

DISPUTE BOARDS EN LOS PROYECTOS DE CONSTRUCCIÓN DE INFRAESTRUCTURA EN CHILE

1. Introducción

Una de las maneras más seguras para fortalecer la economía de un país, particularmente durante una época de crecimiento estancado, es promover la infraestructura pública. Como el economista catalán Xavier Sala i Martín ha señalado, *“la infraestructura es un aspecto fundamental de la competitividad de un país y se debe poner atención en ella sobre todo en momentos de desaceleración económica en un mundo de tipos de interés bajos. Con los tipos actuales, los márgenes de maniobra para la política monetaria son estrechos y la inversión en infraestructura puede ser la única herramienta en el saco de los gobiernos para luchar contra la desaceleración”*.¹

Informes recientemente publicados por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)² y el Banco Mundial han llegado a conclusiones parecidas, cristalizando un consenso global sobre la importancia de inversión en la infraestructura del país para su desarrollo económico.

La proposición antes expuesta tiene actualmente una alta incidencia en la

económica chilena. Por ejemplo, la Cámara Chilena de Construcción (CChC) recientemente concluyó que existe un déficit notable de inversión en la infraestructura de Chile, y que dicho déficit podría resultar en una oportunidad perdida para aumentar el PIB por un factor de tres en los próximos años.

A pesar que la necesidad de aumentar el nivel de inversiones en la infraestructura del país es un concepto ampliamente aceptado por la sociedad chilena, siempre existen barreras a los proyectos de infraestructura. Así, por ejemplo, dentro del ámbito de la construcción, específicamente, una gran barrera consiste en las dificultades en la ejecución de obras públicas y otros proyectos de construcción de infraestructura, es decir, el riesgo que los proyectos no se puedan llevar a cabo de una manera eficiente y libre de sorpresas que usualmente se traducen en un aumento desproporcionado de los costos de la inversión.

En este contexto, en forma gradual, se están empezando a incorporar en el desarrollo de proyectos de infraestructura en Chile los dispute boards o (“DBs”), los que fueron creados como un mecanismo pre-arbitral para enfrentar precisamente este tipo de riesgo durante la ejecución de proyectos de

* Arbitro I.C.D.R, Arbitro del Centro de Arbitrajes de la Cámara de Comercio de Santiago, Chile, Arbitro Centro de Arbitrajes de U. Católica de Lima, Perú. Arbitro de Cámara de Comercio Brasil- Canadá, Arbitro FIESP, Brasil, Arbitro Instituto de Ingenieros Sao Paulo, Brasil, Miembro del grupo de arbitraje internacional para América Latina de la C.C.I., Abogado Integrante de la Corte Suprema de Chile. Profesor de la Universidad de los Andes, LL.M en Derecho Internacional, Comercio, Inversiones y Arbitraje por la Universidad de Heidelberg, Alemania. Algunos artículos publicados: *The dispute boards in international construction projects*, 2011; *Los Principios de UNIDROIT como Ley de Fondo Aplicable en el Arbitraje Comercial Internacional*, 2011; *The Principle of Kompetenz-Kompetenz in International Commercial Arbitration*, 2007; y *Tópicos de la Ley N° 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional*, 2007.

** Este artículo ha sido preparado con la colaboración del abogado William Schubert, LL.M en Derecho Internacional, Comercio, Inversiones y Arbitraje por la Universidad de Heidelberg, Alemania.

largo plazo en la industria de construcción. Inicialmente, los DBs surgieron en los Estados Unidos en las décadas de 1960s y 1970s, antes de ser introducidos en una forma más evolucionada a nivel internacional. En efecto, entidades internacionales como el Banco Mundial y la Federación Internacional de Ingenieros Civiles (“FIDIC” por su nombre en francés) introdujeron contratos estandarizados para promover el uso y la implementación de los DBs.

Al mismo tiempo, instituciones arbitrales de reconocido prestigio internacional como la Cámara de Comercio Internacional (“CCI”) y la Asociación Americana de Arbitraje (“AAA”), han introducido en sus regulaciones reglamentos para el funcionamiento de los DBs, los cuales han estado siendo usados intensamente, especialmente para el desarrollo de obras de infraestructura en Europa y en Estados Unidos, en los últimos 30 años, y en forma más reciente en América Latina.

Tratándose de Chile, recientemente se ha incorporado el uso de los DBs en la industria de construcción en dos contextos distintos: obras públicas (específicamente, en los contratos de concesiones entre el FISCO, representado por Ministerio de Obras Públicas, y las empresas concesionarias) y en los contratos privados de obras de infraestructura. Tratándose de los contratos de concesiones de obras públicas, el establecimiento de los DBs, y su competencia se encuentra establecida en la

Ley 20.410 y en su Reglamento respectivo, en los términos que pasaremos a exponer. Por su parte, en lo que respecta a la contratación privada de obras de infraestructura, el uso de los DBs es algo voluntario, flexible, y definido según los principios generales de la ley del contrato. A continuación analizaremos, en particular, cómo se encuentran consagrados los DBs en Chile, en ambos contextos, esto es, en concesiones de obras públicas y en proyectos privados de construcción de obras de infraestructura.

2. Los Paneles Técnicos o DBS en los Contratos de Concesiones de Obras públicas.

Durante la década de los 90, para responder a un déficit grave en la infraestructura del país, Chile comenzó a promover *“una nueva forma de relación contractual con el sector privado, mediante la cual se creó una asociatividad público-privada de largo plazo, que incorpora tanto las inversiones, como la gestión del sector privado al desarrollo de obras de infraestructura”*.⁴

La regulación de las concesiones de obras públicas en Chile se encuentra contenida en el Decreto Supremo N° 900 en el año 1996; lo que fue perfeccionado por Ley N°20.410 de 2010. Al efecto, Chile creó un sistema de asociatividad pública-privada para los contratos de concesiones en obras públicas.

¹ “Infraestructura para Chile”, Revista Cámara Chilena de la Construcción, ICD 2016-2015, páginas 8 y siguientes.

² Ver: “Fostering Investment in Infrastructure” (OCDE, 2015).

³ Ver: “Transformation through Infrastructure” (Banco Mundial, 2011).

Bajo el sistema concesiones chileno, se define una obra pública como un contrato administrativo, que es celebrado entre el Ministerio de Obras Públicas y el concesionario particular. Según este contrato, el concesionario asume la ejecución, reparación o conservación de una obra pública fiscal, a cambio del derecho a explotar dicha obra y a obtener la tarifa o peaje pactados, dentro del plazo y de acuerdo a las condiciones legales y reglamentarias contenidas en el Decreto Supremo de adjudicación. Este sistema ha operado bajo contratos tipo BOT (build, operate, and transfer), en virtud del cual el concesionario construye, opera y transfiere, al final del contrato, la obra al Estado. La asociación entre el Estado y el particular concesionario supone *“un acuerdo libre, espontáneo e informado, con reglas claras, predeterminadas, basados en principios de seguridad jurídica y económica del cumplimiento de las convenciones que se suscriben por el Estado y los particulares”*.⁵

Desde su concepción, el sistema chileno de concesiones de obras públicas incluyó, en alguna forma, un mecanismo pre-arbitral para resolver controversias propias de los contratos de concesiones. Hasta antes de las modificaciones al sistema introducidas en el año 2010, el sistema chileno había empleado un órgano que se llamaba “Comisión Conciliadora.” En el sistema actual, el que fue creado según la Ley N°20.410 de 2010, la Comisión

Conciliadora fue eliminada y reemplazada por el “Panel Técnico”, que constituye una forma de DBs. Resulta interesante efectuar un análisis de cómo ha operado el sistema en Chile y como ha ido evolucionado.

2.1. Sistema antiguo: Comisión Conciliadora / Comisión Arbitral

Bajo el sistema originalmente concebido, contenido en el Decreto Supremo N° 900 del año 1996, los contratos de concesiones de obras públicas eran acompañados por sus propias comisiones conciliadoras, con el objetivo de solucionar las controversias entre el concesionario y el MOP que nacían del contrato.

En conformidad con cada contrato de concesiones, la “Comisión Conciliadora,” formada era compuesta de tres miembros: un nominado por el MOP; otro nombrado por el concesionario; y finalmente un presidente nominado, mediante el consentimiento de ambas partes. Los miembros de la Comisión Conciliadora tenían el deber de actuar de una manera independiente; es decir, que sus obligaciones no se encuentren vinculadas a los intereses de las partes sino al interés de la justicia.

Las Comisiones Conciliadoras procuraban las conciliaciones o acuerdos entre las partes cuando existían disputas. En el evento que las partes no llegaban a un acuerdo, el mismo panel de tres miembros

⁴Figuroa, Juan Eduardo, “Concesiones de Obras Públicas en Chile”. Artículo para la Cámara Argentina de la Construcción, Buenos Aires, Argentina, Agosto año 2016, página 1, en prensa.

⁵“Concesiones de Obras Públicas. Análisis de la institucionalidad chilena”, Ramírez Arrayas, José Antonio; Editorial Abeledo Perrot, Legal Publishing; Santiago, febrero 2010; página 11 y siguientes.

se transformaba en un mecanismo de arbitraje, que se llamaba la Comisión Arbitral. Por lo tanto, en este sistema “el arbitraje debía entonces ir acompañado de una instancia previa de conciliación y sus árbitros tenían la calidad de árbitros arbitradores, esto es, gozabandela facultad deresolverenequidad.”⁶

2.2. Las Modificaciones de la Ley N°20.410

El sistema de la solución de las disputas entre los concesionarios y el MOP fue modificado, conforme a la Ley N°20.410, que entró en vigencia en enero del año 2010. Los motivos por realizar estas modificaciones radicaron principalmente en la necesidad de perfeccionar el sistema de solución de controversias, ya que la instancia de las comisiones conciliadoras había resultado poco operativa en la práctica, y por su parte, las comisiones arbitrajes, al poder fallar en equidad, el resultado de sus decisiones obligatorias resultaba a veces difícil de prever especialmente para el MOP. Por estos motivos, el gobierno chileno, impulsó una reforma legislativa con el objeto de reemplazar la Comisión Conciliadora por un panel de expertos independientes, conocido en la jerga internacional como DBs y para crear un mecanismo arbitral que pudiera emitir laudos más predecibles y basados en derecho. Así nació la versión actual del “Panel Técnico” de acuerdo con la Ley de Concesiones de Obras Públicas en Chile, y las nuevas normas respecto del funcionamiento

de las Comisiones Arbitrales. Las principales modificaciones importantes que se han realizado por la Ley N°20.410, apuntan así a perfeccionar las herramientas de resolución de controversias, contenidas en la ley chilena de concesiones de obras públicas, en los términos que pasaremos a explicar.

2.2.1. El Panel Técnico (o dispute board)

Si bien la figura del Panel Técnico, creado por la Ley N°20.410, reviste semejanzas con el órgano antes existente, esto es, las Comisiones Conciliadoras, especialmente en cuanto a que no emite decisiones con un carácter vinculante y que tiene un carácter no jurisdiccional, al mismo tiempo significa notorios cambios, especialmente en cuanto a la independencia de sus miembros, su forma de nombramiento, a quien puede requerir su intervención, esto es, a petición de cualquier de las partes, según pasaremos a detallar.

Una de las modificaciones más relevantes frente a las Comisiones Conciliadoras antes existentes, es que hay un solo Panel Técnico a nivel nacional con una competencia que cubre todos los contratos de concesiones celebrados en Chile, a partir del año 2010, a diferencia del sistema anterior que cada contrato tenía su propia Comisión Conciliadora. Igualmente, la composición del panel y la forma de nombramiento a los miembros también son distintos frente al sistema

⁶Cárdenas Deramond, Marjorie, “Panel Técnico y Comisión Arbitral en las Concesiones de Obras Públicas: Cambios Introducidos por la Ley No. 20.410”. *Revista de Derecho*, N° 33, 2015. pp. 69-86.

⁷Artículo 36, Ley N°20.410 a la Ley de Concesiones de Obras Públicas.

antiguo. Conforme a la Ley N°20.410, el Panel Técnico se encuentra compuesto de cinco profesionales. De ellos, dos deben ser abogados, dos ingenieros, y el quinto un profesional con especialización en las ciencias económicas o financieras. Los miembros del Panel Técnico son nominados por el Consejo de la Alta Dirección Pública. El mandato de cada miembro tiene una duración de seis años, sin la posibilidad de reelección. De acuerdo a la Ley N°20.410, cualquiera de los partes puede someter al Panel Técnico discrepancias de las siguientes categorías:

- i)- La evaluación técnica y económica de las inversiones realizadas por el concesionario, de su estado de avance, de sus costos y plazos, conforme a los niveles de servicios y estándares técnicos establecidos para la respectiva concesión;
- ii)- La determinación de la existencia de costos adicionales y sus causas económicas, técnicas o de gestión, o de otros hechos o circunstancias que técnicamente afecten o puedan afectar el normal desarrollo de las obras durante la etapa de construcción;
- iii)- La definición si el valor de las inversiones haya sobrepasado alguno de los límites establecidos en la ley;
- iv)- La determinación de los efectos económicos que tendría en la concesión la realización de obras adicionales;
- v)- La determinación técnica de la tasa de descuento, riesgo del negocio, costos financieros y demás factores económicos que sea necesario establecer para calcular las compensaciones económicas correspondientes al concesionario,

Habiéndose cumplido 5 años de la aplicación de esta reforma legal, resulta interesante destacar que en la actualidad se encuentran 17 contratos de concesiones de obras públicas, por un valor total equivalente a 3.800 millones de dólares, sometido a este nuevo mecanismo de solución de temprana de controversias. Estas concesiones están referidas especialmente a infraestructura aero-portuaria, hospitales, puentes, y autopistas urbanas e interurbanas. De acuerdo al informe emitido recientemente por el Presidente del Panel de Concesiones, señor Erwin Stagno Rojas, el nuevo mecanismo de solución de controversias muestra un bajo nivel de conflictividad de los contratos nuevos y pocas renegociaciones de contratos, habiéndose recibido la primera discrepancia planteada por una concesionaria en el mes de Septiembre de 2015, emitiéndose una recomendación dentro del plazo de 30 días de presentada. Bajo el sistema antiguo, se encuentran 52 contratos de concesiones, habiéndose planteado durante sus años de vigencia un total de 40 controversias y 57 renegociaciones de contratos. ⁹

2.2.2. Las Comisiones Arbitrales

Las Comisiones Arbitrales siguen existiendo en el sistema nuevo, aunque en una forma bien modificada y con reglas más estrictas respecto su competencia para resolver las cuestiones sometidas por las partes. Además, bajo la Ley N°20.410, el órgano de la Comisión Arbitral es algo totalmente divorciado

de la primera etapa (el Panel Técnico). En efecto, de acuerdo al sistema antiguo, la Comisión Arbitral era el segundo nivel de resolución de las disputas, y cada Comisión estaba compuesta por las mismas tres personas que constituían la Comisión Conciliadora, con lo cual el Tribunal Arbitral estaba constituido por un “arbitro de parte,” designado por el MOP, otro nominado por el concesionario, y un tercer árbitro, que oficiaba de Presidente de la Comisión Arbitral, que era designado de común acuerdo. Ahora bien, a partir de la reforma de la Ley 20.410, los tres miembros deben ser seleccionados por el acuerdo común de las partes. Otro aspecto de la Comisión Arbitral que cambió fundamentalmente, como resultado de las reformas en 2010, es que ella ya no tiene el poder de resolver las discrepancias basado en arbitraje de amigable componedor o equidad, sino que debe hacerlo en derecho.

2.3. Enseñanza de la transición al sistema actual

Algunos de los motivos más importantes por cambiar el sistema de la resolución de discrepancias en proyectos de obras públicas en el año 2010 era la incertidumbre que generaba el sistema antiguo y la abundancia de renegociaciones costosas que habían ocurrido en él. Varios autores, los que incluyen Cárdenas Deramond y Engel¹¹, han destacado éste problema profundamente en sus estudios.

El nuevo mecanismo de solución de controversias introducido por la Ley 20.410, mediante la creación del Panel Técnico y la modificación de la forma de constituirse y las facultades para resolver de las Comisiones Arbitrales, resulta especialmente de los aspectos que pasamos a reseñar.

2.3.1. Efectos clave de la creación del Panel Técnico

Las expectativas y resultados asociados con el Panel Técnico resultan interesantes – y, según la mayoría de las opiniones-, son más adecuadas para equilibrar el interés público y el interés privado de las concesionarias, toda vez que los contratos de concesiones, suscritos a partir del año 2010, operan con un mecanismo pre-arbitral más profesional, independiente, preventivo, y transparente que en el pasado.

En efecto, en primer lugar, el Panel Técnico resulta más profesional (o más calificado) que la Comisión Conciliadora como resultado de tener un carácter comprensivo y una composición de cinco personas especialistas, que están a cargo de la solución temprana de controversias para todos los contratos de concesión. Bajo este modelo, los miembros del Panel Técnico, que son nominados por el gobierno chileno, siempre deben tener antecedentes excepcionales y deben ser reconocidos como expertos bien calificados para emitir recomendaciones a discrepancias que surgen durante la ejecución de los

⁸Ver: Figueroa, citado arriba (nota 2), página 9.

⁹Memoria 2015 Panel Técnico de Concesiones, que se puede consultar en www.panelconcesiones.cl, visitado 30 de Agosto de 2016.

contratos de concesiones

Enseguida, el Panel Técnico resulta más independiente que la antigua Comisión Conciliadora por el cambio en la manera de elegir sus miembros. Dado que el proceso de selección de los miembros del Panel Técnico ahora es algo controlado por el Consejo de la Alta Dirección Pública (y los partes no tienen un rol al elegir los panelistas salvo con respecto a los miembros de la Comisión Arbitral), existe una tendencia que los partes confíen mutuamente en la objetividad de la decisión emitida durante la fase pre-arbitral. Según Cardenas Deramond ¹², esta característica – el hecho que las decisiones son emitidas por un órgano pericial – hace más probable que los partes llegaran a una conciliación en vez de elegir gastar tiempo y recursos en un arbitraje.

Por su parte, el carácter del Panel Técnico como órgano de solución preventiva de conflictos, ayuda a un manejo más eficiente de las diferencias, ya que los reclamos deben ser muy concretos y los tiempos para su resolución son acotados. ¹³ Finalmente, la transparencia respecto al funcionamiento del órgano pre-arbitral es una característica importante que, sin lugar a dudas, contribuirá a un buen funcionamiento del sistema. Dentro del sistema de trabajo del Panel Técnico, existen las denominadas audiencias públicas, a las cuales puede asistir cualquier interesado, lo que facilitará conocer los criterios para abordar las diferencias

tanto de parte del FISCO como de las concesionarias, y al ser un solo Panel Técnico para todos los contratos de concesiones, es probable que se irán aunando los criterios, a través del tiempo. El funcionamiento del Panel Técnico se puede conocer en detalle mediante la consulta de su portal de internet, en que no solo se encuentra una memoria anual explicativa de su funcionamiento, sino también las actas de las sesiones en que se han discutido los distintos temas. ¹⁴

2.3.2. Efectos clave de las modificaciones a la integración y facultades de las Comisiones Arbitrales

En su esencia, en la materia que nos interesa, la Ley 20.410, significó incorporar las siguientes modificaciones al funcionamiento de las Comisiones Arbitrales; a saber:

- i) la adopción de árbitro mixto en vez de arbitraje amigable conponedor, lo que significa que los arbitrajes pueden ser tramitados según las reglas que acuerden las partes, pero el fallo o laudo final debe ser conforme a derecho; y,
- ii) el abandono de “árbitro arbitrador,” en favor de un sistema bajo el cual todos los árbitros deben ser independientes y nominados por ambas partes de acuerdo común, con facultades de actuar como árbitro-arbitrador en cuanto al procedimiento y como arbitraje de derecho en cuanto al fallo.

El análisis de la historia legislativa relacionada a la Ley N°20.410 muestra especialmente la incertidumbre y los gastos excesivos que ocurrieron en el sistema antiguo fueron

¹⁰Ver: Cárdenas Deramond, citado arriba, nota 4 (páginas 73-75).

¹¹Engel, E., A. Galetovic, R. Fischer y Hermosilla, “La Renegociación de Concesiones y la Nueva Ley,” Puntos de Referencia N° 297, Centro de Estudios Públicos, Santiago Chile (2008). Citado por Cárdenas Deramond, arriba nota 4, en página 75 y nota 7 de su artículo.

¹²Ver: Cárdenas Deramond, citado arriba, nota 4 (página 78) (“[E]n la práctica se espera una contundencia técnica en sus recomendaciones que inste a las partes a evaluar de manera más objetiva la conveniencia de recurrir a un arbitraje caro, no necesariamente breve y que puede deparar sorpresas.”)

los motivos principales, que llevaron a la modificación del sistema de nombramiento y facultades de las Comisiones Arbitrales. Al efecto, en el año 2007, Eduardo Bitran, el ex-Ministro de Obras en ese momento, señaló:

[P]ara obtener mayor certidumbre jurídica, queremos perfeccionar los procedimientos para la resolución de controversias. Es sabido que en la actualidad existe un sistema de arbitraje de amigable componedor. Y de la experiencia hemos concluido que es una la persona que resuelve. Normalmente se nombra un árbitro de común acuerdo; el MOP designa otro (entre comillas, su representante), y el concesionario, un tercero (representante suyo). Hemos concluido que el resultado de ese tipo de arbitraje es bastante impredecible. Con bastante frecuencia ocurre que los fallos alteran sustancialmente las bases de licitación y el contrato...Nos interesa que los fallos sean conforme a Derecho. ¿Qué significa eso? Que las bases de licitación, el contrato y la ley constituyan un marco para la relación contractual, que se va a establecer por muchos años.¹⁵

Sibien, tal como hemos indicado anteriormente, aún el número de contratos de concesiones de obras públicas sometidos al nuevo mecanismo de resolución de controversias es pequeño – solo 17 contratos – es evidente que los números de las controversias y renegociaciones en los contratos de concesiones han caído ostensiblemente después de la transición al sistema actual.¹⁶

3. Los Dispute Boards en Contratos Privados de Infraestructura

En el contexto privado – es decir, donde el contrato no es administrativo sino entre empresas (típicamente un “dueño de la obra” y una “contratista”, al menos) – los DBs en Chile tienen su origen contractual, por lo que su existencia depende del acuerdo de las partes. En este contexto, los DBs son parecidos a otros mecanismos de la resolución alternativa de disputas (por ejemplo, arbitraje y mediación), que también suponen el acuerdo contractual de las partes. Sin embargo, los DBs son únicos, y ellos han disfrutado de su popularidad notablemente en la industria de construcción, gracias a una característica crítica: su habilidad de operar contemporáneamente con la ejecución del contrato como un mecanismo para prevenir las disputas, antes que estas se produzcan. Típicamente, el mandato del DB exige que los miembros visiten el sitio de construcción regularmente, que observen en forma proactiva temas que potencialmente podrían resultar en disputas entre las partes, o que pudieran significar que los acuerdos contractuales de obra y plazos se vean comprometidos, y que creen una instancia privilegiada de conversación entre las partes, con el objetivo de resolver diferencias de opinión de antemano – es decir antes de la formación de una genuina disputa.

Otro deber típico que le asiste a un DB trata es la adopción de decisiones (o recomendaciones) escritas sobre cuestiones sometidas por las partes. El efecto de las

¹³Ver: Reglamento de Concesiones de Obras Públicas, artículo 108º, párrafo (1): “La presentación de las discrepancias deberá efectuarse por escrito, exponer claramente los puntos o materias que la sustentan, acompañar la totalidad de los antecedentes que se hagan valer, individualizar el nombre y domicilio del requirente al cual deberán practicarse las notificaciones que correspondieren, y de la sociedad concesionaria interesada. Los antecedentes y fundamentos de la discrepancia no podrán ser adicionados, rectificadas o enmendados con posterioridad a su presentación, sin perjuicio de la facultad del Panel para requerir informes, antecedentes y documentos adicionales para ilustrar su recomendación.”

¹⁴Puede consultarse: www.panelconcesiones.cl

El Centro de Arbitraje y Mediación (“CAM”) de la Cámara de Comercio de Santiago (“CCS”) ha asumido un liderazgo en el desarrollo del mecanismo de DBs en Chile, especialmente para la industria de la construcción. Es así como hace algunos años el CAM comenzó a promover el uso de los DBs como un mecanismo pre-arbitral en contratos privados de construcción. Para lograr a este objetivo, el CAM suscribió un Convenio de Cooperación con la Cámara Chilena de Construcción en el año 2014. Posteriormente dictó, a comienzos del año 2015, un Reglamento de DBs, ofreciendo el servicio institucional al respecto.¹⁷

El Reglamento de DBs del CAM, recoge las prácticas internacionales sobre esta materia, especialmente reflejadas en las reglas de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, cuyo reglamento es del año 2004. Así, por ejemplo, contempla que las partes pueden utilizar uno de tres tipos de DBs en su contrato, según sus necesidades. Los tres tipos de DBs son los siguientes:

(1) DRB (dispute review board): Un tipo de panel que emite recomendaciones, parecido al estilo de DBs que nacieron en los EEUU. Sin embargo, bajo el Reglamento del CAM, el efecto de una recomendación de un DRB será obligatoria – es decir, vinculante inmediatamente para las partes – salvo en casos que una parte notifica a la otra sobre su intención de impugnar dicha recomendación ante un tribunal arbitral.¹⁸

(2) DAB (dispute adjudication board): Un tipo de panel parecido a los DBs de los contratos FIDIC. Los DABs siempre emiten decisiones con las que las partes deberían cumplir inmediatamente, sin

perjuicio de sus derechos para discutir la decisión eventualmente ante un tribunal arbitral.¹⁹

(3) CDB (combined dispute board): un estilo de panel con una característica “mixta.” Los CDBs generalmente emiten recomendaciones (como las de los DRBs arriba mencionados). Sin embargo, los CDBs pueden emitir decisiones vinculantes con respecto a una controversia si ambas partes dan su consentimiento.²⁰

Otra característica importante que existe bajo el Reglamento del CAM / CCS (y que es parecido del modelo CCI) es que la institución actúa como autoridad para nombrar a uno o más miembros del panel, si las partes no hubieren llegado a acuerdo en su nominación. Además, el CAM Santiago mantiene el poder de resolver impugnaciones relativas a la independencia y/o la imparcialidad de los miembros del panel.²¹

Si bien el uso de los DBs en Chile, en materia de obras de infraestructura privada, aún se encuentra en una etapa incipiente, las experiencias que han existido han sido muy positivas, reduciendo sus costos transaccionales y evitando conflictos de una manera proactiva, todo lo cual ha permitido que la ejecución de los proyectos de obra haya sido más eficiente, y con mayor seguridad jurídica y sin sorpresas.

Una historia de éxito en cuanto al uso de los DBs en Chile, se refiere a las experiencias de la empresa estatal de minería Codelco. Hace casi una década (en el año 2007), Codelco incorporó, en las bases de licitación, el uso

de los DBs como un requisito para celebrar contratos de construcción de obras civiles de galerías subterráneas para la explotación de mineral de algunos yacimientos mineros.²² La utilidad de los DRBs queda predominantemente en su habilidad de prevenir disputas entre las partes. Dentro de las labores habituales desempeñadas por miembros del DB se incluyen visitar el sitio de la obra y mantenerse informado respecto al avance de la obra, el cumplimiento del cronograma o programa de trabajo, desde su inicio hasta el término de las obras. Además, los miembros del DB pueden dar opiniones informales.

Estimamos que esta experiencia positiva en el uso de los DBs debiera servir para que tanto empresas del sector público como del sector privado, puedan convenir en sus contratos el uso de este mecanismo de solución de controversias, lo cual se verá facilitado con la dictación en Chile del Reglamento de D.Bs por parte del CAM Santiago.

4. Conclusiones.

Cómo hemos podido observar, atendida la actual situación económica por la que atraviesa el mundo, y en particular Chile, en que resulta una herramienta muy poderosa la ejecución de obras de infraestructura, para paliar el bajo crecimiento del país, el uso de los DBs resulta de extraordinario interés, ya que contribuyen a promover inversión en

infraestructura, al lograr ejecutar los proyectos con mayor eficiencia, y circunscribiendo los riesgos que involucra la ejecución de toda gran obra de construcción, al existir un mecanismo de solución temprana y adecuado de controversias, permitiendo así que las discrepancias y demoras que obstruyen la ejecución de contratos de construcción sean atendidas en forma eficiente y a tiempo.

En el ámbito de construcción de obras de infraestructura en Chile, existen las herramientas adecuadas para que los DBs puedan ser empleados en dos contextos distintos: (1) tratándose de obras públicas que se ejecuten bajo la modalidad de concesiones, los cuales son celebrados entre el MOP y las empresas concesionarias; y (2) en el contexto de contratos privados de obras de infraestructura pública, tales como centrales hidroeléctricas, grandes obras asociadas a la industria de la minería, etc.

En el contexto de los contratos de concesiones en obras públicas, los dispute boards denominados en la ley “paneles técnicos” han llevado a Chile, a introducir un cambio que, sin lugar a dudas, contribuirá a futuro en un eficiente mecanismo para que pueda continuar el desarrollo exitoso de la industria de las concesiones de obras públicas en Chile. Prueba de ello constituye el bajo nivel de conflictividad de los nuevos contratos de concesiones, posteriores a la entrada en vigencia de la Ley 20.410 y a las

renegociaciones y controversias que han resultado de los contratos de las concesiones para confirmar los beneficios del uso de los paneles técnicos. En el contexto privado, el uso de los DBs es aún más nuevo y por eso, falta la evidencia empírica para confirmar sus beneficios. Sin embargo, las experiencias en otros países, combinado con las experiencias positivas en las obras públicas en Chile, auguran, indudablemente, que el uso de los DBs como un mecanismo pre-arbitral en los contratos de construcción no solo constituye una buena decisión empresarial, sino un mecanismo que contribuye a un mejor estándar en el funcionamiento de la industria de la construcción, y que permite, en definitiva, que las obras puedan ser llevadas a cabo con menor nivel de conflictividad, y mayor certeza jurídica, que existirán los mecanismos adecuados para solucionar en forma temprana las innumerables situaciones imponderables que se presentan en el desarrollo de las obras, que habitualmente es muy difícil prever a la época de celebración de los contratos de construcción.