de los materiales empleados en la obra.

En este caso, responde el empresario cuando él proporciona los materiales. En cambio, si los materiales los proporciona o suministra el dueño, es decir, la persona que encarga la obra, no responde el empresario, salvo cuando perezca por su culpa o por culpa de las personas que le sirven (Arts. 2.003, N° 3 y 2.000, inc. 1° del CC).

En todo caso, para que el empresario o contratista pueda reclamar el precio es necesario que se encuentre en alguna de las siguientes situaciones:

- i) Que la obra haya sido reconocida y aprobada;
- ii) Que la obra no haya sido reconocida y aprobada por mora o retardo del que encargó la obra;
- iii) Que la cosa perezca por vicio de la materia suministrada por el que encargó la obra, a menos que se trate de un vicio que el contratista por su oficio haya debido conocer, o que conociéndolo no haya dado aviso oportuno (Art. 2.000, inc. 2° del CC).

2.1.2.2.- Efectos del plazo de garantía

Para explicar adecuadamente los efectos del plazo de garantía es necesario distinguir entre el plazo establecido en el reglamento y el contemplado en las BALI.

a) Plazo de garantía establecido en el RCOP.

1.- Durante este período, la Dirección mantiene en su poder la garantía que cauciona el contrato (Art. 164, inc. 2°, RCOP).

2.- Durante este plazo, el MOP usará o explotará la obra como estime conveniente (Art. 165, RCOP).

La explotación puede ser normal o anticipada. Es normal aquella que se inicia después de la recepción provisional y durante ella el contratista es responsable de todos los defectos que presente la obra ejecutada por él (Art. 166, RCOP). La explotación anticipada se produce toda vez que la obra haya sido recibida con reparos o reservas. En ambos casos el contratista no responderá por las fallas o defectos de las obras, a menos que sean imputables a su mala construcción o al empleo de materiales deficientes (Arts. 162 y 166, RCOP).

3.- Durante este plazo el contratista será responsable de todos los defectos que presente la obra ejecutada por él (Art. 165, RCOP).

4.- El contratista debe reparar los defectos a su costa, a menos que se deban a su uso o a una explotación inadecuada (Art. 165, RCOP). La explotación inadecuada es la utilización de las obras

que no se acomoda con los fines tenidos en cuenta en el proyecto de la misma.

5.- Durante este plazo de garantía, el contratista deberá subsanar los defectos de construcción que presente la obra y que le sean imputables, para lo cual se le señalará un plazo. Si el contratista no subsana los defectos, la Administración puede realizar los trabajos pertinentes conforme a lo establecido en el Art. 161, inc. 2º del RCOP (Art. 167, RCOP).

b) Plazo de garantía establecido en las BALI.

En términos generales, son los mismos que los contemplados en el RCOP. Por ejemplo, respecto de la retención de la garantía rige la subcláusula 3.57.2; tratándose del uso o explotación, la subcláusula 3.57.4; sobre la responsabilidad del contratista, la subcláusula 3.57.4 y la misma tratándose del deber de reparación de las obras, plazos para efectuarlas y las atribuciones de la Dirección para llevarlas a cabo cuando el contratista no lo hiciera. Tratándose de la explotación anticipada, se encuentra regulada en la subcláusula 3.56.10.

2.1.2.3.- Esquema de la recepción definitiva

Esta aceptación o aprobación concluyente o decisiva de la obra se realiza, en términos generales, de la misma forma y con similares solemnidades que la recepción provisional, por lo que en esta parte nos ocuparemos de aquellos aspectos que la diferencian de ésta.

Esta recepción ocurre una vez que ha transcurrido el plazo de garantía (Art. 170, RCOP y subcláusula 3.58.1 de las BALI).

a) Solicitud de recepción definitiva.

Esta solicitud la efectúa el contratista, quien puede hacerla con anterioridad a la fecha de término del plazo de garantía o al verificarse el término del mismo (Art. 170, inc. 2º, RCOP y subcláusula 3.58.2 de las BALI).

b) Constitución de la comisión.

La comisión encargada de recibir la obra tiene un plazo máximo de 30 días para constituirse en la obra. Dicho plazo se cuenta desde la fecha de término de la garantía (Art. 170, inc. 2º, RCOP y subcláusula 3.58.2 de las BALI). De no constituirse la comisión dentro del plazo y por causas ajenas a la responsabilidad del contratista, se podrán dar dos consecuencias, conforme al Art. 170, inc. 2º del RCOP y a la subcláusula 3.58.2 de las BALI:

- 1.- La restitución de las sumas de dinero que el contratista haya desembolsado para mantener vigente por mayor tiempo la garantía del contrato; y,
- 2.- Será procedente hacer efectiva la responsabilidad administrativa de los funcionarios, si la hubiere.

c) Recepción de la obra.

La obra puede aprobarse con o sin observaciones.

1.- Recepción con observaciones: Ocurre cuando la comisión formula algún reparo o advertencia a la obra. Consideramos que estos reparos deben ser diferentes de los que pudieron haberse presentado al recibir provisionalmente las obras, debe tratarse de reparos nuevos.

Sin embargo, el RCOP no estableció un mecanismo a seguir en esta eventualidad.

Estimamos como solución lógica aplicar los mismos criterios que el reglamento utiliza tratándose de observaciones a la recepción provisional, por lo tanto, la comisión deberá fijar un plazo para que el contratista efectúe las reparaciones, en el entendido de que no se liquidará el contrato mientras no se subsanen los reparos (Art. 171, RCOP y subcláusula 3.58.3 de las BALI).

2.- Recepción sin observaciones: Examinada la obra por la comisión, la aprueba satisfactoriamente y se extiende un Acta de Recepción Definitiva (Art. 182, inc. 2º, RCOP).

2.1.2.4.- Efectos de la recepción definitiva

1.- Una vez recibida la obra se ordena la suscripción y protocolización por el contratista de la resolución de liquidación (Art. 171, RCOP y subcláusula 3.58.3 de las BALI).

2.- Se devuelven las garantías y el saldo de las retenciones, a menos que existan saldos pendientes en favor del Fisco (Art. 171, inc. 2º, RCOP y subcláusula 3.58.3 de las BALI). Para devolver el documento de garantía se debe endosar por el funcionario a cuya orden se haya extendido (Art. 171, inc. 2º, RCOP y subcláusula 3.58.3 de las BALI).

3.- Tanto las obras ejecutadas como las cosas incluidas o incorporadas en ellas son de dominio del Fisco o de la entidad que las encargó (Art. 172, RCOP).

4.- Se insta indirectamente al contratista a retirar los campamentos u otras construcciones provisionales instaladas por él en terrenos fiscales o de la entidad que encomendó las obras, so pena de perderlas por pasar a propiedad del Fisco. El plazo para retirarlas vence al terminar el contrato, y los costos de demolición y retiro de las construcciones y campamentos son de cargo del contratista (Art. 172, inc. 2º, RCOP).

2.2.- Procedimiento de recepción única de las obras

Como ya habíamos adelantado, en este procedimiento no hay dos etapas sino que la obra se recibe en un único y exclusivo trámite.

En el RCOP se contienen tres figuras donde hay recepción única:

a) Cuando se trata de obras del Registro 19 de Obras Menores.

En este caso, la comisión de recepción estará compuesta sólo por dos miembros, quienes deberán ser profesionales idóneos propuestos por el Director Regional y asesorados por el Inspector Fiscal (Art. 160, inc. 4º, RCOP).

b) Cuando el contrato de obra se ha liquidado anticipadamente, en este caso se aplican las mismas reglas de la figura anterior, pero la comisión que recibirá las obras podrá ser cualquiera de las contempladas en el Art. 160 del RCOP (Art. 168, RCOP).

c) Cuando se trate de contratos de conservación, mantenimiento o emergencia. Pero en estos casos se requiere autorización del Director Nacional y que además tal posibilidad se contemple en las bases

administrativas.

La comisión que reciba las obras se constituirá de la misma forma que la comisión para la recepción provisoria de que trata el Art. 160 del RCOP (Art. 169, RCOP).

La recepción única, conforme al Art. 168 del RCOP y a la cláusula 3.59 de las BALI, genera los siguientes efectos:

- 1.- Paraliza la continuación de las obras.
- 2.- Desde su fecha se cuenta el plazo de garantía legal.
- 3.- No se puede volver a contratar la continuación de las obras con el primitivo contratista, a menos que se haga por licitación pública y la liquidación no se haya debido a razones imputables al contratista.
- 4.- El contratista queda sujeto a la garantía contemplada en el Art. 2.003, N° 3 del CC, ya explicada.

3.- EXTINCIÓN ANORMAL: INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

A continuación nos preocuparemos en particular de las distintas causales de extinción anormal del contrato de obra pública, conforme al RCOP y a las BALI.

3.1.- La resciliación o mutuo disenso

Por esta causal se le pone fin al contrato de común acuerdo entre las partes. En derecho existe un viejo adagio que dice: "las cosas se deshacen de la misma manera en que se hacen", así entonces si para ejecutar una obra se requirió acuerdo de voluntades entre la Administración y el contratista, entonces también se puede extinguir el contrato por el acuerdo mutuo de las partes³⁶⁰.

Esta causal se encuentra en el Art. 143, letra h) del RCOP y en la subcláusula 3.45.1, letra g) de las BALI, estableciendo que en este caso la Dirección de común acuerdo con el contratista resuelven liquidar anticipadamente el contrato.

La importancia de esta causal podemos resumirla en los siguientes aspectos:

- 1.- Según el RCOP, en estos casos ninguna de las partes tendrá derecho a indemnización. Las BALI nada dicen, por lo tanto, debe aplicarse la norma establecida en el reglamento.
- 2.- No se mantienen las garantías y las retenciones del contrato referidas al aseguramiento de los aumentos del precio de las obras o al pago de las multas (Art. 144, RCOP y subcláusula 3.45.2 de las BALI).
- 3.- Al contratista no se le aplica la sanción de pérdida de un porcentaje de las garantías que caucionan el cumplimiento del contrato, como sí ocurre en el caso de las demás causales de término anticipado del contrato.
- 4.- Tampoco es procedente la sanción de eliminación del Registro de Contratistas (Art. 144, inc. final, RCOP). Las BALI contienen una regla más compleja, pues en estos mismos casos se distingue

³⁶⁰ En el derecho civil la resciliación se encuentra contemplada en el Art. 1.567, inc. 1° del CC.

entre contratistas nacionales y extranjeros. A los primeros se les puede eliminar del Registro Especial del Programa y además suspenderlos de los registros del MOP, en cambio a los segundos sólo se les puede eliminar del registro especial. Estas sanciones no son procedentes tratándose de extinción por mutuo acuerdo (subcláusula 3.45.2 de las BALI), puesto que sólo se aplican cuando existe incumplimiento por parte del contratista.

3.2.- Pérdida de idoneidad

Esta causal se refiere al contratista que pierde la calidad o aptitud moral para ser contraparte del Estado. El contratista al ser un colaborador de la Administración en la tarea del Bien Común, debe contar con la confianza de ésta. La Administración selecciona a las personas que contratan con ella, dichos contratistas deberán mantener una conducta lícita y legal en todas sus actuaciones.

Esta causal se encuentra contenida en el Art. 143, letra a) del RCOP y cuando se cumplen los requisitos de procedencia de la misma, se habilita a la Administración para poner término anticipado al contrato. Además, no es necesario el incumplimiento del contratista, basta con que se den los supuestos normativos.

La causal en sí consiste en que el contratista o alguno de los socios de la empresa contratista fuera condenado por delito que merezca pena aflictiva, o tratándose de una sociedad anónima, lo fuese alguno de sus directores o el gerente.

A continuación daremos una pequeña explicación de esta norma.

a) Objeto: condena por delito que merezca pena aflictiva.

Para que opere la causal es necesario que se haya dictado sentencia condenatoria en un proceso penal. En segundo lugar, debe ser una sentencia condenatoria por delito y no por otra figura penal, por ejemplo faltas y además que esos delitos sean merecedores de pena aflictiva. Pena aflictiva es aquella privativa o restrictiva de libertad cuya duración exceda de 3 años³⁶¹.

b) Sujetos, es decir, a quién se aplica la sanción.

Hay que distinguir:

- 1.- Si el contratista es persona natural, le afecta cuando él ha sido condenado.
- 2.- Si el contratista es persona jurídica, es preciso volver a distinguir:
 - i) Si se trata de sociedades de personas, es decir, todas aquellas que no sean de capital o anónimas, la causal opera cuando cualquiera de los socios fuera condenado por delito.
 - ii) Si se trata de sociedades anónimas, opera cuando el condenado es alguno de los directores o el gerente. La causal no opera cuando el condenado es un accionista.

Las BALI, en la subcláusula 3.45.1, letra a), consagran esta causal, pero a nuestro juicio con un tratamiento más riguroso que en el RCOP, puesto que el supuesto jurídico no es la condena por un delito sino que por haber sido declarado reo. Actualmente no existe la declaratoria o

³⁶¹ El Art. 37 del Código Penal señala que para todos los efectos legales se reputan aflictivas todas las penas de crímenes y respecto de los simples delitos los de presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación menores en sus grados máximos.

encargatoria de reo en el procedimiento penal, ya que ésta ha sido sustituida por el procesamiento³⁶². Por la encargatoria de reo se sometía a proceso al inculpado por un delito, convirtiéndolo en parte del proceso penal, pero sin que se le haya condenado. Más aún puede una persona ser procesada y posteriormente absuelta en la sentencia definitiva. La encargatoria de reo ocurre en una etapa del proceso penal (sumario) que es muy anterior a la sentencia y de allí la mayor rigurosidad de las BALI, ya que el RCOP exige sentencia condenatoria.

La importancia de esta causal la podemos resumir en los siguientes aspectos:

1.- Según el Art. 144, inc. 1º del RCOP y la subcláusula 3.45.2 de las BALI se mantienen las garantías y retenciones del contrato, referidas al aseguramiento de:

i) las alzas en los costos derivados de mayores precios que se pudieren originar por la entrega de la obra a una nueva empresa contratista o cuando se haga por la Administración;

ii) el pago de las multas que afecten al contratista;

iii) cualquier otro perjuicio que resulte para el Fisco con motivo de la liquidación del contrato.

2.- No hay derecho a indemnización de perjuicios. El RCOP señala expresamente los casos en que sí procede la indemnización, por ejemplo en el Art. 141. Como los casos contemplados en el Art. 143 del RCOP, entre los cuales se cuenta la pérdida de idoneidad, son sanciones para el contratista, no procedería la indemnización de perjuicios a su favor. Las BALI reproducen las normas del reglamento en la subcláusula 3.45.2.

3.- Al contratista se le aplica la sanción de pérdida inmediata de un porcentaje de las garantías que caucionan el cumplimiento del contrato. Tanto en el RCOP como en las BALI se contempla como sanción la pérdida del 25% del valor de las garantías (Art. 144, inc. 2º, RCOP y subcláusula 3.45.2 de las BALI).

4.- A nuestro juicio, la causal que nos ocupa, no lleva aparejada la sanción de eliminación del registro, porque ésta sólo es procedente respecto del incumplimiento del contrato y en esta causal la falta de cumplimiento no es necesaria, ya que basta con ser condenado por delito (Art. 144, inc. final, RCOP).

3.2.1.-Comentarios personales

Del estudio de estas normas nos han surgido una serie de interrogantes que miran más bien a la operatividad de la causal, y que expondremos a continuación.

a) No está claro como se entera o informa la Dirección de la condena o del sometimiento a proceso del contratista, en su caso. ¿Se aplicarán las normas del hecho notorio desarrolladas a propósito del derecho procesal?. ¿Es necesario obtener la información directamente de los Tribunales de Justicia, examinando las sentencias respectivas?. ¿Puede informarse por la prensa, radio o televisión?.

b) No se establece un plazo durante el cual pueda operar la causal. Estimamos que lo más lógico es pensar que el plazo es todo aquel que medie entre la resolución que adjudica el contrato y la terminación o recepción de la obra, puesto que malamente se puede terminar anticipadamente algo que ya concluyó.

³⁶² Sus requisitos y procedencia se encuentran en el Art. 274 del Código de Procedimiento Penal.

c) Tampoco se determina el procedimiento a seguir en el evento que la Dirección detecte o tenga conocimiento de los hechos que motivan la causal después de recibida la obra. En ese evento ¿es posible aplicarle alguna sanción al contratista?.

d) Finalmente. ¿qué ocurre con los contratistas que hayan cometido algún delito o cometan alguno o se les someta a proceso fuera del territorio de la República?. ¿Procedería aplicarles la causal de terminación anticipada?.

3.3.- Pérdida de aptitud comercial

Para la Administración es muy importante que la persona con la cual ha contratado, no se encuentre reducida comercialmente, es decir que pueda celebrar todos los actos que las demás personas (comerciantes o no) ejecutan diariamente. Si por alguna causa el contratista llega a perder la administración de sus negocios, v.gr. cuando es declarado en quiebra, la Administración no está obligada a continuar con la relación contractual ya que ésta surgió en consideración de la persona del contratista y no del tercero que eventualmente tomará la administración de los negocios del fallido. Puede suceder también que el contratista declarado en quiebra, o la persona que asuma la administración de sus negocios (síndico de quiebras) no pueda cumplir con el contrato.

El RCOP trata esta causal en el art.143 letra b), señalando que se puede poner término anticipadamente al contrato cuando el contratista fuere declarado en quiebra o cuando le fueren protestados documentos comerciales.

a) Contratista declarado en quiebra.

La declaración de quiebra se contiene en la sentencia dictada en un procedimiento judicial seguido en contra del deudor.

Para el tratadista Alvaro Puelma "puede entenderse por quiebra el estado excepcional, en el orden jurídico de que goza una persona, producido por la falta o imposibilidad de cumplimiento igualitario de todas sus obligaciones, declarado judicialmente"³⁶³.

Las razones para que en estos casos sea procedente terminar con el contrato, haya resolución del mismo, ya la hemos adelantado en el párrafo explicativo superior, por lo que no abundaremos en ellas.

b) Contratista al que le fueren protestados documentos comerciales.

Podríamos conceptuar el "protesto" como la constancia de la falta de aceptación o de pago de un documento mercantil, mediante una diligencia que la ley le confía a un ministro de fe³⁶⁴.

En términos generales, el protesto es un trámite que permite cobrar un documento mercantil. Usualmente el ministro de fe encargado de efectuarlo es un Notario Público.

Los documentos comerciales o títulos valores o efectos de comercio son títulos de

³⁶³ Puelma Accorsi, Alvaro. "Curso de Derecho de Quiebras". Editorial Jurídica de Chile, Santiago. Tercera edición. Corregida, aumentada y actualizada. 1983. p.

³⁶⁴ Manuel Vargas Vargas señala que "nuestra ley, que en materia de letra de cambio se ha mostrado reacia a las definiciones, no da un concepto del protesto. De la Ley Uniforme se desprende que el protesto es la constatación, mediante un acto auténtico, de la falta de aceptación o de la falta de pago. (Op. cit. p.109).

crédito, que como su nombre lo dice son créditos incorporados a un título, que habilitan a su titular para ejercer el derecho que el instrumento da cuenta, en forma literal y autónoma, v. gr. letras de cambio, pagarés, cheques, cartas de porte, acciones, vales de prenda, certificados de depósito.

Hemos explicado precedentemente y de forma sumaria estas instituciones jurídicas para poder referirnos con mayor propiedad a la causal de extinción contenida en el art. 143 letra b) del RCOP, donde se establece que el protesto de documentos comerciales es causa para terminar anticipadamente un contrato.

Para que proceda esta causal deben concurrir los siguientes requisitos:

- 1.- Que los documentos comerciales se mantengan impagos por mas de 60 días; y,
- 2.- Que dichos documentos no fueren debidamente aclarados dentro del mismo plazo.

La razón tenida presente para redactar esta norma es, a nuestro juicio, la especial protección o resguardo que debe tomar la Administración ante cualquier hecho que haga pensar que el contratista no podrá cumplir con el contrato. Al producirse un protesto de documentos mercantiles y por la misma dinámica del comercio, estos actos no pueden considerarse aisladamente, puesto que unos repercuten en otros iniciándose una reacción en cadena que agrava el incumplimiento. Por estas circunstancias la Administración pierde la confianza en el contratista.

Desde otro punto de vista, el protesto de documentos de comercio puede constituir una causal que amerite la declaración de quiebra, conforme al Art. 43 de la Ley N° 18.175; y una vez declarada ésta, son aplicables las normas propias de esa causal.

Las BALI, en la subcláusula 3.45.1, letra b), reproducen las normas contenidas en el RCOP sobre este mismo punto.

En lo que respecta a las consecuencias o importancia de esta causal, nos remitimos a las explicaciones dadas a propósito de la terminación anticipada del contrato por pérdida de idoneidad.

3.4.- Causales que implican el incumplimiento de obligaciones accesorias o preparatorias a la ejecución de las obras

En estos casos el contratista indirectamente incumple su obligación principal, que es la construcción de la obra. Todas estas causales se vinculan muy estrechamente con las atribuciones de la Administración.

A continuación nos referiremos en detalle a cada una de estas causales. Recordamos, eso sí, que todas ellas habilitan a la Dirección para poner término anticipado al contrato.

3.4.1.- No concurrir dentro de plazo a la entrega del terreno y del trazado de la obra

Esta causal se reglamenta en el Art. 143, letra c) del RCOP y en la subcláusula 3.45.1, letra c) de las BALI.

Si el contratista o su representante no concurre dentro del plazo de 15 días a recibirse del terreno y del trazado de la obra, la Dirección le señalará un nuevo plazo, el que no excederá de 8 días (Art. 130, inc. 2°, RCOP, cláusula 3.39 y subcláusulas 2.31.1 y 3.21.1 de las BALI). Sólo una vez que venza este segundo plazo y no concurriere el contratista o su representante, se podrá poner término anticipado al contrato.

El fundamento de esta causal está dado por la falta de interés de parte del contratista, con la consecuente demora en el inicio de las obras, lo que implica dejar de cumplir el contrato (calendario de trabajo). Hay un incumplimiento del contrato puesto que el contratista, al no recibirse de los terrenos mal puede realizar un trabajo en ellos. Además, la demora en el inicio de las obras puede significar un retraso en la ejecución y entrega de las mismas.

A la Administración le interesa que la obra se ejecute y si el contratista no lo hace o se retrasa, la Administración con el objeto de salvaguardar el interés público que involucra su ejecución, puede seleccionar a otro contratista.

3.4.2.- No cumplir el Programa de Trabajo a que se refieren los Arts. 72 y 155 del RCOP

Esta causal está contemplada en el Art. 143, letra d) del RCOP.

El incumplimiento del Programa de Trabajo significa no ceñirse a los plazos y etapas fijadas para la ejecución de las obras. El plazo total de ejecución de la obra será fijado en todo contrato en las bases administrativas. El programa se refiere a los plazos parciales para la ejecución del contrato. Sobre el particular, puede suceder lo siguiente:

- a) Que el contratista se atrase en los plazos del programa;
- b) Que el contratista cumpla dentro del plazo; o,
- c) Que el contratista se adelante en los plazos.

Las dos últimas hipótesis no tendrían mayor relevancia jurídica, lo que sí acarrearía problemas son los retrasos, los que pueden ser justificados o injustificados.

1.- Retrasos justificados son los que se deben a fuerza mayor o caso fortuito, en tales circunstancias el contratista debe presentar la justificación correspondiente, por escrito, en el plazo de 30 días, contados desde la fecha en que se haya producido. Se presenta ante el Inspector Fiscal, quien en el evento de aprobar las justificaciones presentadas, puede ampliar el plazo de ejecución del contrato (Art. 155, inc. 3º, RCOP).

2.- Retrasos injustificados son los que no tienen causas que los justifiquen. En estos eventos, puede ocurrir lo siguiente:

- i) Que el atraso comprometa menos del 30% del avance total de la obra consultada en el mencionado programa. En tal caso, se aplica como sanción la imposición de multas por incumplimiento parcial (Arts. 157, inc. 2º y 155, inc. 2º, RCOP).
- ii) Que el atraso implique más del 30% del avance total de la obra consultada en el programa. La sanción en tal evento es que la Dirección puede poner término anticipado al contrato y aplicar multas.

El incumplimiento del Programa de Trabajo en las BALI ocurre en los mismos supuestos que ya explicamos respecto del RCOP (la subcláusula 3.43.2, relativa a los atrasos ocasionados por fuerza mayor y la subcláusula 3.44.1, respecto de los atrasos injustificados por un 30% o más en el avance de las obras). También se aplican multas por incumplimiento de plazos parciales, que equivalen al 0,5% diario del valor de las cantidades de obras comprometidas en el Programa de Trabajo vigente, valorizadas a los precios unitarios contratados o convenidos, más los reajustes.

3.4.3.- No iniciar oportunamente la obra

Esta causal se encuentra regulada en los Arts. 143 y 132, del RCOP.

El contratista debe iniciar los trabajos después de la entrega de los terrenos. Ahora bien, si se demora más de 15 días en iniciarlos, contados desde la entrega de los terrenos, se puede poner término anticipadamente al contrato, a menos que el retraso se deba a fuerza mayor u otra causa justificada (Art. 132, inc. 2º, RCOP). En las BALI se contempla la misma norma en la subcláusula 3.40.2.

Cuando las demoras son inferiores a 15 días, a nuestro juicio, procedería aplicar multas, según podemos deducir del Art. 157, inc. 2º, del RCOP.

3.4.4.- Incurrir en paralizaciones superiores a los plazos contenidos en el RCOP

Las paralizaciones o interrupciones permitidas en el RCOP son hasta de 15 días y no implican terminación del contrato. Cuando la paralización es superior a ese plazo se puede poner término al contrato administrativamente, salvo que se deban a caso fortuito u otra causa justificada (Art. 132, RCOP).

Ahora bien, tratándose de paralizaciones por menos de 15 días hay que distinguir:

- 1.- Si éstas se deben a causa justificada, no habría sanción; y,
- 2.- Si no se justifica la causa de la paralización, a nuestro juicio, se deberán pagar multas, siempre y cuando la paralización implique un retraso parcial en la ejecución de las obras.

Las BALI transcriben textualmente las normas contenidas en el RCOP, en la subcláusula 3.45.1, letra a) en concordancia con la subcláusula 3.40.2 y la cláusula 2.32.

3.4.5.- No suscribir o protocolizar el decreto o resolución a que se refiere el Art. 84 del RCOP

Se recoge esta causal en el Art. 143, letra e) del RCOP.

El decreto o resolución a que alude esta causal es aquel que aprueba el contrato, sus modificaciones o su liquidación.

Hay que distinguir la suscripción de la protocolización en cuanto al plazo para efectuarlas. Tratándose de la primera hay un plazo tácito para hacerla, que es de 30 días a contar del ingreso del decreto o resolución a la Oficina de Partes, puesto que dentro de ese plazo se debe entregar una de las transcripciones a la Dirección y otra a la Fiscalía del MOP, por lo tanto, necesariamente se deben haber suscrito con anterioridad a su vencimiento las transcripciones del decreto o resolución ante notario.

En el caso de la protocolización, no existe plazo para efectuarla ya que los 30 días que fija el RCOP son para entregar las transcripciones suscritas; en consecuencia, mal puede hablarse de terminación del contrato por no protocolizar las transcripciones suscritas, ya que el contratista no tendría plazo para hacerlo.

Respecto del tratamiento que se hace en las BALI de esta misma causal existen diferencias. Primero, las BALI fijan un plazo de 15 días, contado desde la fecha de ingreso del decreto o resolución a la Oficina de Partes, para efectuar la suscripción y protocolización del decreto o resolución.

Otra diferencia guarda relación con la autoridad a quien debe hacerse entrega de las

transcripciones suscritas y del certificado de protocolización, pues en estos casos debe hacerse a la Fiscalía del MOP (subcláusula 2.31.1 de las BALI).

3.4.6.- No entregar la garantía a que alude el Art. 90 del RCOP

El contratista cuya oferta es aceptada, deberá presentar una garantía consistente en boleta bancaria o una póliza de seguro si así lo establecen las bases administrativas. El valor de dichas garantías será el equivalente al 3% del valor del contrato. El plazo para presentar la garantía es de 30 días, contados desde el ingreso del decreto o resolución a la Oficina de Partes (Art. 90, RCOP).

El hecho de incumplir esta obligación es sancionada con la terminación del contrato (Art. 89, RCOP), pérdida de la garantía de seriedad de la propuesta y con la suspensión del registro del MOP.

Las BALI tienen una disposición parecida, con pequeñas modificaciones, puesto que en la subcláusula 3.45.1, letra e) señalan como causal de terminación anticipada aquella en donde "el contratista... no entregare las garantías a que alude la cláusula 2.32". En dicha cláusula se establecen 3 tipos de garantías: de cumplimiento del contrato, contenida en la cláusula 3.7; adicionales de cumplimiento que fueren procedentes, y que se encuentran contenidas en la cláusula 3.8; y, pólizas de seguro, contempladas en la cláusula 3.38.

El plazo para la entrega de las garantías es de 15 días, contados desde la fecha en que el decreto o resolución que apruebe el contrato ingrese a la Oficina de Partes.

Por otra parte, mientras no se cuente con la póliza no se permitirá iniciar las obras. Si no se entrega la póliza dentro del plazo, la sanción no es la terminación sino que la suspensión, puesto que no se permitirá al contratista iniciar las obras. Ahora bien, la paralización o el retraso de las obras que acarree la no entrega de la póliza podría ser sancionado con la terminación del contrato, conforme a la letra d) de la subcláusula 3.45.1 y subcláusula 2.31.1 de las BALI.

3.4.7.- No acatar ciertas órdenes o instrucciones impartidas al contratista

Esta causal procede en caso que el contratista no acate las órdenes que se le den (Art. 143, letra f), RCOP), en lo concerniente a:

- 1.- La disminución de las cantidades de obras, tanto en los contratos a serie de precios unitarios como en los a suma alzada (Art. 96, inc. 1º, RCOP).
- 2.- El aumento ordinario de las cantidades de obras hasta un 30% de cada partida del presupuesto, pero sólo en los contratos a serie de precios unitarios (Art. 96, inc. 2º, RCOP).
- 3.- El aumento extraordinario de las cantidades de obras en los contratos a serie de precios unitarios que excedan del 30% de cada partida del presupuesto (Art. 98, inc. 1º, RCOP).
- 4.- La ejecución de aquellas obras urgentes y respecto de las cuales se hayan ordenado un aumento superior al 30% y donde el precio lo haya fijado la autoridad utilizando el precio máximo establecido en el Art. 11 del DL 534, de 1974 (Art. 98, inc. final, RCOP).
- 5.- La modificación de las obras previstas, cuando se hayan acordado los precios con el contratista (Art. 99, RCOP).
- 6.- La ejecución de obras nuevas o extraordinarias, cuando se hayan convenido los precios con el contratista (Art. 99, RCOP).
- 7.- El empleo de materiales no considerados, previo acuerdo del precio con el contratista (Art. 99,

RCOP).

8.- La realización de obras que modificando las previstas o siendo nuevas o extraordinarias o empleando materiales no considerados y que revistan el carácter de urgente y no existiendo acuerdo sobre los precios, la autoridad pague al contratista los gastos directos comprobados, más un 30% como máximo en compensación de los gastos (Art. 99, inc. 2º, RCOP).

3.4.8.- No acatar ciertas órdenes o resoluciones dadas por el Inspector Fiscal

Esta causal procede en el caso que el contratista no acate las órdenes o resoluciones que el Inspector Fiscal le imparta (Art. 143, letra f), RCOP), y que se refieran a:

1.- Las obras.

2.- Otros aspectos relacionados con el contrato, tales como los laborales, los que se refieren al personal del contratista, etc.

En ambos casos procede la extinción del contrato cuando el contratista no apelere de ellas o apelando ante el Director, la apelación fuere rechazada y el contratista se negare a cumplirlas.

Se requiere además que el caso sea grave, puesto que de no serlo la sanción es la suspensión de la tramitación de los estados de pago, el uso de los fondos retenidos o el uso de las garantías (Arts. 110 y 112, RCOP).

3.4.9.- No acatar ciertas órdenes o instrucciones dadas por la Dirección

Esta causal de extinción del contrato procede cuando el contratista no acate las órdenes o instrucciones dadas por la Dirección (Art. 143, letra f), RCOP), y que se refirieran a las medidas necesarias para normalizar el ritmo de las faenas, cuando el Programa de Trabajo esté retrasado, dentro del plazo de 15 días a contar de la notificación de las instrucciones respectivas (Art. 136, RCOP).

3.4.10.- Reincidir en el no acatamiento de las órdenes o instrucciones impartidas

En términos generales, podríamos decir que esta causal se refiere a todas aquellas órdenes que no sean las tratadas en los casos anteriores y que una vez constatado el incumplimiento por el Inspector Fiscal y comunicadas a la Dirección, ésta estime el caso como grave (Art. 106, inc. final en concordancia con los Arts. 112, inc. 2º y 143, letra f), RCOP).

Respecto del tratamiento dado en las BALI a esta norma, la redacción es bastante parecida, variando sólo en el sentido en que aquí la referencia no especifica las cláusulas pertinentes, como lo hace el reglamento. Entre estas cláusulas se encuentran:

1.- La subcláusula 3.19.3, la cual, en casos graves, posibilita que se sancione al contratista que se resistiere a acatar las órdenes impartidas por el Inspector Fiscal. Es necesario que se le notifique al contratista la terminación del contrato en un plazo de 15 días.

2.- Toda vez que el contratista reincida en no someterse a las órdenes del Inspector Fiscal.

Respecto de las órdenes referidas a los aumentos de obras, disminución, modificación, ejecución de obras nuevas, empleo de materiales no considerados, no existe sanción expresa en las BALI en el evento de que el contratista se niegue a cumplirlas; por lo tanto, en todos estos casos, conforme a la cláusula 3.10, nos remitimos a la regulación dada en el RCOP, es decir, procederá la

terminación anticipada del contrato.

Los efectos que se producen al incurrir en esta causal son los mismos que hemos señalado en la causal 3.2, sobre pérdida de idoneidad.

3.5.- Vicios o defectos de la obra

Aquí se produce la terminación anticipada del contrato, si por error en la ejecución de los trabajos, la obra quedare con defectos graves que no pudieren ser reparados y ellos comprometieren su seguridad u obligaren a efectuar modificaciones substanciales del proyecto (Art. 143, letra g), RCOP y subcláusula 3.45.1, letra h) de las BALI).

Para que esta causal proceda es necesario que:

- 1.- Se trate de un error en la ejecución y no en otros aspectos, como podría ser el diseño.
- 2.- Se trate de un error entendido como acción desacertada o equivocada, vinculándose a nuestro juicio a la culpa y no al error como accidente ajeno al contratista (caso fortuito, puesto que el error considerado en esta causal le es imputable, al ser una acción desacertada o equivocada, pero que no implica dolo.

Esta causal se asemeja a la causal genérica del derecho civil de resolución de los contratos por incumplimiento, ya que el pago para que extinga las obligaciones debe ser total y efectuarse en el lugar y manera convenida. En estos casos, se cumpliría imperfectamente con la obligación puesto que se exige que la obra quede en buenas condiciones y no con defectos graves.

Estas imperfecciones, carencias de cualidades de la obra o fallas, para que determinen la extinción del contrato deben ser graves, irreparables, riesgosas y determinantes.

- 1.- Graves, es decir, de gran magnitud, grandes. Por esa misma magnitud es serio el incumplimiento. En consecuencia, se escapan todos aquellos errores menores, solamente accidentales que no afectan la sustancia de la obra.
- 2.- Irreparables, es decir, que sea imposible subsanarlos sin tener que destruir la obra. Si se pueden reparar, pero tales reparaciones son muy onerosas, a nuestro juicio, de todas maneras deberían hacerse por cuenta del contratista, salvo que no exista tiempo para ello.
- 3.- Riesgosas, esto es que comprometan la seguridad de la obra, es decir, que los defectos hagan que la obra no quede libre y exenta de todo daño o riesgo a terceros, que no esté firme o que exista peligro de faltar, fallar o caerse.
- 4.- Determinantes, es decir que obliguen a modificaciones substanciales del proyecto. Son modificaciones substanciales, a nuestro juicio, aquellas que revistan la calidad de esenciales y más importantes. En este caso las modificaciones se referirán a aspectos esenciales del proyecto, a aquellos aspectos más permanentes y que determinan la obra misma, de manera que sin ellos la obra deja de existir o se transforma en otra diversa.

3.6.- Resolución del contrato por muerte del contratista

En el Derecho Común, la muerte por regla general no extingue las obligaciones, ni tampoco los contratos, puesto que los derechos y obligaciones que surgen de ellos pasan a los herederos, en su calidad de continuadores de la personalidad del causante. Sin embargo y por

excepción, la muerte extingue las relaciones contractuales en aquellos contratos denominados *intuitu personae*, es decir en los que la calidad o aptitud de la persona es fundamental para la celebración o ejecución del mismo. En estos casos los contratos se celebran en atención de la persona del otro contratante, v. gr. los contratos de mandato, de sociedad, de matrimonio, arrendamiento de servicios especiales como cuando se encarga una obra a un pintor famoso.

Tratándose de los contratos de obra pública regidos por el RCOP, la muerte del contratista persona natural (no sociedad) extingue, por regla general, el contrato, a menos que el Director General, previo informe de la Dirección de obras, acepte la oferta de continuar con la ejecución de las obras que le formulen los herederos del contratista (Arts. 183 y 185, RCOP y cláusula 3.61 de las BALI). La explicación de esta norma la da el hecho que este contrato sea *intuitu personae*. El contratista como colaborador de la Administración ha sido seleccionado de entre muchos, por lo que si ya no existe, entonces el contrato no puede persistir a menos que los herederos puedan otorgar las mismas garantías y generar la confianza mínima necesaria en sus capacidades técnicas y económicas para continuar con las obras y terminar los trabajos.

El mismo reglamento se encarga de dar una serie de reglas especiales sobre la terminación del contrato por muerte del contratista, tales como:

1.- La Dirección tiene el derecho de adquirir los materiales acumulados en la obra para continuar con los trabajos. El precio de los materiales se convendrá con la sucesión, pero no podrán acordarse precios superiores a los corrientes de la plaza (Art 183, inc. 2º). Ahora bien, en caso de existir desacuerdo entre la Dirección y la sucesión respecto a si la primera compra o no los materiales, éste será resuelto por el Director General (Art. 183, inc. final).

2.- La Dirección tiene el derecho o facultad de adquirir las máquinas, herramientas, campamentos y materiales del contratista fallecido. En este caso se trata de los materiales no acumulados en la obra, v. gr. los que tenga en bodega o que vengan en viaje y que se vayan a emplear en las obras. El precio debe acordarse por las partes (Art 184, RCOP).

La trascendencia de las normas establecidas para el caso de terminación del contrato por muerte del contratista radica en que estas reglas especiales tienen una aplicación general, extendiéndose a todos aquellos casos en que se liquide un contrato con anterioridad a la terminación de la obra.

3.7.- La nulidad

Otra forma de extinguir los contratos es la declaración de nulidad del mismo. La nulidad es una de las instituciones más complejas del derecho; tratar de explicar sus alcances excede con creces los objetivos del presente trabajo, motivo por el cual, sólo nos referiremos a algunos aspectos de ella, los que a nosotros nos parecieron mas significativos.

En el derecho público la nulidad del contrato puede operar por dos vertientes distintas, una de carácter precontractual y otra contractual³⁶⁵.

En la fase previa a la celebración del contrato se pueden producir una serie de vicios, en los actos jurídicos anteriores al contrato, v. gr. en el llamado a licitación, en la resolución que adjudica el contrato, etc. Estos vicios, en términos generales, son consecuencia de no cumplir con los

³⁶⁵García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. Op. cit. pp. 529-530.

requisitos y procedimientos establecidos en la CPR, leyes y reglamentos. Una vez probado el vicio y declarada la nulidad del acto, se podrá pedir la nulidad del contrato, siempre que éste se haya perfeccionado.

En el caso de la vertiente contractual, los vicios se verifican en la fase misma de perfeccionamiento del contrato, donde las estipulaciones del mismo son las que contienen algún vicio, v. gr. los vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), la existencia de objeto o causa ilícita, la incapacidad del contratista, falta de investidura legal del funcionario que interviene en el acto en representación de la Administración, falta de competencia, etc. En este punto los vicios pueden ser del derecho civil o público y pueden afectar tanto a la Administración como al contratista.

3.8.- Terminación anticipada por falta de fondos disponibles

Esta especie de terminación se produce cuando no hay fondos disponibles para llevar adelante el contrato, es decir, hay una falta de recursos dinerarios que efectivamente puedan ser utilizados por la Administración para pagar las obras ejecutadas. Esta causal se contempla en el Art. 141 del RCOP y en las subcláusulas 3.46.1 y 3.46.4 de las BALI.

Tratándose de contratos financiados con recursos provenientes de contratos de préstamo externo, uno de los motivos por lo que pueden llegar a faltar los fondos para cancelar el valor de las obras contratadas, puede provenir de la suspensión de los desembolsos, cancelación de una parte del financiamiento o vencimiento y exigibilidad inmediata del crédito, materias sobre las que nos hemos extendido, principalmente, en el capítulo cuarto de la primera parte de este trabajo, a propósito del contrato de crédito externo como contrato modal.

Para operativizar esta causal es preciso que la Dirección manifieste por escrito su decisión de poner término al contrato, dándole aviso al contratista con una anticipación de a lo menos 45 días (Art. 141, RCOP).

Evidentemente, esta causal de terminación implica el incumplimiento por parte de la Administración y por tal motivo es que el contratista tiene derecho a una indemnización. Esta indemnización, según el Art. 141, inc. 4º del RCOP, presenta las siguientes características:

- 1.- Es única, no hay otras indemnizaciones.
- 2.- Ascende sólo a un porcentaje del valor líquido, debidamente reajustado, a que alcanza la disminución del valor del primitivo contrato. Para determinar el valor líquido se consideran las disminuciones y los aumentos parciales de obras.
- 3.- Se pagará dentro del plazo de 30 días, a contar de la fecha en que se tramite la resolución que determinó la terminación anticipada.

Como vemos no se responde de todos los perjuicios, sino que sólo de una parte de ellos. No se indemniza todo el lucro cesante.

3.9.- Terminación anticipada por necesidades de la Dirección

Esta causal está contenida en el Art. 141 del RCOP, haciéndole aplicables las normas ya explicadas en el número anterior.

Lo fundamental, a nuestro juicio, consiste en delimitar los alcances de esta norma, la

que, desde luego, nos parece bastante amplia, pues las necesidades de la Dirección son muchas. Lo único que podemos decir es que éstas se refieren a todas aquellas necesidades que no se relacionan con la falta de recursos monetarios, puesto que ella tiene asignada otra causal específica. En este punto entramos en el delicado campo de la discrecionalidad administrativa, sobre el cual ya hemos reflexionado.

Las BALI reproducen estas normas en las subcláusulas 3.46.1 y 3.46.4. Cabe agregar también que las BALI incorporan otras causales que se encuentran muy vinculadas a las anteriores, las que a continuación expondremos.

3.9.1.- Terminación por no cancelación de los estados de pago de obras y/o reajustes

Esta es una causal de resorte del contratista, pues es él quien puede solicitar que se ponga término al contrato, para lo cual es necesario que la Administración mantenga impagos, por más de 90 días, los estados de pagos y/o reajustes correspondientes a las obras ejecutadas de acuerdo con las especificaciones del contrato. Estas obras deben ser certificadas por el Inspector Fiscal (subcláusula 3.46.2 de las BALI).

Procede una indemnización de perjuicios para el contratista, de acuerdo con las normas aplicables a la terminación del contrato por falta de fondos disponibles (subcláusula 3.46.4 de las BALI).

3.9.2.- Terminación anticipada por paralización de las obras

Al tenor de lo dispuesto en la subcláusula 3.46.3 de las BALI, los requisitos de procedencia de esta causal son los siguientes:

- 1.- Que exista paralización de las obras;
- 2.- Que la paralización haya sido ordenada por escrito por la Dirección; y,
- 3.- Que la paralización exceda los dos meses.

En este caso también es procedente la indemnización contemplada en la subcláusula 3.46.4 de las BALI, ya estudiada.

3.10.- Pérdida de la cosa debida o imposibilidad en la ejecución

En el Derecho Común esta causal tiene aplicación respecto de todo tipo de obligaciones, ya sea de dar, hacer o no hacer, v. gr. cuando se debe un cuerpo cierto, como podría ser una pintura famosa y ésta es destruida en un incendio.

El tratadista René Abeliuk conceptúa este modo de extinguir las obligaciones como aquel "que se presenta cuando por un hecho no imputable al deudor se hace imposible para éste cumplir la prestación debida"³⁶⁶.

La imposibilidad absoluta para la ejecución de la obra sobreviene cuando hay caso fortuito o fuerza mayor. Debe tratarse de una imposibilidad absoluta puesto que, como la ejecución de la obra implica una obligación de hacer, esta se puede cumplir de varias maneras, v. gr. por el

³⁶⁶ Abeliuk, René. Op. cit. p. 750

deudor personalmente al ordenárselo el juez o por un tercero. Es evidente que una obra pública puede ejecutarse por una tercera persona con autorización de la autoridad, cuando ella se ha destruido. Es por eso que el Art. 142 del RCOP y la cláusula 3.47 de las BALI establecen que el contratista soportará los casos fortuitos, absorbiendo las pérdidas que se produzcan.

Estos accidentes fortuitos, tales como inundaciones, terremotos, incendios, erupciones volcánicas, etc. pueden ocasionar el derribo de las obras o provocar pérdidas de materiales.

Sólo por excepción el caso fortuito o fuerza mayor producen la extinción de las obligaciones contractuales, por imposibilidad en la ejecución, siendo necesario que la Dirección lo determine así. En estos casos la Dirección debe:

- 1.- Calificar el caso fortuito como extraordinario y ajeno a toda previsión; o,
- 2.- Haber recibido provisional o definitivamente las obras (Art 142, inc. 1º, RCOP).

4.- LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO

La última etapa que se verifica dentro del proceso de extinción del contrato de obra pública es la de liquidación del mismo.

Tanto el RCOP como las BALI hablan de liquidación del contrato, pero no explican su significado, por lo que a continuación trataremos de dar un concepto del mismo.

Liquidar es saldar una cuenta, es efectuar el ajuste final de cuentas, poniendo de esa manera término a las obligaciones pendientes entre las partes. En materia comercial, la liquidación es la operación tendiente a obtener el saldo entre el debe y el haber. Desde otro punto de vista se ha entendido la liquidación como la acción que pone término a una cosa.

Ahora bien, en nuestro ordenamiento jurídico no se ha definido el concepto, pero sí ha recibido un tratamiento a propósito de las Sociedades Mercantiles, en el Libro II, Título VII, párrafo 6º, Arts. 407 y siguientes del Código de Comercio. Del conjunto de estas normas y en especial del Art. 413, puede colegirse que la liquidación es el conjunto de operaciones encaminadas a concluir los negocios de la sociedad con el único propósito de arribar a la determinación de los saldos de cuentas de la sociedad, pagando las deudas, cobrando los créditos, realizando los bienes y repartiendo los remanentes a los socios a prorrata de su interés en la sociedad.

A nuestro juicio y analizando el conjunto de las disposiciones contenidas en el reglamento, la liquidación del contrato es el último trámite que lo afecta. Dentro del procedimiento administrativo que ha seguido el contrato desde su nacimiento, ejecución y extinción, la liquidación se sitúa como la etapa postrera por la que han de pasar todos los contratos, se hayan cumplido o no por las partes.

Por este trámite u operación, la Administración (la Dirección) procede a efectuar el ajuste de cuentas final entre el contratista y el MOP, de suerte que se fijarán las sumas que cada uno de ellos deba al otro. Con la liquidación se concluyen los negocios existentes entre la Administración y el contratista particular.

4.1.- Procedimiento de liquidación

La liquidación se desarrolla en varias etapas, las que a continuación expondremos:

a) Solicitud.

El contratista debe efectuar la solicitud de liquidación a la Dirección, una vez que se haya aprobado el acta de recepción definitiva o única de la obra (Art. 182, inc. 2º, RCOP).

b) Formulación o dictación de la resolución de liquidación.

La Dirección procede a liquidar el contrato dictando una resolución administrativa, para ello tiene un plazo máximo de 90 días contados desde la fecha del acta de recepción definitiva o única. Si se trata de recepción única el plazo puede prorrogarse hasta por 180 días, pero se necesita la aprobación previa del Director General.

c) Suscripción o notificación.

Una vez que la resolución que aprueba la liquidación haya sido tramitada, debe ser notificada al contratista o suscrita por él. Esta notificación o comunicación se hará al contratista en el domicilio que tenga indicado en el Registro de Obras Mayores o Menores del Registro General de Contratistas. El plazo máximo para notificarle es de 30 días contados desde la tramitación de la resolución. Es indispensable enviarle una copia de la resolución que aprueba la liquidación.

La suscripción de la liquidación es la firma conforme, que el contratista hace y por la cual acepta la liquidación. Una vez aceptada, el contratista no puede reclamar o recurrir de dicho acto, hay una renuncia tácita a los recursos (Art. 182, inc. final, RCOP).

d) Reclamación.

El contratista que haya sido notificado de la liquidación puede no aceptarla y, en ese evento, surge para él el derecho para reclamar ante la justicia ordinaria.

El plazo para efectuar la reclamación es de tres meses, contados desde la tramitación de la resolución que aprueba la liquidación (notificación). Si la notificación no se efectúa en el plazo fijado por el RCOP inmediatamente se entenderá prorrogado el plazo para formular el reclamo.

Además del reclamo judicial existe un reclamo administrativo, que se debe formular ante el Director Nacional. Los requisitos de procedencia de este reclamo son los siguientes:

- 1.- Formularse por escrito.
- 2.- Dentro del plazo de 30 días, contados desde la total tramitación del acto administrativo que materializa la liquidación.
- 3.- Que su tramitación no se haya suspendido. La suspensión equivale a una renuncia del reclamo. La suspensión debe ser por más de un mes y su causa debe ser la falta de diligencia probada del contratista. La suspensión la califica el Director Nacional (Art 182, inc. 7º, RCOP).

e) Aceptación.

Hay aceptación cuando el contratista suscribe la resolución, o cuando no reclama de ella dentro del plazo (Art 182, incs. 5º, 6º y final, RCOP).

4.2.- Suspensión de la liquidación

La suspensión es la paralización de la liquidación, es decir abrir un paréntesis en el procedimiento de ajuste de cuentas, a la espera de que se solucionen algunos problemas pendientes. Estos problemas se reducen a que el contratista pudiera tener pendiente dos o más contratos en los cuales las obras estuvieran terminadas o liquidadas anticipadamente.

La finalidad de la suspensión es permitir la compensación de los saldos favorables y desfavorables que pudieren resultar en uno u otros contratos, respecto de los contratantes. De esa manera se produciría una economía de tiempo y recursos, ya que se evitaría hacer dobles liquidaciones.

Por último, debemos hacer presente que hay otras reglas especiales de liquidación, referidas a la resolución del contrato por muerte del contratista, a las cuales ya nos hemos referido con anterioridad en este mismo acápite.

Las BALI en la cláusula 3.60, que versa sobre la liquidación del contrato, reproduce en términos generales las reglas contenidas en el RCOP.

CONCLUSIONES

1º) El sistema de los contratos administrativos financiados mediante créditos externo presenta una estructura en la que coexisten dos relaciones jurídicas:

- a) Una de naturaleza internacional privada, que se plasma en el contrato de crédito externo; y,
- b) Otra de naturaleza interna y pública, que se materializa en el respectivo contrato administrativo que se financia con los recursos provenientes del contrato de crédito externo.

2º) La peculiaridad del sistema de los contratos administrativos financiados mediante créditos externo, se encuentra en el hecho de que los organismos crediticios internacionales, mediante la inclusión de determinadas cláusulas en los contratos de crédito, se reservan una serie de facultades que les permiten mantener una supervigilancia sobre la plenitud del procedimiento licitatorio, incluida la ejecución y extinción del contrato administrativo financiado por dichas entidades. Pudiendo, frente a circunstancias preestablecidas, suspender los desembolsos e incluso exigir la inmediata devolución de los fondos aportados.

3º) Las cláusulas de los contratos de crédito externo reflejan, en gran medida, la participación de sujetos dotados de diferentes poderes reales y efectivos de negociación. Esta diferencia resulta del hecho de que uno de ellos -el Estado- necesita de recursos económicos y otro -el organismo financiero internacional- que se encuentra en condiciones de proporcionárselo.

En esta perspectiva se podría sostener, erróneamente, que el contrato de crédito externo es una especie de contrato por adhesión, lo que es equivocado ya que los organismos crediticios internacionales no persiguen, prioritariamente, fines lucrativos y además el sujeto deudor (el Estado) ha concurrido con su voluntad a la formación de dicho organismo, el cual integra como miembro partícipe.

4º) La presencia de cláusulas que otorgan a los organismos financieros internacionales poderes exorbitantes, debe llevar a revisar las tesis que sostienen que no existen los contratos privados de la Administración. Sostener que todo contrato en que interviene el Estado es de naturaleza administrativa o pública y consiguientemente involucra poderes exorbitantes para el Estado contratante, se desvirtúa frente a estos contratos en que las facultades exorbitantes las detentan la contraparte del Estado.

5º) Para entender cabalmente los contratos administrativos que cuentan con financiamiento internacional es menester estudiar no sólo el contrato administrativo de que se trate, sino que además se debe tener en consideración el contrato o contratos de crédito externo por el cual se obtuvieron los fondos que financian total o parcialmente a estos contratos.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

Abeliuk Manasevich, René. "Las Obligaciones". Segunda edición. Ediar Editores Ltda. Santiago, 1983.

Alessandri Rodríguez, Arturo y Somarriva Undurraga, Manuel. "Curso de Derecho Civil. Parte General y de los Sujetos de Derecho. Primera parte". Redactado por Antonio Vodanovic. Cuarta edición. Editorial Nascimento. 1971.

Anthony, Robert. "La Contabilidad en la Administración de Empresas. Texto y Casos". Primera edición en español. Traducción de Manuel Fagoaga. Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana. 1969.

Araneda Dörr, Hugo. "Finanzas Públicas". Segunda edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1980.

Aylwin Azócar, Patricio. "Apuntes de Derecho Administrativo". Editorial Universitaria S. A. 1960.

Ariño Ortíz, Gaspar. "Teoría del Equivalente Económico en los Contratos Administrativos". Edición del Instituto de Estudios Administrativos. Madrid, 1968.

Bañados Espinoza, Julio. "Constituciones Políticas de Chile, Francia, Estados Unidos, República Argentina, Brasil, Bélgica, España, Inglaterra y Suiza". Roberto Miranda Editor. 1988.

Benoit, Francis-Paul. "El Derecho Administrativo Francés". Traducción de Rafael Gil Cremades. Edición del Instituto de Estudios Administrativos. Madrid, 1977.

Boquera Oliver, José María. "La Selección de Contratistas. Procedimiento de Selección y Contrato". Colección de Estudios de Administración. Volumen XXXII. Editado por el Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1963.

Bulnes Aldunate, Luz. "Constitución Política de la República de Chile. Concordancia, Anotaciones y Fuentes". Segunda edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1981.

Carretero Pérez, Adolfo. "Derecho Financiero". Editorial Santillana de Ediciones. 1968.

Carvallo Hederra, Sergio. "Finanzas Públicas". Primera edición. Editorial Universitaria. 1971.

Casado Hidalgo, Luis. "Temas de Hacienda Pública". Ediciones de la Contraloría. Caracas, 1978.

Castillo, Luciano. "Finanzas Públicas". Cuarta edición. Editorial Alfa. Lima, 1988.

Cea Egaña, José Luis. "Tratado de la Constitución de 1980". Primera edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1988.

Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República. "Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República". Talleres Gráficos de Gendarmería de Chile. 1983.

Cruz Ortiz, Nefthalí. "Prontuario Jurídico Bancario". Cuarta edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1985.

de Laubaudère, André. "Traité Theorique et Practique des Contrats Administratifs". Editado por Librairie Générale de Droit et des Jurisprudence. París, 1956.

Dromi, José Roberto. "Instituciones de Derecho Administrativo". Segunda reimpresión. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1983.

"La Licitación Pública". Segunda edición. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1977.

Ducci Claro, Carlos. "Derecho Civil. Parte General". Segunda edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1984.

Faivovich, Angel. "Hacienda Pública. Apuntes de Clases". Editorial Universitaria S. A. Sin fecha.

Fonrouge, Giuliani. "Derecho Financiero". Tercera edición. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1982.

García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. "Curso de Derecho Administrativo". Segunda edición. Editorial Civitas S. A. Madrid, 1975.

Garrido Falla, Fernando. "Tratado de Derecho Administrativo". Reimpresión de la quinta edición. Editado por el Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1975.

Garrigues, Joaquín. "Contratos Bancarios". Impreso en los Talleres de Silverio Aguirre Torre. Madrid, 1958.

Gijón Klein, Roberto. "Características Jurídicas de las Operaciones del BID". Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1969.

Goldschmidt, Werner. "Derecho Internacional Privado". Quinta edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1985.

Guzmán, Diego. "Tratado de Derecho Internacional Privado". Segunda edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1989.

Humeres Magnan, Héctor. "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social". Undécima edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1977.

Jèze, Gastón. "Los Principios Generales del Derecho Administrativo". Traducción de la segunda edición francesa de Carlos García Oviedo. Editorial Reus (S. A.). Madrid, 1928.

Labanca, José y Noaco, Julio Cesar. "Los Contratos Bancarios de Apertura de Crédito y Descuento". Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1964.

Llanos Mansilla, Hugo. "Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público". Primera edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1980.

López Santa María, Jorge. "Los Contratos. Parte General". Primera edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1986.

"Obligaciones y Contratos Frente a la Inflación". Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1978.

Marienhoff, Miguel. "Tratado de Derecho Administrativo". Tercera edición. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1983.

Mazz, Addy. "Curso de Derecho Financiero y Finanzas". Tercera edición. Fundación de Cultura Universitaria. 1991.

Mó, Fernando. "Régimen Legal de las Obras Públicas. Doctrina. Legislación. Jurisprudencia". Editorial Depalma. Buenos Aires, 1966.

Ossa Scaglia, Fernando. "Economía Monetaria Internacional". Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago, 1989.

Osuna Gómez, José. "Del Contrato Real y de la Promesa de Contrato Real. Estudio Doctrinario y de Legislación Chilena y Comparada". Editorial Nacimiento. Santiago, 1947.

Poblete Troncoso, Moisés. "La Comunidad Internacional Contemporánea". Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1958.

Puelma Accorsi, Alvaro. "Estudio Jurídico sobre Operaciones Bancarias". Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1971.

"Contratación Comercial Moderna". Primera edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1991.

"Curso de Derecho de Quiebras". Tercera edición corregida, aumentada y actualizada. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1983.

Real Academia Española de la Lengua. "Diccionario de la Lengua Española". Vigésima primera edición. Editorial Espasa-Calpe S. A. 1992.

Rivero, Jean. "Droit Administratif". Novena edición. Editorial Dalloz. París, 1980.

Santa María de la Vega, Raúl. "Manual de Derecho Económico". Ediciones Encina Limitada. 1972.

Sayagués Laso, Enrique. "Tratado de Derecho Administrativo". Editorial Martín Bianchi Altuna. Montevideo, 1959.

Simonetto, Ernesto. "Los Contratos de Crédito". Editor José María Bosch. Barcelona, 1958.

Somarriva Undurraga, Manuel. "Derecho Sucesorio". Cuarta edición actualizada por René Abeliuk Manasevich. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1988.

Vargas Vargas, Manuel. "Nueva Legislación sobre Letras de Cambio y Pagaré". Segunda edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1988.

Varios autores. "Tratado de Finanzas". Obra publicada bajo la dirección de Wilhelm Gerloff y Fritz Nuemark. Editorial El Ateneo. Buenos Aires, 1961.

Villar Palasí, José Luis. "Lecciones sobre Contratación Administrativa". Editado por la Universidad de Madrid. Madrid, 1969.

Artículos publicados en revistas

Aróstica Maldonado, Iván. "El Derecho Administrativo Sancionador y la Proporcionalidad de los Actos Administrativos (un asunto de justicia distributiva)". Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo LXXXIV, N° 3, 1987.

Cassagne, Juan Carlos. "Los Contratos de la Administración Pública (distintas categorías y regímenes jurídicos)". Anuario de Derecho Administrativo. Ediciones Revista de Derecho Público,

Universidad de Chile. 1975-1976.

Díaz Albónico, Rodrigo. "El Decreto Ley 2.349. Normas Internas sobre Contratos Internacionales Celebrados por el Estado Chileno e Instituciones del Sector Público". Revista Estudios 1984. Editado por la Sociedad Chilena de Derecho Internacional. 1984.

Entrena Cuesta, Rafael. "Consideraciones sobre la Teoría General de los Contratos Administrativos". Revista de Administración Pública. Año VIII. N° 24. Septiembre-Diciembre, 1975.

Ferreiro Lapatza, Juan José. "Análisis Jurídico de la Deuda Pública". Revista de Administración Pública. N° 53, Mayo-Agosto, 1967.

García de Enterría, Eduardo. "La Figura del Contrato Administrativo". Revista de Administración Pública. N° 41.

"El Control de los Poderes Discrecionales de la Administración".
Revista de Derecho Público. Publicación del Departamento del Estado y de los Organismos Públicos, Facultad de Ciencias Jurídicas, Administrativas y Sociales, Universidad de Chile. N° 17, Enero-Junio, 1975.

Gordillo, Agustín. "El Contrato de Crédito Externo". Revista de Administración Pública. N° 97, Enero-Abril, 1982.

Hübner Gallo, Jorge. "Inflación, Imprevisión y Justicia Conmutativa". El Derecho ante la inflación. Primer congreso nacional de abogados chilenos. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1955.

Huidobro Salas, Ramón. "El Contrato de Construcción de Obra Pública al Tenor de la Constitución". Revista de Derecho Público. Publicación del Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. N° 49, Enero-Junio, 1991.

Lama Zaror, Elizabeth. "El Contrato de Obra Pública Adjudicado por Propuesta Pública en la Legislación Chilena". Revista de Derecho Público. Publicación del Departamento de Derecho del Estado y de los Organismos Públicos, Facultad de Ciencias Jurídicas, Administrativas y Sociales, Universidad de Chile. N° 18, Julio-Diciembre, 1975.

Oelckers Camus, Osvaldo. "Los Principios Informadores de la Contratación Administrativa". Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. Tomo VII, 1983.

"En Torno al Concepto de Contrato Administrativo". Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. Tomo III, 1979.

"Notas a la Potestad Discrecional de la Administración Pública".
Revista de Derecho. Universidad de Concepción. Año XLIV, Enero-Diciembre, 1977.

Samtleben, Jürgen. "Cláusulas de Jurisdicción y Legislación Aplicable en los Contratos de Endeudamiento Externo de los Estados Latinoamericanos". Comparative Juridical Review. Vol. 27, 1990.

Soto Kloss, Eduardo. "La Contratación Administrativa". Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales. Editorial Jurídica de Chile. Tomo LXXV, 1978, primera parte, sección derecho.

"La Nulidad de Derecho Público en el Derecho Chileno". Revista de Derecho Público. Publicación del Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. N° 47-48, Enero-Diciembre, 1990.

Separatas

Huidobro Salas, Ramón. "El Contrato de Construcción de Obra Pública". Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 1992.

Rioseco V., Alberto. "Derecho Internacional Monetario (apuntes de clase)". Facultad de Derecho e Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile. 1993.

Soto Kloss, Eduardo. "Contratación Administrativa. Ideas Básicas y Principios". Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 1988.

Memorias de Prueba

Camhi, Paola y Echeverría, Viviana. "Organismos Internacionales: el Grupo del Banco Mundial". Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 1992.

Morales Errázuriz, Guillermo. "Selección del Derecho que Rige el Contrato en el Derecho Internacional Privado". Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 1985.

Sanfuentes Astaburuaga, Andrés y Barros González, Ernesto. "Los Contratos de Crédito Externo y en Especial sus Eventos de Incumplimiento". Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 1993.

Silva Barroilhet, Paula y Edwards Renard, Javier. "Sistema Legal de Endeudamiento Público Externo Chileno y Cláusulas Fundamentales de los Contratos de Crédito Externo". Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 1989.

Cuerpos Normativos

Constitución Política de la República de Chile de 1980.

Código Civil de la República de Chile. Décima edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1992.

Código de Procedimiento Civil de la República de Chile.

Código de Procedimiento Penal de la República de Chile.

Código del Trabajo de la República de Chile.

Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.
Ley N° 18.010, "Establece Normas para las Operaciones de Crédito y otras Obligaciones de Dinero que Indica".

Ley N° 18.575, "Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado".

Ley N° 18.840, "Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile".

Ley N° 19.093, "Autoriza la Participación de Profesionales Extranjeros en la Licitación, Adjudicación o Ejecución de Contratos que Celebre el Ministerio de Obras Públicas, en los Casos que Indica".

Decreto Ley N° 211, de 1973.

Decreto Ley N° 1.263, de 1975, complementado por el Decreto Supremo 551, de 1982, del Ministerio de Hacienda.

Decreto Ley N° 2.349, de 1978.

Decreto con Fuerza de Ley N° 164, de 1991.

Decreto Supremo N° 294, de 1984, del Ministerio de Obras Públicas.

Decreto Supremo N° 240, de 1991, del Ministerio de Obras Públicas.

Decreto Supremo N° 15, de 1992, del Ministerio de Obras Públicas. "Reglamento para Contratos de Obras Públicas".

Decreto Supremo N° 551, de 1982, del Ministerio de Hacienda.

Decreto Supremo N° 812, de 1989, del Ministerio de Hacienda.

Decreto Supremo N° 888, de 1990, del Ministerio de Hacienda.

Decreto Supremo N° 935, de 1990, del Ministerio de Hacienda.

Decreto Supremo N° 953, de 1990, del Ministerio de Hacienda.

Decreto Supremo N° 1.166, de 1990, del Ministerio de Hacienda.

Oficio circular N° 37/38, del 25 de Junio de 1990, del Ministerio de Hacienda.

Instrucciones para la Ejecución de la Ley de Presupuestos del Sector Público año 1994. Editado por el Ministerio de Hacienda, Dirección de Presupuestos. 1994.

Bases para Precalificación en el Registro Especial de Contratistas para Licitaciones Públicas Internacionales del Segundo Proyecto Sectorial de Carreteras.

Bases Administrativas para Licitaciones Internacionales del Segundo Proyecto Sectorial de Carreteras.

Contratos y Otros

Contrato de Préstamo entre la República de Chile y el Banco Interamericano de Desarrollo. Préstamo N° 543, de Obras Civiles Chile.

Contrato de Préstamo entre la República de Chile y el Banco Interamericano de Desarrollo. Préstamo N° 613/OC-CH.

Convenio de Préstamo entre la República de Chile y el *Export-Import Bank of Japan*, de fecha 5 de Marzo de 1990.

Convenio de Préstamo entre la República de Chile y el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento. Préstamo N° 3.120-CH.

Procurements of Works. Sample Bidding Documents. Editado por el *Interamerican Development Bank and World Bank. Second Printing, August 1988.*

Condiciones Generales Aplicables a los Convenios de Préstamo y de Garantía, de fecha 1 de Enero de 1985. Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento.

Normas para Adquisiciones con Préstamos de BID. Folleto publicado por el Banco Interamericano de Desarrollo. 1990.

Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Préstamos de la AIF. Tercera edición revisada y ampliada. Publicación del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento/Banco Mundial. Washington D. C. Mayo, 1985.

