



ANÁLISIS DE LAS RECOMENDACIONES DEL TDLC SOBRE LA COMPETENCIA EN LICITACIONES DE OBRAS PÚBLICAS

Andrea Alvarado D. y Alfredo Vial R.

Análisis de las recomendaciones del TDLC sobre la competencia en licitaciones de obras públicas

Agosto 2020



Andrea Alvarado Duffau

Ingeniero Comercial mención economía de la Universidad de Chile y Magíster en Economía de la Universidad de Georgetown. Actualmente trabaja como consultora nacional e internacional en materias de Regulación, Libre Competencia, Sector de la Construcción y Concesiones de Obras Públicas, y Sistemas de Inversión Pública.



Alfredo Vial Rodríguez

Abogado, Universidad Diego Portales. LL.M en Derecho Regulatorio de la Pontificia Universidad Católica de Chile y MBA de la Facultad de Economía y Negocios de la Universidad de Chile. En la actualidad se desempeña como Director del Área de Infraestructura de estudio Aylwin, Mendoza, Luksic & Valencia.

I. MOTIVACIÓN

a. Expediente de Recomendación Normativa: Una oportunidad para impulsar la competencia en los procesos de licitación del MOP

El presente texto tiene por objeto realizar un análisis sobre las barreras a la competencia que en la actualidad están contenidas en el Registro de Contratistas del Ministerio de Obras Públicas (en adelante, el “MOP”) así como también en las licitaciones llamadas por ese organismo público, esto a la luz de las recientes recomendaciones del Tribunal de la Libre Competencia acerca de las modificaciones normativas que deben aplicarse al Registro de Contratistas con la finalidad de promover la competencia en dichas licitaciones.

En efecto, con fecha 12 de marzo de 2020 el Tribunal de la Libre Competencia (en adelante “TDLC”) emitió una proposición de modificación normativa mediante expediente Rol ERN N° 26-2018, a solicitud de un conjunto de empresas contratistas que apuntaba a revisar un conjunto de artículos del Reglamento para Contrato de Obra Pública contenido en el Decreto Supremo N° 75 del MOP (en adelante “RCOP”), dentro del cual está contenida la regulación del Registro de Contratistas. El análisis realizado en el proceso de recomendación normativa resulta poco comprensivo de los efectos de las medidas propuestas en el funcionamiento global de las licitaciones, y de las consecuencias que tendrán dichas medidas en el grado de competencia en las licitaciones de obras públicas. De igual forma, extraña la ausencia de un análisis más profundo por parte del TDLC, usando las herramientas tradicionales de análisis de competencia para estas licitaciones en circunstancias que éstas claramente no presentan las características teóricas ideales, por lo que deben ser analizadas al igual que cualquier otro mercado¹. Por otra parte, si bien las conclusiones a las que llega el Tribunal no parecen erradas, consideramos que generan escaso impacto si se trata de aumentar los estándares de competencia en las licitaciones de obras públicas, pudiendo haberse llegado a conclusiones con una incidencia más directa en los mercados relevantes regulados por el RCOP.

Este documento pretende ahondar en este análisis para tener un panorama más completo del contexto en que se aplicarían las recomendaciones que emanaron del TDLC, y por ende, tener una mejor idea de si éstas tendrán o no los efectos de aumentar la presión competitiva en estas licitaciones. En las líneas siguientes haremos un análisis crítico de la recomendación normativa del TDLC acerca de las modificaciones que requiere el Registro de Contratistas del MOP, para lo cual previamente haremos una descripción del

¹ Paul Klempere, *Bidding Markets*, citado en OCDE, “Competition in Bidding Markets”, *Competition Committee Policy Round Tables* (2006), 191.

mercado asociado a las licitaciones de obras públicas convocadas por dicho Ministerio. Luego realizaremos una exposición sobre los principales aspectos que deben ser considerados para aumentar la competencia en las referidas licitaciones, los que en la actualidad funcionan como barreras para aumentar la cantidad de oferentes u obstaculizan la posibilidad de los licitantes para generar la mejor oferta posible. Finalizaremos con una propuesta asociada a una reestructuración total del sistema registral de empresas contratistas en Chile en la línea de otros países miembros de la OECD que ya han implementado medidas de esta naturaleza.

b. Resguardo de los intereses fiscales y la importancia de la competencia

Los objetivos de velar por la libre competencia en las licitaciones de obras públicas del MOP no colisionan con los objetivos de velar por la calidad y seguridad de las obras que se licitan, ni tampoco con el interés de salvaguardar los recursos fiscales (eficiencia). Una baja presión competitiva en las licitaciones de obras públicas se traduce en un aumento sostenido en los costos de construcción para el Estado en relación con el sector privado, además de una disminución en el tiempo de las empresas efectivamente calificadas y habilitadas para licitar obras relevantes.

La experiencia práctica, como la recomendación de la teoría económica, señala la importancia gravitante que tiene el promover el máximo de postulantes a los procesos de licitación. Esto aumenta la probabilidad de minimizar los precios, y el costo para el Estado, a la vez que disminuye los incentivos de coordinación entre los postulantes. De hecho, la Comisión Europea, viene desde hace años promoviendo la competencia en los procesos de compras públicas como elemento central de estos procedimientos, particularmente para la contratación de obras públicas, a través de la dictación de normas que se aplican a todos los países miembros, con el objetivo último de garantizar la eficiencia de los procesos de licitación y con ello el resguardo de los recursos públicos. Así, la Comisión ha ido introduciendo modificaciones en los procesos de adquisiciones públicas, donde las licitaciones de obras juegan un rol preponderante por las magnitudes económicas que ellas tienen y el impacto en las políticas públicas que estas involucran.

Generalmente, los sistemas de contratación o compras públicas dan por sentado que los mercados son generalmente competitivos, y en general estos procesos no están diseñados específicamente para evitar distorsiones de la competencia. Sin embargo, estos sistemas no son ajenos a esta problemática y de hecho muchas veces son estos mismos sistemas los que afectan la competencia. De hecho, las normas y procedimientos que rigen estos procesos de contratación pública influyen en la presión competitiva real en las licitaciones (competencia “dentro de la cancha”), afectando y a veces distorsionando la dinámica competitiva del mercado².

El objetivo de promover la competencia en estos procesos debería partir por analizar la existencia de restricciones o distorsiones artificiales que los mismos procesos licitatorios y su normativa estén introduciendo en la competencia. En el caso particular del Ministerio de Obras Públicas, este análisis debería comenzar por examinar en qué medida el Registro de Contratistas actúa como una barrera de entrada al mercado de las licitaciones del MOP, de tal forma que vaya más allá de las naturales barreras económicas que de por sí ostenta el mercado de las licitaciones en el sector de la construcción, tanto público como privado.

En el caso del MOP, se echa de menos el énfasis pro competitivo que deben tener sus licitaciones de obra, el que descansa ingenuamente en que la competencia “por la cancha” que las licitaciones abiertas promueven

² Albert Sanchez-Graells, *Competitive Neutrality in Public Procurement and Competition Policy: An Ongoing Challenge Analysed in View of the Proposed New Directive* (5th International Public Procurement Conference, agosto 2012), <https://ssrn.com/abstract=1991302>.

resulta suficiente para asegurar procesos competitivos, eficientes y que aseguren los mejores resultados para el Fisco. En este orden de ideas, el proceso de recomendación normativa que llevó adelante el TDLC pudo haber sido una oportunidad para haber avanzado en un diagnóstico más profundo de esta dimensión en el sistema de licitaciones del MOP, pero en nuestra opinión los análisis que se hicieron durante el proceso fueron más bien superficiales y abordaron sólo algunas facetas de la problemática. En particular, si bien el tema del Registro de Contratistas no fue abordado como tal por el TDLC, tangencialmente sí lo fue al haberse recomendado que los subcontratistas no tuvieran que estar inscritos en dicho Registro, y al recomendarse que se autorizara la inscripción en la misma categoría del Registro de empresas que estuvieran relacionadas³.

En este sentido, el TDLC perdió la oportunidad de haber dado una recomendación normativa que fuera más en profundidad, abordando el tema de la competencia en las licitaciones del MOP. Esto es justamente lo que motiva este trabajo, y en particular, abordar un análisis de los problemas que tiene el uso del Registro de Contratistas para la competencia en las licitaciones de este Ministerio.

II. ANÁLISIS GENERAL DE FACTORES ECONÓMICOS QUE DEFINEN BARRERAS A LA ENTRADA EN LICITACIÓN DEL SECTOR CONSTRUCCIÓN

Antes de realizar un análisis de las barreras o restricciones que impone a la competencia el marco normativo y los requerimientos administrativos que regulan las licitaciones de obras públicas del MOP, en particular el Registro de Contratistas, se hace necesario mencionar las características que son propias de las licitaciones en el sector de la construcción y que pueden constituir barreras a la entrada de estos mercados. Estas características, o barreras a la entrada, definen los mercados relevantes y otorgan ventajas competitivas a las empresas ya establecidas en el mercado, dificultando la entrada de nuevas empresas a los procesos licitatorios. Existen, *grosso modo*, dos factores fundamentales que determinan el mercado relevante del producto: por un lado, (i) la tecnología y especialización requerida para cada proyecto o contrato, y por otra parte, (ii) el monto de los proyectos.

a. Experiencia o especialización

En relación con la tecnología y los grados de especialización, existe una primera segmentación de mercado que queda determinada entre las obras de edificación y las obras de ingeniería.

En el caso de Chile, el segmento de las obras de ingeniería ofrece sus servicios al sector privado, pero fundamentalmente se concentra en la demanda que proviene desde el sector público (Ministerios, Municipios, Empresas Públicas, etc.). En general, en las licitaciones de obras de construcción -particularmente en la construcción de obras civiles- se exige a las empresas participantes cierta calificación o acumulación de experiencia, así como estándares mínimos de seguridad y medioambientales. Dependiendo de estas calificaciones o estándares exigidos, ello puede constituirse en una barrera a la entrada para nuevas empresas, que por definición acumulan una menor experiencia al respecto.

³ *Proposición de Modificación Normativa N° 20/2020 de 12 de marzo de 2020, sobre Reglamento para Contrato de Obras Públicas, Decreto Supremo N°75, Rol ERN N° 26-2018.*

Los requerimientos de especialización, que son propios de la naturaleza de la obra que se licita, favorecen a las empresas establecidas que han estado presentes en proyectos mayores, que generalmente involucran muchas especialidades⁴, haciendo más difícil la entrada a la licitación de empresas de menor tamaño.

b. Tamaño de las empresas

En relación a los montos de los contratos, existen proyectos de infraestructura que, dada su gran envergadura y complejidad, sólo son posibles de llevar a cabo por un número limitado de empresas constructoras. Los requerimientos de capital inicial para las empresas constructoras que participan en una licitación son en general una barrera económica a la entrada para nuevos competidores, a la cual se puede sumar además una barrera de carácter regulatoria, a lo que nos referiremos en el apartado siguiente.

El tamaño de una empresa constructora, o su capital, en general se correlaciona positivamente con una mayor acumulación de experiencia, un mayor patrimonio y una mayor facilidad para levantar financiamiento para capital de trabajo desde el sector privado. Esta característica lleva a que, a igualdad de precios, en una licitación de obras de construcción se prefiera espontáneamente a una empresa de mayor tamaño. Ello no obedece a que ofrezcan un producto de mejor calidad, sino que se la prefiere porque existen mayores garantías de que el producto que se demande será de la calidad equivalente a la solicitada.

c. Otras barreras a la entrada: necesidad de financiamiento

Cuando una empresa constructora participa de una licitación requiere un capital mínimo, ya sea propio o proveniente de deuda, que le permita operar y financiar sus requerimientos de capital de trabajo⁵. Las ventajas que tiene una empresa de gran tamaño para contar con ese capital o financiamiento son muy claras: por un lado, puede contar con capital propio, al menos en algún porcentaje, y por otro, tiene un mayor acceso al sistema financiero. Este mayor acceso al crédito se presenta porque pueden mostrar ciertas garantías reales o financieras que les permiten acceder a un mayor volumen de financiamiento o deuda. Todo esto se ve reforzado por el hecho de que las entidades financieras toman en cuenta, dentro de sus análisis de riesgo de crédito, el historial y experiencia de la empresa. Las empresas de menor tamaño, al tener un capital propio menor, ven disminuidas sus facultades de aportar financiamiento, tienen un menor respaldo frente a las entidades crediticias y el volumen de deuda que pueden contraer es menor.

Sumado a lo anterior, en la mayoría de las licitaciones de construcción de obras se exige una garantía financiera para la seriedad de la oferta o por los perjuicios que se pudieran causar al mandante de la obra. Estos requisitos aumentan aún más la necesidad de financiamiento de las empresas que ganan una licitación, representando ello un impedimento a realizar una oferta competitiva, o en caso de ser adjudicatarios, de postular a un nuevo proceso hasta finalizar la obra contratada.

4 Las empresas constructoras de mayor tamaño suelen abarcar una mayor cantidad de especializaciones, lo cual, en algún sentido se configura como una integración vertical.

5 El sistema de contratación de obra pública de manera muy excepcional contempla la utilización del mecanismo de anticipo para financiar los contratos, lo que es una práctica habitual en el sector privado.

III. REGISTRO DE CONTRATISTAS DEL MOP, BARRERAS A LA ENTRADA Y COMPETENCIA EN LICITACIONES DE OBRA PÚBLICA DEL MOP

A continuación, se realizará un análisis de la forma en que la normativa que regula el Registro de Contratistas y ciertas exigencias para la postulación a las licitaciones de obras públicas generan barreras de entrada disminuyendo la competitividad, más allá de las estrictamente económicas mencionadas en la sección anterior. Asimismo, se vinculará en lo que interesa la situación de las barreras de entrada a las empresas contratistas con la recomendación normativa realizada por el TDLC, analizando si los cambios propuestos mejoran la posición de las constructoras para presentar sus ofertas en un escenario de mayor competencia, disminuyendo con ello las restricciones normativas que contempla el Registro de Contratistas y los procesos licitatorios contenidos en el RCOP.

a. Análisis de los mercados relevantes

Previamente, parece necesario dedicar algunas líneas a explicar cómo se conforman los mercados en materia de obras públicas a partir de la estructura y clasificaciones dadas por el Registro de Contratistas. Entender los diversos mercados relevantes que se crean a partir de la estructura normativa que da el Registro es imprescindible para entender el impacto en la competencia de cada una de las barreras que se analizarán en el resto de este texto, ya que éstas no incidirán de manera homogénea en todas las licitaciones del MOP: el efecto en la competencia será distinto dependiendo del mercado relevante que se vea afectado.

En el caso de las licitaciones de obras públicas del MOP, el mercado de las licitaciones está definido, en primera instancia, por el universo de empresas contratistas inscritas en el Registro de Contratistas, tanto de Obras Mayores como de Obras Menores. En este caso, cada uno de estos registros constituye en sí mismo un mercado relevante distinto, dado que los contratistas del Registro de Obras Menores no pueden participar de licitaciones de proyectos con requerimientos de Obra Mayor, en tanto que las empresas del Registro de Obras Mayores, en principio, se encuentran habilitadas sólo para ejecutar y participar en licitaciones para contratos de dicho Registro⁶.

Ahora bien, dentro de cada Registro, existen distintas tipologías que requieren actividades constructivas específicas. Esto se refleja formalmente en la clasificación realizada en el Registro de Contratistas del MOP, el cual define 20 especialidades o requerimientos técnicos específicos (en obras civiles)⁷, bajo los cuales las empresas contratistas pueden estar certificadas. Esta certificación depende de la experiencia acumulada en cada una de estas especialidades y, como se verá más adelante, de la capacidad económica mínima que estas empresas acreditan.

Una definición de mercado relevante más específica está determinada por el conjunto de licitaciones que realiza cada una de las Direcciones del MOP, las que definen mercados relevantes distintos. Esta diferenciación de los mercados no obsta a que existan ciertas empresas con una mayor integración vertical de actividades y especialidades, que pueden hacer frente a demandas de proyectos provenientes de muchas de las Direcciones del MOP al estar inscritas en múltiples registros de especialidades.

6 En conformidad al artículo 63 del RCOP los contratistas no podrán estar inscritos simultáneamente en el Registro de Obras Menores y en el Registro de Obras Mayores del Registro General de Contratistas en aquellos registros que sean equivalentes, de acuerdo a la tabla Equivalencias entre Registros de Contratistas incluida en el documento "Registro de Contratistas - Categorías y Especialidades".

7 Según el artículo 9 del RCOP, el Registro de Obras Mayores estará dividido en las Especialidades de Obras Civiles y de Montaje.

En relación con el monto de los proyectos, ya se mencionó que existe una primera diferenciación gruesa de los mercados, ya sean de obra menor o mayor. Sin embargo, luego existe otra distinción más específica, que define tres categorías de proyectos dependiendo de su tamaño. Las empresas contratistas registradas quedan inscritas en algunas de las tres categorías específicas, dependiendo de su capacidad económica mínima.

El cruce de requerimiento de especialidades y capacidad económica inscrita en el Registro, determinará *ex ante* el mercado relevante y los potenciales oferentes para cada licitación del MOP.

Una definición de los mercados relevantes como la antes expuesta resultaba esencial para la recomendación normativa realizada por el TDLC. Desgraciadamente, el pronunciamiento del TDLC carece de este análisis, el que es imprescindible para determinar el potencial alcance que tendrían las modificaciones propuestas al Registro de Contratistas sobre el grado de competencia en las licitaciones de obra pública del MOP. Sin ir más lejos, la ausencia en la determinación del mercado relevante resultó evidente en el análisis asociado al artículo N° 41 del RCOP, donde la propia FNE reconoció que no fue posible “obtener información sobre el número efectivo de participantes por licitación”⁸. Lamentablemente este análisis tampoco se pudo realizar en el presente texto, dado que, pese a haber solicitado información para este trabajo a través de la Ley de Transparencia sobre el Registro de Contratistas y sobre las licitaciones del MOP, esta información fue entregada de forma muy parcial e incompleta⁹.

Dicho todo esto, es importante analizar qué requisitos dentro del Registro y del Reglamento, además de la forma de operar los procesos licitatorios de parte del MOP, pueden estar potencialmente aumentando las barreras económicas que de por sí existen en estos mercados y que se analizaron anteriormente.

b. Requerimientos del Registro de Contratistas

El Registro General de Contratistas del MOP se define como la nómina de contratistas inscritos en el Registro General establecido en el Título II del RCOP, *que están facultados para optar a la construcción de las obras que realiza el Ministerio*¹⁰. Así, el Registro de Contratistas se erige como la condición de entrada para las empresas constructoras que intentan participar en el mercado de la construcción de obras públicas, que a su vez, sean licitadas y ejecutadas al amparo de la normativa antes especificada.

Como se ha venido indicando, el Registro contempla un conjunto de exigencias y requisitos que son de previo cumplimiento para la inscripción de una empresa contratista, muchas de las cuales se transforman en verdaderas barreras de entrada para el mercado, desarrollo y construcción de obras públicas.

1. Experiencia

La experiencia se configura como el primer requisito para la inscripción de un contratista en el Registro del MOP. Para efectos de su medición, se distingue en ella, la “Experiencia Propia”, del “Aporte de Experiencia”. La

8 Fiscalía Nacional Económica, Presentación ante el TDLC de 12 de marzo de 2019, Consideraciones Finales, numeral 63; Proposición de Modificación Normativa N° 20/2020 de 12 de marzo de 2020, sobre Reglamento para Contrato de Obras Públicas, Decreto Supremo N°75 del MOP, Rol ERN N° 26-2018. Numeral 24.

9 Solicitud de Acceso a la información por Ley 20.285, código AM001T0000708, realizada con fecha 22 de abril de 2020, y contestada con fecha 25 de mayo de 2020.

10 Reglamento para Contratos de Obras Públicas (RCOP), DS N° 75 MOP, artículo 4 número 16.

“Experiencia Propia” es aquella acreditada por el contratista a su propio nombre, más la que corresponda y que contribuya su equipo gestor. Este último consiste en el equipo gerencial del contratista, pudiendo incluir a sus socios y directores que cumplan un rol activo en la gestión de la empresa. Por otro lado, el “Aporte de Experiencia” es aquel contribuido y acreditado por las personas que integran su personal profesional.

Además, el RCOP establece la facultad de los contratistas conformados por personas jurídicas de incorporar como experiencia propia aquella que le proporcionan las sociedades que la integran como socios directos. Ello, permite que las empresas que ya están dentro del mercado puedan ir acumulando experiencia y que, posteriormente, pueden formar nuevas unidades de negocios asociadas con otros contratistas que hayan acumulado experiencia por su parte, sumando las respectivas experiencias.

El requerimiento de experiencia de los contratistas tiene un efecto de barrera a la entrada que tiene consecuencias en el tiempo más allá de una licitación en particular. Cuando estos requisitos impiden la potencial oferta de empresa menores o de menor experiencia, y por lo tanto impiden desafiar la posición ventajosa de los contratistas establecidos, ello permite una mayor acumulación de experiencia y tamaño a la empresa establecida, impidiendo que empresas menores puedan acumular experiencia y con ello acceder a una categoría superior, y por ende, presentarse competitivamente en licitaciones futuras. Esto es aún más notorio en los Registros de Especialidades requeridas para las obras de ingeniería, donde la demanda por estas obras proviene fundamentalmente del MOP, y por lo mismo, las empresas contratistas tienen menos oportunidades de adquirir experiencia de este tipo en obras demandadas por el sector privado.

Mención aparte merece el sistema contemplado por el RCOP para la acumulación de experiencia por parte de los funcionarios que desempeñan labores en el propio Ministerio. Este sistema de cómputo de experiencia que impone el RCOP permite a las empresas sumar experiencia por la vía de la incorporación de profesionales con experiencia validada por el MOP en el equipo gestor (ex funcionarios de ese Ministerio). La forma en que se registra la experiencia de los profesionales del MOP fomenta el ingreso de ex funcionarios a las empresas contratistas con la única finalidad de incorporar su experiencia acumulada. Sin ser el objeto de este texto analizar este incentivo, creemos debe revisarse la fórmula contemplada en el RCOP para computar la experiencia de los funcionarios públicos, la que hace una relación directa entre el cargo desempeñado, los años de servicio y la experiencia acumulada¹¹.

En este mismo orden de ideas, los requisitos para acreditar experiencia que establece el Registro de Contratistas o para que una empresa pueda inscribirse en las distintas especialidades, y lograr aumentar de categoría en las mismas, parecieran estar sobredimensionados y muchos de ellos obsoletos. Por un lado, la exigencia permanente para la inclusión en el Registro de Contratistas de contar con una planta profesional constante dentro de la empresa no permite ni incentiva unidades de negocio más flexibles, con costos más bajos (menor número en el *staff* permanente), que permitiera el ingreso de nuevas empresas o contratistas con costos fijos más bajos, pero que tengan la experiencia “suficiente” para poder desafiar en mejor forma la posición de dominio de las empresas de mayor tamaño. Por otra parte, la exigencia de mantener contratos laborales indefinidos con estos profesionales representa una barrera de entrada para las empresas nacionales o extranjeras que quieran iniciarse en los contratos de obras públicas, ya que obliga al contratista a solventar los salarios de profesionales (todos de alto costo, debido a los años de experiencia que se exigen) sin tener certeza de la adjudicación en el futuro de algún contrato. Dicho sea de paso, los profesionales deben estar disponibles en forma permanente ante una eventual adjudicación de contrato, lo que dificulta aún más mantener sus remuneraciones al estar impedidos de realizar trabajos en otros contratos de infraestructura.

11 RCOP, DS N° 75 MOP, artículo 25.

Por otro lado, los estándares y parámetros fijados para la experiencia que debe acreditarse por los contratistas, según las especialidades y categorías en que intenten inscribirse, pueden constituir barreras a la entrada para empresas de menor tamaño debido a la falta de actualización de ciertos criterios técnicos. Estos criterios, fijados históricamente por la autoridad, pueden quedar rezagados de los avances tecnológicos y los cambios en las estructuras de gestión de las empresas contratistas. En este sentido, estos requisitos técnicos que establece el Reglamento debiesen estar sujetos a una revisión periódica –cuestión que no sucede actualmente– de modo que no vayan quedando rezagados respecto de los desarrollos más recientes en técnicas productivas en el sector.

2. Capacidad económica

Por otra parte, la exigencia de una determinada capacidad económica como barrera de entrada al mercado definido de acuerdo con los criterios desarrollados más arriba, se establece y regula en dos instancias y de diferentes maneras. En primer lugar, se establece una exigencia económica mínima al contratista para su inscripción en el Registro del MOP, donde el contratista debe acreditar tener una capacidad económica mínima equivalente al 15% de los límites superiores señalados para cada una de las tres categorías de obra¹². En segundo término, al momento de las licitaciones, se establece una capacidad económica mínima disponible, además de una serie de garantías económicas para la empresa contratista adjudicataria, las que se analizarán más adelante.

El requerimiento de capacidad económica mínima al momento de la inscripción en el Registro tiende a reforzar la barrera a la entrada de empresas de menor tamaño, que al igual que en el caso de la experiencia, tiende a ser una restricción estática y dinámica. Particularmente en el caso de proyectos de ingeniería, donde el principal demandante en Chile es el MOP, la capacidad que tienen las empresas contratistas menores de obtener contratos del MOP que le permitan aumentar su capacidad económica y postular a categorías superiores en el Registro es bastante reducida. En otras palabras, la probabilidad de que una empresa inscrita en las categorías inferiores del Registro pueda acumular experiencia y capacidad económica (en el entendido que es su único giro) para postular a las categorías superiores es menor.

3. El factor Experiencia y Capacidad Económica en el pronunciamiento del TDLC

El tamaño de las empresas que participan en las licitaciones del MOP y su capacidad económica resultaba un asunto intrínseco en el requerimiento realizado por los contratistas solicitantes del expediente de recomendación normativa ante el TDLC. Tanto la solicitud de pronunciamiento del artículo 41 como del artículo 11 del RCOP implicaban necesariamente considerar el tamaño de las empresas que estaban inscritas en el Registro de Contratistas, para lo cual habría sido de utilidad tener a la vista a la capacidad económica declarada por las empresas. La modificación al artículo 11¹³ buscaba, directamente, que las empresas pudieran consorciarse no solo complementando especialidades, *sino que también capacidad económica*. Este aspecto –respecto del cual el TDLC no consideró necesario realizar recomendación normativa alguna– habría permitido a empresas más pequeñas sumar las capacidades económicas con

12 RCOP, DS N° 75 MOP, artículos 29 y 58.

13 El artículo 11 del RCOP señala: *"Las obras se podrán ejecutar por Consorcio formado por dos o más contratistas inscritos en el Registro, que complementen especialidades, siempre que una vez que se adjudique el contrato formen una sociedad, dentro del plazo de 60 días a contar de la fecha de ingreso del respectivo acto administrativo totalmente tramitado, a la oficina de partes del Servicio correspondiente. El objeto de esta sociedad será la ejecución de la obra pública, y en su constitución deberá establecerse que los contratistas serán fiadores y codeudores solidarios de todas y cada una de las obligaciones que contraiga la nueva sociedad.*

Los integrantes de un Consorcio así constituido podrán siempre complementar los registros y categorías exigidos, debiendo cada integrante del consorcio desarrollar la parte de la obra correspondiente a su especialidad de acuerdo a lo que se establezca en el Proyecto (...):"

la finalidad de acceder a ofertas que, sin ello, habría sido imposible postular. Independiente de la utilidad que representa un instrumento que determine la capacidad económica disponible –el que creemos no es imprescindible, pero ya nos referiremos a ese aspecto– parece que el argumento utilizado por el TDLC para descartar esta modalidad de consorcios es más bien pobre. Recordemos que respecto a este artículo el TDLC se limitó a señalar que no resultaba posible pronunciarse al respecto ya que *“no existen antecedentes en autos que permitan descartar que los riesgos unilaterales y coordinados, que puedan producirse con motivo de la formación de consorcios horizontales, sean mayores que las eficiencias esperadas por ese tipo de asociación, sin perjuicio de estimar que la regulación puede ser revisada a la luz de las cuestiones antes señaladas”*¹⁴. Resulta evidente que no es posible, *a priori*, determinar si se aumentaría el uso de consorcios si se levanta la barrera de la complementación mediante capacidad económica, pero claramente esta medida no significaría una restricción a la competencia. Por otra parte, complementar capacidad económica para constituir consorcios permite disminuir el riesgo de las empresas en los contratos mediante participaciones societarias acotadas, aspecto no considerado por el TDLC.

Ahora bien, el pronunciamiento del TDLC respecto al artículo 41 del RCOP¹⁵ puede significar un cambio relevante que permita disminuir barreras a la entrada tanto por especialización como por capacidad económica. En efecto, la imposibilidad vigente de que puedan inscribirse dos empresas relacionadas en el Registro, imposibilidad que abarcaba prácticamente todas las alternativas de relación societaria entre dos contratistas, obligaba a las empresas a conformar una sola gran matriz para acceder a la mayor cantidad de licitaciones posibles, independiente de la especialidad o la envergadura de la obra a construir. De este modo una empresa de gran capacidad económica arrastraba la experiencia de todas las obras que iba realizando en las distintas direcciones del MOP. Como contrapartida al cúmulo de experiencia y capacidad económica, el riesgo de una sanción de suspensión en el Registro debido a una mala calificación o al término anticipado de un contrato implicaba una posibilidad cierta de insolvencia o término de giro.

La propuesta del TDLC en este aspecto parece ser acertada: reemplazar la barrera registral de inscribir empresas relacionadas por una prohibición de participación en una misma licitación de empresas con este carácter, lo que se resguarda mediante la presentación de una declaración jurada en la oferta que dé cuenta de las relaciones de propiedad con otras empresas inscritas. Lo anterior eventualmente puede traer externalidades positivas al permitir que las empresas contratistas cambien su estructura jurídica societaria, generando nuevas empresas y diversificando la forma de afrontar las licitaciones y la construcción de obras. Se podrá apostar por empresas especializadas por tipo de obras, por dirección del MOP o sencillamente por especialidad, lo que a su vez disminuye el riesgo de que un mal negocio o un contrato mal gestionado amenace la continuidad comercial de toda la empresa, ya que la sanción o liquidación sólo afectaría a la relacionada que se adjudicó el contrato. De esta forma, la experiencia acumulada de un contratista podría distribuirse en diversas empresas relacionadas, o bien crear nuevas empresas relacionadas a un mismo núcleo empresarial.

14 *Proposición de Modificación Normativa N° 20/2020 de 12 de marzo de 2020, sobre Reglamento para Contrato de Obras Públicas*, Decreto Supremo N°75, TDLC Rol ERN N° 26-2018, Numeral 77 en relación con la modificación al artículo 11 del RCOP.

15 El artículo 41 del RCOP señala: *“Un contratista no podrá inscribirse en más de una categoría de un mismo registro, sea como persona natural o como integrante del equipo gestor de una sociedad constructora. Igualmente, no podrán inscribirse en un mismo registro, contratistas con uno o más socios, directores, o profesionales comunes. Igual prohibición regirá para las sociedades que sean socios o accionistas de otras sociedades, para aquellas sociedades cuyo uso de la razón social corresponda a una misma persona y para aquellas personas que tengan el uso de la razón social.*

No obstante lo anterior, un Contratista que postula a inscripción o está inscrito en el Registro podrá poseer acciones de una sociedad anónima abierta e inscrita en el Registro, siempre y cuando su posesión accionaria sea inferior al 10% y cuando ésta en definitiva no se constituya en “Inversiones Permanentes en Otras Empresas”. Las Inversiones Permanentes en Otras Empresas son aquellas referentes a acciones o derechos en sociedades, que se mantienen con el objeto de ejercer control o influencia significativa en la empresa en que se invierte, según lo definido en los Boletines Técnicos pertinentes del Colegio de Contadores.

(...)

Las normas de los incisos precedentes serán aplicables a las personas jurídicas cuando alguno de sus socios, directores o profesionales integrantes de su equipo gestor estuviere afectado por las causales de inhabilidad indicadas”.

No obstante lo antes expuesto, el TDLC no profundizó en los efectos que esto podría significar. Así, por ejemplo, si se debiese permitir que el contratista adjudicatario subcontrate empresas relacionadas en el entendido que el modelo de negocios de un determinado contratista se sustente en múltiples empresas inscritas en diversas especialidades. Tampoco desarrolló la hipótesis de empresas relacionadas que puedan ofertar como consorcio, lo que hoy es imposible debido a la barrera a la libre organización de las empresas establecida en el artículo 41 del RCOP.

Estimamos entonces que la recomendación normativa en torno a levantar la barrera registral del artículo 41 del RCOP genera nuevas preguntas y escenarios que afectan la libre competencia en las licitaciones de obras públicas, sobre las cuales, lamentablemente, el TDLC omite pronunciarse.

c. Exigencias establecidas en los procesos de la licitación del RCOP

Las condiciones o requerimientos que se establecen a las empresas contratistas a la hora de inscribirse en el Registro representan una condición de entrada o filtro, las que por sí solas establecen barreras a la entrada como las analizadas anteriormente. Sin embargo, a éstas se suman otros requerimientos que se establecen en los mismos procesos licitatorios que también se erigen como barreras a la entrada, que tienden a reforzar las posiciones de dominio de las empresas de mayor tamaño y de mayor experiencia. A continuación nos referiremos a los requerimientos de capacidad económica disponible que deben presentar las empresas contratistas que postulan a las licitaciones, y a otros requerimientos financieros exigibles.

El contratista con inscripción vigente en el Registro que desea participar en una determinada licitación debe acreditar, además de la especialidad solicitada, una capacidad económica disponible, la que equivale al 15% del valor del presupuesto oficial o estimativo¹⁶. La capacidad económica disponible se calcula como el capital acreditado ante el Registro de Contratistas, disminuido en un 15% del saldo financiero de todas las obras que tenga contratadas, para ser ejecutada durante los 12 meses siguientes a la fecha de apertura de la propuesta. La exigencia de capacidad económica tiene por objeto garantizar al MOP la existencia de un patrimonio real sobre el cual hacer efectivas las obligaciones eventualmente incumplidas por el contratista en el marco de la ejecución de un contrato de obra pública.

La existencia de este requerimiento disminuye el número de potenciales oferentes en las licitaciones del MOP, explicando, entre otros factores, la diferencia que existe entre el número potencial de oferentes de acuerdo al número de empresas inscritas en los registros de especialidades y categorías, y el número de empresas que efectivamente postulan a cada licitación. En otras palabras, los actores de un determinado mercado relevante se ven fuertemente reducidos ya que la barrera de entrada no se encuentra, en este caso, en la inscripción en el Registro de Contratistas, sino que en la postulación a la licitación. Ejemplo de lo anterior es lo señalado en el expediente de recomendación normativa, donde según antecedentes entregados por los solicitantes, existiendo en promedio 22 potenciales competidores en base al Registro MOP para licitaciones de la Dirección de Vialidad, Arquitectura y Obras Portuarias solo se presentó un promedio de 3,4 ofertas a cada licitación realizada¹⁷. De lo anterior se concluye que la barrera de entrada no sólo se presenta al momento de inscribirse en el Registro, sino que también al momento de postular a las licitaciones.

¹⁶ RCOP, DS N° 75 MOP, artículo 4, número 38: “38) Capacidad Económica Disponible: El capital que debe comprobar el contratista para participar en una licitación y que se comprobará sobre la base de la capacidad económica acreditada ante el Registro, según lo establezcan las bases administrativas, disminuido en los saldos de obras por ejecutar, de acuerdo con los porcentajes y normas estipuladas en los artículos 29, 59 o 73, según se trate del Registro de Obras Mayores, de Obras Menores o Especial”.

¹⁷ MOP, *Proposición de Modificación Normativa N° 20/2020 de 12 de marzo de 2020, sobre Reglamento para Contrato de Obras Públicas*, Decreto Supremo N°75, Rol ERN N° 26-2018, Numeral 24.

A esto se suma además el hecho de que los contratistas que se han adjudicado un proyecto deben presentar ante ese Ministerio una "Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato", con el objeto de caucionar las obligaciones presentes y futuras de las empresas constructoras que contratan con el MOP. Esta garantía consiste en una boleta bancaria o una póliza de seguro, a la orden del Director del Servicio mandante o del Secretario Regional, según se adjudique la propuesta a nivel nacional o regional. En el caso de Obras Mayores la garantía debe presentarse por una cantidad equivalente al 3% del valor del contrato, y en el caso de Obras Menores, por una cantidad equivalente al 5% del valor del contrato. No obstante lo anterior, las bases administrativas pueden aumentar el monto de la garantía y/o ampliar su plazo a juicio exclusivo de la Dirección licitante.

Esta boleta de garantía se debe mantener durante todo el periodo que dure la construcción de la obra y hasta la liquidación del contrato, lo que representa un costo financiero que puede ser muy significativo para nuevas empresas. A esto debemos agregar la dificultad de financiamiento, particularmente para las empresas de menor tamaño, que agrega la excesiva demora del MOP en la liquidación de los contratos, trámite administrativo que da por finalizado el contrato y determina los saldos finales del mismo, incumpliendo en forma reiterada la exigencia del propio RCOP que obliga a que esta sea realizada a más tardar 90 días tras la recepción definitiva de las obras¹⁸. De hecho, al mes de abril de 2019, en el MOP existían más de 1.982 contratos sin liquidar, y detrás de muchos de ellos garantías y retenciones sin devolución, lo que impacta directamente la capacidad financiera de las empresas¹⁹.

En este mismo sentido el RCOP establece la facultad para que el MOP retenga el 10% de los estados de pagos quincenales o mensuales a los contratistas, hasta completar un total correspondiente al 5% del valor total del contrato. El Reglamento establece que estas retenciones se establecen "*como garantía de la correcta ejecución de los trabajos y del cumplimiento de todas las obligaciones del contrato*"²⁰.

Estas exigencias de garantías financieras constituyen un costo económico que se viene a sumar a los requerimientos de capacidad económica, exigidos al momento de inscripción en el Registro, y capacidad económica disponible, exigido para cada proceso licitatorio. Todo ello constituye una barrera de entrada a empresas contratistas de menor tamaño, reforzando la posición de dominio que ostentan los contratistas de mayor tamaño, cuyo resultado es una menor presión competitiva en las licitaciones del MOP. Además, genera la inmovilización de patrimonio, lo que impide que las empresas contratistas puedan acceder a nuevas licitaciones por encontrarse a la espera de la devolución de retenciones o la liquidación de un determinado contrato que libere capital disponible y con ello se aumente la capacidad económica disponible.

Un avance en la reducción de los requerimientos de capacidad económica mínima para inscribirse en el Registro por parte de nuevos contratistas, fueron las modificaciones transitorias que se introdujeron al Reglamento mediante el Decreto N° 119/2009 del MOP, en las que se estableció la facultad a las Direcciones del MOP de autorizar la participación de contratistas inscritos en la categoría inmediatamente inferior a aquella requerida según el valor de la obra. Ello permite, aunque discrecionalmente, una mayor oferta potencial en las licitaciones de categoría superior, disminuyendo con ello las barreras a la entrada en las licitaciones.

18 RCOP, DS N° 75 MOP, artículo 184.

19 La Tercera, "Las constructoras agudizan sus críticas contra el Estado por retrasos en los pagos", *Pulso*, última modificación: 17 de abril de 2019, <https://www.latercera.com/pulso/noticia/se-agudizan-criticas-constructoras-demoras-pagos-obras-estado/618305/>.

20 RCOP, DS N° 75 MOP, artículo 158.

En este mismo sentido, el año 2015 se modificó el RCOP generando una norma de carácter permanente, por la cual se autoriza la participación de empresas de categorías inferiores del Registro de Obras Mayores (salvo la primera) y Menores para postular a licitaciones cuyo presupuesto estimativo sea hasta un máximo de un 30% del rango que conforma la categoría inmediatamente superior. Consideramos que esta modificación va orientada en el sentido apropiado de fomento a la generación de oferentes²¹.

Ahora bien, una medida más audaz y de carácter más estructural que debiera considerarse dice relación con una revisión de los requerimientos de capacidad económica mínima tanto para la inscripción en el Registro como para la postulación a las licitaciones. Considerando el conjunto de exigencias de garantías financieras solicitadas a las empresas que se adjudican las licitaciones mencionadas anteriormente, y en atención a la modernización y flexibilidad que los instrumentos de garantía -bancarios y financieros- presentan en la actualidad, es posible concluir que la exigencia inicial de un capital mínimo, para que un contratista pueda entrar a una categoría que eventualmente lo califica para postular, y la exigencia además de un capital disponible mínimo que el contratista debe acreditar en cada postulación a una licitación, se configura en definitiva una barrera de entrada excesiva para las empresas que pretenden entrar al mercado de las obras públicas.

En especial, esta apreciación se ve acentuada si se tiene en cuenta que los requerimientos de capital mínimo y disponible representan un mecanismo rígido, y no necesariamente efectivo, para garantizar al Estado el poder hacer efectivas las obligaciones de un contratista que se ha adjudicado un contrato. De hecho, estos requerimientos pueden simplemente constituir un seguro para el Estado más allá de lo razonablemente económico, y representar entonces sólo una barrera a la entrada a las licitaciones de obras del MOP. Aún más, debemos considerar que la capacidad económica disponible de los contratistas del MOP puede variar permanentemente, siendo de esta forma una garantía ilusoria para que el Fisco haga efectiva la responsabilidad de las empresas. A modo ejemplar, un contratista puede adjudicarse un suculento contrato con el MOP, demostrando una capacidad económica que cumpla con el mínimo exigido en el RCOP, pero al día siguiente adjudicarse un contrato aún mayor en el sector privado que impactará directamente en esa capacidad económica. De esta situación, así como tantas otras que pueden darse en contratos que las empresas tengan en paralelo en el sector privado (activación de cláusula penales, términos anticipados, incumplimientos en materia laboral o ambiental, obras mal ejecutadas, etc.) el MOP no tiene como enterarse de manera oportuna, por lo que la capacidad económica disponible exigida en las licitaciones no es más que una "radiografía financiera", pero que bajo ningún respecto garantiza la solvencia económica del contratista ante eventuales incumplimientos de contrato.

d. La subcontratación

La normativa sectorial regula también la subcontratación de actividades en un proyecto licitado, que como tope puede alcanzar al *30% del valor total de proyecto a menos que las bases de licitación establezcan otro límite en situaciones de excepción, debidamente justificadas por el Director correspondiente, debiendo estar las empresas subcontratadas inscritas en el Registro de Contratistas*²². De acuerdo con el Reglamento, los subcontratistas deberán tener inscripción vigente en el o los registros y categorías del Registro de Obras que procedan según los documentos de licitación y de acuerdo a las actividades que ellos desarrollarán.

21 Decreto N° 452 del MOP, de 29 de agosto de 2015.

22 RCOP, DS N° 75 MOP, artículo 101.

Podemos observar que la subcontratación tiene una doble regulación. Por una parte, reglamentaria, al establecer en el artículo 101 del RCOP que los subcontratistas deben estar inscritos en el Registro, y por otro lado, al fijar un límite máximo del 30% de subcontratación, el que si bien también está contenido en el artículo 101 puede cambiar en cada llamado a licitación específico mediante una modificación en las bases de licitación, previa calificación del Director respectivo.

Esta norma permite aumentar el grado de competencia parcialmente en las licitaciones, disminuyendo la barrera a la entrada que representa el Registro en sí, toda vez que existen empresas que, teniendo experiencia inscrita en alguno de los registros de especialidades, pero no en todas las exigidas para una licitación en particular, pueden participar como subcontratistas de otras complementando así las especialidades.

La subcontratación puede entonces favorecer la participación de empresas registradas en categorías inferiores, empresas de menor tamaño, siempre y cuando las categorizaciones que el MOP haga de las distintas especialidades requeridas en una licitación en particular, que se supone un porcentaje menor de la obra, corresponda a categorías inferiores. Si por el contrario ocurre que, como ya se comentó, las especialidades que tienen una menor participación en la obra tienden asimilarse por parte del MOP a las mayores exigencias de categoría dada por la obra principal, entonces no existe capacidad de que empresas de menor tamaño puedan participar de la construcción de las obras a licitar mediante la subcontratación.

Pues bien, en el pronunciamiento del TDLC respecto al artículo 101 del RCOP se propone hacer una intervención sustancial al tratamiento de la subcontratación en los contratos de obras públicas, lo que se inicia redefiniendo el concepto mismo de subcontratación en el entendido que no aplica la definición que habitualmente se utiliza en derecho laboral. Para ello se sugiere realizar una definición específica, ad hoc al mercado de las obras públicas. Luego, el TDLC aborda las dos barreras de entrada enunciadas anteriormente²³: la exigencia de inscripción en el registro de los subcontratistas y la limitación al 30% en la subcontratación.

En relación al primer aspecto, el TDLC sugirió levantar la barrera de la inscripción en el Registro para los subcontratistas. Esta medida transparenta una situación que se daba en gran parte de las obras, donde un alto porcentaje de los subcontratistas por su tamaño o especialidad no tenían inscripción en el Registro (ya hemos hecho mención a la gran carga que implica mantener la inscripción vigente en el Registro de Contratista). Esto obligaba a las empresas principales a acudir a un conjunto de artilugios con la finalidad de mantener los subcontratos de empresas sin inscripción, tales como contratar directamente al personal o pasar esos subcontratos como “prestación de servicios”. Esta situación se volvía crítica en contratos con múltiples especialidades. La propuesta del TDLC transparenta esta situación, permitiendo que las empresas pequeñas puedan seguir trabajando para grandes contratistas de obra pública, sin la exigencia administrativa ni financiera de estar inscritos en el Registro de Contratistas.

Ahora bien, y como contrapartida, al eliminar el requerimiento de inscripción en el Registro para las empresas subcontratadas, esto podría conllevar en el tiempo un aumento de la concentración en estos mercados. Si las empresas subcontratadas no están inscritas en el Registro, su experiencia no quedará registrada, y la posibilidad de que éstas en el futuro se inscriban en el Registro y participen directamente en futuras licitaciones se ve disminuida, produciéndose una concentración aún mayor en estos mercados de las empresas dominantes. Para evitar esto, la reglamentación debiese permitir que la experiencia que las empresas subcontratadas –o su *staff* profesional– acumulen en el desarrollo de un contrato de

²³ El TDLC sugiere también establecer una prohibición de subcontratación de empresas inscritas en la misma categoría y especialidad que la empresa adjudicataria. categoría y especialidad que la empresa adjudicataria.

subcontratación, pueda ser reconocido en el futuro para su categorización dentro del Registro de Contratistas. Esto les permitiría acumular experiencia y que en el futuro puedan acceder a categorías superiores en los registros de especialidades respectivos, y por ende, participar directamente en futuras licitaciones como contratistas registrados.

Luego, en lo referente a la limitación del 30% de subcontratación establecida en el mismo artículo 101, el TDLC sugiere evaluar la pertinencia de elevar el porcentaje máximo de subcontratación. Creemos que existen argumentos suficientes para directamente eliminar el porcentaje máximo de subcontratación, o al menos, fijarlo con un criterio técnico independiente para cada licitación. En primer lugar, no existe respaldo técnico alguno para fijar un máximo universal de subcontratación para todo tipo de contrato de construcción. Lo anterior equivale a decir que el promedio máximo de subcontratación para un contrato de construcción de vialidad, arquitectura, obras hidráulicas y obras portuarias, independiente del monto de las obras, es de un 30%. La realidad dice otra cosa, y es que los porcentajes de subcontratación para una determinada obra de infraestructura dependen de múltiples circunstancias, siendo entonces multifactorial.

Como segundo aspecto, y como indicó el propio TDLC, este límite obliga a las empresas a realizar el 70% de las obras y especialidades, lo que trae consigo una concentración de las especialidades en una gran matriz, impidiendo que las empresas tengan libertad para organizarse con diversas estructuras societarias.

Finalmente, y como el propio artículo 101 lo señala expresamente: *“El contratista sólo podrá subcontratar parte de las obras siempre que obtenga la autorización de la Dirección, pero entendiéndose, en todo caso, que éste se mantiene como responsable de todas las obligaciones contraídas con el Ministerio en virtud del contrato, como asimismo de las obligaciones para con los trabajadores, que omite pagar el subcontratista...”*. De lo anterior se concluye que independiente de los porcentajes de subcontratación que se autoricen para cada licitación, siempre la empresa adjudicataria será la responsable del contrato ante MOP. Si a esto sumamos que los mandantes de construcción (y el MOP especialmente) siempre se reservan el derecho a autorizar a los subcontratistas –y con ello velar por su calidad y experiencia- no vemos argumento alguno para mantener una limitación general a la subcontratación como regla en el RCOP.

Una medida paliativa -mientras no se implemente completamente la recomendación del TDLC- que conjuga tanto los objetivos de eficiencia con los objetivos de resguardo de los recursos públicos, sería establecer de forma permanente lo señalado en el Decreto N° 119 del MOP del año 2009, que modificó el RCOP en forma transitoria, y que facultó expresamente a las Direcciones de ese Ministerio para autorizar en las bases administrativas de licitación que la subcontratación pueda realizarse hasta un 50% de las obras.

IV. REESTRUCTURACIÓN DEL SISTEMA REGISTRAL DE CONTRATISTAS PARA LICITACIONES DE OBRAS PÚBLICAS: RECOMENDACIONES GENERALES DE LA EXPERIENCIA COMPARADA.

La existencia de un Registro de Contratistas, que mantenga información actualizada permanentemente de todos los potenciales oferentes en licitaciones de obras públicas, es una realidad asumida y que no ha sido objeto de debate. Si bien un Registro de Contratistas es un instrumento que permite minimizar los costos de transacción (información) a la hora de llevar a cabo las licitaciones, es a la vez un factor determinante del grado de competencia en dichas licitaciones al imponer barreras a la entrada. La existencia de un Registro de Contratistas apto para realizar obras públicas es una herramienta útil, siempre que su fin sea entregar información al mercado (en este caso, mandantes públicos) para una correcta selección de empresas, rompiendo con las asimetrías de información, pero no cuando estos registros limitan el acceso a dichos mercado a quienes son potenciales oferentes.

Es por lo anterior que, observando la experiencia internacional, no resulta osado proponer reestructurar el sistema registral de contratistas de obras públicas, proponiendo la eliminación del Registro de Contratista en la forma contemplada por el RCOP. En ciertos países de la OECD, el uso de listas oficiales de postulantes es bastante limitada, ya sea porque no están funcionando o existe un bajo nivel de interés de los operadores de ingresar en estos registros o listas oficiales. Si bien no se puede distinguir cuál es la causa principal de que ello este sucediendo, existen análisis que dan cuenta que esto se debería a cambios introducidos por la Reglamentación de la Unión Europea. En efecto, en 2014 se emitió una Directiva de la Unión Europea²⁴ que se cree pudo incidir en esta disminución en el uso de estas listas o nóminas. Esta Directiva propuso la inclusión de un conjunto de principios y medidas que trajeron un marcado efecto competitivo en las licitaciones públicas²⁵. Estas medidas también han permitido levantar la carga administrativa de los contratistas que implicaba la elaboración de la documentación exigida para el respaldo de sus ofertas, así como también la carga administrativa de los funcionarios públicos de tener que revisarla. Enunciaremos algunos de estos principios y medidas.

Primeramente, la experiencia comparada sugiere establecer requisitos para cada licitación, lo que exige fijar criterios de selección que cumplan determinados parámetros previos, cuya determinación provendrá de las características y naturaleza de cada contrato. Dichos criterios de selección no deben ser tan exigentes que impliquen dejar fuera de competencia a pequeñas y medianas empresas, deben ser proporcionados al proyecto que se debe realizar, no pueden tener un carácter discriminatorio, y más importante aún, debe tratarse de criterios relacionados con el contrato que se va a ejecutar. No debiesen imponerse métricas generales, a todos los contratos por igual, como en la actualidad se realiza en las licitaciones de obra pública en Chile. Deben ser entonces criterios apropiados para asegurar la capacidad del contratista y garantizar el desarrollo de *esa* obra.

No se trata de eliminar la exigencia de criterios financieros, técnicos o de experiencia para los oferentes, sino que de realizar exigencias *ad hoc* a los contratos, lo que permitiría que más empresas puedan ofertar. Así en materia de criterios económicos o financieros, y dependiendo del contrato, se podría solicitar un volumen de negocio mínimo anual o ciertos *ratios* financieros específicos, en vez de una capacidad económica que como vimos está en permanente cambio. Junto con estas exigencias no se debe perder de vista que además los contratos se encuentran garantizados mediante seguros o pólizas, las que deben ser diseñadas para garantizar cada contrato. Aspectos como la capacidad económica en la forma establecida en el RCOP se hace innecesaria para ciertos tipos de contrato de baja cuantía y simple ejecución, donde los seguros pueden garantizar suficientemente los eventuales incumplimientos del contratista. De igual forma, ciertas especialidades ya no serían imprescindibles en la medida que se puedan subcontratar. Eliminar las rigideces del actual Registro, generando criterios técnicos y económicos *ad hoc* por licitación, permitirá mayor dinamismo en los mercados relevantes y la posibilidad de que más empresas puedan participar en las licitaciones.

Finalmente, otra implementación con resultados favorables en distintos países de la Unión Europea ha sido la incorporación de una auto certificación ("*self certification*"), procedimiento que realizan los postulantes y que consta de un documento en el cual manifiestan no tener impedimentos para ofertar en la licitación respectiva, así como también reunir todos los requisitos para ser objeto de adjudicación. Luego, la solicitud de los certificados y documentos de respaldo sólo se exigen al contratista adjudicatario. El sistema de auto

24 Unión Europea, Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, <https://www.boe.es/doue/2014/094/L00065-00242.pdf>.

25 OECD, *Implementing the EU Directives on the selection of economic operators in public procurement procedures*. (Sigma Paper, No.56., 2018), <http://sigmaweb.org/publications/Selection-of-economic-operators-in-public-procurement-procedures-SIGMA-Paper-56-September-2018.pdf>.

certificación es tal vez el mejor ejemplo de disminución de la carga administrativa en las licitaciones, ya que la documentación total sólo se pide al contratista que ha resultado ganador de la licitación, evitando que todos los postulantes deben presentar la totalidad de antecedentes, y de igual modo, la entidad mandante evita el largo y tedioso trámite de revisarlos. Se estima que ha sido este procedimiento el que ha ido dejando en obsolescencia el uso de listas o registros oficiales de contratistas en los países de la Unión Europea.

El sistema "Mercado Público", plataforma por la cual se licitan la totalidad de las compras del Estado y organismos públicos en Chile, ya fue integrado con el Registro de Contratistas, obligándose al MOP a realizar todas las licitaciones por medio de ese portal. Notable primer paso. Estimamos que el segundo paso es eliminar el Registro de Contratistas en la forma en que está concebido y reemplazarlo por una nómina de empresas con su respectivo historial, al cual puedan acceder todas las instituciones públicas. A dicha nómina se podrían incorporar empresas inscritas en otros registros, y contendría la información necesaria para que los mandantes puedan identificar su experiencia, obras realizadas, calificaciones obtenidas y las sanciones que se les han aplicado (sin ser ello una "*blacklist*"). Esta nómina no tiene otra finalidad sino eliminar las asimetrías de información, y debiese ser alimentada por los diversos servicios que contratan a las empresas, retroalimentación que el día de hoy permite y exige la plataforma Mercado Público a los usuarios del sistema. Evidentemente, las licitaciones de construcción más complejas ameritarán procesos más completos y la incorporación de etapas o requisitos adicionales. La centralización total del Registro de Contratista en una plataforma única como en la actualidad sucede con todos los otros prestadores de servicios de licitaciones del Estado creemos es posible y necesaria.

La solución también pasa por entender que los procesos licitatorios deben dejar de ser concebidos como etapas mecánicas, uniformes e idénticas entre todos los contratos. Se debe invertir tiempo y recursos en ello, en el entendido que la licitación y sistema de selección de los adjudicatarios son fases que pueden tener mayor importancia que la ejecución misma del contrato. Esto requiere un diseño licitatorio y criterios de selección distintos para cada licitación, dependiendo de cada contrato y proyecto, lo que se puede realizar a partir de sistemas predefinidos (no es necesario un sistema individual por contrato, además de ser impracticable), el que se puede encomendar en la etapa de estudio y factibilidad del proyecto a los mismos consultores que desarrollan esa fase del proyecto.



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:
<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

Cómo citar este artículo:

Andrea Alvarado D. y Alfredo Vial R., "Análisis de las recomendaciones del TDLC sobre la competencia en licitaciones de obras públicas", *Investigaciones CeCo* (agosto, 2020),
<http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a info@centrocompetencia.com
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile