

## **RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN OBRAS PÚBLICAS**

**Juan Diego Rabat C & Felipe Correa M.**

**AJ-CAM Santiago**

La creación del Fondo de Infraestructura (Ley 21.082), empresa estatal cuyo objetivo es desarrollar actividades de financiamiento e inversión en proyectos de infraestructura, con el reciente nombramiento de su Directorio ha posicionado nuevamente la discusión referente al déficit de infraestructura pública en Chile, así como los diversos inconvenientes que afectan a Financistas, Mandantes y Contratistas en proyectos de vital importancia para nuestro país.

Ya no es sorpresa que uno de los principales inconvenientes sea que el rubro de la construcción se ha transformado en una fuente de conflictos que en gran parte de los casos deriva en un litigio o arbitraje, especialmente cuando se trata de obras de infraestructura pública. Sin ir más lejos, de acuerdo a un estudio recientemente publicado por la Cámara Chilena de la Construcción, luego de un análisis de 999 contratos del periodo 2014-2016, se pudo concluir que en uno de cada dos contratos existió algún tipo de controversia o contingencia que no fue posible ser resuelta directamente entre las partes, casi la mitad representan problemas ante Ministerios; de los cuales el 43% se resolvió con la intervención de terceros y el 57% fue en instancias judiciales”.<sup>1</sup>

Si bien la alta judicialización de los contratos de construcción representa en sí un inconveniente relevante para los actores del sector, atendido los costos, desgastes y tiempos asociados; cuando se trata de Obras Públicas no concesionadas, los constructores se ven enfrentados a una realidad que viene a complejizar aún más el escenario, y es que por lo general ante la Justicia Ordinaria los resultados han sido considerablemente favorables para el Fisco. Según antecedentes estudiados por el Observatorio Judicial (Centro de Estudios dedicado al análisis de las decisiones jurisdiccionales y al funcionamiento de los tribunales)<sup>2</sup>, las causas en las que el Consejo de Defensa del Estado actúa, independientemente de su rol procesal, finaliza con altos porcentajes en su favor: en asuntos civiles gana en alrededor del 80% de las disputas.

Por cierto que inmiscuirse en un juicio en contra el Estado, ya por sí resulta poco deseable, pero además obtener un pronunciamiento desfavorable, con los costos asociados que ello supone, por cierto que deja huellas, y cuando la experiencia se repite, ello termina por desincentivar la iniciativa privada y la inversión, tanto local como extranjera.

---

<sup>1</sup> Cámara Chilena De La Construcción (2018): “Relación entre Mandantes y Contratistas. Encuesta año 2016, Santiago”, p.12. Disponible en <http://biblioteca.cchc.cl/datafiles/38853-2.pdf>.

<sup>2</sup> <http://www.observatoriojudicial.org/litigar-contra-el-fisco-el-mercurio-legal/>

Junto con lo anterior, además de correr el constructor con estadísticas desfavorables frente al Fisco en litigios ordinarios de Obras Públicas (y en litigios en general), debe enfrentarse asimismo a la diversidad jurisprudencial en esta materia, marcada por una sobrecarga laboral de los juzgados de justicia,<sup>3</sup> sumado al hecho de que se trata de una rama del derecho que involucra aspectos técnicos y de carácter complejo que requieren de un conocimiento especializado para ser resueltos.

Lo anterior, genera incertidumbre y afecta la certeza jurídica, con lo cual se ven impactadas la inversión y participación de privados en proyectos públicos de esta naturaleza. Si bien el síntoma es evidente, por el momento no hay una receta clara. Por ello aplaudimos el aporte permanente de instituciones como el Centro de Políticas de Infraestructura (CIP)<sup>4</sup>, la Sociedad Chilena del Derecho de la Construcción (SCHDC)<sup>5</sup> y la Comisión de Infraestructura de la Cámara Chilena de la Construcción (CCHC)<sup>6</sup>, y el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago (CAM)<sup>7</sup>, organizaciones que mediante foros, charlas y estudios generan debate orientado a posicionar y desarrollar el “Derecho de la Construcción”, mejorando con ello la solución de controversias en esta área de especialización.

Ahora bien, distinto es el caso de las Obras Públicas Concesionadas, en virtud de las cuales los órganos que conocen y resuelven los conflictos entre el Fisco y los contratistas son el Panel Técnico de Concesiones<sup>8</sup> del artículo 36 de la actual Ley de Concesiones de Obras Públicas, y la Comisión Arbitral del artículo 36 bis, lo que antes, con la ley antigua de Concesiones, correspondía a la Comisión Conciliadora y la Comisión Arbitral resolver las controversias. En estos casos hemos visto que la balanza tiende a equilibrarse, ya que la ventaja del Fisco -prevaleciente en la justicia ordinaria- se ve aminorada en esta sede, en la cual las controversias serán conocidas y resueltas en única instancia por un panel de árbitros o bien por un panel técnico, cuya decisión -si bien no es vinculante- reviste un precedente que sin lugar a duda a la larga servirá para dirimir el conflicto. Un dato estadístico interesante a considerar sobre este punto, es que de las primeras diez discrepancias sometidas a la recomendación del Panel Técnico de Concesiones, la mitad de ellas fue favorable para el Concesionario.<sup>9</sup>

Es en este contexto en el cual surge la interrogante de por qué no aplica la misma fórmula de solución de conflictos que rige en concesiones de obras públicas a los contratos de obra pública no concesionadas. Si bien en las obras concesionadas se incluye la explotación de

---

<sup>3</sup> El año 2017 ingresaron en tribunales Civiles de primera instancia 1.759.237 causas <http://www.pjud.cl/documents/10179/10264695/1.4.+Labor+Jurisdiccional+Tribunales+de+Primer+a+Instancia.pdf/8983d2ba-724a-4045-af65-63cfcb7deefe>

<sup>4</sup> <http://www.infraestructurapublica.cl/>

<sup>5</sup> <http://www.schdc.cl/wp/>

<sup>6</sup> <http://www.cchc.cl/gremial/comisiones-asesoras/infraestructura>

<sup>7</sup> <http://www.camsantiago.cl/>

<sup>8</sup> <http://www.panelconcesiones.cl/>

<sup>9</sup> <http://www.panelconcesiones.cl/OpenDocs/Default.aspx?argCarpetaId=506&argInstanciaId=66&argDocumentoId=3068>

servicios específicos, en definitiva el interés que hay de fondo en ambos casos es el mismo: la ejecución de una obra que es de interés público y que busca satisfacer el bien común.<sup>10</sup> Lo anterior, sin duda permitiría al particular “perder el miedo” al momento de contratar, y recuperar el optimismo en aquellos casos en que se vea enfrentado a algún conflicto con el Estado que debe ser dirimido judicialmente o ante un panel de expertos.

En esta línea, una iniciativa que se está planteando actualmente y que vemos que apunta a desarrollar esta idea, es la posibilidad de aplicar los paneles técnicos a los contratos de obras públicas no concesionadas; de hecho existe un plan piloto que será aplicado en siete proyectos que están en ejecución y que constará de un comité permanente para cada contrato. Al respecto, el Presidente del Comité de Obras de Infraestructura Pública de la CChC, ha señalado que: *“La idea del panel es que apoye a las partes en soluciones técnicas y administrativas en el proceso de continuación de obra pública, de tal forma de generar un espacio de diálogo y de acercamiento, porque aquí entre dos posiciones del inspector fiscal y la empresa, no hay espacio de arbitraje y se transforma en un conflicto posterior”*.<sup>11</sup>

De la mano con lo anterior, creemos que la iniciativa como política pública debiese tender a unificar criterios mediante un solo mecanismo de solución de controversias en los contratos de construcción de obras de infraestructura pública, tanto concesionadas como no concesionadas, prevaleciendo el arbitraje, de tal manera de equiparar las posiciones entre el Fisco y el privado; instando con ello a recuperar y aumentar la iniciativa privada y los niveles de inversión que permitan al país crecer y a los ciudadanos vivir mejor.

---

<sup>10</sup> Cassagne, Juan Carlos, y Rivero Ysern, Enrique, *La Contratación Pública*, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, t. I, pp 390-391.

<sup>11</sup> <http://www.infraestructurapublica.cl/cchc-busca-reducir-litigios-en-obras-no-concesionadas-con-un-panel-de-expertos/>