

Resumen

En el presente artículo se analizarán los impactos que ha tenido la gestión de la «permisología» en proyectos de construcción en Chile, y los efectos negativos que tiene entre las partes de un contrato de construcción, principalmente respecto a las reclamaciones que pueden originarse durante la ejecución del proyecto. De esta forma, y sin perjuicio de que este problema ha encontrado propuestas de solución desde el espectro público, que buscan resolver el problema de la permisología de forma estructural, es posible plantear ciertos remedios desde el derecho privado y, en particular, desde los contratos de construcción para mitigar sus efectos negativos. Así, en este artículo se estudiarán los impactos de una permisología deficiente en diversos aspectos de la industria de la construcción, las reclamaciones y defensas que son usuales en este tipo de disputas, diversos modelos de respuesta a la permisología en el derecho comparado, junto con un análisis de las iniciativas de ley asociadas. Finalmente, se analizan ciertas propuestas de solución a este problema desde los contratos de construcción, centrándose esto último en el rol de la autonomía de la voluntad, la colaboración entre las partes, la asignación de riesgos y métodos alternativos de resolución de disputas.

Palabras clave: Permisología, construcción, contratos, reclamaciones, colaboración.

Abstract

This article addresses the different impacts that permit management has had on construction projects in Chile, and the negative effects it has between the parties in a construction contract, mainly regarding claims that may arise during the execution of the project. In this way, even though this problem has found proposed solutions from the public sector aimed at solving the problem of permit management as such, it is possible to raise certain remedies from private law, and from construction contracts to mitigate its negative effects. Thus, this article will study the impacts of deficient permit management in various aspects, the claims and defenses that are usual in these disputes, different models of comparative law, together with an analysis of the associated legal initiatives. Finally, this article addresses certain proposals for solutions to this problem from construction contracts, focusing on the role of the autonomy of will, the collaboration between the parties, the risk allocation, and alternative methods of dispute resolution.

Keywords: Permits, construction, contracts, claims, cooperation.

Sergio Escobar Repullo

Carey y Cía.
Santiago, Chile
sescobar@carey.cl
<https://orcid.org/0009-0000-6660-4059>

Sergio Escobar Repullo es abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Diplomado en Derecho de la Construcción por la Universidad de los Andes, Chile. Ayudante de la cátedra de Derecho Procesal Civil de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Es asociado del grupo judicial e insolvencia del estudio Carey y Cía.

Carey y Cía.
Santiago, Chile
sescobar@carey.cl
<https://orcid.org/0009-0000-6660-4059>

Sergio Escobar Repullo is a Lawyer from Pontificia Universidad Católica de Chile. Diploma in Construction Law from Universidad de los Andes, Chile. He is an Assistant Professor of Civil Procedural Law at Pontificia Universidad Católica de Chile. Currently, he is an associate at the dispute resolution team at Carey y Cía.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos, la agenda pública de Chile ha estado marcada por un intenso debate en relación con lo que se denomina la «permisología». Esta discusión, no obstante llevar décadas en el escrutinio público, surgió con particular importancia en el gobierno del actual presidente Gabriel Boric, por los anuncios de diversas modificaciones al ordenamiento legal con la finalidad de mejorar esta materia desde un punto de vista normativo.

En términos simples, el concepto de *permisología* puede definirse como «el conjunto de permisos que deben obtenerse para realizar un proyecto de inversión».¹ En efecto, la permisología consiste en la serie de autorizaciones, permisos, resoluciones y demás documentos que deben ser obtenidos para efectuar un proyecto de inversión o —en particular, para los efectos de este artículo— un proyecto de construcción.

La relevancia de este concepto es evidente. La permisología y la inversión de un país se encuentran directamente ligadas, en cuanto mientras menos trabas exista en la primera, más fomentada se verá la segunda. En este sentido, se ha indicado que una adecuada permisología debe, por un lado, necesariamente ser eficaz, de manera de asegurar los objetivos que justifican su existencia (por ejemplo, la protección del medioambiente), así como eficiente, por el otro, buscando disminuir los costos de transacción al mínimo posible.² En efecto, puede que una permisología sea eficaz, logrando una efectiva protección del bien jurídico asociado, pero ineficiente, en cuanto termina por entorpecer la inversión en un país.

Así, los defectos en la permisología pueden implicar un grave impacto negativo en una serie de aspectos, como retrasos importantes en el inicio de un proyecto de construcción; reclamaciones y paralización —ya sea total o parcial— en la ejecución de una obra; así como efectos gravemente negativos en la economía nacional, como lo reveló el informe elaborado por la Comisión Nacional de Evaluación y Productividad (CNEP) en agosto de 2023.³

¹ Fabiola Cabrera, «“Permisología” asociada a los proyectos de inversión: Informes de la Comisión Nacional de Evaluación y Productividad de 2019 y 2023», Comisión de Minería y Energía de la Cámara de Diputadas y Diputados, Biblioteca del Congreso Nacional, noviembre de 2023, https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/35549/1/Informe_BCN_aspectos_regulatorios_para_la_inversion_FINAL.pdf.

² Comisión Nacional de Evaluación y Productividad, *Análisis de los permisos sectoriales prioritarios para la inversión en Chile* (Santiago: CNEP, 2023), 15.

³ La Comisión Nacional de Evaluación y Productividad es una institución pública encargada de generar recomendaciones para mejorar la productividad y el bienestar de las personas, proponiendo políticas públicas fundamentadas técnicamente y que reflejen la opinión de la sociedad civil; además, debe asesorar al presidente de la República en materias relacionadas con mejoras en la calidad regulatoria y en la evaluación de políticas y programas públicos, incluyendo las metodologías utilizadas. En febrero de 2023, el presidente de la República solicitó a la CNEP llevar a cabo un exhaustivo proceso de revisión y análisis de los permisos sectoriales clave para el desarrollo de proyectos de inversión en Chile, con el objetivo de proponer mejoras que permitieran avanzar hacia una conciliación efectiva de estos dos objetivos.

En esta línea, para aquellos que ejercen en la industria de la construcción, es evidente que este asunto ha derivado en una importante fuente de conflicto entre particulares, con un grave impacto en los contratos de construcción. En efecto, considerando que las partes de un contrato muy difícilmente tratan este asunto *ex ante*, en el sentido de regular de manera detallada cómo proceder frente a impactos por una permisología deficiente, así como tampoco regulan de manera adecuada la distribución de riesgos, es usual que en la industria surjan reclamaciones, o los llamados *claims*, ya sea de parte del mandante o del contratista, por retrasos con ocasión de la demora en la obtención de permisos y los mayores costos asociados.

Es en este sentido que, para los efectos de este artículo, se analizarán los proyectos de ley propuestos, a la luz de la experiencia comparada en la materia, y se estudiarán propuestas de solución desde los contratos de construcción, buscando medidas que permitan mantener un adecuado avance del proyecto de construcción, para evitar paralizaciones totales o parciales, considerando que el avance del proyecto es, al final del día, el aspecto más esencial de una obra.

2. IMPACTO NEGATIVO DE LA PERMISOLOGÍA DEFICIENTE

Las propuestas que en este trabajo se estudian buscan mitigar los graves perjuicios que una permisología deficiente puede suponer en la industria de la construcción. En efecto, los impactos de esta situación pueden estar asociados a todo el *iter* de un proyecto constructivo, como lo es, en primer lugar, el inicio de un proyecto de construcción, el cual puede verse gravemente ralentizado al no poder iniciar su fase de construcción; en segundo lugar, puede suceder que, una vez iniciado un proyecto de construcción, este se vea paralizado por la falta de adecuación de los permisos a la realidad del proyecto, o bien la necesidad de modificarlos; por último, una permisología deficiente termina por afectar derechamente el desarrollo y la economía del país.

2.1. Impacto de la permisología en los inicios de un proyecto, previo a la fase de construcción, y en las garantías constitucionales de la libre iniciativa en materia económica y la igualdad ante la ley

La decisión de iniciar un proyecto de inversión conlleva un arduo y largo trabajo por parte del propietario. En este sentido, el Reglamento para Contratos de Obra Pública define el concepto de *proyecto* como el «conjunto de antecedentes que permite definir en forma suficiente la obra por realizar, que incluye bases administrativas, planos generales, planos de detalle, especificaciones técnicas y todos los demás documentos de la licitación».⁴

⁴ Decreto 75/2004, 1 de diciembre de 2004, del Ministerio de Obras Públicas, que aprueba el Reglamento para Contratos de Obra Pública, artículo 4.

De esta forma, usualmente, para iniciar la ejecución de un proyecto se requiere que este sea completo, en el sentido de contener los antecedentes arquitectónicos, especificaciones generales y especiales, bases económicas, entre otras condiciones. Lo anterior, sin perjuicio de que algunos de estos aspectos pueden faltar en ciertas modalidades de contratos (como los denominados *fast tracks*).⁵

Ahora bien, sin duda el proceso para lograr que un proyecto sea considerado como completo, o que al menos cuente con los elementos mínimos suficientes para su ejecución, implica una inversión importante de recursos. No obstante, puede darse la situación de que, una vez que el proyecto se encuentre en condiciones óptimas para su construcción en una gran cantidad de aspectos (como el financiero, corporativo, laboral, entre otros), este no pueda ser ejecutado, precisamente, en cuanto los permisos necesarios para el desarrollo de este se han ralentizados en su obtención, lo que implica desde el inicio un retraso en los objetivos del propietario del proyecto y del contratista.

Sobre este punto, Chile presenta preocupantes cifras en los tiempos necesarios para la obtención de permisos para llevar a cabo una actividad de inversión. En efecto, en 2023, el informe del CNEP efectuó un detallado «análisis de los permisos sectoriales prioritarios para la inversión en Chile».⁶ En dicho análisis, se pudo destacar: i) la existencia de 439 trámites que afectan el proceso de inversión; ii) dentro de los cuales 309 podrían ser calificados como lo que se denominó «permisos sectoriales»;⁷ y iii) 63 «permisos sectoriales prioritarios» para la inversión, considerándose esta última clase de permisos como aquellos que, debido a su importancia, tienen el potencial de detener el avance de un proyecto en su ruta crítica.

Para los efectos de este análisis, entendemos por *ruta crítica* a la secuencia de actividades que definen el plazo del contrato, de manera que cualquier impacto en ella afecta el plazo de construcción del proyecto.⁸

⁵ Ricardo Padilla, *El contrato de construcción privado* (Santiago: Legal Publishing, 2023), 84. Por modalidad *fast track* se entiende aquella en la cual el contratista debe comenzar con la ejecución de las obras aun cuando el mandante no haya proporcionado la totalidad del diseño, planos o ingeniería del proyecto, los que al inicio de este solo se encuentran parcialmente desarrollados.

⁶ CNEP, *Análisis...*, 9.

⁷ El informe alude al concepto de *permiso sectorial* como todo aquel que requiere un pronunciamiento favorable expreso por parte de la autoridad correspondiente para autorizar el desarrollo de un proyecto de inversión. CNEP, *Análisis...*, 9.

⁸ Padilla, *El contrato...*, 201. De igual forma, el concepto de *ruta crítica* ha sido definido por la doctrina nacional como «el conjunto de actividades secuenciales y concatenadas entre ellas que van definiendo el plazo contractual, de manera que la demora de una de ellas afecta el plazo total del contrato». Carlos Molina Zaldívar y Víctor Ríos Salas, *Derecho de la construcción* (Santiago: Autor, 2016), 250.

Ahora bien, lo preocupante consiste en que, conforme lo analizado en el informe del CNEP, diversas industrias relevantes para el adecuado desarrollo del país se ven afectadas por una deficiente gestión en la permisología. Por ejemplo, en llegar a la condición necesaria para explotar activos y generar retornos, diversos proyectos de inversión experimentan retrasos importantes en su etapa de preinversión,⁹ fase previa a la de construcción.

A modo de ejemplo, un proyecto minero de explotación puede tardar 107 meses —que, en el caso de incluir una planta desaladora, aumenta en 32 meses más—, con un período de 73 meses en la etapa de preinversión; mientras que un proyecto de desalación puede tardar 139 meses, con 105 meses en la fase de preinversión; y un proyecto de energía renovable no convencional (como una planta fotovoltaica) puede demorar 50 meses, con 38 meses en la etapa de preinversión.¹⁰

Es a partir de lo anterior que, como fue señalado por un exministro de Hacienda de Chile, la permisología en definitiva se convierte en «un impuesto indirecto a las inversiones», y además «un impuesto grande».¹¹ Lo anterior, además de generar impactos en los plazos del proyecto —como fue recién analizado—, ocasiona graves efectos en los recursos de una empresa, considerando que la puesta en marcha y los ingresos que se previeron para cierto momento no se podrán cumplir por impactos asociados al inicio de la ejecución del proyecto.

Directamente ligado con la situación recién mencionada, la permisología reviste una importante gravedad desde el punto de vista legal. En este sentido, desde el ámbito constitucional, el escenario anterior puede configurar una infracción a las garantías constitucionales consagrada en el artículo 19, numerales 2 y 21 de la Constitución.¹²

⁹ Por «etapa de preinversión» se entiende aquella que es previa a la fase de construcción, y que contempla principalmente la etapa de ingeniería del proyecto.

¹⁰ CNEP, *Análisis...*, 74-75.

¹¹ Amanda Santillán y Sebastián Valdenegro, «Ignacio Briones, exministro de Hacienda y presidente de Horizontal: “La permisología es un impuesto indirecto a las inversiones y es un impuesto grande”», *Diario Financiero*, 6 de julio de 2023, <https://www.df.cl/economia-y-politica/macro/ignacio-briones-exministro-de-hacienda-y-presidente-de-horizontal-la>.

¹² Constitución Política de la República, artículo 19, numeral 2: «La Constitución asegura a todas las personas: [...] La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias; numeral 21: «La Constitución asegura a todas las personas: [...] El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen».

En efecto, en el caso de existir permisos que pongan en riesgo de tal manera la inversión, convirtiéndose en la práctica en un «impuesto grande», ciertamente conlleva que la garantía para desarrollar cualquier actividad económica se ve afectada. Así, en los hechos, difícilmente puede considerarse que existe una libre iniciativa en materia económica, y que ella puede desarrollarse, al menos en el ámbito de la ejecución de proyectos, en igualdad de condiciones a otra clase de iniciativas de inversión —afectándose la igualdad ante la ley—, si se toman en cuenta las gravosas cargas en materia de permisos para la construcción.

2.2. Impacto de la permisología en los recursos de las partes de un contrato durante el desarrollo de un proyecto: El grave efecto de la paralización

Tras analizar los impactos que puede causar una deficiente permisología en la etapa inicial de un proyecto de construcción y en las garantías constitucionales de libre iniciativa en materia económica e igualdad ante la ley, una segunda hipótesis gravosa que puede darse es que, a pesar de haber obtenido los permisos necesarios para iniciar una obra, estos se vean obsoletos debido a que las necesidades del proyecto de construcción se vieron modificadas, o bien, durante la ejecución surgieron circunstancias imprevistas que implicaron una modificación u obtención de nuevos permisos.

Considerando el carácter de ejecución diferida de un contrato de construcción,¹³ lo anterior no es de difícil ocurrencia. En efecto, aquellos cuyo ejercicio profesional lo concentran en materias de construcción, ya sea en la contratación, gestión o resolución de disputas asociadas a estos contratos, habrán experimentado alguna vez que los proyectos en los cuales participaron se vieron modificados o alterados en su objeto y secuencia inicial, por lo que se necesita gestionar nuevos permisos.

Lo anterior puede llevar, eventualmente, al peor escenario para una obra: que el proyecto quede paralizado en su avance, total o parcialmente, al no contar con dichos permisos. Si a lo anterior se suma el que los tiempos y trámites para obtener esas autorizaciones

¹³ En este sentido, se ha indicado por la doctrina que el carácter de ejecución diferida de un contrato de construcción involucra «una exigencia mayor para las partes, dado que la buena fe exige la subsistencia de la diligencia y la mantención de la equivalencia de las prestaciones durante todo el tiempo en el que las obligaciones deben cumplirse. Ello requiere de ambos contratantes una conducta colaborativa y leal para el éxito en el cumplimiento del contrato hasta su término». Molina Zaldívar y Ríos Salas, *Derecho...*, 39-40. En esta misma línea, lo cierto es que la naturaleza del contrato de construcción como uno de ejecución diferida también implica para las partes una carga importante en cuanto a mantener el contrato en ejecución durante todo el plazo pactado, evitando paralizaciones totales o parciales que, a la larga, impliquen un perjuicio para ambas partes del contrato.

son excesivos, burocráticos e ineficientes, entonces el proyecto de construcción se encuentra en una difícil situación.

Desde ya, se pueden advertir dos clases de agravios que pueden experimentar las partes de un contrato de construcción en este escenario.

2.2.1. Impacto en los recursos propios de las partes de un proyecto

Tras obtener los permisos necesarios para iniciar la fase de construcción de un proyecto, las partes de un contrato ya han efectuado grandes desembolsos en la fase de preinversión analizada en los puntos anteriores. Asimismo, muy probablemente, ya han llevado a cabo la movilización de recursos a faena y, eventualmente, el inicio de la obra en ciertas porciones del proyecto.

Sin embargo, en el caso en que las partes detecten que no cuentan con uno o más permisos necesarios para llevar adelante la obra en su totalidad, ya sea porque ellos se volvieron obsoletos, o bien porque se requieren otros nuevos, es posible que la ejecución se vea paralizada.

Dicha paralización total o parcial de un proyecto de construcción implica: i) mantener los insumos, equipamientos y mano de obra necesaria en la faena; ii) mantener la vigencia de las boletas o pólizas de garantías, o demás instrumentos de garantía que hayan acordado las partes; iii) contratar técnicos para la gestión de los nuevos permisos requeridos; y iv) mantener en condiciones las instalaciones que ya fueron construidas, entre otros. Todo lo anterior supone una inversión importante de recursos.

2.2.2. Conflictos y origen de reclamaciones entre las partes de un contrato

Por otro lado, la excesiva demora en la tramitación de los permisos muchas veces genera conflictos entre las partes de un contrato, así como una mayor onerosidad en el proyecto, dando lugar a reclamaciones (*claims*) relacionadas con un mayor plazo y costo para la ejecución del contrato. Este aspecto se analizará en detalle en la cuarta sección de este artículo.

2.3. Impacto en la economía del país

La importancia de la industria de la construcción en la economía de un país ha sido destacada en múltiples ocasiones. Se ha indicado que «el sector de la construcción se considera como un genuino termómetro respecto de la salud de la economía mun-

dial o de un determinado país, dada su fuerte vinculación con las fluctuaciones macro y microeconómicas».¹⁴

En este sentido, una deficiente regulación en la permisología conlleva, a todas luces, un efecto negativo en la economía de un país. En efecto, es evidente que un inversionista buscará emplear sus recursos y ejecutar sus proyectos de construcción en aquellos países que tengan mejores índices de permisología, en el sentido de contar con sistemas más eficaces y eficientes para la obtención de los permisos y autorizaciones necesarios.

En este sentido, tal como se indicó en el Mensaje Presidencial 293-371, del 19 de enero de 2024,

existe consenso en que la obtención de autorizaciones se ha transformado en una de las restricciones críticas a la materialización de inversiones en Chile. Los distintos servicios del Estado y los(as) titulares de proyectos coinciden en la falta de coherencia regulatoria, duplicación y superposición de autorizaciones, y vacíos normativos que generan demoras e incerteza jurídica.¹⁵

Lo anterior va directamente ligado a una alta litigiosidad en la industria de la construcción, que es preocupante. En efecto, en 2018, el valor promedio global de las disputas de construcción fue de USD 43,4 millones, con una duración promedio de las disputas de 14,3 meses.¹⁶

Este no es un aspecto baladí, por lo que debe ser mirado con la gravedad que amerita. En efecto, el «Informe de macroeconomía y construcción 65», elaborado por la Cámara Chilena de la Construcción (CChC), registró una caída de 4% en la inversión en el sector de la construcción en Chile durante 2023, y proyectó una nueva caída de 0,4% durante 2024.¹⁷

¹⁴ Padilla, *El contrato...*, 2.

¹⁵ Mensaje Presidencial 293-371, 10 de enero de 2024, citando al informe anual de productividad de CNEP, de 2019.

¹⁶ Luis Felipe Torres, *Contratos colaborativos y disminución de controversias en proyectos de construcción* (Santiago: Libromar, 2023), 37.

¹⁷ Cámara Chilena de la Construcción, «Informe de macroeconomía y construcción 65», enero de 2024, p. 50, <https://cchc.cl/documents/13109/539255/a-Informe-MACH-65.pdf/b8011309-e6d5-7685-3f30-960c7e1cear3>. La cifra anterior es preocupante, sobre todo si se considera que durante 2021 y 2022 la construcción había experimentado un importante aumento de la inversión de 11,2% y 2,5%, respectivamente.

Por su parte, y en el ámbito local, las cifras del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago (CAM Santiago) muestran que las disputas de construcción representan 21% del total de los arbitrajes tramitados en dicha sede, principal centro arbitral en Chile.¹⁸

De esta forma, si se toma el hecho de que la gestión de la permisología en Chile adolece de importantes deficiencias, sumado al antecedente de que los contratos de construcción en nuestro país son altamente litigiosos —en parte derivado del factor de permisología—, ciertamente esto lleva a afectar la economía chilena. En efecto, difícilmente un inversionista va a dirigir sus esfuerzos en un área económica que registra demoras importantes en la obtención de permisos, sumado a un alto nivel de controversias.

De lo anterior, se sigue que los defectos en materia de permisología afectan no solo los recursos privados de las partes del contrato de construcción, sino que, a la larga, terminan por impactar directamente en la economía del país, dañando una de las áreas críticas para el desarrollo nacional.

3. RECLAMACIONES Y DEFENSAS USUALES RELACIONADAS CON LA PERMISOLOGÍA EN LA INDUSTRIA DE CONSTRUCCIÓN: IMPACTOS EN LOS RECURSOS DE UNA EMPRESA

Para quienes ejercen en la industria de la construcción, principalmente en lo que se refiere a procedimientos contenciosos relacionados con esta, les resultará usual que una gran cantidad de reclamos o *claims* derivan del retraso en la obtención de permisos o las autorizaciones necesarias para llevar adelante el proyecto de construcción.

En efecto, por un lado, el mandante le reclamará al contratista que el proyecto no ha cumplido con las fechas originalmente convenidas; que existen incumplimientos de los hitos contractuales; que la tramitación de los permisos —o algunos de ellos— es de responsabilidad del contratista; y que existen porciones del proyecto en que la obra puede continuar su desarrollo.

En línea con lo anterior, usualmente dichos reclamos irán asociados a la aplicación de multas contractuales, que estarán revestidas de la naturaleza jurídica de una cláusula penal moratoria.¹⁹

¹⁸ Torres, *Contratos...*, 37.

¹⁹ Padilla, *El contrato...*, 367. El autor indica que: «No obstante se les asigne el término “multas” a la sanción contractual aplicable al retraso del contratista en la ejecución de sus trabajos, aquellas, a mi juicio, no son otra cosa que el establecimiento de cláusulas penales moratorias, pues se trata de convenciones por las que un contratante asegura el cumplimiento de una obligación —de acuerdo con el artículo 1.535 del Código Civil— mediante la sujeción a una pena que consiste en dar algo —particularmente, una suma de dinero— en caso de retardar una obligación contractual». En el mismo sentido, considerando las multas contractuales por retrasos como una cláusula penal, ha resuelto la Corte Suprema en causa rol 7.376-2018, del 12 de noviembre de 2019.

Por otro lado, el contratista de la obra probablemente alegará, o se defenderá, indicando que se ve imposibilitado de ejecutar la obra en los términos y plazos originalmente acordados; que la gestión de los permisos le corresponde al mandante de la obra; y que se requiere una modificación de los plazos y recursos del contrato considerando que el proyecto se ha visto impactado.²⁰

Ahora bien, y tomando en cuenta las altas cuantías que los contratos de construcción suelen llevar aparejadas en su precio, así como los graves impactos económicos que una paralización de la obra puede ocasionar, tanto para el mandante como para el contratista, es que las reclamaciones en materia de construcción suelen ser de una altísima suma.

Sobre este punto, para efectos de medir la relevancia de este tema, en 2020, un estudio de 1.185 proyectos en 88 países determinó que el promedio de las reclamaciones en proyectos de construcción alcanzaba el 55,9% del costo planificado de las respectivas obras, mientras que las solicitudes de aumentos de plazo llegaban al 71% de la duración del programa original.²¹

Las cifras anteriores sin duda son preocupantes, en cuanto pueden desestabilizar y acarrear consigo un estrés financiero en el mundo de las empresas de construcción, en el evento de verse frente a reclamaciones de dicha cuantía. La conclusión anterior se ve reforzada si se toma en cuenta el grave estado en que se encuentra la economía nacional y mundial, y el alto número de procesos concursales de empresas ligadas a la construcción.²²

4. MIRADA COMPARADA RESPECTO A LA PERMISOLOGÍA: PROPUESTAS DE SOLUCIÓN EN CHILE DESDE EL ÁMBITO PÚBLICO

4.1. Modelos de ordenamiento comparados

En el derecho comparado existen ejemplos que, sin duda, permiten evaluar posibles mejoras desde el ámbito público en el manejo de los permisos y autorizaciones necesarias en el área de la construcción.

²⁰ En este sentido, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago, en causa rol 10.308-2019, del 21 de abril de 2021, acogió una demanda de indemnización de perjuicios en contra del fisco de Chile fundándose, entre otros aspectos, en las paralizaciones del proyecto y los daños asociados a ello.

²¹ Torres, *Contratos...*, 37.

²² Así, por ejemplo, se ha informado que, solo en 2023, 1.500 empresas constructoras han iniciado un proceso de liquidación voluntaria, 1.200 empresas se vieron enfrentadas a un proceso de liquidación forzosa y 36 obras públicas fueron abandonadas. Dentro de las graves afectaciones mencionadas, se incluyen precisamente los defectos en permisología, que llevaron a que, por ejemplo, los permisos de edificación disminuyeran en 60%. Trinidad Fischer, «La lucha por sobrevivir del sector de construcción: 1.200 empresas entraron en liquidación forzosa el 2023», *Emol*, 6 de septiembre de 2023, <https://www.emol.com/noticias/Economia/2023/09/06/1106306/crisis-quebra-empresas-de-construccion.html>.

Así, por ejemplo, cifras entregadas por el Banco Mundial permiten observar que en Chile los días necesarios para obtener los permisos para desarrollar un determinado proyecto de construcción (un almacén, en este caso) son 195; mientras que en otros países esa cifra es considerablemente menor, como es el caso de Singapur, donde los días para obtener los permisos para la misma actividad son 35,5. Lo mismo puede observarse en el caso del estado de California en Estados Unidos, con 68 días, y en Alemania, con 126 días.²³

A partir de lo anterior, un análisis de la experiencia comparada resulta relevante para analizar diversos ejemplos que puedan ser interesantes de tomar en cuenta en la evaluación de políticas públicas en materia de permisología.

4.1.1. El ejemplo de Estados Unidos: FAST 41

En Estados Unidos, a fin de agilizar los proyectos de inversión y evitar su retraso debido a la tramitación de permisos, se implementó la iniciativa FAST 41, cuyo nombre proviene del título 41 del Fixing America's Surface Transportation Act.

El acta se remonta a 2015, cuando se buscó potenciar la inversión en materia de infraestructura de transporte creando un sistema eficiente e innovador, que luego se amplió a industrias como la minería, la inteligencia artificial, las energías renovables y la ciberseguridad, entre otras. Así, el programa busca contribuir a garantizar un proceso a nivel federal en Estados Unidos que sea más transparente y previsible en materia de permisos, para proyectos de infraestructura de gran tamaño. Actualmente, la principal cartera de proyectos que maneja el FAST 41 consiste en energías renovables, restauración costera y transmisión de electricidad.²⁴

Un primer elemento que podemos rescatar de dicho sistema es la implementación de una agencia especialmente encargada de tramitar los permisos requeridos para dichos proyectos, denominada Federal Permitting Improvement Steering Council, de carácter independiente, y que cada año envía reportes de sus resultados al Congreso.

²³ El estudio del Banco Mundial se centra en las regulaciones necesarias para hacer negocios y, en este caso en particular, en el manejo de permisos de construcción. Este análisis comprende los procedimientos, junto con el tiempo y costo para construir un nuevo almacén, incluyendo la obtención de licencias y permisos aplicables, así como demás trámites administrativos. Información disponible en «Manejo de permisos de construcción», Banco Mundial, Doing Business, <https://archive.doingbusiness.org/es/data/exploretopics/dealing-with-construction-permits>.

²⁴ «Title 41 of the Fixing America's Surface Transportation Act (FAST-41)», Permitting Dashboard, Federal Infrastructure Projects, <https://www.permits.performance.gov/about/title-41-fixing-americas-surface-transportation-act-fast-41>.

Además, destaca la implementación de una plataforma digital, llamada Permitting Dashboard, con información acerca de los proyectos elegibles, los permisos respectivos y las estadísticas de su tramitación. Asimismo, existe un sistema de calendarización respecto a la tramitación de permisos (Permitting Timetable), como también una agencia facilitadora para coordinar los permisos requeridos en cada sector (Facilitating Agency).

Por su parte, las agencias u organismos involucrados en el otorgamiento de permisos deben cumplir con los plazos previamente establecidos y, en caso de no acatarlos, se debe presentar al director ejecutivo del Permitting Council Chair una explicación con las razones específicas que impiden el cumplimiento y una propuesta de nueva fecha.²⁵

En resumen, todas las iniciativas del FAST 41 buscan otorgar seguridad jurídica para quienes soliciten permisos o autorizaciones, así como mayores facilidades para hacer de esto un proceso más eficaz.

4.1.2. El ejemplo de la Unión Europea

En línea con lo señalado en la introducción de este análisis, la Unión Europea ha entendido que suspender el inicio de una actividad económica hasta la obtención de los permisos necesarios para su ejecución conlleva un entorpecimiento del ejercicio de las libertades económicas para el establecimiento y prestación de servicios.²⁶

A partir de ello, por ejemplo, la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios del mercado interior de los estados miembros de la Unión Europea, contempla una serie de principios tendientes a simplificar los permisos y autorizaciones necesarias para llevar a cabo una actividad económica.

Así, el artículo 5 de la Directiva incluye como principio que todos los permisos que puedan ser simplificados deben simplificarse. Este es un aspecto relevante, al incorporarse como un elemento central de la regulación la necesidad de hacer más idónea la estructura de permisos de los Estados miembros de la Unión Europea.

Por su parte, el artículo 6 contempla el sistema de ventanillas únicas, donde los interesados pueden efectuar todos los trámites necesarios para llevar adelante los procesos de autorizaciones, declaraciones y solicitudes que sean necesarios, entre otros.

²⁵ CNEP, *Análisis...*, anexo 3, p. 11.

²⁶ CNEP, *Análisis...*, 20.

En esta línea, y en aras de una mayor seguridad jurídica, el artículo 7 contempla el derecho de información de los ciudadanos, indicándose que los Estados miembro de la Unión Europea deben otorgar información respecto a los requisitos aplicables a los procedimientos y trámites, datos de contacto de las autoridades competentes, medios de acceso a los órganos implicados y recursos en contra de la autoridad en el evento de desacuerdos, etcétera.

Así, se puede observar que la legislación de la Unión Europea en materia de permisos se centra en buscar la menor interferencia posible en las actividades de inversión, contemplando como principio general la necesidad de simplificar al máximo la gestión de los trámites, junto con garantizar la seguridad jurídica de los interesados.

4.2. Propuesta de solución en trámite en Chile

En enero de 2024, el Ejecutivo anunció la presentación de dos proyectos de ley relacionados con la permisología. Estos consisten en: i) una Ley Marco de Autorizaciones Sectoriales; y ii) una reforma a la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, que viene a actualizar la Ley 19.300. Por su parte, el 25 de noviembre de 2022, el diputado Juan Fuenzalida ingresó un proyecto de ley bajo el Boletín 15.534-14, con la finalidad de modificar la Ley General de Urbanismo y Construcciones.

A continuación, se presenta un análisis somero de ambos proyectos, y de aquellos aspectos relevantes para los efectos de este artículo.

4.2.1. Ley Marco de Autorizaciones Sectoriales

El objetivo de esta ley, conforme el Mensaje Presidencial 293-371 (Boletín 16.566-03), consiste en incentivar la inversión y el crecimiento, mediante las siguientes medidas:

- Se disponen tipologías para reemplazar las autorizaciones sectoriales, dependiendo de la obra, instalación o proyecto, e instaura un mecanismo para que ciertos permisos puedan ser reemplazados por técnicas habilitantes alternativas, como avisos y declaraciones juradas.

- Se establecen normas mínimas de procedimiento y plazos máximos para resolver, además de innovaciones en materia de silencio administrativo.²⁷
- Se crea el Sistema de Información Unificado de Permisos Sectoriales, consistente en un sistema electrónico de información y gestión de autorizaciones sectoriales, declaraciones juradas y avisos que, en el mediano plazo, unifique las vías de presentación de solicitudes de autorizaciones sectoriales, funcionando como ventanilla única.²⁸

4.2.2. Proyecto de ley que modifica la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente 19.300

Por su parte, por medio del Mensaje Presidencial 292-371 (Boletín 16.552-12), se presentó un proyecto de ley con el objetivo de fortalecer la institucionalidad ambiental y mejorar su eficiencia. Así, entre otras, se propusieron las siguientes medidas:

²⁷ En este caso, el silencio administrativo se aplicará, por regla general, en forma positiva para el otorgamiento de autorizaciones, salvo que la ley sectorial establezca un efecto negativo o desestimatorio. Proyecto de ley, Boletín 16.566-03, 10 de enero de 2024, que inicia un proyecto de ley que establece una ley marco de autorizaciones sectoriales e introduce modificaciones a los cuerpos legales que indica, artículo 24, p. 47: «Transcurrido el plazo legal para resolver acerca de una solicitud de autorización sin que el órgano sectorial se pronuncie sobre ella, el(la) interesado(a) estará legitimado para hacer valer el silencio administrativo. Cuando el efecto del silencio sea estimatorio, la autorización se entenderá otorgada en los términos expresados en la solicitud que dio inicio al procedimiento y la información adicional incorporada al expediente, si la hubiere, y surtirá todos sus efectos legales desde la fecha de expedición del certificado en que conste el vencimiento del plazo. Cuando el efecto del silencio sea desestimatorio, el plazo para el ejercicio de los recursos administrativos y las acciones judiciales que procedan en contra del rechazo ficto de la solicitud se contará desde la fecha de expedición del certificado en que conste el vencimiento del plazo. El certificado a que se refieren los incisos anteriores será emitido a requerimiento de parte, de forma automática y sin más trámite, por el Sistema de Información Unificado de Permisos Sectoriales regulado en el título VI. Si la ley sectorial no otorga un efecto determinado al silencio administrativo, se estará al efecto establecido en los numerales siguientes: 1) tratándose de autorizaciones de proyecto y autorizaciones de funcionamiento, si el órgano sectorial no se pronuncia dentro de plazo, la autorización se entenderá otorgada; 2) tratándose de autorizaciones de administración o disposición, autorizaciones de localización, autorizaciones de profesional o servicio y otras autorizaciones, si el servicio no se pronuncia dentro de plazo, la autorización se entenderá rechazada. La conclusión del procedimiento por silencio administrativo es sin perjuicio de la responsabilidad administrativa que sea procedente».

²⁸ Proyecto de ley Boletín 16.566-03, título VI, artículos 52 y ss.

- En cuanto a la evaluación de impactos, se agrega una tramitación expedita para proyectos urgentes.
- En cuanto a la reclamación a las resoluciones de calificación ambiental (RCA), se establece una sola vía de impugnación, el recurso de reclamación único y simplificado, para evitar tiempos excesivos y reenvíos entre tribunales y administración.
- Se podrá presentar una declaración jurada para introducir modificaciones a proyectos con RCA, en la medida de que no sean cambios de consideración.
- Se crea la figura de participación temprana, la cual será voluntaria y previa al ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA).²⁹

4.2.3. Proyecto de ley que modifica el Decreto con Fuerza de Ley 458, de 1975, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, que aprueba la Ley General de Urbanismo y Construcciones

Finalmente, cabe hacer mención al proyecto de ley ingresado el 25 de noviembre de 2022 por el diputado Juan Fuenzalida, bajo el Boletín 15.534-14, por el cual se pretende modificar la Ley General de Urbanismo y Construcciones de manera de reducir la demora en los trámites legales para desarrollar proyectos inmobiliarios.³⁰

En dicho proyecto, se hace un análisis de los diversos permisos que deben ser obtenidos para llevar adelante un proyecto inmobiliario, junto con los meses que demora la obtención de los respectivos permisos.³¹ Así, se indica a modo de ejemplo que: i) el anteproyecto ante la Dirección de Obras Municipales (DOM) demora en promedio tres meses; ii) que el permiso de edificación ante la DOM demora tres meses más; y iii) que la recepción municipal puede demorar dos meses.

²⁹ Este procedimiento consiste en la presentación, voluntaria y previa al ingreso al SEIA, de información, antecedentes o estudios por parte del proponente de un proyecto o actividad preliminar a las comunidades que puedan verse afectadas por los mismos (proyecto de ley Boletín 16.552-12, 10 de enero de 2021, que modifica diversos cuerpos legales, con el objeto de fortalecer la institucionalidad ambiental y mejorar su eficacia, p. 22).

³⁰ Proyecto de ley Boletín 15.534-14, 25 de noviembre de 2022, que modifica la Ley General de Urbanismo y Construcciones en materia de plazos y sanciones por incumplimiento, p. 2.

³¹ Dentro del análisis que presenta el proyecto de ley se alude, al igual que en este artículo, a la relevancia del sector inmobiliario para el desarrollo del país desde un punto de vista económico y social.

De esta forma, se propone en dicho proyecto de ley lo siguiente:

- La obligación de la DOM de pronunciarse sobre el anteproyecto en el plazo de quince días hábiles. En el evento en que dicho plazo no se cumpla, este se entiende aprobado.
- Una sanción de amonestación y multa de 1 UTM para el director de la DOM que no hubiere resuelto un permiso de edificación en los plazos señalados por ley.
- Una sanción de suspensión del cargo por un mes y multa de 5 UTM, en el caso en que el director de la DOM sea sancionado en cinco oportunidades.
- La obligación de los servicios de vivienda y urbanización de evacuar la respectiva resolución exenta necesaria para escriturar y entregar viviendas a los beneficiarios del subsidio contemplado en el Decreto Supremo 19, dentro del plazo de quince días, bajo apercibimiento de amonestación y multa de 1 UTM.
- La obligación de la DOM de pronunciarse sobre la recepción final en el plazo de quince días. En el evento en que dicho plazo no se cumpla, esta se entenderá aprobada.

4.3. Propuestas en el ámbito público desde el derecho comparado

Si bien los proyectos de ley que se encuentran en actual tramitación tienen notables mejoras al sistema actual de permisos, buscando otorgar una mayor seguridad jurídica, a partir del análisis hecho a la luz del derecho comparado pueden observarse ciertas ventanas de perfeccionamiento.

Así, y sin que los siguientes ejemplos pretendan abarcar de manera global las mejoras que podrían ser adoptadas al sistema de la permisología —fuera de aquellas contenidas en los proyectos de ley—, a continuación se presentan ciertas recomendaciones basadas en la experiencia internacional.

4.3.1. Mecanismos de revisión fast track en proyectos específicos de menor impacto

Por mecanismos de evaluación o revisión *fast track* nos referimos a sistemas que permitan hacer el proceso de revisión de proyectos más expedito, mediante la eliminación de ciertos tramites o requisitos particulares en determinados proyectos, o bien que, como consecuencia de la demora en la respuesta por parte de la Administración, se tengan por aprobados u obtenidos dichos tramites, sin perjuicio de la facultad de la Administración de revisarlos con posterioridad.

Sobre este punto, la experiencia de Australia es esclarecedora, donde aquellos proyectos de bajo impacto (como subdivisiones menores, reducción de estacionamientos, entre otros), se tramitan en diez días hábiles, mediante la exención de ciertos requerimientos que se estiman como dispensables, atendido el impacto del proyecto.³²

De esta forma, una posibilidad por promover desde el espectro público consiste en incorporar un mecanismo de revisión *fast track*, basado en la experiencia comparada, con una flexibilización en los permisos y autorizaciones necesarios, mediante la identificación de ciertos proyectos que, según el impacto o riesgo al bien jurídico protegido por la regulación respectiva, puedan verse exentos de ciertos requisitos particulares, de manera de acelerar su tramitación.

Lo anterior sin duda significa un trabajo importante para efectos de analizar qué clase de proyectos implican un menor riesgo de impacto, para lo cual deben sopesarse diversos intereses. Sin embargo, de llevarse a cabo, ello implicaría una menor carga para el Estado, que puede orientar sus recursos en aquellos permisos más complejos. Por otro lado, lo anterior permitiría hacer más sencillas y atractivas las actividades de inversión privadas, principalmente aquellas de menor riesgo e impacto.

4.3.2. Asesoramiento previo a la tramitación del proyecto

Un aspecto que se ha utilizado en legislaciones comparadas consiste en la incorporación de instancias de asesoramiento previas a la tramitación del permiso respectivo, mediante inducciones técnicas y legales respecto de los requisitos necesarios para la obtención del respectivo permiso o autorización.³³

Lo anterior consiste en una instancia que permite hacer el proceso de la permisología más eficiente, considerando que, por un lado, habilita a las partes de un contrato de construcción a evitar errores y retrasos durante el proceso de obtención del permiso, y, por otra,

³² CNEP, *Análisis...*, anexo 3, p. 4.

³³ Una figura interesante en esta línea a nivel nacional consiste en la del revisor independiente contemplado en el artículo 116 bis del Decreto 458/1976, que aprueba la nueva Ley General de Urbanismo y Construcciones. Dicho artículo indica que los propietarios que soliciten un permiso de edificación podrán contratar un revisor independiente, inscrito en el registro nacional de revisores independientes de obras de construcción del Ministerio de Vivienda y Urbanismo (siendo obligatoria su contratación en los casos de edificios de uso público y en aquellos en que lo determine la ordenanza general). En este sentido, dentro de sus funciones, los revisores independientes deberán verificar que los proyectos de construcción y sus obras cumplan con las disposiciones legales y reglamentarias, y emitir los informes que se requieran para tales efectos.

aligera la labor de los organismos encargados de su revisión, considerando que las solicitudes serán más completas y adecuadas al derivar de un proceso previo de instrucción.³⁴ Este último aspecto es especialmente relevante para la Administración, considerando que los actos del Estado se encuentran sujetos a los principios de celeridad³⁵ y economía procedimental,³⁶ que se verían favorecidos con una medida como la señalada.

5. PROPUESTAS DE SOLUCIÓN DESDE LOS CONTRATOS DE CONSTRUCCIÓN: LA COLABORACIÓN Y RESOLUCIÓN TEMPRANA DE CONTROVERSIAS COMO ELEMENTO ESENCIAL

Como fue analizado, cualquier deficiencia o demora que pueda existir en la obtención de los permisos o autorizaciones relevantes para la ejecución de una obra puede ocasionar graves perjuicios para ambas partes del contrato de construcción. Por ello, una solución

³⁴ Así sucede en el caso de Canadá en el sector inmobiliario y de energía, donde, por ejemplo, las notas de la reunión y la documentación tratadas quedan en manos del regulador, disponibles para el público bajo solicitud, y en donde las instancias de asesoramiento tienen por objeto compartir información del proceso, orientar acerca de los requerimientos necesarios e identificar elementos relevantes de la solicitud que se efectuará. CNEP, *Análisis...*, anexo 3, p. 5.

³⁵ Ley 19.880/2003, del 29 de mayo de 2003, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, por el cual se establecen las Bases de los Procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado, artículo 7: «Principio de celeridad. El procedimiento, sometido al criterio de celeridad, se impulsará de oficio en todos sus trámites. Las autoridades y funcionarios de los órganos de la Administración del Estado deberán actuar por propia iniciativa en la iniciación del procedimiento de que se trate y en su prosecución, haciendo expeditos los trámites que debe cumplir el expediente y removiendo todo obstáculo que pudiere afectar a su pronta y debida decisión. En el despacho de los expedientes originados en una solicitud o en el ejercicio de un derecho se guardará el orden riguroso de ingreso en asuntos de similar naturaleza, salvo que por el titular de la unidad administrativa se dé orden motivada en contrario, de la que quede constancia».

³⁶ Ley 19.880/2003, artículo 9: «Principio de economía procedimental. La Administración debe responder a la máxima economía de medios con eficacia, evitando trámites dilatorios. Se decidirán en un solo acto todos los trámites que, por su naturaleza, admitan un impulso simultáneo, siempre que no sea obligatorio su cumplimiento sucesivo. Toda comunicación entre órganos de la Administración que se practique en el marco del procedimiento se realizará por medios electrónicos, dejándose constancia del órgano requirente, el funcionario responsable que practica el requerimiento, destinatario, procedimiento a que corresponde, gestión que se encarga y el plazo establecido para su realización. Asimismo, deberá remitirse una copia electrónica de tal comunicación a todos quienes figuren como interesados en el procedimiento administrativo de que se trate. Las cuestiones incidentales que se susciten en el procedimiento, incluso las que se refieran a la nulidad de actuaciones, no suspenderán la tramitación del mismo, a menos que la Administración, por resolución fundada, determine lo contrario».

efectiva debe venir, desde una arista del derecho privado, desde un trabajo conjunto desde los particulares que forman parte del contrato, considerando que los beneficios son múltiples tanto para el mandante como para el contratista.

Ahora bien, y sin perjuicio de que por lo general los partícipes en un contrato de construcción regulan detalladamente su contenido ahondado en los diversos aspectos del contrato,³⁷ como han señalado Molina Zaldívar y Ríos Salas, muchas veces el optimismo inicial lleva a que las partes «no visualizan, ni menos desean tener un conflicto, y es por ello por lo que, en la práctica, no siempre se regulan adecuadamente los distintos mecanismos que permitan resolver eventuales controversias que surjan a lo largo de la ejecución de la obra».³⁸

De esta forma, cualquier propuesta de solución a los efectos negativos de la permisología debe comprender desde un inicio un estudio pormenorizado y serio de aquellos aspectos que pueden afectar la obtención y mantención de los permisos relevantes del proyecto de construcción.

Por su parte, como se desprende del análisis de los proyectos de ley, lo cierto es que ninguno de ellos promueve un método de solución directa a los conflictos que pueden surgir directamente entre las partes de un contrato con ocasión de las reclamaciones que, por lo general, pueden originarse con ocasión de una deficiente permisología. Lo anterior es de toda lógica, considerando que la ley no tiene por objeto dirimir conflictos específicos entre particulares, sino que dar un marco general para ello.³⁹

Por ello, es relevante que la industria privada de la construcción promueva mecanismos que permitan mitigar los impactos negativos que la permisología puede causar en la relación de las partes y en la ejecución de un contrato de construcción.

En esta línea, una solución al problema de la permisología en Chile desde el derecho privado puede venir desde una concepción colaborativa de las partes en un contrato de construcción, en aras de prever y buscar aquellas soluciones que sean más beneficiosas para el proyecto de inversión y, como consecuencia, para los interesados. En este sentido,

³⁷ En este sentido, se ha señalado, por ejemplo, que «las partes han adoptado el empleo de contratos extensos, en que se regula milimétricamente todos y cada uno de los derechos y obligaciones asumidos por el mandante y el contratista durante todo el desarrollo del proyecto». Padilla, *El contrato...*, II.

³⁸ Molina Zaldívar y Ríos Salas, *Derecho...*, 335.

³⁹ Lo anterior, sin embargo, no obsta al hecho de que, en el evento de que la permisología se transforme en un proceso más expedito y eficiente, indirectamente producirá un efecto positivo en la relación de las partes de un contrato de construcción.

el deber de cooperación que rige a esta clase de contratos cobra especial relevancia, y debe ser un punto de partida a tomar en consideración, de manera de dotarlo de un contenido relevante para estos efectos.

Sobre este punto, bastante ilustrativa y reveladora es la figura de los «contratos colaborativos de construcción», que se basa en buscar una adecuada relación entre las partes, evitando las reclamaciones durante la ejecución del contrato —o bien resolviéndolas tempranamente— y, más importante aún, mitigando los posibles riesgos de efectos disruptivos en el proyecto.

5.1. Los contratos colaborativos de construcción

Conforme ha sido señalado por la doctrina, en el último tiempo el mercado internacional ha permitido llevar a cabo una clasificación de los contratos de construcción entre los contratos tradicionales de construcción y los contratos colaborativos de construcción.⁴⁰

El primero de ellos se encuentra regulado principalmente en el párrafo octavo del libro XXVI del Código Civil, ya sea como una compraventa, en caso de que los materiales sean entregados por el contratista, o arrendamiento de servicios, en el caso de que los materiales sean provistos por el mandante. Sumado a ello, como ya se ha señalado, el contrato de construcción privado encuentra una acabada regulación en la autonomía de voluntad de las partes.

Dentro de la figura de modelos tradicionales de construcción caben, por ejemplo, los modelos de construcción «diseño y construcción» (*design-build*); «diseño, licitación y construcción» (*design-bid-build*); e «ingeniería, procura (o adquisiciones) y construcción» (*engineering, procurement and construction*).

Sin embargo, y dejando de lado las ventajas de dichos contratos —que han llevado a que sean utilizados múltiples veces en la práctica—, autores han identificado ciertos problemas asociados a estos, como:

- Las dificultades en la asignación de riesgos y la atribución de la culpa.
- Precios fijos que dificultan la realización de obras adicionales, muy probablemente necesarias.
- La asimetría de información.

⁴⁰ Juan Eduardo Figueroa, *Construcción y arbitraje* (Santiago: Der, 2019), 9.

- La dificultad para administrar cambios en las condiciones del contrato.
- La obligación de cooperación no es propiamente una obligación.⁴¹

Estos problemas muy probablemente surgirán en el caso en que las partes (mandante y contratista) se vean enfrentadas a una situación en que los permisos de construcción obtenidos no sean suficientes y necesarios para la ejecución de la obra.

Es por lo anterior que, en las últimas décadas, en la práctica y en el derecho comparado, así como también en el desarrollo de la doctrina legal sobre la materia, ha cobrado fuerza el concepto de los contratos colaborativos de construcción.

En efecto, a partir de las dificultades enunciadas, desde ya es claro que un eventual defecto en la obtención de la permisología necesaria puede traer dificultades respecto de la asignación de riesgos y culpa —para efectos de determinar a quién le corresponde cubrir el costo en recursos y plazos por dichos permisos— y dificultades para administrar cambios en las condiciones del contrato de construcción.

En términos simples, los contratos colaborativos de construcción pueden ser definidos como aquellos que tienen por objetivo alinear los esfuerzos y objetivos de las partes de un contrato de construcción, en aras de obtener un adecuado avance del proyecto y, en definitiva, mayores ganancias en la ejecución de la obra.⁴² Ahora bien, de todos los contratos mencionados, se ha sostenido que el contrato de alianza (*integrated project delivery*, IPD) es el modelo más colaborativo en el marco de un proyecto de construcción.⁴³

5.2. Aplicación de propuestas de solución desde los contratos colaborativos de construcción

Como es bien sabido, en nuestro ordenamiento jurídico opera como piedra angular del derecho privado la autonomía de la voluntad. Lo anterior supone que en un contrato

⁴¹ Figueroa, *Construcción y arbitraje*, 17-19.

⁴² En este sentido, parte de la doctrina, sosteniendo la complejidad de definir lo que es un contrato colaborativo de construcción, ha buscado encuadrarlos en diversas características relevantes asociadas, como, entre otros, compromiso, confianza, cooperación y comunicación, metas y objetivos comunes, métodos de solución de controversias acordados entre las partes, declaración conjunta de objetivos comunes, etcétera. Torres, *Contratos...*, 56-59.

⁴³ Figueroa, *Construcción y arbitraje*, 26.

las partes son libres de pactar lo que estimen necesario con la finalidad de cumplir sus intereses, siempre y cuando dichas convenciones no se opongan a la ley, a la costumbre o al orden público.⁴⁴

Por su parte, y considerando que la regulación del contrato de construcción en el derecho común es más bien escueta,⁴⁵ es usual que las partes del contrato adopten una regulación extensa y minuciosa de cada uno de los aspectos del proyecto, pudiendo adoptar al respecto las más variadas disposiciones.⁴⁶

Lo anterior supone una gran oportunidad para las partes de un contrato de construcción privado para buscar soluciones que les permitan anteponerse a los graves conflictos e impactos que pueden llegar a experimentar por defectos o problemas asociados a la permisología.

En efecto, y considerando la libertad de las partes bajo el derecho común, nada obsta a que una solución a los efectos negativos de la permisología venga precisamente desde las mismas partes —que, por cierto, puede ser mucho más eficaz y expedita que aquella promovida por un ente externo o un proyecto de ley—.

Por ello, y a partir de lo recién analizado, la figura de los contratos colaborativos de construcción ofrece una oportunidad para que las partes puedan anteponerse a las externalidades negativas que acarrea una permisología deficiente, como los impactos en el proyecto en mayores costos y plazos asociados a este. Sobre el particular, cabe señalar que las propuestas que se erigen desde un principio de colaboración entre las partes no van en busca de solucionar el problema de la permisología en sí, sino que sus efectos negativos en el contrato de construcción privado, permitiendo mitigarlos o sobreponerse a los mismos. En efecto, una solución a la permisología pasa por modificaciones estructurales y normativas que, en su mayoría, les corresponden a las respectivas autoridades del ramo.⁴⁷

⁴⁴ Víctor Vial del Río, *Teoría general del acto jurídico* (Santiago: Jurídica de Chile, 2011), 60.

⁴⁵ Esta regulación se encuentra contemplada en el párrafo 8, denominado «De los contratos para la confección de una obra material», dentro del título XXVI del libro IV, entre los artículos 1.996 y 2.005.

⁴⁶ Padilla, *El contrato...*, II.

⁴⁷ Sobre este punto, en la sección «Propuestas en el ámbito público desde el derecho comparado» se analizan posibles mejoras estructurales que pueden ser implementadas al sistema de la permisología en Chile, y que tienen por finalidad mejorar la permisología desde un punto de vista normativo y estructural.

Ahora bien, desde ya cabe hacer presente que las soluciones que se plantean a continuación tienen aplicación en la figura del contrato de construcción privado, mas no en los contratos de obra pública, considerando que estos últimos se encuentran altamente reglados por la autoridad, lo que, en principio, impide la incorporación de cláusulas que permitan flexibilizar una multiplicidad de requisitos y procedimientos incluidos en ellos.⁴⁸ Lo anterior, sin embargo, no obsta a que las autoridades respectivas decidan aplicar ciertos beneficios de los contratos colaborativos de construcción cumpliendo con los procedimientos administrativos para ello, lo que puede traer grandes ventajas.

En esta línea, se proponen ciertas aristas de solución, a partir de posibles cláusulas o menciones por incorporar por las partes el contrato de construcción, en aras a mitigar el riesgo asociado al impacto negativo por la permisología.

5.2.1. *Incorporación de definiciones respecto de permisos esenciales*

Como es sabido, existen ciertos permisos y autorizaciones en la construcción que son determinantes, y sin los cuales el proyecto de construcción no puede ser ejecutado, ya sea total o parcialmente. Para los efectos de este estudio, denominaremos a esta clase de permisos como «permisos esenciales». La importancia de ello radica en que, desde un inicio, deben ser diligentemente obtenidos y tramitados para ejecutar el proyecto, pero, más aún, ellos deben mantenerse vigentes y adecuados a las condiciones del proyecto.

Ahora bien, considerando que las partes de un contrato de construcción (mandante y contratista) revisten el carácter de partes sofisticadas y expertas, estas, probablemente, podrán determinar *ex ante* cuáles son los permisos que les serán esenciales durante la gestión de un proyecto de construcción. Así, por ejemplo, en el caso en que las partes deseen realizar un proyecto eólico en una zona de bosque nativo, muy probablemente la resolución de calificación ambiental, emitida por el Servicio de Evaluación Ambiental, tendrá la calificación de un permiso esencial.

Así, y una vez que las partes del contrato hayan definido cuáles son los permisos esenciales en la ejecución del proyecto, respecto de ellos debiesen efectuar una declaración conjunta, que consiste en un objetivo común, la obtención y mantención de los permisos esenciales, determinando desde un inicio un principio general de cooperación que rige la actividad de las partes en relación con dichos permisos.

⁴⁸ En este sentido, por ejemplo, se ha señalado que, «a diferencia de los contratos de construcción entre particulares, en los que pueden adoptarse procedimientos menos reglados, la celebración de los contratos de obra pública está precedida de un procedimiento de licitación absolutamente reglado, cuya finalidad es seleccionar al adjudicatario, cuyo resultado es vinculante para la determinación del contenido de contrato administrativo que se celebrará». Torres, *Contratos...*, 91.

Esta definición y declaración va en línea con ciertos puntos que se han levantado como característicos en materia de contratos colaborativos de construcción. En efecto, se ha indicado que la declaración conjunta de cumplimiento de objetivos comunes constituye un aspecto relevante para adoptar un enfoque de asociación estructurado.⁴⁹

En línea con este punto, un aspecto que ha cobrado esencial importancia en el último tiempo a raíz de los contratos colaborativos de construcción consiste en una adecuada distribución de riesgos del contrato, según quien sea la parte más apta para mitigarlo o gestionarlo.⁵⁰ Esta adecuada distribución de riesgos, que en nuestro país no solo ha sido aplicada en materia civil,⁵¹ llevaría a favorecer la relación entre las partes, disminuyendo la tensión propia del contrato de construcción⁵² y promoviendo un mejor desarrollo del proyecto.

Las ideas planteadas en el párrafo anterior irían en una dirección distinta a la de la concepción tradicional de los contratos de construcción —dentro de los cuales se encuentran los modelos *design-build* y *design-bid-build*—, que han llevado a que «erróneamente se [haya] entendido que la transferencia de los riesgos hacia el contratista y los subcontratistas los impulsaría a ser más diligentes para prevenir que el riesgo efectivamente ocurra».⁵³

En este sentido, es relevante tomar en consideración los modelos contractuales internacionales, en particular respecto de los contratos Federation Internationale des Ingenieurs-Consueils (FIDIC, o International Federation of Consulting Engineers) y los *new engineering contracts* (NEC), los cuales han adoptado en sus diversas cláusulas una distribución de riesgos más eficiente y diversa a aquella que se realiza con ocasión de contratos tradicionales de construcción.

⁴⁹ Torres, *Contratos...*, 59.

⁵⁰ Juan Eduardo Figueroa, «La distribución de los riesgos en los contratos colaborativos de construcción», *Derecho & Sociedad* 55 (2020): 197-221.

⁵¹ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, resolución en causa rol 80-2024, 8 de febrero de 2024, p. 56: «Cuando esa previsibilidad de las consecuencias del contrato se determina al celebrarlo, habilita a las partes a planificar de mejor forma sus conductas futuras y asignar las consecuencias económicas de la concreción de ese riesgo a la que esté en mejor posición para asumirlo».

⁵² Figueroa, «La distribución...», 209.

⁵³ Figueroa, «La distribución...», 200.

Por un lado, respecto de los modelos de contratos FIDIC, se ha señalado que el éxito de dicha clase de contratos —ampliamente utilizados en el mundo— radica en una adecuada distribución de los riesgos «sobre la base del principio rector de que el riesgo debe asumirlo aquella parte en el contrato de construcción que esté en mejores condiciones para administrarlo».⁵⁴ Ello iría en beneficio de ambas partes en cuanto el mandante, por un lado, podrá adjudicar el contrato por un precio menor, asumiendo mayores costos solo frente a riesgos extraordinarios y, por su parte, el contratista no deberá asumir riesgos que difícilmente pueden ser cuantificados al momento de ofertar o contratar.⁵⁵

Por otro lado, en los modelos de contratos NEC, en particular en su última versión de junio de 2017 (NEC4), «se establece expresamente qué riesgos del contrato serán de cargo del empleador y aquellos que, comprendidos en dicho listado, serán riesgos que el empleador no asume y, por ende, que recaen sobre el contratista».⁵⁶ De igual manera, esta clase de contratos se caracteriza por incluir cláusulas de espíritu colaborativo, bajo la modalidad de *open book* y «alerta temprana», que facilitan la negociación entre las partes.⁵⁷

Sobre los modelos NEC, se ha destacado que «van más allá de la simple asignación de riesgos que se realiza en los modelos FIDIC, ya que los gestiona, además, de manera proactiva y dinámica», partiendo de la premisa de que la gestión de riesgos requiere de una comunicación efectiva entre las partes.⁵⁸

Los ejemplos anteriores son relevantes en la industria nacional para efectos de tomar en cuenta las buenas prácticas internacionales en figuras ampliamente utilizadas como modelos de contrato, de manera de promover en Chile una mayor colaboración entre las partes, con el objeto de evitar y sobreponerse a los diversos impactos que pueda tener un proyecto.

En particular, en materia de permisos, una adecuada distribución de riesgos puede permitir que la parte que se encuentre en una mejor posición sea aquella que, en principio, debe asumir la responsabilidad de asegurar su obtención —sin perjuicio de los deberes de colaboración ya señalados—. Sumado a ello, a partir de la experiencia de contratos NEC, la incorporación de mecanismos de gestión adecuada de riesgos es esencial en esta materia.

⁵⁴ Figueroa, «La distribución...», 214.

⁵⁵ Figueroa, «La distribución...», 214.

⁵⁶ Figueroa, «La distribución...», 216.

⁵⁷ Figueroa, «La distribución...», 216.

⁵⁸ Figueroa, «La distribución...», 217. Así, en esta clase de contratos, existen cláusulas que incluyen registros de riesgos, alerta temprana y reuniones para reducción de riesgos.

De esta forma, es importante, en aras a mantener una buena ejecución del proyecto, emitir por las partes de un contrato de construcción la calificación respecto de cuáles son los permisos esenciales para la ejecución de la obra, así como efectuar una adecuada distribución de los riesgos del proyecto, con el fin de prever y adoptar conductas particulares respecto de ellos, impidiendo una paralización total o parcial del proyecto por la no obtención de ciertos permisos.

5.2.2. Incorporación de cláusulas de cooperación en la obtención de permisos esenciales

Habiendo ya determinado los permisos esenciales, y considerando que un déficit en la obtención de dichos permisos es un aspecto que afecta a ambas partes del contrato (mandante y contratista), parece lógico que un aspecto tan determinante, y que a la vez puede generar efectos tan gravosos, contenga un mecanismo de cooperación mutua entre las partes en la obtención de los permisos esenciales que fueron definidos en virtud del punto anterior.

Así, en aras de la buena fe contractual, y teniendo siempre presente que una paralización del proyecto afecta gravemente a mandante y contratista, es recomendable que ambas partes del contrato de construcción tengan obligaciones y deberes relacionados con los permisos esenciales, asociados a su obtención, mantención y cumplimiento.

En efecto, es usual que en las disputas de construcción, una vez que la obra se paralizó, total o parcialmente, por no contar con los permisos necesarios para la ejecución del proyecto, ambas partes del contrato de construcción comiencen a efectuar reclamaciones o *claims* imputando a la contraria el no haber obtenido los permisos necesarios.

Ahora bien, dicha disputa se centrará, principalmente, en determinar a qué parte del contrato le asistía la responsabilidad de obtener los permisos esenciales. Lo anterior usualmente llevará a disputas millonarias que, en paralelo, mantienen el proyecto paralizado o con un pobre avance, causando graves efectos no solo a las partes del contrato, sino a la economía del país.

Sin embargo, dicha interpretación surge de una concepción tradicional del contrato de construcción que busca situar los riesgos exclusivamente en una de las partes,⁵⁹ cuando,

⁵⁹ En este sentido, como ha sido señalado por la doctrina, uno de los problemas de los modelos tradicionales de los contratos de construcción —en oposición a la figura de los contratos colaborativos de construcción—, consiste en la dificultad para asignar riesgos y atribuir la culpa, en cuanto se transfiere usualmente la culpa y riesgos a los contratistas, quienes a su vez la traspasan a sus subcontratistas, los cuales no siempre son los más idóneos para asumir esas responsabilidades. Figueroa, *Construcción y arbitraje*, 17.

en la práctica, al momento de celebrar el contrato de construcción, malamente se podrían haber previsto todas las complicaciones relacionadas con la permisología, considerando que «cada proyecto de construcción es único y no todos los riesgos del proyecto son previsible». ⁶⁰

Sumado a lo anterior, y tomando en consideración la gravedad de la situación, es esencial adoptar conductas contractuales que impidan, o a lo menos busquen aminorar, el riesgo de caer en reclamaciones o disputas relacionadas con los permisos esenciales.

Sobre el particular, como ha sido indicado por Padilla, conforme con un estudio internacional llevado a cabo por Dodge Data & Analytics, «se ha señalado que la colaboración entre las partes reduce las consecuencias perjudiciales del acaecimiento de un riesgo durante la obra». En la misma línea, se ha indicado que, «por medio de la confianza que surge en este tipo de vínculos contractuales, el trabajo en equipo y la cooperación mutua, sería posible prevenir litigios». ⁶¹

Asimismo, cabe hacer presente de igual forma que el deber de cooperación entre las partes de un contrato de construcción ha sido recogido por la jurisprudencia de la Corte Suprema, resolviéndose que el deber de cooperación en esta clase de contratos «emana de la aplicación del principio de la buena fe». ⁶² Ahora bien, considerando que el deber de cooperación existe y ha sido reconocido por la doctrina y jurisprudencia, la importancia radica en aplicarlo, en particular en los contratos de construcción, a los permisos esenciales.

En efecto, como ha sido señalado por la doctrina, independiente de que la obligación de cooperación o colaboración en el contrato de construcción ha sido entendida en nuestro medio como una carga contractual, es necesario establecer cláusulas que determinen de manera clara y específica el alcance de esa obligación, de manera de dotarla de contenido y aplicación práctica. ⁶³

En este sentido, la incorporación de cláusulas de cooperación entre las partes, que incluyan obligaciones de gestión para ambas respecto de los permisos esenciales, consiste en una herramienta que puede llevar a evitar, o disminuir, la posibilidad de efectuar reclamaciones durante un proyecto de construcción, que puedan terminar, en definitiva, en la paralización de la obra.

⁶⁰ Torres, *Contratos...*, 51.

⁶¹ Padilla, *El contrato...*, 37.

⁶² Corte Suprema, sentencia rol 3.965-2011, 2 de mayo de 2012.

⁶³ Padilla, *El contrato...*, 43. En el mismo sentido, Figueroa, *Construcción y arbitraje*, 19, indicando que «en un inicio es común que las partes hagan declaraciones de cooperación. Sin embargo, cuando el proyecto no se conforma según lo esperado, los intereses particulares de cada participante tienden a primar por sobre el interés general y rápidamente queda olvidado el compromiso de colaboración asumido».

5.2.3. *Etapas previas a la formulación de un reclamo relacionado con los permisos: Obligación de cooperar previamente*

Como ya ha sido señalado, los deberes de cooperación usualmente pactados en un contrato de construcción suelen olvidarse por las partes desde el momento en que el proyecto comienza a tener impactos en su desarrollo. Ocurrido lo anterior, es usual que, ya sea mandante o contratista, formulen sus respectivos reclamos contractuales, imputando a la contraparte su responsabilidad en los hechos.

Por un lado, para efectos de asegurar que las partes del contrato realmente cooperen en la obtención de los permisos necesarios, de forma previa a formular un reclamo formal, una posibilidad consiste en incorporar en los contratos de construcción cláusulas que, antes de la formulación del reclamo, obliguen a las partes a cooperar en la obtención de los permisos que fueron definidos por ellas como esenciales.

Así, una posibilidad radica en la incorporación de cláusulas escalonadas de reclamaciones, que supongan que una parte solo puede formular un requerimiento que acarree la imputación a la contraria de incumplimientos respecto de la obtención de los permisos esenciales, en el evento de, correlativamente, acreditar por medio de antecedentes fehacientes el haber cumplido con sus obligaciones de cooperación, y haber realizado todas las gestiones que, diligentemente, podría haber llevado a cabo en relación con la obtención de los permisos esenciales.

Por otro lado, y en línea con los contratos colaborativos de construcción, la doctrina ha indicado que una de las características de dichos contratos consiste en la inclusión de cláusulas de renuncia de reclamos en los casos en que existan errores o incumplimientos involuntarios.⁶⁴ Lo anterior, sin perjuicio de que una renuncia como aquella debería tomar en consideración siempre la previsibilidad del error o incumplimiento, entre otros aspectos.

En este sentido, podría pactarse que ninguna de las partes se encontrará habilitada para formular un reclamo a la otra en relación con los permisos esenciales, cuando la falta de obtención de estos derive de errores o incumplimientos involuntarios, que no pudieron preverse, en cuyo caso, ambas partes se encontrarán obligadas a realizar las gestiones necesarias para su obtención. Por su parte, el reclamo solo podrá ser formulado si la falta de obtención de los permisos esenciales se ha debido a la negligencia de una de las partes.

⁶⁴ Figueroa, *Construcción y arbitraje*, 20.

Un ejemplo de una cláusula de este estilo puede ser la siguiente:

En el evento en que los permisos esenciales del proyecto no hayan podido ser obtenidos por circunstancias inimputables a las partes, y por hechos que no pudieron preverse al momento de la celebración del contrato, ninguna de ellas podrá formular un reclamo a la otra por este hecho.

En este caso, las partes deberán ocupar sus mayores esfuerzos en colaborar conjuntamente para la obtención de los permisos esenciales, debiendo poner la una a disposición de la otra todos los documentos, antecedentes y gestiones que sean necesarios para su adecuada obtención.

Lo anterior, sin embargo, no obsta a que una de las partes podrá reclamar a la otra que la falta de obtención de los permisos esenciales se ha debido a la falta de la debida diligencia, debiendo acreditar este hecho. Con todo, para poder formular un reclamo, la parte que dé lugar al mismo deberá demostrar, por medio de antecedentes fehacientes, haber cumplido con sus obligaciones de cooperación en relación con dichos permisos, y haber realizado todas las gestiones que, diligentemente, podría haber llevado a cabo respecto de la obtención de ellos.

Por su parte, en el caso en que la consecución de dichos permisos se haga imposible, las partes debiesen velar por una renegociación del contrato, antes de la paralización del proyecto, conforme se analiza a continuación.

5.2.4. Incorporación de cláusulas de renegociación debido a la imposibilidad de obtener permisos esenciales por circunstancias inimputables

En el evento en que las partes del contrato no hayan podido llegar a buen puerto en la obtención de los permisos esenciales, no obstante haber efectuado las cooperaciones necesarias a las cuales se encontraban obligadas, para evitar la formulación de reclamaciones —que implican muchas veces la paralización de la obra—, conviene adoptar mecanismos tempranos de negociación que permitan evitar llegar a un conflicto.

En efecto, si se produce algún acontecimiento extraordinario o imprevisible para las partes del contrato, que haya hecho imposible o más onerosa la obtención de los permisos esenciales, las cláusulas de renegociación permitirán una solución más equilibrada en interés de las partes del contrato, evitando que las discrepancias lleguen a una etapa arbitral o judicial, que muchas veces impacta de manera más gravosa el proyecto.

5.2.5. *Incorporación de mecanismos de solución temprana de controversias*

Fuera de lo anterior, y en el evento de no existir consenso entre las partes respecto de la responsabilidad y modo de proceder frente a defectos en la permisología del proyecto, una posibilidad consiste en incluir mecanismos de resolución temprana de controversias por medio de cláusulas escalonadas, para evitar iniciar un procedimiento arbitral o judicial en sede civil, los que implican un impacto mayor.

En efecto, fuera de que un procedimiento arbitral o judicial acarrea un largo tiempo de discusión entre las partes del contrato, en el cual el proyecto suele estar paralizado o bien avanzando lentamente, otro efecto negativo de dichos procedimientos consiste en que la confianza y la colaboración entre las partes suele desaparecer o al menos disminuir, lo que es difícil volver a recuperar.

Por ello, y antes de ingresar en dichos mecanismos litigiosos (arbitraje o juicios civiles), es recomendable incluir etapas de resolución temprana de controversias, por medio de cláusulas escalonadas que tiendan a evitar las externalidades negativas de un arbitraje o un juicio.

En esta línea es que se ha indicado por la doctrina que el origen de estas cláusulas «se encuentra, fundamentalmente, en la necesidad de una resolución a los conflictos más económica, rápida y eficiente, considerando, además, que ciertos conflictos son muy técnicos y complejos, especialmente en áreas como la ingeniería y la construcción».⁶⁵

De esta forma, la incorporación de cláusulas escalonadas de resolución de conflictos, que inviten a las partes a buscar la resolución de sus disputas por medios alternativos a un juicio, es una herramienta que puede ser de gran utilidad en aras a evitar que las partes ingresen a procedimientos judiciales de manera precipitada, sin ponderar de manera efectiva sus costos y efectos negativos.

Sobre el particular, se ha discutido en cuanto a la obligatoriedad o carácter facultativo de este tipo de cláusulas. Ahora, para efectos de cumplir efectivamente su propósito, ellas debieran ser de carácter imperativo considerando que, al momento de existir un conflicto, las partes suelen verse tentadas a activar derechamente un método de resolución por vía judicial o arbitral. En efecto, en el caso en que sean facultativas, en la práctica, muy probablemente las partes, conociendo la diferencia en sus posiciones, no verán mayores incentivos por someterse a estas.

⁶⁵ Juan Eduardo Figueroa, *Derecho de construcción: Análisis dogmático y práctico* (Santiago: Der, 2017), 49.

Sumado a la anterior, y reafirmando la necesidad de que dichas cláusulas sean imperativas, se ha señalado que la redacción de cláusulas facultativas —como pueden ser aquellas en que se indica que las partes de un contrato «podrán negociar de buena fe sus diferencias»—, generalmente traen consigo «conceptos difícilmente definibles y poco objetivos, porque lo que significa un esfuerzo para una parte puede no serlo para la otra».⁶⁶ Es por lo anterior que parece recomendable que las cláusulas escalonadas de resolución de conflictos sean acordadas de modo obligatorio entre las partes, antes de someter el conflicto a una instancia judicial.

Fuera del carácter obligatorio o imperativo de esta clase de cláusulas, es esencial que ellas estén redactadas en un lenguaje claro y alejado de ambigüedades, de manera de evitar que alguna de las partes no respete los mecanismos dispuestos en ella.

De igual manera, cada una de las instancias previas al inicio del juicio o arbitraje —cada uno de los «escalones»— debe tener asociado un determinado plazo dentro del cual pueden ejecutarse,⁶⁷ o bien señalar un hito específico que debe cumplirse para que se acceda a la siguiente etapa; así como indicar de manera clara y precisa cuáles son las personas que deben participar en cada escalón.⁶⁸

Al igual que como sucede con la declaración de objetivos comunes, a la cual se hizo alusión en la sección relativa a la obtención de los permisos esenciales, la incorporación de métodos de solución de controversias acordados entre las partes también constituye un elemento fundamental en los contratos colaborativos de construcción.⁶⁹

5.2.5.1. Incorporación de una instancia de negociación directa entre las partes

Un primer mecanismo al cual debiesen acudir las partes de manera de resolver tempranamente sus disputas consiste en la negociación directa entre ellas. Ahora bien, para efectos de que dicha instancia sea efectiva, deben tomarse ciertas medidas.

Así, es aconsejable que la negociación se dé a nivel de altos cargos de las partes involucradas —de manera de buscar una solución global y comercial efectiva, que pueda ser efectivamente ejecutada—. En efecto, debe evitarse que las partes mantengan negociaciones

⁶⁶ Figueroa, *Derecho de construcción*, 57.

⁶⁷ Información disponible en American Arbitration Association, International Centre for Dispute Resolution, «Guía para la redacción de cláusulas internacionales de solución de disputas», <https://www.adr.org/adr-resources>.

⁶⁸ Figueroa, *Derecho de construcción*, 70.

⁶⁹ Torres, *Contratos...*, 58.

que luego, al momento de buscar su ejecución, sean rechazadas por los ejecutivos de más alto cargo por ser comercialmente inviables.

De igual manera, se ha indicado por la doctrina que muchas veces la participación en las negociaciones de personas que se encuentran muy cercanos al proyecto, como pueden ser los representantes del mandante o el *site manager* del contratista, deriva en que las negociaciones fallen, por cuanto dichas negociaciones se verán afectadas por «emociones, actitudes, egos y culpas».⁷⁰

Finalmente, es recomendable que, en la instancia de negociación directa, participen las partes acompañadas de la colaboración de técnicos —idealmente externos a las partes involucradas—, de manera de contar con un análisis serio e imparcial.

Un ejemplo de modelo de cláusula de resolución de controversias por medio de negociación directa entre las partes puede ser como sigue:

En caso de cualquier controversia, reclamación o disputa que surja con ocasión de este contrato o que guarde relación con él o con su cumplimiento, las partes deberán consultarse y negociar de buena fe entre ellas y, reconociendo sus intereses en común, tratarán de alcanzar una solución satisfactoria.

Para dar lugar a una disputa, la parte deberá enviar a la otra una comunicación, dirigida a ejecutivos de alta dirección de la contraparte con copia a su representante bajo el contrato, indicando detalladamente los hechos que dan lugar a la disputa.

Por su parte, las negociaciones deberán ser mantenidas por ejecutivos de las partes que tengan poder suficiente para poder adoptar un acuerdo que ponga término a cualquier conflicto o disputa mantenida con ocasión del presente contrato.

Durante las negociaciones, las partes procurarán verse asistidas por técnicos de carácter externos, de manera de verse provistas de un análisis serio e imparcial.

5.2.5.2. *Incorporación de dispute boards*

Los *dispute boards* consisten en un método de solución temprana de resolución de controversias, en una fase prearbitral, entre las partes de un contrato de construcción y con la asistencia de un tercero experto. Ahora, en cuanto a su finalidad, dichos procedimientos

⁷⁰ Wayne Clark, *Construction Disputes, Seeking Sensible Solutions* (Londres: London Publishing Partnership, 2021), 90.

apuntan a que, una vez detectado un determinado conflicto entre las partes, ellas busquen, en una actitud colaborativa, soluciones tempranas a dicha controversia que prevengan un impacto en el proyecto.

La incorporación de este sistema a nivel nacional, en principio, no debiese ser compleja, considerando que existen instituciones que ya contemplan regulaciones asociadas. Así, por ejemplo, el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago (CAM Santiago) incorporó, dentro de sus mecanismos de resolución de conflictos, a los *dispute boards*.⁷¹

En este sentido, dicho organismo contempla tres figuras distintas. En primer lugar, el *dispute review board*, que consiste en un sistema de asistencia temprana que asiste a las partes mediante la emisión de recomendaciones que pueden o no ser acatadas. Por su parte, el *dispute adjudication board* consiste en aquel procedimiento en virtud del cual se emiten decisiones que pasan a ser obligatorias para las partes, considerando que forman parte integrante del contrato, debiendo ser acatadas por las partes. Finalmente, el *combined dispute board* consiste, como su nombre lo dice, en una mezcla entre los sistemas antes mencionados, por el cual se otorgan recomendaciones, de carácter no vinculantes, así como decisiones, que son obligatorias para las partes.

Una cláusula modelo para someterse al sistema de *dispute review boards* ante el CAM Santiago consiste en lo siguiente:

Las partes acuerdan establecer un *dispute review board* (DRB) en conformidad al Reglamento Dispute Board del Centro de Arbitraje y Mediación (CAM) de la Cámara de Comercio de Santiago (CCS) vigente al momento de solicitarlo, en adelante «el Centro» y «el Reglamento», respectivamente. El DRB estará compuesto por tres miembros, nombrados de común acuerdo por las partes o, subsidiariamente, en conformidad al Reglamento.

⁷¹ El Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago define a los *dispute boards* como «un sistema adecuado de resolución pacífica de controversias, en virtud del cual un panel de expertos independiente, constituido normalmente al inicio de la ejecución del contrato, ayuda a las partes a resolver sus desacuerdos a través de la asistencia informal y la emisión recomendaciones o decisiones, según el modelo que se adopte. Por su naturaleza, opera en contratos con cierto contenido técnico, que son de ejecución de mediano a largo plazo y en los que la solución oportuna de alguna desavenencia presenta un provecho especialmente atractivo para las partes». Información disponible en Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, «Dispute boards», <https://www.camsantiago.cl/servicio/dispute-boards/>.

⁷¹ CNEP, *Análisis...*, anexo 3, p. II.

Cualquier dificultad, desavenencia, discrepancia o controversia que se produzca entre los contratantes sobre la aplicación, interpretación, duración, validez o ejecución de este contrato, o cualquier otro motivo, deberá ser sometida al DRB, quien emitirá una opinión o recomendación, en conformidad al Reglamento.

Las partes confieren poder especial irrevocable a la Cámara de Comercio de Santiago A. G. (CCS), para que, a petición escrita de cualquiera de ellas, designe a los miembros del DRB, de entre los integrantes del cuerpo arbitral y de la nómina de expertos del Centro.

Las partes podrán concurrir a la justicia ordinaria o al tribunal arbitral respecto de la Recomendación del DRB, en conformidad a lo estipulado en el Reglamento.⁷²

5.2.5.3. *Mediación*

Por su parte, la mediación consiste en un método de solución de controversias en el cual las partes del contrato de construcción continúan su negociación directa, pero asistidas por un tercero experto, denominado mediador.

En este sentido, el Centro de Arbitraje y Mediación define al sistema de la mediación como

un procedimiento mediante el cual las partes buscan llegar a un acuerdo con la asistencia de un tercero (mediador designado por las partes o por el Consejo del CAM Santiago), que permite a las personas naturales y jurídicas contar con una alternativa rápida, económica y eficaz para resolver sus controversias, pudiendo alcanzar acuerdos satisfactorios y protegiendo, a su vez, las relaciones comerciales y personales.⁷³

El mediador podrá ser designado en el mismo contrato de construcción, o bien al momento de surgir el conflicto respectivo. En cualquiera de los dos casos, las partes pueden otorgar un mandato a algún centro de resolución de controversias —como el CAM Santiago o la Cámara de Comercio Internacional (International Chamber of Commerce, ICC)—, para que proceda a la designación del mediador.

En línea con lo ya mencionado, el sistema de cláusulas escalonadas suele ser utilizado con ocasión de la mediación. Así, las partes acuerdan que solo en el evento en que la disputa

⁷² Información disponible en CAM Santiago, «Dispute Boards».

⁷³ Información disponible en Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, «Mediación», <https://www.camsantiago.cl/servicio/mediacion/>.

no se resuelva por esa vía podrían recurrir a arbitraje, debiendo acompañar la parte respectiva un certificado de mediación frustrada.

Un modelo de cláusula del CAM Santiago se incluye a continuación,⁷⁴ sin perjuicio de que aquella que se propone en este artículo se encuentra adaptada a la figura del árbitro mixto (mientras que, en aquella del Centro, se hace alusión al árbitro arbitrador):

Cualquier dificultad o controversia que se produzca entre los contratantes respecto de la aplicación, interpretación, duración, validez o ejecución de este contrato o cualquier otro motivo será sometida a mediación, conforme al Reglamento Procesal de Mediación del Centro de Arbitraje y Mediación (CAM) de la Cámara de Comercio de Santiago (CCS), vigente al momento de solicitarla.

En caso de que la mediación no prospere, la dificultad o controversia se resolverá mediante arbitraje con arreglo al Reglamento Procesal de Arbitraje del mismo Centro, que se encuentre vigente al momento de solicitarlo.

Las partes confieren poder especial irrevocable a la Cámara de Comercio de Santiago A. G. (CCS), para que, a petición escrita de cualquiera de ellas, designe a un árbitro mixto de entre los integrantes del cuerpo arbitral del CAM Santiago.

6. CONCLUSIONES

La permisología consiste en un aspecto que, considerando sus deficiencias actuales, afecta directamente a la industria de la construcción en diversos ámbitos. Así, este tema perjudica, por de pronto, al inicio de la fase de construcción de un proyecto, que puede verse duramente retardada; al correcto avance de la obra, que puede paralizarse, total o parcialmente, junto con eventuales reclamaciones que pueden surgir entre las partes; y, finalmente, impacta en la economía de un país, considerando la relevancia de la industria de la construcción en el crecimiento económico.

Sobre este punto, la experiencia comparada de países como Estados Unidos, Australia o la Unión Europea ofrece ciertas luces respecto a posibles mejoras que pueden ser introducidas a la regulación actual vigente y, en particular, a los proyectos de ley que han sido promovidos en el último tiempo. Todos estos ejemplos promueven una regulación de la permisología de manera estructural, buscando disminuir los costos de transacción en un proyecto de construcción, así como otorgar una mayor seguridad jurídica a quienes van a solicitar los respectivos permisos.

⁷⁴ Información disponible en CAM Santiago, «Mediación».

Por su parte, una solución a los efectos negativos de la permisología —ya no desde un punto de vista estructural, sino que en cuanto a sus impactos perniciosos— puede también provenir desde las mismas partes del contrato de construcción, anteponiéndose a los efectos adversos que este fenómeno pueda acarrear, buscando soluciones que permitan mitigar o sobreponerse a los impactos que la permisología pueda tener en un proyecto de construcción. Así, aplicando el principio de la autonomía de la voluntad, y tomando como base los deberes de cooperación, una adecuada asignación de riesgos y métodos de resolución temprana de conflictos, las partes pueden buscar alternativas que mitiguen los riesgos e impactos de paralización o retrasos de un proyecto, frente a problemas en la obtención de permisos o autorizaciones para sus proyectos de construcción. ■

BIBLIOGRAFÍA

- Clark, Wayne. *Construction Disputes, Seeking Sensible Solutions*. Londres: London Publishing Partnership, 2021.
- CNEP, Comisión Nacional de Evaluación y Productividad. *Análisis de los permisos sectoriales prioritarios para la inversión en Chile*. Santiago: CNEP, 2023. <https://cnep.cl/estudios-finalizados/analisis-de-permisos-sectoriales-prioritarios-para-la-inversion-en-chile/>
- Figueroa, Juan Eduardo. *Construcción y arbitraje*. Santiago: Der, 2019.
- — *Derecho de construcción: Análisis dogmático y práctico*. Santiago: Der, 2017.
- — «La distribución de los riesgos en los contratos colaborativos de construcción». *Derecho & Sociedad* 55 (2020): 197-221. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/23243>
- Molina Zaldívar, Carlos y Víctor Ríos Salas. *Derecho de la construcción*. Santiago: Autor, 2016.
- Padilla, Ricardo. *El contrato de construcción privado*. Santiago: Legal Publishing, 2023.
- Torres, Luis Felipe. *Contratos colaborativos y disminución de controversias en proyectos de construcción*. Santiago: Libromar, 2023.
- Vial del Río, Víctor. *Teoría general del acto jurídico*. Santiago: Jurídica de Chile, 2011.

NORMATIVA CITADA

- Decreto 75/2004, 1 de diciembre de 2004, del Ministerio de Obras Públicas, que aprueba el Reglamento para Contratos de Obra Pública.
- Decreto 100, 22 de septiembre de 2005, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República.
- Ley 19.880/2003, 29 de mayo de 2023, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, por el cual se establecen las Bases de los Procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado.
- Decreto con Fuerza de Ley 1/2000, 30 de mayo de 2000, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil, de la Ley 4.808, sobre registro civil, de la Ley 17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la Ley 16.618, ley de menores, de la Ley 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la Ley 16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones.
- Decreto 458/1976, 13 de abril de 1976 (última modificación del 14 de diciembre de 2023), del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, que aprueba la nueva Ley General de Urbanismo y Construcción.
- Directiva 2006/123/CE, 12 de diciembre de 2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios del mercado interior.
- Mensaje Presidencial 293-371, 10 de enero de 2024.
- Proyecto de ley Boletín 15.534-14, 25 de noviembre de 2022, que modifica la Ley General de Urbanismo y Construcciones en materia de plazos y sanciones por incumplimiento.
- Proyecto de ley Boletín 16.552-12, 10 de enero de 2024, que modifica diversos cuerpos legales, con el objeto de fortalecer la institucionalidad ambiental y mejorar su eficacia.
- Proyecto de ley Boletín 16.566-03, 10 de enero de 2024, que inicia un proyecto de ley que establece una ley marco de autorizaciones sectoriales e introduce modificaciones a los cuerpos legales que indica.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Corte Suprema, sentencia en causa rol 3.965-2011, 2 de mayo de 2012.
- Corte Suprema, sentencia en causa rol 7.376-2018, 12 de noviembre de 2019.
- Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia en causa rol 10.308-2019, 21 de abril de 2021.
- Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, resolución en causa rol 80-2024, 8 de febrero de 2024.