



FACULTAD DE DERECHO  
PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DE CHILE

JUNIO 2022

# LIBRE COMPETENCIA Y DISPUTE BOARDS

ANIBAL VIAL



PROGRAMA UC - LIBRE  
COMPETENCIA

Documento elaborado por el Programa UC | Libre Competencia

# Libre Competencia y Dispute Boards

## Anibal Vial

Con fecha 12 de marzo de 2020, el Tribunal de Defensa de Libre Competencia (TDLC) estimó procedente ejercer su facultad legal de proponer al Presidente de la República la dictación y/o modificación de preceptos legales y/o reglamentarios (ROL: ERN-26-2018).<sup>1</sup>

En esa oportunidad, decidió hacer uso de esa facultad propositiva en relación con el Decreto Supremo N° 75 de 2004 (D.S. N°75), 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.<sup>2</sup> A la fecha, se está a la espera de la respuesta por parte del MOP, el cual tiene la obligación de manifestar su parecer sobre la proposición del TDLC.<sup>3</sup>

Las proposiciones efectuadas por el TDLC en relación con el D.S. N°75, dicen relación con ajustes al régimen de subcontratación y al Registros de Contratistas, así como la incorporación de los Mecanismos de Resolución Temprana de Controversias (*Dispute Boards*). Este último punto es el que mayor atención ha acaparado en la cátedra y respecto del cual trata el presente artículo.

Los *Dispute Boards* consisten en un grupo de personas expertas que acompañan la ejecución de la obra, sea en forma permanente o constituyéndose cada vez que surge una disputa, otorgando recomendaciones o decisiones a las partes de carácter técnico, al momento en que las disputas o diferencias se suscitan<sup>4</sup>. La experiencia comparada demuestra que estos mecanismos generan importantes eficiencias y ahorros a los

---

<sup>1</sup> Facultad establecida en el número 4 del artículo 18 del DL 211.

<sup>2</sup> ERN-26-2018, Proposición de modificación normativa N°20/2020 sobre Reglamento para Contratos de Obras Públicas, Decreto Supremo N°75 del MOP.

<sup>3</sup> Número 4 del artículo 18 del DL 211.

<sup>4</sup> También lo define la Cámara de Comercio Internacional como “*dispute board*” (DB) es un órgano permanente que típicamente se establece con la firma o el inicio de la ejecución de un contrato a mediano o largo plazo, para ayudar a las partes a evitar o resolver cualquier desacuerdo o desavenencia que pudiera surgir durante la aplicación del contrato.” (<http://www.icc-chile.cl/index.php/dispute-boards/>)

contratos de construcción, dado que disminuyen la litigación entre mandantes y contratistas y, por ende, reducen también los costos a causa de las demoras que producen las disputas<sup>5</sup>.

Ahora bien, cómo y por qué el TDLC ha propuesto que los *Disputes Boards* sean incorporados a la normativa que regula la relación del MOP con sus contratistas de obra. Dicho de otro modo, ¿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?

El TDLC llegó a conocer de estas materias a petición de la Cámara Chilena de la Construcción (CChC). La CChC propuso los *Dispute Boards* actuando como tercero interviniente en un proceso ya iniciado. Lo anterior, constituye un precedente procesal relevante. Así, sería válido sostener que las proposiciones de normativa que se hagan ante el TDLC pueden tratar no solo de las materias planteadas por los solicitantes, sino también por aquellas que puedan sugerir otros intervinientes.

En relación con por qué el TDLC consideró que la inclusión de los *Dispute Boards* incrementaría la competencia en la licitación de las obras de que se trata, la respuesta es más técnica.

La CChC indicó que existían excesivos riesgos e incertidumbres para los contratistas que participan en las licitaciones del MOP, dado que éste no resuelve oportunamente las dificultades propias que surgen en toda obra de construcción. La falta de resolución oportuna de diferencias implica que las mismas sean resueltas por la justicia ordinaria, tras largos procesos judiciales. Lo anterior, causaría excesivos costos adicionales a las obras que no todos los contratistas podrían soportar. Esto provocaría que contratistas idóneos para participar en esos procesos opten por no hacerlo. Todo lo cual, reduciría

---

<sup>5</sup> Existe valiosa experiencia extranjera que demuestra una reducción formidable de la judicialización de los conflictos, destacando la experiencia estadounidense y australiana. Sobre el particular, véase el documento denominado "Documentos de Trabajo No. 92. Modelos de contratación de obra pública: un análisis comparado a nivel internacional". En él se mencionan, además, casos como el peruano, los modelos de contratos FIDIC (por su nombre francés *Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils*), los contratos celebrados por el Banco Mundial, el contrato tipo NEC4 (*New Engineering Contract*) propuesto por la ICE (*Institution of Civil Engineers*), y, finalmente, la experiencia chilena con la entrada en vigencia de la Ley No 20.410 del año 2010.

la participación de oferentes y, en definitiva, restringiría la competencia en el mercado en análisis.

En el fondo, tales riesgos o incertidumbres actuarían como verdaderas barreras de entrada, las cuales disminuirían con la incorporación de los *Dispute Boards*, 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, acortando, por ende, los periodos de litigación ante la justicia ordinaria y los costos que acarrearán las dilaciones a causa de los litigios en una obra en ejecución.

La incorporación de estos mecanismos reduciría los riesgos e incertidumbres del sistema, fomentándose, por consiguiente, la participación de oferentes y la competencia en las licitaciones de las obras en el mercado de que se trata.<sup>6-7</sup>

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.”*<sup>8</sup>

De esta forma, por un lado, la inclusión de los *Dispute Boards* constituye un importante precedente sobre la aproximación que el TDLC se encuentra dando a su facultad de proponer la dictación y/o modificación de preceptos legales y/o reglamentarios. Y, por

---

<sup>6</sup> Sobre los efectos anticompetitivos de un sistema riesgoso, el TDLC se ha pronunciado con anterioridad en la sentencia 9/2004: *“Desde un punto de vista de eficiencia económica, estos comportamientos tienen el efecto de aumentar la incertidumbre del negocio del proveedor afectado que puede producir en el largo plazo incluso su salida del mercado y, dado el aumento del riesgo, puede dificultar que entren nuevos. Con ello se podría limitar la competencia en el sector de los proveedores a aquellos que pueden soportar un mayor riesgo y no necesariamente a los más eficientes en la producción del bien”*

<sup>7</sup> Al respecto, resulta muy ilustrativo lo señalado por don Juan Eduardo Figueroa Valdés: *“(…) dentro del ámbito de la construcción, específicamente, una gran barrera consiste en las dificultades en la ejecución de obras públicas y otros proyectos de construcción de infraestructura, es decir, el riesgo que los proyectos no se puedan llevar a cabo de una manera eficiente y libre de sorpresas que usualmente se traducen en un aumento desproporcionado de los costos de la inversión. En este contexto, en forma gradual, se están empezando a incorporar en el desarrollo de proyectos de infraestructura en Chile los dispute boards”*, Figueroa Valdés, Juan Eduardo, *“Construcción y Arbitraje”*, Der ediciones, 2019, p.112.

<sup>8</sup> Considerando 83, ERN-26-2018, Proposición de modificación normativa N°20/2020 sobre Reglamento para Contratos de Obras Públicas, Decreto Supremo N°75 del MOP.

otro, el TDLC captó que la incertidumbre y los riesgos en las obras que se construyen al alero del D.S. N°75 actúan como barreras de entrada, afectando la libre competencia en el mercado de que se trata, siendo los *Dispute boards* una novedosa herramienta que colaborará con reducirlas.

Así, el TDLC correctamente desentrañó el punto neurálgico del asunto y optó por proponer ajustes a la normativa en cuestión, en pos del fomento de la competencia. Ajustes, que se traducirán en una mejor resolución de los conflictos en la obra concesionada del MOP, cuyo efecto será reducir riesgos y dilaciones costosas, lo que tendrá como consecuencia inmediata favorecer el ingreso de nuevos contratistas, fomentando la competencia. Incluso, si llevamos el análisis más lejos, producto de la competencia que se crearía entre los oferentes, el Estado lograría obtener obras de buena calidad, pero a un precio mucho más bajo.

Es de esperar que el esfuerzo del TDLC tenga pronta acogida por el MOP.