

Santiago, doce de marzo de dos mil veinte.

**PROPOSICIÓN DE MODIFICACIÓN NORMATIVA N° 20/2020 SOBRE
REGLAMENTO PARA CONTRATOS DE OBRAS PÚBLICAS, DECRETO
SUPREMO N° 75 DEL MOP**

ROL ERN N° 26-2018

CONTENIDO:

I. PARTE EXPOSITIVA	2
A. SOLICITANTES Y OTROS INTERVINIENTES	2
1. SOLICITANTES.....	2
2. ENTIDADES QUE APORTARON ANTECEDENTES.....	2
3. SE HIZO PARTE SIN APORTAR ANTECEDENTES	2
B. SOLICITUD DE RECOMENDACIÓN NORMATIVA FORMULADA POR ICAFAL INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN S.A. Y OTROS.....	3
C. RESUMEN DE LOS ANTECEDENTES APORTADOS AL PROCESO	6
D. AUDIENCIA PÚBLICA.....	12
II. SOLICITUD DE RECOMENDACIÓN NORMATIVA.....	12
A. EN RELACIÓN CON LA MODIFICACIÓN AL ARTÍCULO 41 DEL RCOP ..	13
B. EN RELACIÓN CON LA MODIFICACIÓN AL ARTÍCULO 101 DEL RCOP 20	
C. EN RELACIÓN CON LA MODIFICACIÓN AL ARTÍCULO 11 DEL RCOP ..	26
D. EN RELACIÓN CON EL MECANISMO DE RESOLUCIÓN TEMPRANA DE CONFLICTOS	29
III. PROPUESTAS NORMATIVAS	31

I. PARTE EXPOSITIVA

A. Solicitantes y otros intervinientes

1. Solicitantes:

- a) Icafal Ingeniería y Construcción S.A.
- b) Sociedad Ingeniería Construcción y Maquinaria SpA
- c) Constructora IS Ltda.
- d) Inversiones Morval Ltda.
- e) Constructora de Pavimentos Asfálticos Bitumix S.A.
- f) Bitumix Austral S.A.
- g) Constructora Luis Navarro SpA

2. Entidades que aportaron antecedentes:

- a) Constructora Consul S.A.
- b) Constructora Alvial S.A.
- c) Pavimark SpA.
- d) Constructora Compax SpA
- e) Ingeniería Integral Fray Jorge S.A.
- f) Constructora Itinex Ltda.
- g) ICIL-ICAFAL S.A.
- h) Pilotes Terratest S.A.
- i) Cámara Chilena de la Construcción A.G.
- j) Fiscalía Nacional Económica
- k) Dirección General de Obras Públicas

3. Se hizo parte sin aportar antecedentes:

- a) Besalco S.A.

B. Solicitud de recomendación normativa formulada por Icafal Ingeniería y Construcción S.A. y otros.

1. A fojas 86, Icafal Ingeniería y Construcción S.A.; Sociedad Ingeniería Construcción y Maquinaria SpA; Constructora IS Ltda.; Inversiones Morval Ltda.; Constructora de Pavimentos Asfálticos Bitumix S.A.; Bitumix Austral S.A.; y Constructora Luis Navarro SpA (en adelante, conjuntamente, las "Solicitantes"), formularon una solicitud de recomendación de modificación normativa respecto de los artículos 41, 101 y 11 del Reglamento de Contratos de Obra Pública contenido en el Decreto N° 75 del año 2004 del Ministerio de Obras Públicas ("RCOP" o el "Reglamento"), en el sentido que se indica a continuación:

2. Respecto del artículo 41 del RCOP:

2.1. Exponen que el artículo 41 del RCOP establece una restricción para que empresas relacionadas puedan inscribirse simultáneamente en un mismo registro de contratistas regulado en el RCOP ("Registro de Contratistas" o "Registro"), en los siguientes términos: *"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"* (artículo 41 del RCOP, inciso primero).

2.2. Las Solicitantes afirman que dicha restricción les afecta ya que algunas de ellas están relacionadas entre sí y no pueden inscribirse en el mismo Registro. Tal sería el caso de Constructora de Pavimentos Asfálticos Bitumix S.A. y Bitumix Austral S.A. entre otras.

2.3. Explican que el Registro de Contratistas es un registro de empresas que construyen obras públicas licitadas por el MOP cuya inscripción los habilita para poder participar de las licitaciones de obra pública convocadas por el MOP. Para que una empresa pueda inscribirse en él, requiere acreditar experiencia en la especialidad que inscribe y capacidad económica. Agrega que las empresas pueden tener interés de constituir empresas o sociedades relacionadas por diversas razones, todas legítimas, entre las cuales menciona: la determinación de dividirse en razón de especialidades o por razones territoriales; la distribución de riesgos; la descentralización de la administración de la sociedad; entre otras.

2.4. Luego, las Solicitantes cuestionan la finalidad de la restricción contenida en el artículo 41 del RCOP y concluyen que no existe una afectación a la libre

competencia en la inscripción simultánea de dos empresas relacionadas en el Registro de Contratistas. Indican que, si se quiere evitar que empresas relacionadas participen en un mismo proceso de licitación, ello podría restringirse en el mismo RCOP o bien en las bases de la licitación y no en la inscripción en el Registro.

2.5. Exponen que la restricción existente constituye una barrera de entrada que no dice relación con la finalidad del Registro, esto es, listar aquellas empresas que cumplen con los estándares técnicos, económicos y profesionales necesarios para ser oferente en las licitaciones públicas reguladas en el RCOP. Así, las Solicitantes concluyen que la prohibición del artículo 41 del RCOP significa una barrera a la entrada, cuyo objetivo puede salvarse por otros mecanismos más idóneos.

2.6. Por las razones anteriores solicitan que se elimine la restricción contenida en el mencionado artículo 41 del RCOP o bien se modifique bajo parámetros que permitan la libre competencia.

3. En relación con el artículo 101 del RCOP:

3.1. Esta norma establece que el contratista sólo podrá subcontratar parte de las obras, cuando cuente con la autorización de la Dirección de Obras Públicas, manteniéndose, en todo caso, como el responsable de todas las obligaciones que omita pagar el subcontratista y que hayan sido contraídas para con el MOP y los trabajadores. El porcentaje máximo de la obra licitada sujeto a régimen de subcontratación es de 30%, salvo casos excepcionales calificados por el Director de Obras respectivo, en los que se permitiría aumentar dicho porcentaje. Respecto del subcontratista, el artículo 101 del RCOP exige que éste cuente con *inscripción vigente en el o los registros y categorías del Registro de Obras Públicas que procedan según los documentos de licitación y de acuerdo a las actividades que ellos desarrollarán*. Las solicitantes objetan esta norma por dos razones.

3.2. En primer lugar, alegan que el RCOP no define qué debe entenderse por subcontrato o subcontratista. Al respecto, indican que la definición que entrega la ley laboral no sería aplicable a la regulación de contratación para ejecución de obras públicas. Afirman que esta falta de definición ha llevado a una interpretación arbitraria del Reglamento por parte de los fiscalizadores de obras públicas, quienes interpretan de distinta forma qué debe entenderse por subcontrato y, por ende, cuándo se está en presencia de un incumplimiento al artículo 101 del RCOP. A su vez, señalan que no todos los proveedores de un contratista cuentan con un registro específico para su especialidad, por lo que se verían impedidos de cumplir con la norma.

3.3. En segundo lugar, señalan que la exigencia de inscripción en el Registro de los subcontratistas es absurda, ya que tendría como consecuencia equiparar el régimen del contratista adjudicatario, obligado principal del contrato, con el de las empresas que proveen al contratista de algún servicio específico. La conclusión anterior se vería reforzada si se tiene en consideración que, de acuerdo al mismo artículo 101 del RCOP, el contratista es el único responsable ante el MOP de la ejecución de la obra licitada y que, según lo dispuesto por el Código del Trabajo, el contratista es solidariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales.

3.4. Las Solicitantes indican que la ausencia de regulación en la materia puede significar que la empresa contratista deba poner término a contratos con proveedores de servicios, lo que redundaría en una disminución del ritmo de actividades y en un aumento de los precios a ofertar para las obras.

3.5. Indican que las dos circunstancias descritas anteriormente restringirían el ingreso al mercado de la ejecución de obras públicas a empresas que, a pesar de cumplir con los estándares de calidad exigidos por el MOP, no pueden participar como subcontratistas.

3.6. Es por ello que solicitan una modificación del artículo 101 del RCOP en el sentido de que la norma clarifique o defina qué debe entenderse por subcontratista; y que se elimine la obligación del subcontratista de tener inscripción vigente en el o los registros y categorías del Registro de Contratistas que procedan según los documentos de la licitación, de acuerdo con las actividades que desarrollarán.

4. En lo que respecta al artículo 11 del RCOP:

4.1. Esta norma regula la posibilidad de que las obras públicas sean ejecutadas por un consorcio formado por dos o más empresas contratistas inscritas en el Registro correspondiente, cuyas especialidades se complementen ("consorcio"). Una vez que el consorcio se adjudica la ejecución de una obra debe formar, en el plazo de 60 días, una sociedad con objeto exclusivo en la cual cada contratista se constituya como fiador y codeudor solidario de las obligaciones que contraiga la nueva sociedad.

4.2. Las Solicitantes indican que, si bien la posibilidad de adjudicarse y ejecutar obras públicas a través de consorcios ofrece diversas ventajas, tanto para las empresas que participan en la ejecución de estos contratos como para el MOP, la redacción actual del artículo 11 del RCOP establece requisitos o restricciones que califican de absurdas, las que atentarían contra la libre competencia.

4.3. La primera de las restricciones que critican es la obligación de constituir una persona jurídica distinta de los contratistas que conforman el consorcio, con un objeto único, la que se disolverá al momento en que se concluya la obra. Alegan que esta obligación aumenta los costos a los contratistas que forman consorcios, además de generar problemas legales tales como la modificación de los contratos de trabajadores, la obtención de los permisos respectivos, la creación de sistemas contables y tributarios independientes, entre otros.

4.4. La segunda restricción que buscan modificar es aquella que sólo permite la constitución de consorcios para la complementación de especialidades, excluyendo la complementación de experiencia o de capacidad económica. Indican que ampliar la posibilidad de crear consorcios –por razones diferentes a la complementación de especialidades– permitiría la participación en las licitaciones respectivas de empresas que, por sí solas, no podrían ejecutar la obra licitada. Esto, además, les permitiría adquirir mayor experiencia, incentivando su participación. Indican, en todo caso, que la solidaridad entre los socios del consorcio y las garantías que deben otorgar en conformidad al contrato permiten dejar indemne al mandante ante algún incumplimiento.

4.5. Las Solicitantes comparan esta regulación con la existente en el Decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios (“Reglamento de Compras Públicas”), el que permite la creación de una Unión Temporal de Proveedores (“UTP”) sin requerir el cumplimiento de ninguna de las dos exigencias descritas en los numerales anteriores.

4.6. En razón de lo anterior, piden a este Tribunal que se modifique el artículo 11 del RCOP en el sentido de eliminar el requisito de conformar una persona jurídica distinta de los contratistas que conforman el consorcio y de permitir la formación de dichos consorcios para complementar experiencia, patrimonio o cualquier otro aspecto que interese a las empresas involucradas.

C. Resumen de los antecedentes aportados al proceso

5. Las siguientes entidades aportaron antecedentes al proceso: Constructora Consul S.A., a fojas 264; Constructora Alvial S.A., a fojas 293; Pavimark SpA, a fojas 306; Constructora Conpax SpA, a fojas 330; Ingeniería Integral Fray Jorge S.A., a fojas 365; Constructora Itinex Ltda., a fojas 375; ICIL-ICAFAL S.A., a fojas 384; Pilotes Terratest S.A., a fojas 401; la Dirección General de Obras Públicas del Ministerio de Obras Públicas, a fojas 210, 226, 849 y 959; la Cámara Chilena de la

Construcción A.G ("CChC"), a fojas 750; y la Fiscalía Nacional Económica ("FNE" o "Fiscalía"), a fojas 773.

6. Los aportes de antecedentes de Constructora Consul S.A., Constructora Alvial S.A., Pavimark S.p.A., Ingeniería Integral Fray Jorge S.A., Constructora Itinex Ltda., ICIL-ICAFAL S.A., Pilotes Terratest S.A., en términos generales, reforzaron los argumentos esbozados por los solicitantes.

7. Conpax y la CChC, quienes también apoyaron las peticiones de las Solicitantes, aportaron, además, los siguientes antecedentes y argumentos:

7.1. El RCOP forma parte integrante de todos los contratos de obras públicas celebrados por el MOP, por lo que cualquier modificación que se le haga significaría un cambio en el núcleo del sistema de contratación de obras públicas no concesionadas en Chile.

7.2. Ambas consideran que el RCOP obstaculiza innecesariamente la participación de ciertos contratistas y establece condiciones de contratación que resultan ser bastante inciertas para los contratistas interesados en participar. Estas circunstancias impedirían, restringirían o entorpecerían la competencia o tenderían a producir dichos efectos.

7.3. En relación con la regulación que hace el artículo 101 del RCOP al régimen de subcontratación aplicable, señalan que la falta de definición del concepto de subcontratación ha motivado numerosos problemas a los contratistas, pues los Inspectores Fiscales en obra y de las Direcciones en las oficinas centrales del MOP son discrecionales.

7.4. Añaden que el actual artículo 101 del RCOP obstaculiza de forma innecesaria la entrada de ciertos contratistas, además de generar condiciones de contratación inciertas, afectando con ello la libre competencia. Agregan que los subcontratistas de menor tamaño, en los hechos, usualmente ejecutan subcontratos, por la vía de que los contratistas contraten directamente a los trabajadores de la empresa de menor tamaño, por el período que dure la obra.

7.5. Critican la obligación de que el subcontratista deba estar inscrito en el Registro de Contratistas y en el mismo registro y categoría que el contratista adjudicado, pues existen subcontratistas altamente calificados que pueden estar inscritos en un Registro distinto del contratista que busca subcontratar una especialidad de la cual carece. Por último, critican el límite máximo de 30% de subcontratación señalando que no existiría una justificación razonable al mismo,

atendido que la responsabilidad por la ejecución de la obra recae en el contratista principal.

7.6. Agregan a la solicitud efectuada en autos, la necesidad de que el RCOP establezca mecanismos de solución de controversias efectivos que permitan dar una solución oportuna a los inconvenientes propios de cada obra ejecutada de conformidad al RCOP. Indican que, sin este mecanismo, cualquier dificultad que pueda generarse en la ejecución del proyecto impacta en los plazos y costos del contratista, afectando con ello su decisión de participar en la licitación respectiva y el precio a ofertar. Agregan a lo anterior que los funcionarios del MOP tampoco cuentan con las herramientas necesarias para dar respuestas oportunas a los imprevistos que van sucediendo. Ante esto, exponen que los inspectores fiscales y representantes del MOP han optado por recurrir a la Contraloría General de la República o a la Justicia Ordinaria, según sea el caso, lo que sólo extiende los tiempos de resolución de conflictos, debiendo el contratista asumir los costos asociados al período de decisión y continuar con la ejecución de la obra.

8. La Dirección de Obras Públicas del MOP, por su parte, se opuso a las solicitudes efectuadas en autos y señaló, en términos generales, que acoger las peticiones formuladas en este proceso implicaría anular el propósito y espíritu de las normas contenidas en los artículos 11, 41 y 101 del RCOP, transgrediendo los principios de especialidad, experiencia, igualdad de proponentes y resguardo del interés fiscal. A su vez, indicó que los preceptos actuales evitan la arbitrariedad y la creación de barreras artificiales y, en consecuencia, promueven la competencia. En relación con cada una de las solicitudes expuso lo siguiente:

8.1. En relación con el artículo 41 del RCOP, expuso que éste tiene por finalidad asegurar la igualdad entre todos los licitantes y evitar eventuales acuerdos indebidos entre empresas inscritas en el Registro. Afirman que su incorporación a nivel de inscripción en el Registro es apropiada, por cuanto resultaría imposible controlar los aspectos antes mencionados a nivel de la licitación.

8.2. En lo que respecta al artículo 101 del RCOP, indica que la exigencia a los subcontratistas de estar inscritos en los registros del MOP y de que su contratación requiera de una autorización previa es necesaria y evidente, ya que carecería de sentido exigir dichos requisitos al contratista que se adjudica el contrato para luego permitir que éste ceda la ejecución de los trabajos a una o más empresas que no están inscritas.

8.3. En cuanto a lo regulado en el artículo 11 del RCOP, señala que la existencia de esta norma permite aumentar la cantidad de proponentes a través de la complementación de especialidades; establecer responsabilidades objetivas de la nueva empresa de giro exclusivo que se crea como consorcio; y establecer una responsabilidad solidaria en forma individual por las obligaciones contraídas, para proteger el interés fiscal.

8.4. Por último, en relación con la petición efectuada por Conpax y la CChC de normar un mecanismo de solución de controversias, la Dirección de Obras Públicas indicó, en presentación de fojas 959, que el MOP se encuentra trabajando en un plan piloto para la implementación de este tipo de mecanismos, el que – dependiendo de su resultado– podría determinar la aplicación eventual de tal mecanismo a una cantidad mayor de contratos similares suscritos por el MOP.

9. Finalmente, la Fiscalía Nacional Económica evacuó un informe sobre las solicitudes de recomendación normativa efectuadas en autos.

9.1. En dicho informe, la FNE analiza, en primer lugar, el contrato de obra pública regulado por el RCOP. Al respecto, indicó que el RCOP aplica a todos los contratos de obra pública gestionados por el MOP, sus Direcciones y Servicios y por las empresas e instituciones que se relacionen con el Estado por su intermedio. Agrega que, por regla general, la adjudicación de estos contratos se realiza a través de licitaciones públicas en las que sólo pueden participar los contratistas inscritos en los registros del MOP que hayan sido determinados en las bases de licitación respectivas. Por último, señala que estos contratos se encuentran excluidos de la aplicación de la Ley N° 19.886 que establece las Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, salvo en aquella parte relativa al Tribunal de Contratación Pública y la aplicación supletoria de sus disposiciones.

9.2. La FNE detalla que, para ingresar al Registro de Contratistas, éstos deben presentar los antecedentes establecidos en el RCOP y su anexo, lo que permite al MOP evaluar su idoneidad económica, técnica y legal para efectos de participar en licitaciones de obras públicas. De este modo, el Registro evita evaluar dicha información en cada licitación.

9.3. En relación con la restricción regulada en el artículo 41 del RCOP relativa a las empresas que pueden inscribirse en los registros de contratistas del MOP, la FNE indica que la existencia de un registro es beneficiosa, por cuanto permite licitar los contratos de forma eficiente, reduciendo el costo de preparación de cada

licitación tanto para el MOP como para los oferentes, además de funcionar como un “sello de calidad” para las empresas. En cuanto a la propuesta efectuada por los solicitantes, la FNE analiza los beneficios y riesgos a la libre competencia asociados a acoger la solicitud de modificación planteada. Para ello –atendida la amplitud de la norma analizada– la FNE consideró distintos niveles de vinculación entre empresas o personas. Al respecto:

- (i) No observa beneficios en permitir la inscripción en el registro a empresas que forman parte del mismo grupo empresarial, toda vez que se supone que actúan de forma coordinada, siendo una sola unidad económica y no competidores reales e independientes.
- (ii) En relación con empresas o personas que tienen una participación minoritaria sin control, afirma que la apertura del Registro de Contratistas a ellas abre la posibilidad que nuevos oferentes participen de forma independiente en el proceso de licitación, pero aumenta los riesgos de coordinación en la misma licitación y en la industria. En la misma licitación, aumentarían dichos riesgos en la medida que la nueva empresa tenga vínculos con su competidor actualmente registrado. En la industria, aumentarían en la medida que pueden promover la adquisición de participaciones minoritarias de competidores para facilitar la coordinación. También indica que esta apertura generaría riesgos unilaterales como la presentación de ofertas poco agresivas para favorecer a la otra empresa o el uso de información estratégica por parte de un accionista minoritario, para utilizarla en la empresa donde es socio mayoritario.
- (iii) Respecto de empresas que tienen directores o representantes comunes (que no infrinjan art. 3° letra d) del Decreto Ley N° 211 (“D.L. N° 211”)), la FNE expone que aumentarían los riesgos de coordinación indicados en (ii), atendido que la comunicación se daría entre personas que tienen mayor participación en la definición de estrategias comerciales relacionadas con licitaciones, en comparación con los socios minoritarios.
- (iv) Por último, la apertura del Registro de Contratistas a empresas que tienen profesionales en común mantendría, en menor medida, los riesgos indicados en los numerales anteriores, ya que esta situación permitiría el traspaso de información sensible entre competidores. Añade que un riesgo adicional es que estos profesionales sean contratados con el solo objetivo de usar su experiencia para acceder al Registro o a una mejor categoría, aumentando artificialmente el número de empresas registradas.

9.4. Luego, la FNE hace un análisis del estado actual del Registro de Contratistas y realiza una aproximación de los potenciales oferentes por licitación regulada por el RCOP. Para ello, consideró los contratos de obras públicas de obras mayores que iniciaron su ejecución el año 2017, cuyo número asciende a 424 contratos, y contabilizó las empresas que podían participar en dichos procesos licitatorios. Para ello, utilizó a las empresas que desde el año 2015 se adjudicaron uno o más contratos en la misma región del contrato que se analiza. Concluyó que, en el escenario más conservador, existirían 22 competidores potenciales en promedio por cada contrato de obra pública, siendo cinco el número mínimo de oferentes (sin perjuicio de que, en determinados casos o regiones, este número podría ser menor). Por lo anterior, el efecto procompetitivo de abrir el registro a empresas relacionadas sería acotado, toda vez que la máxima ganancia en presión competitiva en una licitación se alcanzaría con los primeros oferentes.

9.5. Atendido el análisis anterior, la FNE señala que se debe evaluar con cautela la solicitud de modificación del artículo 41, debiendo ponderarse los beneficios que podría generar la apertura del Registro con los riesgos identificados. Agrega que, en caso de acogerse la solicitud, se deberían tomar los siguientes resguardos:

- (i) Evitar la participación en una licitación de contratistas relacionados ya registrados, estableciendo mecanismos para el caso que se presenten ofertas de empresas relacionadas;
- (ii) Promover que los contratistas cumplan con los requisitos de experiencia y capacidad económica de acuerdo con sus méritos propios y no a los de sus relacionadas;
- (iii) Requerir a las empresas transparentar sus relaciones con otras empresas inscritas; y
- (iv) Tener en consideración las recomendaciones de la OCDE para combatir la colusión en la contratación pública.

9.6. En lo que respecta al régimen de subcontratación, la FNE comparte con los Solicitantes la necesidad de que el MOP provea de una definición de subcontrato acorde a su normativa y características de los contratos de obra pública, tratando de potenciar la subcontratación vertical, especialmente PYMEs y evitar la subcontratación horizontal entre potenciales competidores. En cuanto al riesgo asociado a la solicitud de eliminar la exigencia de que las empresas subcontratistas estén inscritas en los registros requeridos por las bases de licitación, la FNE concluye que éste tendría que ver con la mayor incertidumbre para el MOP respecto

del control y calidad de la ejecución del contrato, cuestión que debe ponderarse con los beneficios a la libre competencia.

9.7. Por último, en relación con el artículo 11 del RCOP que regula la formación de consorcios, la FNE expone que, en general, la existencia de consorcios genera dos efectos contrapuestos desde el punto de vista de libre competencia: por un lado, permiten eliminar barreras de entrada para participar en una licitación, pero, por otro, pueden disminuir la cantidad de potenciales oferentes en una licitación en caso que las empresas que lo conforman puedan participar de forma individual. Asimismo, pueden utilizarse como un mecanismo facilitador de la colusión. De esta forma concluye que la formación de consorcios podría incrementar la participación de nuevos competidores en la licitación en la medida que los miembros no sean competidores en ese contrato y que el consorcio les permita participar en licitaciones a las que no podrían ir individualmente.

9.8. En adición a lo anterior, la FNE sostuvo en la audiencia pública que, de todas las solicitudes planteadas en autos, sólo se debiese aceptar aquella relativa al artículo 101 del RCOP para promover la subcontratación entre no competidores. Las otras solicitudes no debiesen acogerse, atendido los riesgos a la competencia asociados a su aceptación.

D. Audiencia Pública

10. Según consta a fojas 1008, el 28 de agosto de 2019 se realizó la audiencia pública decretada a fojas 844. En la referida audiencia intervinieron los apoderados de Icafal Ingeniería y Construcción S.A., Sociedad Ingeniería Construcción y Maquinaria SpA, Constructora IS Ltda., Inversiones Morval Ltda., Constructora de Pavimentos Asfálticos Bitumix S.A., Bitumix Austral S.A., Constructora Luis Navarro SpA, Constructora Consul S.A., Constructora Alvial S.A., Pavimark SpA., Constructora Itinex Ltda., Pilotes Terratest S.A. e Ingeniería Integral Fray Jorge S.A.; la Cámara Chilena de la Construcción A.G. y de la Fiscalía Nacional Económica.

II. SOLICITUD DE RECOMENDACIÓN NORMATIVA

11. La facultad establecida en el número 4) del artículo 18 del D.L. N° 211 consiste en “[p]roponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas”.

12. Como se ha resuelto, el ejercicio de esta facultad es una decisión privativa y discrecional de este Tribunal, que debe tomar en consideración *“los restantes efectos que pueda tener la proposición normativa (...) tanto en lo que respecta a los costos y beneficios asociados a la introducción de una nueva regulación, como en lo que dice relación con el efecto que aquella pueda tener en otros bienes jurídicos protegidos expresamente por el legislador”* (Proposición 17/2015, § 119). Asimismo, este análisis debe considerar si los objetivos de política pública buscados por el regulador pueden obtenerse por medios menos lesivos para la competencia.

13. Como se señaló en la resolución de inicio (fs. 157), este expediente tiene por objeto evaluar si es necesario y oportuno ejercer la potestad antes indicada en relación con la eventual modificación del RCOP, contenido en el Decreto Supremo N° 75 del MOP, en particular, respecto de sus artículos 41, 101 y 11. Adicionalmente, algunos aportantes de antecedentes en autos (Constructora Conpax SpA (fs. 330) y Cámara Chilena de la Construcción A.G. (fs. 750)) han solicitado que se recomiende incorporar a la regulación un mecanismo de solución temprana de controversias para las discrepancias que pudieran surgir entre el organismo público que haga las veces de mandante y la empresa adjudicataria.

14. El trasfondo de las distintas propuestas de modificación al RCOP efectuadas por las Solicitantes dice relación, en esencia, con las restricciones que aquel impone respecto de la libertad de organización empresarial de agentes económicos –lo que obliga, en los hechos, a la utilización de ciertas estructuras societarias con una importante rigidez–, y con las limitaciones normativas y de hecho a la subcontratación, que también suponen rigidizar los medios empleados para la construcción de la obra pública de que se trate.

15. En lo que sigue, se analizarán las distintas propuestas de modificaciones normativas impulsadas por las Solicitantes y los demás aportantes de antecedentes en estos autos, para luego recomendar los cambios al RCOP que se han estimado pertinentes, lo cual supone ponderar los costos y beneficios de dichos cambios.

A. En relación con la modificación al artículo 41 del RCOP

16. El artículo 41 del RCOP, en lo pertinente, señala:

“(...) 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”.

17. Las Solicitantes afirman que la prohibición de inscripción de sociedades relacionadas en el Registro de Contratistas del MOP no se justifica desde una perspectiva de libre competencia, en cuanto la transparencia del referido Registro impediría que se produzcan atentados al bien jurídico protegido. Adicionalmente, señalan que la prohibición supone una restricción sobre la libertad de organización empresarial y de distribución de riesgos dada por el derecho a constituir personas jurídicas.

18. A fojas 211, el MOP señala que la restricción del artículo 41 tiene por objeto evitar “*acuerdos indebidos entre empresas inscritas en el Registro (...). Esta disposición es totalmente razonable para el objetivo señalado y se estima que su instalación a nivel de la inscripción en el Registro de Contratistas es la apropiada, por cuanto resultaría imposible controlar estos aspectos a nivel de la licitación al margen de la economía procedimental y ahorro de costos para todos los involucrados*”, pero no refiere ninguna argumentación adicional sobre la justificación o racionalidad de la restricción impuesta.

19. En adición a esos dichos, la FNE cita en su aporte de antecedentes (fs. 789) un informe emitido por el Jefe del Departamento de Registro de Contratistas y Consultores del MOP, acompañado en el recurso de protección caratulado “*Constructora IS Ltda./Ministerio de Obras Públicas*”, Rol N° 39.378-2017, conocido por la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago. En dicho informe se señala que “*los fines o propósitos que se tuvieron en cuenta al momento de dictar dicha norma (...)* [fueron] *la necesidad de evitar efectos anticompetitivos derivados del hecho de*

posibles acuerdos entre competidores que les confieran poder sobre el mercado con el fin de limitar la competencia, fijar precios u otras condiciones de comercialización que implique excluir competidores o afectar el proceso de nuestras licitaciones”.

20. Según indica la FNE, el Registro de Contratistas del MOP permite que los criterios de adjudicación de las licitaciones se basen en las exigencias técnicas y económicas de las obras y que no dependan de las características de los oferentes, dando cumplimiento a las recomendaciones de la OCDE y el Banco Interamericano de Desarrollo (fs.788).

21. La FNE consideró distintos niveles de vinculación entre personas a nivel societario para evaluar los efectos de la restricción en la competencia, concluyendo que (i) a nivel de empresas que formen parte de un mismo grupo empresarial, no habría beneficios derivados de eliminar la restricción, porque se supone que actuarían de forma coordinada, sin ser competidores reales e independientes en una licitación; (ii) a nivel de personas relacionadas vía una participación minoritaria sin control, permitir su inscripción abriría la posibilidad de que nuevas empresas participen de forma independiente, pero también aumentaría los riesgos de coordinación entre competidores, desde un punto de vista estático, en cada licitación, y desde uno dinámico, pues la interrelación entre empresas en el tiempo podría promover la adquisición de participaciones minoritarias en competidores, sin perjuicio de eventuales riesgos unilaterales; (iii) a nivel de empresas con uno o más directores comunes, o que tengan en común representantes legales o convencionales, la FNE distingue entre las entidades que superan el umbral establecido en el artículo 3º letra d) del D.L. N° 211 –atendido que se trataría de un hecho que impide, restringe o entorpece la libre competencia, o que tiende a producir dichos efectos– y aquellas que no superan dicho umbral, y enfoca su análisis en el segundo caso; al respecto, la Fiscalía señala que, en éste, el riesgo de coordinación podría ser mayor que en (ii), dado que es probable que los individuos que se comunican participen en la definición de estrategias comerciales relacionadas con licitaciones; (iv) finalmente, a nivel de empresas que cuenten con uno o más profesionales comunes, la FNE considera que también podría aumentar el universo de contratistas con ofertas independientes, pero mantendría el riesgo de competencia ante la posibilidad de traspaso de información sensible entre competidores. Agrega que, en este último escenario, es posible que estos profesionales sean contratados con el único objetivo de usar su experiencia para acceder a un registro o categoría, generando un aumento artificial de empresas registradas (fs. 790 a 792).

22. El análisis de la FNE no considera los efectos de la limitación en la libertad de los grupos empresariales para organizarse jurídicamente, lo que no resulta adecuado, pues dicha limitación podría elevar los costos de participar en la licitación. Tampoco pondera si el objetivo pretendido por la regulación podría obtenerse mediante medios menos gravosos para la libertad de los particulares. En particular, la FNE se centra casi únicamente en los riesgos derivados de la participación de empresas relacionadas en una misma licitación, soslayando los argumentos presentados por las Solicitantes en relación con un uso más eficiente de los recursos disponibles mediante las diversas posibilidades de organización empresarial, refiriéndose a la posibilidad de establecer medidas alternativas en las licitaciones sólo en forma subsidiaria.

23. Asimismo, la FNE considera que, bajo las condiciones actuales, el Registro de Contratistas habilita la participación de un número suficiente de competidores para cada contrato de obra pública, de modo que su flexibilización sólo conllevaría beneficios en casos específicos. Para llegar a esa conclusión, la FNE realizó un ejercicio buscando determinar el número de competidores potenciales que habría en la ejecución de proyectos de obras públicas mayores, empleando como base el número de empresas del Registro de Contratistas del MOP inscritas en dicha categoría. Bajo el escenario más conservador definido por la Fiscalía, es decir, aquel que considera a las empresas habilitadas para participar de las licitaciones y que, además, ya se habían adjudicado contratos en los dos últimos años en la misma región donde se emplazan los proyectos, la Fiscalía determinó que existirían en promedio 22 competidores potenciales en cada región para obras públicas mayores (fs. 796-797).

24. Sin perjuicio de lo anterior, la Fiscalía reconoce que no le fue posible obtener información sobre el número efectivo de participantes por licitación (fs. 797-798). A este respecto, las Solicitantes acompañaron a fojas 939 información de todas las licitaciones de obras públicas realizadas por las Direcciones de Arquitectura (128 licitaciones que recibieron ofertas), Obras Portuarias (79 licitaciones con ofertas) y Vialidad (439 licitaciones con ofertas) del MOP para 2017. Con dicha información, y considerando exclusivamente las licitaciones que recibieron ofertas, se puede determinar que en estas licitaciones el promedio ponderado de ofertas efectivamente recibidas fue menor a cuatro –en Arquitectura el promedio fue de dos, y tanto en Obras Portuarias como en Vialidad el promedio fue de cuatro ofertas recibidas aproximadamente–, antecedente que será tenido en cuenta al momento de evaluar la presente solicitud de recomendación normativa. Así se muestra en el cuadro que se inserta a continuación.

1029

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Competidores potenciales en base a Registro de Contratistas del MOP	Número promedio de ofertas efectivamente presentadas en licitaciones del MOP
22	3,4

Fuente: Elaboración propia en base a información acompañada por las Solicitantes a fojas 939.

25. Adicionalmente, según indica la CChC, a fojas 842, *“en promedio, el 60% del total del monto adjudicado por región, corresponde a 5 contratistas, observándose aún mayor concentración en regiones extremas (en donde se alcanza hasta el 100%). Siendo así, podría establecerse que existe concentración de adjudicatarios en el mercado de la obra licitada al amparo del DS N°75/2004, lo cual se comprueba mediante diferentes análisis”*.

26. Para efectos de resolver esta solicitud, se debe tener en consideración que el Registro de Contratistas del MOP tiene por función facilitar las licitaciones de contratos de obras públicas por la vía de individualizar *ex ante* a los agentes económicos que están capacitados para participar en una determinada licitación, de acuerdo a su especialización, capacidad económica y experiencia, evitando que su idoneidad deba ser analizada en cada oportunidad que se efectúe una licitación, sin perjuicio de la obligación de las empresas registradas de actualizar la información anualmente. Es un mecanismo estandarizado que resulta en una disminución significativa de los costos de transacción y administrativos, considerando el total de obras públicas que se licitan anualmente por parte del MOP, a lo que se agrega que, de acuerdo a los antecedentes aportados por la FNE, la inscripción en el Registro se utiliza como medio de señalización de calidad incluso en licitaciones y contratos entre privados (fs. 787-788).

27. Atendido que, de conformidad con el artículo 1° del RCOP, la inscripción en el Registro de Contratistas del MOP es imprescindible para participar en las licitaciones de contratos de obras públicas, las disposiciones que establecen los requisitos para la inscripción pueden redundar en barreras a la entrada para los agentes económicos que deseen participar en las referidas licitaciones de contratos de obras públicas y en otros contratos análogos. Por lo mismo, evidentemente existe un interés público en que las reglas que rigen la inscripción en el Registro de Contratistas no establezcan requisitos tales que limiten injustificadamente el universo de potenciales oferentes en una licitación. Es en este contexto en que debe analizarse la propuesta de modificación efectuada por las Solicitantes.

28. La imposibilidad de que empresas relacionadas se inscriban en el Registro de Contratistas, en principio, no supone una limitación para la participación de agentes económicos en las licitaciones, pero obliga a quienes deseen hacerlo, a organizarse societariamente de una determinada forma, o bien, a ofertar a través

de sólo una de las sociedades de su grupo empresarial. Así, por ejemplo, Bitumix Austral S.A. no puede participar en las licitaciones, pues su relacionada, Bitumix S.A. se encuentra inscrita en el Registro, lo que, conforme explican las Solicitantes, eleva sus costos al participar en licitaciones para obras públicas en la zona sur del país (fs. 108).

29. Por otra parte, la limitación evita que entidades actualmente independientes busquen adquirir participación en potenciales competidores, sea que dichas participaciones supongan o no el control de ese potencial competidor. En consecuencia, el artículo 41 del RCOP establece una restricción a la libertad de los particulares para organizarse como personas jurídicas.

30. El derecho a constituir personas jurídicas es, en el ámbito del derecho privado, un derecho potestativo que sólo se ve limitado en casos que pueden calificarse como abuso de derecho. Como se señaló, la libertad de organización de los activos económicos en diversas formas empresariales propende a una mejor utilización de los recursos por parte de sus dueños, por lo que limitarla podría elevar los costos de participar en una licitación. En general, limitar la libertad de los particulares requiere de una justificación que, en este caso, de acuerdo al MOP, estaría dada por la protección de la competencia en las licitaciones de obras públicas. Con todo, ni el MOP ni la FNE han aportado antecedentes suficientes que den cuenta de la necesidad de una restricción de esta naturaleza desde la perspectiva de la competencia, existiendo alternativas menos restrictivas a la libertad de los particulares para alcanzar los mismos objetivos que persigue el actual artículo 41 del RCOP.

31. Para analizar los efectos en la competencia de esta prohibición, habría que distinguir entre la inscripción de (i) sociedades que pertenecen a un mismo grupo empresarial y (ii) sociedades con participaciones minoritarias entre sí o a través de un socio común.

32. Respecto de las primeras, no existiría un riesgo de coordinación entre competidores, toda vez que, dichas sociedades no actúan en forma independiente entre sí en una licitación, pues conforman una única unidad económica. Ahora bien, en caso de permitirse la presentación de ofertas de entidades pertenecientes al mismo grupo, podría generarse una apariencia de competencia en la licitación. Por ejemplo, en caso de que se presenten dos o más ofertas por parte de entidades del mismo grupo, y que al menos dos de éstas sean las ofertas económicas más bajas, el oferente tendría incentivos para –previo a la adjudicación, en atención al artículo 86 del RCOP– retirar su oferta más baja, para adjudicarse la licitación con su oferta de valor mayor, correspondiente a la segunda oferta más baja de la licitación –si las

bases establecen que en dicho caso se debe adjudicar a la siguiente mejor oferta económica—.

33. Asimismo, existe el riesgo de que el MOP no pueda desechar todas las ofertas, en conformidad con los incisos primero y segundo del artículo 87 del RCOP, cuando el número de ofertas recibidas sea mayor a tres, pero —si se consideraran las ofertas presentadas por grupo empresarial y no individualmente por cada oferente— este número sea inferior.

34. Por otro lado, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 41 del RCOP, en relación con las sociedades con participaciones minoritarias entre sí o a través de un socio común, la eliminación de la prohibición para inscribirse en el Registro de Contratistas del MOP podría llevar a un aumento del riesgo de coordinación entre los participantes de una determinada licitación, por ejemplo, ante la posibilidad de que un oferente haga uso de información estratégica de otra empresa, que haya adquirido a través de su participación minoritaria en un competidor.

35. Se debe tener en cuenta que, incluso en caso de eliminar la prohibición, existen vías para analizar los potenciales efectos a la competencia que pudieran tener operaciones de concentración de dos empresas inscritas en el Registro de Contratistas, por medio del control obligatorio de operaciones de concentración establecido en el Título IV del D.L. N° 211, siempre que se superen los umbrales de notificación obligatoria.

36. Por otra parte, los eventuales efectos en la competencia que pudieran tener ciertas adquisiciones de participaciones minoritarias entre competidores pueden ser investigadas por la FNE, en conformidad con el artículo 4° bis del D.L. N° 211. En efecto, dicha norma obliga a informar a la Fiscalía la adquisición, por parte de una empresa o de alguna entidad de su grupo empresarial, de participación directa o indirecta, en más del 10% del capital de una empresa competidora, en caso de superar ciertos umbrales de ventas.

37. Sin perjuicio de lo anterior, los riesgos descritos también podrían ser mitigados si la actual restricción establecida en el artículo 41 del RCOP se establece, no ya para la inscripción en el Registro de Contratistas, sino para la participación de dichas empresas en una misma licitación. De esa forma, en cada licitación particular sólo debieran participar agentes económicos independientes, sin relaciones de propiedad entre ellos, eliminándose el riesgo advertido tanto por la FNE como por el MOP. En cualquier caso, de adoptarse una regulación como la indicada, sería razonable que se mantuviera la misma jerarquía normativa que en

la restricción actualmente existente, esto es, que fuese incorporada al RCOP, con miras a mantener un marco normativo que otorgue certidumbre.

38. Asimismo, dicha prohibición debiera establecerse junto con la obligación de las empresas inscritas en el Registro de Contratistas y sus socios o accionistas de informar periódicamente al MOP sus relaciones de propiedad con otras empresas inscritas. Adicionalmente, a fin de evitar que eventuales alteraciones en las relaciones de propiedad sean desconocidas para la entidad licitante debido al desfase entre el último informe y la recepción de las ofertas, debiera imponerse la obligación de agregar a la presentación de la oferta una declaración jurada relativa al cumplimiento, a ese momento, de la normativa pertinente.

B. En relación con la modificación al artículo 101 del RCOP

39. Las Solicitantes afirman que la disposición del artículo 101 del RCOP es contraria a la libre competencia, en cuanto exige la inscripción de los subcontratistas en el Registro de Contratistas del MOP y limita la subcontratación a obras que no representen más de un 30% del valor del contrato, salvo en situaciones de excepción debidamente justificadas por el MOP (fs. 119).

40. Las Solicitantes señalan que el RCOP no define "subcontrato" o "subcontratistas", lo que genera incertidumbre en relación con la calificación de los contratos con proveedores de servicios o materiales en esa categoría, cuestión que quedaría en manos de los inspectores fiscales. Según señalan las Solicitantes, no habría un criterio claro en la materia, en cuanto la normativa laboral no sería aplicable directamente, por estar centrada en las prestaciones a que tienen derecho los trabajadores, y no en el tipo de trabajo que involucran (fs. 121-132).

41. Adicionalmente, señalan que la propia regulación de la materia en el RCOP no sería adecuada, pues la necesidad de que los subcontratistas estén inscritos en el Registro de Contratistas limitaría el número de potenciales empresas disponibles para realizar estas labores, sin mayor justificación (fs. 131).

42. La CChC considera que el límite del 30% como máximo porcentaje de la obra a ser ejecutado por subcontratistas es injustificado, en cuanto limitaría el incentivo de las empresas capaces de ejecutar las obras a participar de las licitaciones. Además, hace presente que, en 2009, mediante el Decreto N° 119, el MOP modificó transitoriamente el RCOP para permitir la subcontratación de hasta un 50% de las obras con miras a fomentar la competencia en las licitaciones de contratos de obras públicas (fs. 755 vuelta).

43. Por su parte, el MOP no entregó mayor justificación respecto de estas restricciones, limitándose a señalar que ésta sería evidente, pues carecería de

sentido exigir los requisitos al contratista que participa y es adjudicado, para luego permitir ceder la ejecución de los trabajos del contrato a uno o más subcontratistas que no cumplen los requisitos exigidos al principal. El MOP no hace referencia alguna a la indefinición del concepto de subcontrato que señalan las Solicitantes y los demás aportantes de antecedentes en este expediente (fs. 210).

44. La FNE considera relevante que se establezca una definición de subcontrato adecuada a la normativa y características de los contratos de obras públicas, pero agrega que debe tratar de potenciarse la subcontratación vertical entre empresas no competidoras, evitando la subcontratación horizontal. En cuanto a la necesidad de inscripción en el Registro de Contratistas, hace presente que las bases tipo que tuvo a la vista hacen esa exigencia facultativa para el órgano licitador que corresponda. Asimismo, señala que existen inconsistencias entre el RCOP y algunas bases tipo que sí definen la subcontratación, lo que aumentaría la incertidumbre sobre qué norma seguir. Lo anterior, de acuerdo con la Fiscalía, otorgaría cierto nivel de discrecionalidad a los inspectores fiscales en cuanto a qué norma aplicar (fs. 801-805).

45. Para el caso que este Tribunal acoja las peticiones de las Solicitantes, la FNE estima que se debiera revisar la restricción permitiendo, por ejemplo, la subcontratación de una empresa que esté en la misma categoría que el contratista, pero que no cuente con todos los registros particulares exigidos por la licitación o, en ciertos casos y para determinadas labores, permitir la subcontratación de una empresa que esté en el mismo Registro, pero que se encuentre en una o dos categorías inferiores a la de la empresa adjudicataria (fs. 804-805).

46. Son varios aspectos los que deben revisarse en relación con la regulación de la subcontratación en el artículo 101 del RCOP. Ante todo, la ausencia de un concepto de subcontratación genera incertidumbre respecto de la calificación de ciertos servicios o contratos como subcontratos. Un segundo aspecto dice relación con la obligatoriedad de que los subcontratistas deban estar inscritos en el Registro de Contratistas. Ambas cuestiones podrían generar efectos en la competencia al desincentivar la participación de potenciales oferentes.

47. La subcontratación puede ser positiva para la competencia en cuanto reduce las barreras a la entrada, permitiendo la participación de un mayor número de oferentes, al poder, por ejemplo, subcontratar especialidades.

48. El artículo 183-A del Código del Trabajo contiene una definición de subcontrato. Con todo, las Solicitantes señalan que no es apropiada para el régimen de contratación de obras públicas, por cuanto dicha normativa tiene por objetivo regular una materia muy diversa de la demanda de obras públicas. Tal objetivo ha

sido reconocido por la Excma. Corte Suprema, la cual ha fallado que *“la ley que regula el trabajo en régimen de subcontratación (...) establece un sistema de protección a los trabajadores que se desempeñan en dichas condiciones”* (E. Corte Suprema, Rol N° 20.400-2015, 28 de junio de 2016, c. 17).

49. La definición de subcontratación contenida en el artículo 183-A del Código del Trabajo señala que:

“Es trabajo en régimen de subcontratación, aquél realizado en virtud de un contrato de trabajo por un trabajador para un empleador, denominado contratista o subcontratista, cuando éste, en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena, denominada la empresa principal, en la que se desarrollan los servicios o ejecutan las obras contratadas. Con todo, no quedarán sujetos a las normas de este Párrafo las obras o los servicios que se ejecutan o prestan de manera discontinua o esporádica.

Si los servicios prestados se realizan sin sujeción a los requisitos señalados en el inciso anterior o se limitan sólo a la intermediación de trabajadores a una faena, se entenderá que el empleador es el dueño de la obra, empresa o faena, sin perjuicio de las sanciones que correspondan por aplicación del artículo 478”.

50. La Excma. Corte Suprema ha resuelto que la subcontratación *“surge cuando dos empresas independientes entre sí se relacionan con el cometido que una le da a la otra y que consiste en la producción de bienes o la prestación de servicios, que la otra se compromete a realizar por sí misma y con sus recursos humanos, financieros y materiales”* (E. Corte Suprema, Rol N° 20.400-2015, 28 de junio de 2016, c. 6°).

51. La definición del subcontrato desde la perspectiva de la legislación laboral resulta excesivamente amplia e inconsistente con los objetivos buscados por la normativa contenida en el artículo 101 del RCOP, toda vez que el artículo 183-A del Código del Trabajo –por su propio rol– no distingue la naturaleza de los servicios

que pueden subcontratarse para la ejecución de la obra. De utilizarse esa definición en esta sede, toda producción de bienes o prestación de servicios que sea externalizada, cualquiera sea su naturaleza, sería calificada como subcontratación, por lo que en el contexto de una obra pública regida por el RCOP debiera ser desarrollada por subcontratistas debidamente inscritos y contabilizarse dentro del límite de 30% antes referido.

52. De este modo, a partir de la normativa laboral no es posible desprender la naturaleza ni extensión de las actividades que un subcontratista podría desempeñar o no, para un adjudicatario de una licitación del MOP.

53. Desde una perspectiva más general, el subcontrato como categoría contractual no tiene una regulación sistemática en el derecho chileno, salvo por referencias explícitas en las reglas del Código Civil sobre arrendamiento, mandato y fianza, una referencia implícita en las reglas sobre contrato de construcción a suma alzada (artículo 2003 N° 5 del Código Civil) y contrato de sociedad, y otras normas desperdigadas en el ordenamiento.

54. De acuerdo a la doctrina de derecho privado, un subcontrato es una forma de delegación de la prestación convenida para su ejecución por un tercero distinto al deudor, sin perjuicio de que éste asume la responsabilidad por el hecho del subcontratista (artículo 1679 del Código Civil; la norma tiene consecuencias análogas a las establecidas para el subcontrato bajo el artículo 101 del RCOP). De acuerdo con las reglas generales de los contratos, la subcontratación es posible salvo que esté prohibida o que se trate de un contrato *intuitu personae*.

55. Al igual que como ocurre con el concepto proveniente del derecho laboral, la noción de subcontrato de derecho privado tiene una amplitud tal que, diferenciar entre la figura del subcontrato del contrato de obra, la adquisición de ciertos insumos y el arrendamiento de servicios inmateriales a terceros distintos a la empresa adjudicataria de la obra, supone dificultades. La determinación de un criterio para distinguir entre esas figuras, sea la preponderancia del trabajo o de valor de los materiales a que se refiera un determinado contrato, supone un grado de discrecionalidad y en ningún caso va a ser precisa, al requerir de una labor de calificación jurídica en el caso concreto.

56. En este sentido, atendido el marco regulatorio existente, la propuesta de establecer una definición de subcontrato en el RCOP resulta apropiada para eliminar incertidumbres que puedan afectar las decisiones de los agentes económicos involucrados en una licitación de contratos de obras públicas.

57. Esa definición debiera considerar las características particulares de la subcontratación en los contratos de obras públicas, en especial, el tratamiento de servicios especializados que no están recogidos en las especialidades del Registro de Contratistas. En efecto, si bien una definición amplia de subcontrato se refiere a la ejecución por un tercero de cualquier aspecto de la prestación del contrato original, la regulación del RCOP pareciera entender que hay subcontrato sólo respecto de las especialidades consideradas en el Registro de Contratistas. Adicionalmente, el RCOP parece excluir de la noción de subcontrato a servicios necesarios durante la ejecución de la obra, pero que no forman propiamente parte de ésta, como los de limpieza y de seguridad. Por último, se ha señalado en autos que hay servicios muy especializados que no se encuentran recogidos en el Registro de Contratistas y que hay empresas que no tienen interés en inscribirse en ese registro, por no participar en licitaciones de contratos de obras públicas (fs. 340).

58. En este contexto, una definición de subcontrato consistente con la regulación vigente en el artículo 101 del RCOP debería limitarse a entender que hay subcontratación sólo en la provisión por terceros de aquellas labores susceptibles de ser desarrolladas por empresas inscritas en alguna de las categorías del Registro de Contratistas que procedan según los documentos de la licitación. Con todo, esa definición restringida supondría implícitamente permitir la subcontratación de empresas de servicios no considerados en el Registro de Contratistas.

59. Un segundo aspecto a resolver dice relación con la necesidad de que los subcontratistas estén inscritos en el Registro de Contratistas. A este respecto, se coincide con las Solicitantes que esa imposición supone una rigidez excesiva para el potencial adjudicatario del contrato, que limita sus posibilidades de aminorar los costos de ejecución de la obra. La existencia de este requisito asume que el Registro de Contratistas tiene una virtud universal, esto es, que cubriría todas las especialidades necesarias para la ejecución de una obra y, además, que todas las empresas adjudicatarias cuentan con cada una de esas especialidades en el caso de una obra en particular. Si bien esa situación podría darse en obras de complejidad menor, es difícilmente argumentable que tal premisa pueda extenderse a la generalidad de los contratos de obras públicas.

60. La eliminación de la obligación de registro para los subcontratistas no debiera suponer riesgos adicionales para el MOP. Como se ha señalado, el contratista asume una responsabilidad vicaria por el hecho del subcontratista, que no admite excusas. En este sentido, la certificación de calidad del trabajo que esa inscripción conlleva se vuelve superflua, en el entendido que la empresa adjudicataria es

plenamente responsable ante el mandante de los hechos de los subcontratistas como si fueran hechos propios.

61. Para dar peso al argumento esgrimido por el MOP sobre la necesidad de inscripción, necesariamente se debiera asumir que éste tiene una capacidad de fiscalización muy escasa durante la ejecución de la obra, al punto que mitigar el riesgo de incumplimiento requeriría de la certificación *ex ante* otorgada por la inscripción en el Registro y, además, que la autorización que el mandante de la obra debe otorgar para dar lugar al subcontrato, como dispone el artículo 101 RCOP, tampoco sería una mitigación suficiente del riesgo. Con todo, no existen antecedentes en autos que permitan sostener la existencia de un riesgo tal para el MOP que no pueda ser mitigado por vía de la responsabilidad civil subsecuente, o que den cuenta de limitaciones significativas a la capacidad de fiscalización del Estado.

62. Un último aspecto a revisar dice relación con la limitación de la subcontratación a un 30% del valor total del contrato. No existen antecedentes que respalden o justifiquen ese límite máximo y, por el contrario, se ha acreditado que, al menos, para un período acotado, el regulador estimó adecuado elevarlo al 50% de la obra. En consecuencia, se trata de una decisión discrecional, que no ha sido justificada, en estos autos, desde la perspectiva de la libre competencia.

63. En este sentido, al igual que en la restricción del artículo 41 RCOP, el trasfondo de la propuesta de las Solicitantes dice relación con la libertad de organización empresarial de quienes participan en contratos de obras públicas. Las limitaciones que el artículo 101 impone a la subcontratación obligan a las empresas que deseen participar en una licitación a organizarse en una determinada forma y a asumir la ejecución por sí de, al menos, un 70% de las obras, lo cual podría configurar un impedimento a las empresas de menor tamaño para participar en las licitaciones y con ello reducir la intensidad competitiva en la licitación. Las Solicitantes han señalado que esta afectación de la libertad de organización genera distorsiones tales como la contratación directa por parte de la adjudicataria de la licitación de trabajadores de empresas subcontratistas, junto a incertidumbre respecto de la calificación de contratos destinados a la construcción de la obra.

64. Sin perjuicio de lo anterior, para resguardar adecuadamente la libre competencia, no debiera permitirse la subcontratación de empresas que estén inscritas en la misma categoría y especialidad que la empresa adjudicataria de la licitación, en cuanto tal habilitación redundaría en un mayor riesgo de coordinación entre las empresas participantes en las licitaciones de contratos de obras públicas. Por el contrario, la subcontratación de empresas que no están inscritas en la misma

categoría y especialidad de una empresa que participa en una licitación puede ser beneficiosa para ésta al permitir, eventualmente, un mayor número de oferentes.

C. En relación con la modificación al artículo 11 del RCOP

65. En lo pertinente, el artículo 11 RCOP dispone:

“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 (...).”

66. Las Solicitantes han señalado que las reglas que regulan la conformación de consorcios en el RCOP establecen trabas significativas para el uso de esta figura en las licitaciones de contratos de obras públicas. Por ello solicitan se elimine la necesidad de constituir una nueva sociedad distinta de los miembros del consorcio y se amplíen los efectos de la formación de consorcios a otros aspectos distintos de las especialidades, como la experiencia y la capacidad económica (fs. 138).

67. La CChC agrega que las reformas incorporadas por el Decreto N° 452 de 2015 del MOP a los artículos 29 y 69 del RCOP, van en la línea propuesta por las Solicitantes, pero que han resultado insuficientes. Señala que esas reformas permitieron que se pueda complementar la capacidad económica (i) si el presupuesto de la obra no excede de 480.000 UTM o (ii) si la licitación a la cual se intenta postular considera un presupuesto estimativo de no más de un 30% del rango que conforma la categoría inmediatamente superior a aquella en que los contratistas se encontrasen registrados (fs. 760 vta.).

68. Parte de las argumentaciones esgrimidas en autos dice escasa relación con eventuales problemas de competencia, sino más bien con la imposición de

gravámenes administrativos que consideran injustificados, como la necesidad de constituir una nueva persona jurídica al efecto, con los costos que ello conlleva.

69. Desde la perspectiva de competencia, la conformación de consorcios entre empresas para participar en una licitación de obra pública puede tener aspectos pro y anticompetitivos.

70. La formación de consorcios podría tener efectos procompetitivos, o al menos, no restrictivos a la competencia, cuando las firmas que los componen no están en posición de ofertar y ejecutar en forma individual el contrato a ser licitado, por ser de una envergadura que excede sus capacidades económicas, o por tener una complejidad que requiere la combinación de experiencias de múltiples empresas. De este modo, la posibilidad de participar en consorcio con otros agentes económicos permite reducir eventuales barreras a la entrada, tal como actualmente se permite para complementar especialidades.

71. Los consorcios pueden ser horizontales, cuando los partícipes en ellos producen los mismos bienes y servicios, o pueden darse entre agentes que producen servicios diversos. Con todo, aun en el caso de los consorcios horizontales, cuando los agentes que participan de ellos no pueden ejecutar el contrato de forma individual, no serían competidores por la licitación de ese contrato en particular y, por lo mismo, en dichos casos no habrían efectos adversos a la competencia por la formación del consorcio (“Competition and Procurement”, Key Findings, OECD, 2011, p. 43). Incluso, en ocasiones en que los miembros del consorcio sí podrían haberse adjudicado el contrato en forma individual, es decir, compitiendo entre ellos por la obtención del contrato, pueden existir eficiencias asociadas a la formación del consorcio –i.e. economías de escala– que permiten al consorcio presentar ofertas más competitivas que las que habrían presentado los socios del consorcio ofertando por separado, lo que permitiría aumentar la intensidad competitiva en la licitación (“Joint bidding under competition law”, Guidelines 2019, Danish Competition and Consumer Authority, p. 9).

72. Por el contrario, la formación de consorcios puede restringir la competencia si las empresas que lo componen pueden cumplir el contrato de forma individual sin existir eficiencias asociadas a ello, pues disminuye el número de competidores ofertando por el contrato (“Competition in Public Procurement Markets”, OCDE, DAF-Comp-WP2, 2017, p. 15), o si las eficiencias alcanzadas con motivo del consorcio y trasladadas a precio resultan menores que el efecto negativo en la competencia ocasionado por la disminución de oferentes en la licitación. Adicionalmente, la formación de consorcios entre competidores también puede generar riesgos coordinados, al promover una instancia en la cual podrían tener

lugar intercambios de información sensible entre competidores (“Assessing Coordinated Effects in Merger Cases”, N. Fabra y M. Motta, 2016, p. 16).

73. De acuerdo a los antecedentes aportados por la FNE, se celebraron en promedio 641 contratos de obra pública por año entre 2015 y 2017 (fojas 794), pero sólo 20 contratos de obras mayores entre los años 2011 a 2017 usaron esta modalidad, y sólo dos contratos de obras públicas fueron adjudicados a consorcios de un total de 424 contratos celebrados en 2017 (fs. 811), lo que da cuenta que se trata de una modalidad de asociación que tiene escasa utilización por parte de los agentes económicos, sin que existan antecedentes suficientes en autos como para establecer la razón de ello.

74. Las Solicitantes indican que la regulación del RCOP es inconsistente con lo dispuesto en el Reglamento de Compras Públicas, que establece la figura de la “Unión Temporal de Proveedores”, definida en su artículo 1º N° 37 como la *“asociación de personas naturales y/o jurídicas, para la presentación de una oferta en caso de licitaciones, o para la suscripción de un contrato, en caso de un trato directo”*. Esta figura no requiere la constitución de una persona jurídica nueva con objeto único, como en el caso del RCOP, tampoco tiene limitaciones respecto de quienes pueden asociarse, y, además, supone un resguardo equivalente para el Fisco que un consorcio, en cuanto exige la solidaridad entre las partes que la conforman respecto de todas las obligaciones para con el ente licitante.

75. La regulación de la conformación de consorcios para la participación en licitaciones de contratos de obras públicas regidos por el RCOP no es indiferente desde el punto de vista de la competencia. Con todo, no existen antecedentes en autos que permitan a este Tribunal determinar si la regulación del RCOP es contraria a la libre competencia, más allá de las discusiones que puedan darse respecto a su rigidez en relación con la regulación menos gravosa que establece el referido Reglamento de Compras Públicas para la asociación entre empresas. Además, los actuales artículos 29 y 69 del RCOP, como se señaló, permiten complementar capacidad económica en dos hipótesis.

76. Adicionalmente, si bien empresas competidoras podrían lograr eficiencias gracias a un consorcio, debe tenerse en consideración que los riesgos de permitir la formación de consorcios horizontales parecen ser mayores que las eficiencias que hipotéticamente podrían ser logradas por la carga que implicaría analizar cada participación de un consorcio horizontal en una determinada licitación.

77. En consecuencia, en atención a lo expuesto precedentemente, este Tribunal de forma prudencial no recomendará la modificación del artículo 11, en el sentido de permitir que se complementen otros elementos además de las especialidades.

Ello, por cuanto 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.

78. Asimismo, en relación con la solicitud de eliminar la obligación de conformar una persona jurídica distinta de las personas que forman el consorcio, este Tribunal coincide con la FNE en que la justificación de esta exigencia excede el ámbito de la libre competencia, por lo que se abstendrá de recomendar alguna modificación al respecto.

D. En relación con el mecanismo de resolución temprana de conflictos

79. Finalmente, algunos aportantes de antecedentes en autos han solicitado la incorporación en el RCOP de un mecanismo de resolución temprana de conflictos (fs. 751), para disminuir la incertidumbre asociada a la resolución de las disputas relativas a aspectos propios de la ejecución de la obra licitada. Se ha señalado que la inexistencia de este mecanismo impondría costos significativos que desincentivarían la participación de empresas de menor tamaño en las licitaciones de contratos de obras públicas, lo que redundaría en una disminución de la intensidad competitiva en las licitaciones (fs. 763).

80. A este respecto, el MOP informó, a fojas 959, que se encuentra desarrollando un plan piloto en un número pequeño de contratos de obras públicas para la implementación de un mecanismo de resolución temprana de conflictos, cuyo resultado determinará su aplicación eventual a una cantidad mayor de contratos.

81. En general, la práctica contractual en materia de construcción de obras mayores establece la existencia de mecanismos de resolución de controversias durante la ejecución de la obra, en el entendido que en ese período pueden darse disputas que son imposibles de prever en toda su magnitud al momento de la celebración del contrato. Modelos internacionales ampliamente utilizados de contratos de construcción, como por ejemplo los contratos FIDIC (*Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils* o *International Federation of Consulting Engineers*) establecen distintos mecanismos de resolución temprana según las características que tenga el contrato particular de que se trate.

82. Desde la perspectiva de competencia, si bien no existen antecedentes en autos que permitan establecer que la inexistencia de estos mecanismos en el RCOP hayan redundado en una disminución de la intensidad competitiva en las licitaciones, desde una posición teórica es posible sostener que la conflictividad que

puede presentarse en el desarrollo y ejecución de contratos complejos como los de obras públicas –cuestión que también está presente en los contratos de construcción que se celebran en el sector privado– redunda en mayores riesgos e incertidumbre para los contratistas, impactando el valor de las ofertas presentadas en las licitaciones.

83. En este sentido, la existencia de un sistema de resolución de conflictos que pueda disminuir la conflictividad en una etapa temprana podría tener un efecto positivo en las condiciones de competencia de las licitaciones de obras públicas por la disminución de la incertidumbre respecto de los riesgos asumidos. A mayor abundamiento, en materia de concesiones de obras públicas, el MOP cuenta con un mecanismo de resolución temprana de controversias de carácter técnico o económico para las obras concesionadas, establecido por la Ley N° 20.410, el cual creó un organismo especializado, denominado Panel Técnico. Este órgano no ejerce jurisdicción, emitiendo recomendaciones técnicas que no son vinculantes para las partes, pero que pueden servir de antecedente para las resoluciones que sean posteriormente dictadas por las Comisiones Arbitrales o los Tribunales de Justicia (Decreto N° 900, de 1996, Ministerio de Obras Públicas, Ley de Concesiones de Obras Públicas, art. 36, introducido por la Ley N° 20.410).

84. Sin perjuicio de lo anterior, existen múltiples diseños para estos sistemas y las consecuencias que se siguen de la adopción de uno u otro pueden diferir sustancialmente en cuanto a sus efectos en el bienestar general. En consecuencia, y considerando, además, la existencia de un programa piloto del MOP relativo, precisamente, a evaluar la conveniencia de contar con un mecanismo de estas características, este Tribunal recomendará incorporar un mecanismo de solución temprana de controversias que considere los resultados de dicho programa y que otorgue incentivos adecuados a las partes, reduciendo la incertidumbre respecto de los riesgos asumidos por éstas.

III. PROPUESTAS NORMATIVAS

El análisis efectuado en las consideraciones precedentes justifica, en el presente caso, la necesidad de ejercer la facultad conferida por el artículo 18° N° 4 del D.L. N° 211 a este Tribunal, proponiendo a S.E. el Presidente de la República, a través del Ministro de Obras Públicas, la dictación o la modificación de los preceptos legales o reglamentarios relativos a las licitaciones de contratos de obras públicas, en los términos que se señalan a continuación:

- a. Reemplazar la restricción para la inscripción en el Registro de Contratistas establecida en el artículo 41 del Reglamento de Contratos de Obras Públicas por una prohibición de participación en una misma licitación, a nivel reglamentario.
- b. Establecer, a nivel reglamentario, la obligación de informar anualmente cualquier cambio en las relaciones de propiedad y administración entre las empresas inscritas en el Registro de Contratistas, en los términos que señalan los artículos 41 y 8 letras c) y f) del Reglamento de Contratos de Obras Públicas, y la obligación de agregar a la presentación de la oferta en licitaciones de obras públicas una declaración jurada relativa al cumplimiento de esta normativa.
- c. Revisar la reglamentación sobre la subcontratación del artículo 101 del Reglamento de Contratos de Obras Públicas en el siguiente sentido:
 - i. Definir qué se entiende por subcontratación para efecto de las licitaciones para contratos de obras públicas;
 - ii. Eliminar la obligación de que los subcontratistas se encuentren inscritos en el Registro de Contratistas del MOP;
 - iii. Establecer una prohibición de subcontratación de empresas inscritas en la misma categoría y especialidad que la empresa adjudicataria; y
 - iv. Evaluar la pertinencia de elevar el porcentaje máximo de subcontratación de un contrato de obra pública.
- d. Incorporar al Reglamento de Contratos de Obras Públicas un mecanismo de resolución temprana de controversias entre el mandante y el adjudicatario de la obra, que considere los resultados del programa piloto que actualmente está desarrollando el MOP.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1044
—

Notifíquese por el estado diario y archívese en su oportunidad.

Rol ERN N° 26-18



Pronunciada por los Ministros Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sr. Eduardo Saavedra Parra, Sra. Daniela Gorab Sabat, Sra. María de la Luz Domper Rodríguez y Sr. Nicolás Rojas Covarrubias. Autorizada por la Secretaria Abogada María José Poblete Gómez.

Certifico que, con esta fecha, se notificó por el estado diario la resolución precedente.

