

**Problemas en los mecanismos de resolución de conflictos de las obras
de infraestructura pública no concesionadas**

Gerardo Ovalle Mahns¹

Sabido es que en las obras de cierta envergadura del sector público comúnmente surgen inconvenientes, modificaciones, imprevistos o al menos situaciones a resolver (en adelante también “inconvenientes que retrasan la ejecución de la obra”) y que, por otra parte, el tiempo de ejecución de la obra, es un factor determinante para los costos del contratista y el éxito de su gestión.

Tomando en consideración aquellos dos factores (inconvenientes que retrasan la ejecución de la obra y la crucial importancia del factor tiempo para el contratista), la solución oportuna y eficiente de los mencionados inconvenientes es de primordial importancia en la relación mandante-contratista del sector público.

No obstante aquella primordial importancia, en la práctica, podemos observar que los personeros de los mandantes del sector público (como, por ejemplo, los inspectores fiscales en las obras del MOP) no trabajan adecuadamente por buscar soluciones eficientes y oportunas a los inconvenientes o imprevistos que retrasan la ejecución de la obra. En efecto, pareciese ser que a dichos personeros, más que interesarle que la obra se ejecute dentro de plazo (con el ahorro de costos y los beneficios sociales que ello implica), les interesa evitar introducir cambios a la relación contractual originaria que puedan llegar a significarles responsabilidades personales (sumarios administrativos, por ejemplo). Ello, aún cuando les conste que dichos cambios son requeridos para el correcto avance de la obra.

¹ Socio Yrarrázaval, Ruiz-Tagle, Goldenberg, Lagos & Silva; Abogado Pontificia Universidad Católica; LL.M New York University; LL.M National University of Singapore; Becario New York University; Profesor de programas de Postgrado de la Pontificia Universidad Católica, Universidad de Los Andes, Universidad del Desarrollo y Universidad Finis Terrae.

En esta situación, el contratista (para quien el factor tiempo es en extremo relevante por los costos que el mismo implica y quien arriesga importantes sanciones y responsabilidades en caso de no cumplir sus obligaciones en tiempo y forma) debe lidiar con los inconvenientes que retrasan la ejecución de la obra, sin una contraparte que oriente debidamente su actuar ni que le señale con claridad la forma en que será compensado por el acaecimiento de dichos inconvenientes.

La tónica, por consiguiente, pareciese ser un mandante público con irrestricto apego a fiscalizar y cumplir con los trámites y formalidades de la relación contractual originaria, más que a gestionar por el eficiente avance de la obra. En armonía con lo dicho, los inspectores fiscales (o los inspectores técnicos de obra, en su caso) y en general los personeros del mandante, normalmente prefieren que sea la Contraloría General de la República o, en último término, la justicia, quien resuelva cualquier inconveniente, modificación, imprevisto o situación a resolver que surja en la obra.

En este punto entramos en una segunda problemática. Ello, dado que en las licitaciones del sector público referidas a infraestructura no concesionada, como es sabido, las controversias -tras las fases administrativas que eventualmente correspondan- son zanjadas por la justicia ordinaria. Lo anterior, sin que existan mecanismos de resolución temprana de controversias como los que existen en jurisdicciones con estándares contractuales de nivel internacional en relación con estas materias.

Siendo así, en la práctica, ante discrepancias o indefiniciones de cualquier clase el contratista, primeramente, se encuentra con un mandante cuyos personeros, según hemos apuntado, no están dispuestos a correr riesgos en pos de la eficiencia de la obra (por temor a responsabilidades). Luego de ello, el contratista -de no lograr soluciones en las fases administrativas- debe acudir a la justicia ordinaria a efectos de que sea ésta quien dirima las diferencias que se hayan suscitado.

Ahora bien, acudir a la justicia ordinaria a litigar contra mandantes del sector público genera varios inconvenientes y/o aprensiones al contratista, entre los que se encuentran:

- Tener que financiar por todo el tiempo que dure el proceso judicial (el cual puede prolongarse incluso por 8 o 10 años) el no pago por las modificaciones, ajustes o paralizaciones de obra que hayan motivado las diferencias que no logró solucionar por otras vías. Como es lógico, no cualquier compañía tiene la capacidad financiera necesaria para hacer lo anterior y, por consiguiente, algunas de ellas se ven impedidas de solucionar mediante este mecanismo sus discrepancias con sus mandantes.
- Las estrictas limitaciones con que cuentan los mandantes del sector público para transigir o alcanzar acuerdos una vez iniciados los procesos judiciales (lo cual viene en agravar el tiempo por el cual se prolonga el financiamiento de los conceptos en disputa).
- Un juez o sentenciador que no necesariamente cuenta con la disponibilidad de tiempo y, en oportunidades, el *expertise* que se requiere para resolver una controversia técnica, económica y jurídica como las que se sustancian en esta clase de relaciones. En cuanto a la disponibilidad de tiempo de esta clase de sentenciadores, cabe consignar que los tribunales ordinarios de primera instancia se encuentran atiborrados de causas de cobranza. En efecto, en el año 2015 ingresaron al sistema del Poder Judicial 2.234.063 causas civiles de las cuales 1.969.488 corresponden a causas ejecutivas o gestiones preparatorias de la vía ejecutiva. Es decir, cerca de un 88% de las causas civiles ingresadas al sistema refieren a cobranzas o etapas previas a las mismas. Lo anterior, como es lógico, obstaculiza a los jueces a abocarse a controversias complejas como lo son aquellas a las cuales nos venimos refiriendo.
- Dudas respecto del rol imparcial que -producto de presiones u otras consideraciones- pueda tener la justicia ordinaria en los juicios en que son parte mandantes del sector público. Lo anterior, por ejemplo, teniendo en consideración que -en cifras aproximadas- en los juicios en que participó el Fisco durante el año 2016, la defensa del Estado evitó que éste asumiera el pago del 92% de los montos

demandados y, por su parte, logró obtener un 88% de los montos que el Fisco demandó a terceros.

Atendido todo lo expuesto, a modo de resumen, tenemos que existen al menos dos grandes problemas que afligen a las obras de infraestructura pública no concesionada, cuales son:

- (i) La falta de resolución por parte del mandante de los inconvenientes que retrasan la ejecución de la obra; y
- (ii) La ausencia de mecanismos de resolución oportuna y adecuada de controversias.

En opinión de quien suscribe, aquellas imperfecciones podrían ser corregidas -al menos en gran medida- por la vía regulatoria y, en especial, por el perfeccionamiento del sistema de resolución judicial de controversias y por la vía de incorporar una instancia no jurisdiccional y de carácter permanente que otorgue recomendaciones técnico-económicas a las partes respecto de las discrepancias que ocurran durante la ejecución del contrato. Ello, tal como sucede, sólo a modo de ejemplo, en las concesiones de obras públicas tras la Ley N°20.410, la cual incorporó un nuevo sistema de resolución judicial de controversias e instauró un sistema de resolución temprana de disputas, a saber, el Panel Técnico de Concesiones de Obra Pública.

Dicho Panel Técnico de Concesiones de Obras Públicas (conformado por dos ingenieros, dos abogados y un profesional con experiencia en materias económicas o financieras; quienes duran seis años en sus cargos y son elegidos por el Consejo de Alta Dirección Pública) conoce, a solicitud de cualquiera de las partes, las discrepancias de carácter técnico o económico que se produzcan entre ellas durante la ejecución del contrato. Ello, sin ejercer jurisdicción sino sólo emitiendo recomendaciones técnicas y/o económicas fundadas. Dichas decisiones no son vinculantes para las partes ni afectan la facultad del concesionario para accionar posteriormente ante la Comisión Arbitral o ante la Corte de Apelaciones de Santiago (aun cuando la controversia recaiga sobre los mismos hechos). En tal caso, la recomendación del panel puede ser considerada por la Comisión Arbitral o la Corte de Apelaciones como un antecedente para la dictación de su sentencia. Lo anterior, como es lógico, genera importantes beneficios y desincentiva llegar a las fases judiciales

(Comisión Arbitral o Corte de Apelaciones de Santiago) dado que el resultado ante éstas puede ser el mismo que el recomendado por el panel.

Una instancia similar al Panel Técnico de Concesiones de Obras Públicas (que no es otra cosa que un mecanismo de resolución temprana de controversias que habría que adaptar a las características y necesidades de las obras de infraestructura pública no concesionada) supliría la falta de adecuada resolución de inconvenientes por parte de los personeros del mandante, motivada por temor a incurrir en responsabilidades.

Asimismo, la implementación de una posterior fase de resolución judicial de controversias simplificada como la incorporada por la Ley N°20.410 (con la importante orientación o ayuda que les significaría contar con las recomendaciones técnicas y económicas no vinculantes tomadas en el minuto de la ejecución de la obra gracias a la instauración de un mecanismo de resolución temprana de controversias) mitigaría en gran medida los inconvenientes y/o aprensiones analizados en relación con la ausencia de mecanismos de resolución adecuada y oportuna de controversias. Dentro de esta fase judicial simplificada, el arbitraje institucional (con profunda y creciente penetración en nuestro país) asoma como una de las herramientas más idóneas para superar las imperfecciones revisadas en relación con el actual sistema de resolución judicial de controversias de la obra pública no concesionada. En efecto, dicho sistema es expedito, sin sesgos y sus sentenciadores cuentan con la disponibilidad de tiempo y el *expertise* necesario para resolver disputas de esta clase.