



ORD.: N° _____/

ANT.: 1) Circular DCyF N° 20 de 2014, sobre retención de contratos no vigentes.
2) Oficio Ord. DGOP N° 102 de 2020, que instruye procedimiento de liquidación de contratos regidos por DS MOP N° 75 de 2004 o DS MOP N° 48 de 1994.
3) Dictámenes N° E207417 y N° E287824, ambos de 2022 de la Contraloría General de la República.

MAT.: Precisa instante de inicio del cómputo del plazo para la determinación de la prescripción extintiva del derecho del contratista a la devolución de retenciones.

DE: DIRECTORA GENERAL DE OBRAS PÚBLICAS

A: SEGÚN DISTRIBUCIÓN

Por los oficios Ord. citados en el antecedente, tanto la Dirección General, como la Dirección de Contabilidad y Finanzas, establecieron diversos lineamientos en orden a la liquidación de contratos de antigua data y el tratamiento contable al que deben someterse las retenciones que no se hubieren devuelto a los contratistas, en los casos en que ha operado la prescripción extintiva del derecho a reclamar tal devolución, detectándose, entre esos instrumentos diferencias, que se deben aclarar con el objeto de precisar el instante en que se hace exigible el referido derecho.

Sobre el particular, la circular DCyF N° 20 de 2014, señala, en la parte pertinente de su numeral 4, lo siguiente:

"...procederá devolver las Retenciones de Contrato de Obras Públicas, después de hecha la recepción provisoria de las Obras, acto que se perfecciona mediante Resolución dictada por el funcionario autorizado al respecto, quien junto con aprobar el Acta de Recepción Provisoria, ordena devolver al contratista las retenciones del respectivo contrato. Al efecto, nace el derecho del contratista al cobro de las retenciones, a partir de la fecha de la Resolución que dispone su devolución, derecho que, no obstante, se extingue, legalmente, por prescripción extintiva, transcurrido el término de cinco años contados desde igual fecha, considerando lo dispuesto en el artículo 158 ya citado."

En tanto, el oficio Ord. DGOP N° 102 de 2020, sin perjuicio de hacer referencia a la aludida circular, marca como hito de inicio del cómputo del plazo de prescripción extintiva, la fecha de término del contrato, estableciendo que, a partir de ésta se hace exigible la devolución de las retenciones y desde la cual se contabiliza el plazo de prescripción de cinco años.

Atendida la diferencia manifestada entre ambos documento, se debe precisar el instante en que nace el derecho del contratista a que se le devuelvan las retenciones contractuales, recurriéndose para ello, a lo que ha dictaminado en esta materia la Contraloría General de la República en su pronunciamiento N° E207417 de 2022, confirmado mediante el dictamen N° E287824, de esa misma anualidad, desde los que se extrae como criterio, en concordancia con lo prescrito en el inciso 4° del artículo 158 del Reglamento para Contratos de Obras Públicas, que,

la fecha que se debe tener en consideración para el computo del plazo de prescripción extintiva, es la fecha en que se verifica la recepción única o provisional de la obra.

Dado lo ilustrativo del mencionado dictamen N° E207417 de 2022, se pasará a transcribir en las partes que interesa:

"Sobre el particular, resulta menester consignar que el Reglamento para Contratos de Obras Públicas -sancionado por el decreto N° 75, de 2004, del Ministerio de Obras Públicas, y aplicable al convenio de la especie- previene, en su artículo 158, inciso primero, que "Salvo que en las bases administrativas se disponga un porcentaje superior, de cada estado de pago parcial se retendrá un 10 % del valor de la obra pagada, hasta enterar un 5% del valor total del contrato, incluidos sus aumentos" y que "Dicha cantidad se depositará en la cuenta corriente de la Dirección de Contabilidad y Finanzas, como garantía de la correcta ejecución de los trabajos y del cumplimiento de todas las obligaciones del contrato"

Agrega ese precepto, en su inciso cuarto, que esta garantía especial no excluye la que sirve de caución al contrato, ni autoriza para disminuirla, y que "se devolverá después de efectuada la recepción provisional conforme a lo dispuesto en el artículo 166".

Puntualizado lo anterior, cabe señalar que de los antecedentes acompañados aparece que los respectivos trabajos fueron objeto de una recepción única -la cual, conforme a lo previsto en el citado artículo 166, se efectúa con las mismas formalidades y plazos que la recepción provisional- con fecha 30 de julio de 2009, estableciéndose como data de término de la obra el 24 de septiembre de 2007."

Continúa, luego dicho pronunciamiento, diciendo:

"Pues bien, teniendo presente lo previsto en los artículos 2.492, 2.497 y 2.514 del Código Civil, que disponen, en lo que interesa, que la prescripción es un modo de extinguir las acciones y derechos ajenos por no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo; que las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado; que la prescripción extintiva exige solamente cierto lapso de tiempo, durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones, y que este tiempo se cuenta desde que la obligación se haya hecho exigible, esta Sede de Control no advierte reproche de juridicidad que formular respecto de lo obrado por la DGOP.

Lo anterior, si se tiene presente, por una parte, el tiempo transcurrido -tanto desde la fecha en que la obligación de restituir las retenciones resultaba exigible, 30 de julio de 2009, como desde el 6 de diciembre de 2013, oportunidad en que la contratista, mediante una carta, efectuó la última gestión para requerir su pago-, y, por la otra, la jurisprudencia de esta Sede de Control -obligatoria y vinculante para los servicios públicos sometidos a su fiscalización-, en cuanto ha señalado que tales servicios, en su condición de deudores, no pueden renunciar a la prescripción ni cumplir obligaciones naturales, a menos que se encuentren expresamente facultados para ello, por cuanto quienes administran recursos públicos deben resguardar los intereses del Estado y carecen de las libertades de disposición que tienen los particulares con su propio patrimonio (aplica criterio contenido, entre otros, en los dictámenes N°s. 98.047, de 2015, y 16.689, de 2019)."

Como se puede apreciar del texto reproducido, tanto el instante fijado en la Circular DCyF N° 20 de 2014, como el consignado en el oficio Ord. DGOP N° 102 de 2020, no se alinean del todo a lo normativamente previsto, **debiendo computarse el plazo de prescripción extintiva, a contar de la fecha en que se realiza la recepción única o provisional de las obras, fecha en que se hace exigible por el contratista la devolución de las retenciones, derecho que se extinguirá una vez que transcurran 5 años desde su verificación, siempre que la prescripción no se haya interrumpido, según las reglas que el Código Civil establece en su artículo 2.518.**

Sin que se altere la fecha en que nace el derecho del contratista a obtener la devolución de las sumas retenidas, para el solo efecto de dar cumplimiento de lo dispuesto en el inciso 7° del artículo 3° de la ley 19.880, que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, el acta en que conste la recepción única o provisional de las obras, deberá ser aprobada mediante resolución de la correspondiente dirección contratante, la que tendrá que ser dictada, a más tardar, dentro de los 10 días hábiles siguientes a su emisión por la comisión respectiva.

Adicionalmente, cabe señalar que, los dictámenes que se han referido, han corroborado la pertenencia de las operaciones contables y presupuestarias que corresponde realizar una vez que se ha determinado que ha operado la prescripción que extingue el derecho del contratista a reclamar la devolución de retenciones, las que se tendrán que efectuar como se considera en la circular DCyF y en el oficio de esta Dirección General, ya mencionados.

No obstante lo anterior, se debe hacer presente que, por los principios prescritos en la indicada Ley N° 19.880, en particular los de celeridad, conclusivo, no formalización y de inexcusabilidad, previstos en los artículos 7°, 8°, 13 y 14 del dicha ley, en concordancia con lo que se dispone en los artículos 158 y 169 del RCOP, la devolución de retenciones no es una gestión o trámite opcional, ni tampoco su oportunidad queda sujeta a la discrecionalidad de la dirección correspondiente, debiéndose proceder a ella, de cumplirse, una vez realizada la recepción provisional, las condiciones que se determinan en el artículo 169 del D.S. MOP N° 75 de 2004, solo pudiéndose no proceder de conformidad a la indicada norma, en los casos que falle alguna de las referidas condiciones o en el evento que la obra se hubiere recibido con reservas, hipótesis contemplada en el artículo 168 del aludido reglamento, en que se deben mantener de las cantidades retenidas, una suma equivalente a 5 veces el valor en que se avalúa el costo de las reparaciones por realizar.

En atención a lo precedentemente señalado, en lo sucesivo, se deberá efectuar la devolución de retenciones en la oportunidad reglamentariamente establecida, sin más dilaciones, siempre que no existan razones que justifiquen no proceder de ese modo, evitándose así, el que los funcionarios intervinientes, incurran potencialmente en una infracción que amerite el inicio de procedimientos disciplinarios dirigidos a hacer efectiva su eventual responsabilidad administrativa, tal como hace presente la Contraloría General de la República en su dictamen N° E287824 de 2022.

Finalmente, se solicita a las Direcciones que den la más amplia difusión a lo señalado en este documento, distribuyéndolo, en especial, entre las unidades encargadas de la administración de contratos.

Sin otro particular saludan atentamente,



VALERIA BRUHN CRUZ
DIRECTORA GENERAL DE OBRAS PÚBLICAS

EMZ/XPM/PEP/MCHM.-

DISTRIBUCION:

- Gabinete Sr. Subsecretario
- SEREMIS MOP Todas las regiones
- Unidades Técnicas SEREMI, Todas las regiones
- Direcciones Nacionales Todas
- Fiscalía Nacional MOP
- Fiscalías Regionales, Todas
- Direcciones Regionales DCyF, Todas
- Oficina de Partes DGOP

Proceso N° **17089337.-/**

