

EL CONTRATO DE CONSTRUCCION DE OBRA PUBLICA AL TENOR DE LA CONSTITUCION

RAMÓN HUIDOBRO SALAS
Ayudante de Derecho Administrativo
Facultad de Derecho - Universidad de Chile

I. INTRODUCCION

La plena vigencia de la Constitución de 1980 y de los derechos que ella contiene plantea la necesidad de revisar nuestro ordenamiento jurídico adecuando las normas que han sido dictadas con anterioridad a ella.

Toda norma jurídica debe ajustarse a la Constitución, por ello al producirse un conflicto entre ella y una norma legal anterior, se presenta un caso de derogación o como algunos llaman de "inconstitucionalidad sobrevenida".

El presente trabajo se referirá a la falta de vigencia de alguna de las disposiciones contenidas en el DS. 1340, de 12 de Febrero de 1966, del Ministerio de Obras Públicas que reglamenta el contrato de construcción de obra pública, por haber sido tácitamente derogadas por la Constitución de 1980¹.

II. NATURALEZA JURIDICA DE LAS NORMAS DEL DS 1340

La importancia de determinar si las normas que se encuentran en dicho Decreto Supremo son de naturaleza legal o reglamentaria, es fundamental para abordar la temática que nos ocupa.

Las disposiciones del DS 1340 entraron en vigencia bajo el imperio de la Constitución de 1925, la cual no contemplaba entre sus normas la delegación de facultades del Congreso al Presidente de la República, es decir, la institución de los Decretos con Fuerza de Ley; no obstante su falta de consagración constitucional, muchas materias de rango legal fueron reguladas a través de DFL.

¹Cabe hacer presente que esta situación no es un caso aislado en nuestro ordenamiento jurídico. En materia de libertad provisional pueden consultarse, G. Fiamma Olivares, *Régimen jurídico actual de la libertad provisional ¿sería inconstitucional?* en Gaceta Jurídica 15 (1978) 2; F. Grisolia, *Vigencia de las prohibiciones de excarcelar*, nota a sentencia de la Corte Suprema de 14.10.76, en Revista de Ciencias Penales, t. 34 (1975) 208; J. P. Hermosilla, nota

La Constitución de 1980 en su artículo 62 inciso 4° N° 2, al igual que la Constitución de 1925, dispone que corresponde al Presidente de la República la iniciativa exclusiva para: "Crear nuevos servicios públicos o empleos rentados, sean fiscales, semifiscales, autónomos, de las empresas del Estado o municipales; suprimirlos y determinar sus funciones y atribuciones". De esta norma se deduce que dentro de la reserva legal se encuentra el determinar las funciones y atribuciones de los servicios públicos, por ello el DS 1340 al establecer en sus artículos 1, 14, 31, 32, 48, 49, 62, 92 y 125 la forma cómo el Ministerio de Obras Públicas, sus Direcciones Generales y Servicios respectivos, deben celebrar los contratos de construcción, fijándoles las atribuciones con que contarán en su licitación, adjudicación y extinción, queda dentro de la reserva antes indicada, y para ser más exacto dentro de las disposiciones con fuerza de ley².

Dada la naturaleza legal de dichas normas, su derogación o modificación debe efectuarse por otra norma de igual o superior jerarquía, no obstante lo expuesto, han seguido modificándose a través de simples decretos supremos, a saber: DS 805 (21.1.83), DS 240 (18.7.83) y DS 370 (3.3.86).

III. ANALISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL DS 1340

1. Disposiciones del DS 1340 y el acceso a la justicia

El Estado de Derecho es connatural a la posibilidad que tienen los administrados de hacer valer sus derechos ante los tribunales de justicia, lo cual les da a éstos, una existencia real y efectiva. Privar a los ciudadanos de este derecho a accionar en procura de tutela jurisdiccional, nos lleva a preguntarnos acerca de la existencia y vigencia de un Estado de Derecho.

a sentencia de la Corte Suprema del 31.1.86, en recurso de inaplicabilidad del art. 163 letra f) del C. Tributario, en Rev. Chilena de Derecho, v. 14 2-3 (1987) 415; A. Silva Bascuñán, *Libertad provisional de un delito tributario*, en Gaceta Jurídica 116 (1990) 29. Respecto al derecho de propiedad, véase F. Saenger Gianoni, *Jurisprudencia y seguridad jurídica*, en El Mercurio (Santiago) 9.7.90 A2; Corte Suprema, sentencia de 8.6.90, recurso de inaplicabilidad *Campos Canales, Natividad y otros* en Gaceta Jurídica 120 (1990) 28.

² Así lo ha sostenido también el profesor G. Fiamma Olivares en sus apuntes de clase. La misma tesis ha sido planteada por el profesor Caldera Delgado al referirse al principio de regularidad de la licitación pública en el procedimiento de celebración de un contrato de construcción de obra pública regido por el DS 1340: "Este procedimiento se encuentra regulado en un texto de índole legal. En efecto, no obstante que el texto que lo contiene es formalmente un Decreto Supremo, en su substancia se trata de un Decreto con Fuerza de Ley, cuyas disposiciones forman parte integrante de todos los contratos de construcción de obras públicas celebrados por el Ministerio de Obras Públicas, por la Dirección General de Obras Públicas y por sus Direcciones dependientes". H. Caldera Delgado, *Manual de Derecho Administrativo*, Ed. Jurídica de Chile, 1979, 242.

Importantes disposiciones contenidas en el DS 1340 son ejemplos claros de inconstitucionalidad al privar o limitar el derecho a la acción consagrado en el artículo 19 N° 3 inciso 1° de la Constitución de 1980³.

El análisis de las normas que a continuación se indican dejará en evidencia la contradicción ya denunciada.

Art. 11 DS 1340. “Los contratistas que no dieron cumplimiento a sus contratos podrán ser eliminados del Registro de Obras Mayores a propuesta de la Dirección afectada, previa aprobación de la Comisión del Registro de Obras Mayores”.

“Podrán ser también eliminados del Registro los contratistas que hubieren demandado al Fisco y cuya demanda hubiese sido rechazada por sentencia ejecutoriada. El Director General decidirá en cada caso la aplicación de esta medida”.

Art. 13 N° 20 DS 1340. “Los contratistas que no dieron cumplimiento a sus contratos, podrán ser eliminados del Registro de Obras Menores a propuesta del servicio afectado, previa aprobación por la Comisión del Registro de Obras Menores que corresponda”.

“Podrán también ser eliminados del Registro los contratistas que hubieren demandado al Fisco y cuya demanda hubiese sido rechazada por sentencia ejecutoriada. La comisión indicada anteriormente decidirá en cada caso la aplicación de esta medida”⁴.

Estas disposiciones al establecer la eliminación del registro a que pertenece el contratista, cuya demanda en contra del Fisco fuere rechazada por sentencia ejecutoriada, son un atentado directo y manifiesto en contra de sus derechos, puesto que le privan de aquella necesaria libertad para reclamar ante los tribunales de justicia de las transgresiones y arbitrariedades que haya sido objeto.

Las normas antes indicadas constituyen una prohibición encubierta, puesto que se alzan como advertencias para quien desee reclamar de los actos de la Administración ante los tribunales que establece la ley, se le dice al contratista: cuidado, si demanda al Fisco y pierde el juicio será eliminado del registro correspondiente, perdiendo así, su derecho a participar en licitaciones de posteriores contratos de construcción rigidos por el DS 1340.

Todos sabemos que el ejercicio de una acción ante los tribunales no lleva consigo la seguridad de vencer en juicio, puesto que la falta de pruebas o de requisitos de carácter procesal pueden hacer que la demanda sea rechazada, aunque la pretensión que ella lleve envuelta sea perfectamente verdadera y legítima.

³Sobre derecho a la acción y su consagración constitucional puede consultarse, G. Fiamma Olivares, *La acción constitucional de nulidad: un supremo aporte del constituyente de 1980 al derecho procesal administrativo*, en Rev. de Derecho y Jurisprudencia, t. 83 (1986) 124-125.

⁴Véase nota 5.

En síntesis, estas normas que difícilmente pueden calificarse de jurídicas, *privan al contratista* de derechos constitucionales claramente consagrados en la Carta de 1980, como lo ha expuesto una interesante sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt recaída en Jiménez Broussain⁵, que en su considerando 10º dice textualmente: “Que, con todo, como aparece entre la documentación sustentatoria de la medida, el oficio de fs. 34, emanado del Delegado Provincial de Chiloé al Arquitecto Regional y en él, se señalan como causal para una posible eliminación, la concurrencia del recurrente a la justicia ordinaria, es dable señalar que ello *constituye una aberración*, toda vez que a nadie se le puede impedir que ocurra a un órgano jurisdiccional, menos a los tribunales de justicia que son llamados por la Carta Fundamental a conocer de los pleitos. No reconocer ese derecho conculcaría la garantía constitucional del Nº 3 del artículo 19 de la Constitución, cuando se dice que toda persona tiene derecho a defensa jurídica”.

Las normas de los artículos 11 y 13 Nº 20 del DS 1340, del Ministerio de Obras Públicas, podrían aparecer como situaciones aisladas dentro de nuestra normativa jurídica, pero ello no es así, puesto que este mismo tipo de disposiciones restrictivas las encontramos en los contratos de construcción celebrados por el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, específicamente en el artículo 45 (letra b) del DS 127, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, del 11.3.77 al disponer que: “el contratista que demande al Fisco y sus demandas hubiesen sido dos veces rechazadas por sentencias ejecutoriadas será suspendido del Registro por el período de un año. *En caso de segunda reincidencia será eliminado del Registro*”.

2. El DS 1340 y otros derechos constitucionales

A continuación se indican otras disposiciones del referido decreto supremo, pero que afectan al derecho de propiedad, al derecho a desarrollar cualquier actividad económica y al de igualdad ante las cargas públicas.

Art. 48 DS 1340. El cual al contemplar el aumento de obras en los contratos a serie de precios unitarios expresa en su inciso tercero que: “Si no se llega a acuerdo con el contratista respecto a los precios unitarios de los aumentos de obra a que se refiere este artículo, y la realización de esas obras es urgente, la autoridad respectiva podrá ordenar por resolución al contratista la ejecución inmediata de ellas, quien deberá realizarlas a los precios máximos indicados en el inciso anterior”.

⁵Corte de Apelaciones de Puerto Montt, sentencia de 28.5.87, recurso de protección *Jiménez Broussain, Félix con Secretario Regional Ministerial de Obras Públicas X Región y otros*, en Rev. de Derecho y Jurisprudencia, t. 84 (1987) 2.5 212-215.

⁶Hay aquí una evidente falta de lógica, pues no existiría razón para esta disposición más benigna siendo el mismo supuesto de hecho que en los art. 11 inciso 2º y 13 Nº 20 inciso 2º del DS 1340.

Art. 49 DS 1340. El cual al referirse a la posibilidad de modificar las obras previstas con el fin de llevar a mejor término la obra contratada, en su inciso segundo dispone: "A falta de acuerdo, podrá disponerse, en caso de urgencia, la realización de esas obras pagándose al contratista los gastos directos comprobados de ellas más hasta un 30% de esos valores para compensar los gastos generales y de utilidad. El pago se efectuará una vez aprobado por resolución el detalle y justificación de dichos gastos".

Art. 64 DS 1340. "Aun cuando los contratistas no fueren ciudadanos chilenos, se considerarán como tales para los efectos del contrato y, en consecuencia, no podrá invocar la protección de sus respectivos gobiernos ni entablar reclamaciones por vía diplomática, bajo ningún pretexto".

"La contravención a este artículo será motivo para que se borre al contratista del registro".

Art. 62 DS 1340. "Si el contratista no apelare de las órdenes del inspector fiscal o si su apelación fuere rechazada y se resistiere a acatar las órdenes impartidas, la autoridad que haya adjudicado el contrato podrá, previa notificación:

A) Suspender la tramitación de los estados de pago y aplicar los fondos retenidos al contratista, y aún el depósito de garantía, si fuere necesario para dar cumplimiento a estas órdenes.

B) Podrá, asimismo, según la gravedad del caso, y previa notificación hecha con 15 días de plazo, poner término anticipado al contrato conforme al artículo 92".

Art. 92 DS 1340. "La Dirección podrá poner término administrativamente y en forma anticipada a un contrato en los siguientes casos: f) Si el contratista no acatase las órdenes e instrucciones que se le den de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 47, 48, 49, 62 y 85".

Art. 125 DS 1340. "La Dirección General de Obras Públicas queda facultada para suspender en casos calificados por el Director General la liquidación de un contrato cuando un mismo contratista tuviese pendiente dos o más contratos cuyas obras estuvieren terminadas o en casos de liquidación anticipada de un contrato, a fin de hacer posible la compensación de los saldos favorables y desfavorables que pudieran resultar en unos y otros respecto de los contratantes".

Las disposiciones contenidas en los artículos 48 inciso 3°, 49 inciso 2°, 62, 64, 92 y 125 del DS 1340 que han sido transcritas, al consagrar una serie de potestades exorbitantes en favor de la Administración, sin tomar en cuenta los perjuicios que efectivamente puedan sufrir los administrados por su ejercicio, quebran con ello el equilibrio financiero del contrato⁷ y, por ende, el de propiedad reconocido en el artículo 19 N° 24 de la Constitución de 1980.

⁷El principio del equilibrio financiero del contrato en materia de obra pública se encuentra recogido en múltiples normas del DS 1340, como ocurre por ejemplo con el art. 88

Al asegurar nuestra Carta Fundamental el derecho de propiedad en sus diversas especies, sobre toda clase de bienes sean corporales e incorporeales, y al garantizar que nadie podrá ser privado de este derecho, ni del bien sobre el cual recae o alguno de los atributos o facultades esenciales, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional calificada por el legislador, se protegen todos aquellos derechos válidamente adquiridos por las personas.

El contratista, al celebrar un contrato de construcción de obra pública, se hace acreedor de ciertos derechos, los cuales se incorporan a su patrimonio y, por lo tanto, no podrá ser privado de ellos sino en los casos que la propia Constitución autoriza y mediando siempre una indemnización. Por lo antes expuesto, si la Administración desea modificar o terminar un contrato en forma unilateral y causa al actuar un perjuicio a su contratante, deberá *siempre* indemnizarlo.

Asimismo, las exorbitancias ya indicadas, infringen otros derechos constitucionales tales como el de *igualdad ante las cargas públicas*, contemplado en el artículo 19 N° 20 de la Constitución de 1980, pues no puede obligarse al contratista a soportar en su patrimonio otras cargas y detrimentos que las señaladas al común de los ciudadanos.

En general, las disposiciones del DS 1340 ya indicadas, vulneran el artículo 19 N° 26 de la Constitución que prescribe que los preceptos legales que limiten las garantías que la Carta Fundamental establece no podrán afectar dichos derechos *en su esencia*, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. En efecto, dichas normas al privar al contratista de derechos válidamente adquiridos, imponerle limitaciones a su actuar, obligarlo a realizar obras y otras prestaciones no señaladas en el convenio original, ejercer derechos compensatorios sobre sus bienes sin su aprobación previa o bajo el imperio de los tribunales de justicia, hacen que el derecho prácticamente desaparezca en manos de la Administración.

3. Vigencia de las normas

Al quedar demostrada la incompatibilidad de las disposiciones del DS 1340 antes indicadas, con los derechos y garantías que la Constitución establece, cabe concluir

de dicho cuerpo normativo que dispone: "Cuando circunstancias especiales lo aconsejen la Dirección podrá modificar el programa de trabajo, indemnizando, si procede, al contratista, los perjuicios que esta medida pueda ocasionarle, en la forma establecida en el artículo 89".

Otro claro ejemplo, del principio antes indicado, lo encontramos en el art. 90 del DS 1340 que consagra el derecho a indemnización en favor del contratista para el caso de paralización de las obras cuando no haya fondos disponibles o así lo aconsejen las necesidades del servicio.

su inconstitucionalidad. Debe tenerse presente, además, que ellas han entrado en vigencia con anterioridad al texto constitucional, por lo que se encuentran tácitamente derogadas por la Carta de 1980.

Lo expuesto anteriormente, nos lleva a preguntarnos cuál es el órgano llamado a conocer de los problemas que plantea la vigencia de dichas normas. En el caso concreto, es el *juez del fondo*, sin perjuicio que nuestra Corte Suprema de Justicia conozca de su inconstitucionalidad a través del recurso de inaplicabilidad consagrado en el artículo 80 de la Constitución Política, el cual no hace distinción entre normas legales anteriores o posteriores a su entrada en vigencia, siendo el único requisito exigido por este alto tribunal el no encontrarse la norma cuya inaplicabilidad se solicita expresamente derogada⁸.

IV. CONCLUSIONES

Al terminar estas notas forzoso es concluir en que las disposiciones de los artículos 11 inciso 2º, 13 Nº 20 inciso 2º, 48 inciso 3º, 49 inciso 2º, 62, 64, 92 y 125 del DS 1340, del Ministerio de Obras Públicas y toda norma en análogas circunstancias, es decir, anteriores a la vigencia de la Constitución de 1980 e incompatible con sus preceptos, se encuentran derogadas tácitamente por la Carta Fundamental.

Por otra parte, será nuestra jurisprudencia y, en especial, la de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, la que en definitiva pueda establecer criterios orientadores y permanentes sobre la materia.

⁸Sobre el particular una importante sentencia de nuestra Corte Suprema de Justicia recaída en *Campos Canales* (ver nota 1), nos dice en su Considerando 3º: "En efecto, si los jueces de la instancia pueden decidir que la ley general, que es la Constitución, ha derogado una ley especial común, también puede esta Corte Suprema declarar la inconstitucionalidad de esta última conforme al artículo 80 de la Carta Política, que no hace diferencia entre leyes anteriores o posteriores a ella. La tesis de la derogación, no resuelve el caso de la creación por ésta, de un sistema incompatible con la aplicación de la norma común, y si lo puede resolver esta Corte Suprema, que tiene como tribunal único el control de la constitucionalidad de la ley en la forma dispuesta por el artículo 80 de la Carta Fundamental".

"Lo esencial para que esta Corte Suprema pueda pronunciarse sobre la inaplicabilidad de una ley es que ésta y la Constitución estén simultáneamente vigentes, y el requisito que se sostiene en el informe del señor Fiscal en el sentido que la ley cuya inconstitucionalidad se trate deba ser posterior a la Carta Fundamental es contrario a la letra y espíritu del precepto de rango superior y al principio jurídico de donde la ley no distingue no es lícito al intérprete distinguir". (Consid. 3º).