

Gerardo Ovalle y Aníbal Vial

Dispute Boards, normativa del MOP y Libre Competencia

"...El "cómo" y el "por qué" de su inclusión a nuestro sistema constituyen un importante precedente de la aproximación que el TDLC se encuentra dando a su facultad de proponer la dictación o modificación de preceptos (...) Es de esperar que el sesudo esfuerzo del tribunal tenga amplia y pronta acogida ante el personal técnico y jurídico del MOP. Ello, a efectos de incrementar la competencia en el mercado y reducir los costos..."

Viernes, 29 de mayo de 2020 a las 17:43 | Actualizado 17:33

Gerardo Ovalle y Aníbal Vial

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) dio un nuevo golpe. Como es de público conocimiento, con fecha 12 de marzo del año en curso estimó procedente ejercer, una vez más, su facultad legal de proponer al Presidente de la República la dictación o modificación de preceptos legales o reglamentarios.

En esta oportunidad decidió hacer uso de esa facultad propositiva en relación con el D.S. Nº75 de 2004, es decir, la principal normativa que regula la licitación de la obra pública tradicional del Ministerio de Obras Públicas (MOP), esto es, la obra pública no concesionada.

Las proposiciones efectuadas por el TDLC en relación con el D.S. Nº 75 se refieren a ajustes al régimen de subcontratación, la posibilidad de inscribir a personas relacionadas en los registros de contratistas y la incorporación de los Mecanismos de Resolución Temprana de Controversias (*Dispute Boards*).

Este último punto es el que mayor atención ha acaparado en los medios y en la cátedra. En efecto, múltiples artículos y reportajes se han publicado para destacar (y alabar) el hecho de que el TDLC haya propuesto incorporar al D.S. Nº 75 los *Dispute Boards*. Estos mecanismos, en lo que al rubro de la construcción concierne, consisten en que personas experimentadas en la materia acompañen la ejecución de la obra, sea en forma permanente o constituyéndose cada vez que surge una disputa, otorgando recomendaciones o decisiones de carácter técnico a las partes en el momento en que las disputas o diferencias se suscitan. La experiencia comparada demuestra que los mecanismos en cuestión generan importantes eficiencias (y ahorros) a los contratos de construcción, dado que disminuyen la litigación entre mandantes y contratistas.

Ahora bien, lo que no ha sido analizado con profundidad es, por un lado, "cómo" y, por otro, "por qué", una entidad encargada de velar por la libre competencia (como lo es el TDLC) ha propuesto que los *Disputes Boards* sean incorporados a la normativa que regula la relación del MOP con sus contratistas de obra.

Es decir, ¿cómo llegó el TDLC a conocer de esta materia? y ¿por qué el TDLC consideró que la

inclusión de los *Dispute Boards* a la obra regulada al amparo del D.S. N° 75 incrementaría la competencia de dicha obra?

En relación al “cómo” el TDLC llegó a conocer de estas materias, la respuesta es procesal y simple: fue a petición de la Cámara Chilena de la Construcción (CChC), entidad que lleva largos años trabajando para que los *Dispute Boards* sean incorporados a los contratos que vinculan a mandantes y contratistas. Cabe resaltar que la CChC solicitó la inclusión de los *Dispute Boards* actuando como tercero interviniente en un proceso ya iniciado y que versaba sobre otros ajustes al DS N° 75. Lo anterior constituye un precedente interesante dado que, en virtud del mismo, es válido sostener que las proposiciones de normativa que haga el TDLC pueden versar no solo de las materias planteadas por los solicitantes, sino también por aquellas que puedan levantar otros intervinientes.

En relación con el “por qué” el TDLC consideró que la inclusión de los *Dispute Boards* a la relación mandante-contratista incrementaría la competencia en la licitación de las obras de que se trata, la respuesta es un tanto más técnica. La CChC postuló que existían excesivos riesgos e incertidumbres para los contratistas que participan en las licitaciones del MOP, dado que este no resuelve oportunamente las dificultades propias que surgen en toda obra de construcción. Dicha falta de resolución oportuna de diferencias implica que —al final de cuentas— las mismas sean resueltas por la justicia ordinaria tras largos procesos judiciales. Según la CChC, ello generaría riesgos e incertidumbres innecesarios en el sistema, lo cual —a su turno— provocaría que contratistas idóneos para participar en esos procesos opten por no hacerlo. Lo anterior reduciría la participación de oferentes y, en definitiva, restringiría injustificadamente la competencia en el mercado en análisis. Dichos riesgos e incertidumbres, a juicio de la CChC, disminuirían con la incorporación de los *Dispute Boards*. Ello, dado que tanto los contratistas como el MOP contarían —durante la ejecución del contrato— con la asistencia de expertos en materia de construcción, quienes entregarían sus recomendaciones o resoluciones a medida que los conflictos surjan, disminuyendo, por ende, la litigación ante la justicia ordinaria. La incorporación de estos mecanismos reduciría así los riesgos e incertidumbres del sistema, fomentándose, por consiguiente, la participación de oferentes y la competencia en las licitaciones de las obras en cuestión.

El TDLC, en relación con este punto, resolvió que: “*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*”.

Consideramos que el “cómo” y el “por qué” de la inclusión de los *Dispute Boards* a nuestro sistema constituyen un importante precedente de la aproximación que el TDLC se encuentra dando a su facultad de proponer la dictación o modificación de preceptos legales o reglamentarios. En efecto, en el caso en examen el TDLC correctamente desentrañó el *quid* del asunto y, más allá de disquisiciones, optó por proponer ajustes a la normativa en cuestión, en pos del fomento de la competencia en la obra licitada por el MOP. Es de esperar que el sesudo esfuerzo del TDLC tenga amplia y pronta acogida ante el personal técnico y jurídico del MOP. Ello, a efectos de incrementar la competencia en el mercado en cuestión y reducir los costos de la obra en examen.

** Gerardo Ovalle Mahns y Aníbal Vial de Amesti son socios de Yrarrázaval, Ruiz-Tagle, Ovalle, Salas & Vial, expertos materias de Libre Competencia, Arbitraje y Litigios. El primero es profesor de las universidades Católica, del Desarrollo y Finis Terrae, mientras que el segundo es profesor en la U. de los Andes.*

EL MERCURIO

Términos y condiciones de la Información © 2002 El Mercurio Online

elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=908497&Path=/0D/DC/