

DISPUTE BOARDS EN CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA: VENTAJAS Y DESAFÍOS

CUADERNOS DEL CPI

DIÁLOGO N° 55 DEL CONSEJO DE POLÍTICAS DE INFRAESTRUCTURA, CPI

4 de Mayo de 2021

DISPUTE BOARDS EN CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA: VENTAJAS Y DESAFÍOS

EXPOSITORES: Jerry Brodsky, abogado, Director del Área de Asesoría Latinoamericana de Peckar & Abramson; Catalina Binder, abogada, past president del Panel Técnico de Concesiones, consejera CPI, Chile; Luis Ruiz, ingeniero civil, consultor-perito-DAB-docente, Perú.

MODERADORA: Marcela Radovic, abogada, miembro de Dispute Board, árbitra del CAM, Chile.

MINUTA

SÍNTESIS

El Diálogo N° 55 de Consejo de Políticas de Infraestructura, CPI, trató de la emergente adopción de los Dispute Boards (DB) como una modalidad válida para resolver controversias entre mandantes y empresas constructoras en los contratos de obra pública. Es un tema de alta trascendencia que ha sido abordado anteriormente por el CPI; en nuestro país se registran paralizaciones recurrentes de obras por disputas sin solución rápida y con costosos arbitrajes. Los DB, por el contrario, dirimen las controversias en un tiempo acotado y sin detención de las obras; están conformados por profesionales de amplia experiencia y han comenzado a operar en varios países de América Latina y África. El BID y el Banco Mundial, actuando como financistas de grandes obras de infraestructura pública, están propugnando y exigiendo la modalidad de DB.

Una de las principales ventajas de DB es la celeridad y obligatoriedad de sus resoluciones -y en cualquier etapa de la obra- que evitan tanto las paralizaciones como la intromisión de asuntos financieros siempre complejos, otorgando así seguridad a inversionistas y contratistas. Los DB, se subrayó, son una solución de la industria frente a paralizaciones altamente perjudiciales; son una válvula de escape para la continuidad de las obras y sus resoluciones no pueden ser “perfectas” dado el plazo acotado para decidir una contienda. Su labor debe contar con los recursos para recabar y procesar información de la obra que permita resoluciones con un aceptable “peso de la prueba”. La gestión de las controversias en el desarrollo de la obra, por su lado, es clave y complementaria, así como la detección y resolución temprana de diferendos.

Se revisó también el funcionamiento del Panel Técnico de Concesiones en Chile, entre 2015 y 2020, rescatándose sus logros y su condición de favorable antecedente para una futura adopción de los DB en el país, dependiendo en cualquier caso de una decidida voluntad política.

Fue expuesto el caso de las obras levantadas con ocasión de los Juegos Panamericanos de Perú en 2019, donde operaron los DB. La eficaz solución de controversias en tales obras, donde ninguna pasó a otra instancia de arbitraje, contrastó con el caso de 15 hospitales finalizados en un 90% y que permanecieron detenidos por largo tiempo por controversias no resueltas. Lo que está en juego, entonces, es que las obras cumplan sus propósitos y entreguen sus servicios en tiempo y forma. En definitiva, a eso contribuyen los DB y deben considerarse su fin último.

EXPOSICIÓN DE JERRY BRODSKY

Los Dispute Boards (DB) representan una respuesta de la industria de la construcción de grandes obras públicas frente a controversias entre mandantes y ejecutantes. Como tal, deben proteger por sobre todo la continuidad de las obras y evitar que las empresas contratistas -paralizadas y sin flujos financieros a causa de una disputa- pasen en los hechos a ser los financistas de las obras, lo cual por cierto resulta insostenible. Para el inversionista, por su parte, es indispensable que existan mecanismos de seguridad para el desarrollo continuo y fluido de las obras.

Los DB responden a la pregunta de cómo hacemos para tener una obra tan grande y seguir trabajando en medio de alguna disputa, evitando que las contienda siga el camino largo de resolución de controversias, el que puede tomar años y significar enormes perjuicios para todas las partes. Debe recordarse que en los hechos un contrato no puede sostenerse sin continuidad en las obras. Contrato y continuidad son las dos caras de la misma moneda. Los DB operan eficazmente frente a esta condición, en tanto las partes tienen la obligación de seguir trabajando mientras se dirime el caso controversial.

Las resoluciones de los DB no son perfectas, no pueden serlo con plazos de 60 o 90 días de los que normalmente disponen y donde no puede darse un debido proceso; siempre habrá que sacrificar algo. Los DB, entonces, son una necesaria válvula de escape de la industria frente a la alternativa de recurrir a un juicio interminable. No son un “modelo” ni tampoco una solución de cánones estrictos, su beneficio proviene de ser un mecanismo rápido y provisto de la experticia, independencia y solvencia profesional de sus integrantes. Los miembros de los DB son verdaderos peritos que también deben recibir el apoyo de otros especialistas para recabar antecedentes.

Las resoluciones de los DB son ejecutables y no revertidas, pudiendo además ser requeridas en varias etapas de la obra. El carácter ejecutable de las resoluciones significa, por ejemplo, que los contratistas reciben el dinero que les corresponde y que requieren para seguir con las obras. Otro aspecto destacado del mecanismo es que pueden intervenir en la resolución temprana de controversias, evitando así enfrentar una disputa mayor en algún momento posterior. Es conveniente subrayar que los DB deben tener presencia y operar en todos aquellos aspectos críticos y de alto riesgo técnico y económico para la continuidad de la obra, los que generalmente se ubican en los eslabones inferiores de las obras -y no tanto en los estados de avance más significativos- y que pudieran generar conflictos mayores y paralizantes del proyecto en su conjunto. Los casos menores y tangenciales, por otro lado, pueden ser resueltos sin la actuación de DB necesariamente.

EXPOSICIÓN DE LUIS RUIZ

El arbitraje convencional era la estrella en la resolución de controversias en los contratos de obras públicas en Perú y estaban concentrados en infraestructura hospitalaria. Sin embargo, había 15 hospitales con 90% de avance en las obras y muchos de ellos quedaban

paralizados por un largo tiempo por encontrarse en instancias de arbitraje. Esta situación contrastó fuertemente con la experiencia de los Juegos Panamericanos de 2019 donde se inauguró en el país el mecanismo de los DB para dirimir controversias a propósito de las nuevas obras para el evento -estadios y otras instalaciones deportivas- y dentro de plazos exigentes y obligatorios para cumplir con fechas inamovibles.

En el caso de los Juegos se escogieron tres miembros para el DB: dos extranjeros y un peruano, y de ellos, dos ingenieros y un abogado. Había que resolver “en caliente” dentro de un abanico de opciones, también prevenir desacuerdos y ayudar a resolverlos sin detención de las obras. Muy significativo es que ninguna decisión de DB fue llevada a un proceso arbitral posterior. Si las obras hospitalarias detenidas en Perú por litigios hubieran enfrentado un proceso rápido, experto y resolutivo, las instalaciones habrían llegado en tiempo y forma para servir a los fines para los cuales fueron construidas. Esta es una lección y un aspecto de fondo de los mecanismos inapropiados para resolver controversias y de las evidentes ventajas del mecanismo de DB.

El DB no tiene por qué aparecer siempre cuando la controversia ya está desatada. Y aquí debemos detenernos en otra enseñanza clave: el mecanismo del DB debiera estar familiarizado con el proyecto desde sus fases embrionarias. El 99% de los temas en las obras son técnicos y es mejor involucrarse temprano, esto ayuda mucho, la discusión es objetiva y no se da opción a que se genere el desacuerdo. La lección es clara: la “alerta temprana”, es decir, la identificación de cualquier situación que pueda convertirse en un escollo para la continuidad y fluidez de las obras, evitando arriesgar su propósito y destino. Conviene destacar que la anticipación a diferendos mayores -y también, en definitiva, para el mejor desempeño de los DB- requiere de recursos para labores de apoyo y acompañamiento administrativo y analítico durante el desarrollo de las obras. Así, los antecedentes para las resoluciones menores y mayores entregarán los sustentos necesarios.

No obstante, la adopción de los DB contiene un requisito esencial: la voluntad política para pasar a este mecanismo arbitral. Se requiere el apoyo decidido de la autoridad para superar la modalidad tradicional de resolución de conflictos en la obra pública, dentro de una cultura arraigada que sacrifica la continuidad de las obras y mantiene contiendas por largo tiempo. Preparar la gobernanza del proyecto es otro aspecto clave, dando espacio a todos los actores y nombrando a un gerente que da cuentas a un directorio, entre otros aspectos; la adecuada gestión de conflictos aparece como un ingrediente indispensable. Y hay que insistir con un concepto central: es necesario proteger el proyecto y la satisfacción que provee a la población.

EXPOSICIÓN DE CATALINA BINDER

Existe la necesidad imperiosa de una adecuada resolución de las controversias en la obra pública, lo que debe ser una promesa y un activo de los DB en el país. Su instalación requiere de voluntad política y de una clara conciencia de las obras como vehículo de nuevos servicios para la población y mayor bienestar. En la compleja coyuntura actual, la infraestructura además es clave para la recuperación económica. Es una gran oportunidad para la generación de nuevos proyectos y que ellos se concreten sin riesgos para los inversionistas frente a controversias cuya solución hasta hoy resulta engorrosa y siempre costosa.

El Panel Técnico de Concesiones en Chile, operando desde 2015 para el caso de la infraestructura levantada bajo un esquema de asociatividad público-privada, es una experiencia conciliatoria muy instructiva y que debiera ser un antecedente para los DB. El Panel ha debido actuar en el contexto de una multiplicidad de fuentes normativas, con rigidez en los contratos, paralización en la toma de decisiones, diversidad en la calidad de los proyectos (muchas veces porque debido a la lentitud de su aprobación aparecen presentados con normas que ya no están vigentes) y diferencias en los criterios técnicos, entre otros factores, con el impacto subsecuente en mayores costos. Así y todo, hay que valorar los resultados de su acción conciliadora que ha allanado el camino de los acuerdos en muchos casos, evitando tanto la paralización de obras como el traspaso de los conflictos a una instancia arbitral y a la justicia ordinaria y sus plazos impredecibles.

El Panel representa un valioso eslabón para avanzar en la dirección de los DB. Debe recordarse que este organismo realiza recomendaciones a las partes y no tiene carácter resolutivo. Conviene revisar sus criterios de conformación:

- **Técnico:** su trabajo está referido exclusivamente a los aspectos técnico-económicos de las obras
- **Multidisciplinario:** son cinco miembros, dos ingenieros civiles, dos abogados y un ingeniero comercial
- **Permanente:** está siempre funcionado y no sobre bases ad hoc
- **Obligatorio:** todas las obras concesionadas posteriores al 2010 deben someterse a la consideración del Panel
- **Transparente:** sus sesiones de trabajo son públicas y quedan disponibles para cualquier interesado
- **Independiente:** sus miembros son elegidos por concurso de Alta Dirección Pública y se les aplican inhabilidades laborales anteriores y posteriores, entre otras restricciones

El Panel ha dispuesto de facultades para actuar sobre discrepancias técnicas y económicas y sobre inversiones adicionales, además de realizar seguimiento del contrato a través de reportes periódicos que solicita y de atender consultas. El balance de las intervenciones

del Panel entre 2015 y 2020 indica que sobre 54 discrepancias revisadas, en un 68% se estableció un monto o un reconocimiento conceptual, total o parcial, a la sociedad concesionaria; en total, han sido 3,14 millones de UF, equivalentes a un 14% de los montos solicitados. Un 62% de las discrepancias ha tomado el camino de la comisión arbitral y sólo un 20% se ha resuelto siguiendo la recomendación del Panel, aunque del 62% indicado algunas de ellas también se han resuelto acogiendo las consideraciones previas del Panel.

La experiencia del Panel permite destacar algunas de sus fortalezas. Caben aquí su independencia, disminución de conflictividad del sistema, tiempo acotado de respuesta, generación de “historia” y jurisprudencia -además de coherencia- debido a la presencia de un único panel para todos los contratos, visibilizarían de las materias que generan mayor número de conflictos y sus recomendaciones representan un valioso insumo a la instancia arbitral y la Corte de Apelaciones. Sus desafíos, por otra parte, tienen que ver con fortalecer su independencia, precisar su jurisdicción a través de un carácter vinculante de sus resoluciones y el valor probatorio, incrementar sus recursos (se anuncian contratos por US\$ 9.000 millones en 2021-2022, lo que demandará, entre otros cosas, recursos humanos de alta especialización) y abordar el tema de la dualidad en la solución de controversias en tanto las obras anteriores a 2010 pueden acogerse a la antigua comisión conciliadora y no necesariamente al Panel Técnico de Concesiones.

DIÁLOGO DE CIERRE

Se insistió en la conversación final sobre el gran tema del “debido proceso” y la condición imperfecta (o no perfecta) de las resoluciones de Dispute Board por lo acotado del tiempo para adoptarlas. El “estándar de la prueba” fue destacado como un asunto especialmente complejo y, también, la realidad de muchas y diferentes obras -todas relacionadas entre ellas- dentro de un mismo proyecto y que multiplican las posibilidades de conflicto y su escalamiento a diferendos mayores.

Al respecto, se subrayaron dos factores atenuantes que tienden a minimizar la posibilidad de resoluciones cuestionables: por un lado, la experiencia y el “instinto” de los integrantes del DB y, por el otro, la prevención temprana de los conflictos. Más aún, buena parte de la labor del DB se trataría de prevenir e identificar problemas y “cuellos de botella” (premonitorios de conflictos futuros mayores) tempranamente. No obstante, resulta indispensable que el DB cuente con recursos para el apoyo de su tarea. “La tabla Excel no es suficiente”, señaló un participante, refiriéndose a formas muy básicas de registrar los antecedentes de la obra y que derivan en una inaceptable precariedad a la hora de resolver disputas. “Se requiere invertir en esta materia para recabar y procesar adecuadamente los antecedentes que conduzcan a una resolución lo más informada posible”, complementó otro participante. Por ejemplo, conocer las memorias de cálculo de las obras; esto y otras tareas técnicas especializadas implican la capacidad de contratar a expertos y peritos.

La tarea de elaborar y sistematizar información de la obra, indispensable para el trabajo del DB, es enorme, subrayó una participante, y se requiere destinar recursos en forma prioritaria a esa labor y no, como se consultó, a ampliar el número de integrantes (5) del DB. Sin embargo, y según acotó otro participante, también resulta posible y adecuado el que las partes de la controversia concurren con sus propios peritos técnicos, en un tipo de comparendo “adversarial”, donde se debate y se hacen consultas entre las partes, dejando al DB como el ente que resuelve después de las presentaciones según su criterio y experiencia.

La posibilidad de “captura” del DB por alguna de las partes también fue abordada en el Diálogo, en tanto responde a una realidad y una amenaza siempre presentes. Una propuesta al respecto, y que opera adecuadamente en el estado de Florida, EE.UU., tiene varios componentes: disponer de una masa crítica de expertos; no repetición de nombres en los diferentes DB; elaboración de listados para escoger los miembros y, si es necesario, incorporar expertos de otros lugares.