



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Internacional

**PROCEDIMIENTO DE RESOLUCION DE CONTROVERSIAS FIDIC**

**Los dispute board como requisito de la arbitrabilidad de la controversia en los contratos internacionales de construcción**

**Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.**

**AUTORES:**

**CHRISTIAN ANDRES POULSEN PINOCHET**

**SERGIO ANDRES CIFUENTES VERGARA**

**PROFESOR GUIA:**

**EDUARDO PICAND ALBONICO**

**Santiago, Chile**

**2018**



# Contenido

Resumen .....	6
Introducción.....	7
CAPITULO I: CONTRATOS INTERNACIONALES DE CONSTRUCCIÓN.....	10
1.1. Generalidades. ....	10
1.2. Naturaleza jurídica.....	13
1.3. Características del contrato de construcción .....	14
1.3.1. Consensualidad. ....	14
1.3.2. Conmutatividad.....	15
1.3.3. Contrato de ejecución diferida.....	15
1.3.4. Contrato intuito personae. ....	15
1.3.5. Contrato de resultado. ....	16
1.3.6. Contrato de adhesión.....	16
1.4. Modalidades del contrato de construcción internacional. ....	17
1.5. Origen y justificación del fenómeno de la estandarización.....	19
1.5.1. Utilidad de la estandarización en los contratos internacionales.....	21
CAPITULO II: DE LOS ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION (ADR).....	23
2.1. Origen, concepto y naturaleza jurídica de los <i>Alternative Dispute Resolution</i> . ....	23
2.2. Características. ....	27
2.3. Carácter complementario de los mecanismos ADR con procesos heterocompositivos.....	29
CAPITULO III: DE LAS MULTITIERED DISPUTE RESOLUTION CLAUSES .....	31
3.1 Origen. ....	31
3.2 Concepto. ....	32
3.3 Condiciones relativas a la redacción e implementación de las cláusulas.....	34
3.3.1 Obligatoriedad clausula.....	34
3.3.2 Sanciones aplicables. ....	37
3.3.3 Aplicación del estándar de buena fe en la ejecución.....	38
CAPITULO IV: DE LOS DISPUTE BOARD.....	40
4.1 Concepto. ....	40
4.2 Evolución de la figura.....	40
4.3 Naturaleza jurídica.....	43
4.4 Características. ....	45

4.5	Clasificación.....	46
4.5.1	De acuerdo a los efectos atribuibles a las determinaciones.....	46
4.5.2	De acuerdo a su temporalidad.....	47
4.6	Disputes boards como requisito de arbitrabilidad de la controversia.....	48
4.7	Principios aplicables.....	51
4.8	Análisis Dispute Adjudication Board.....	54
4.8.1	Generalidades.....	55
4.8.2	DAB/DRB.....	56
4.8.3	DAB/Arbitraje comercial internacional.....	64
CAPITULO V: MECANISMO DE RESOLUCION DE CONTROVERSIAS FIDIC .....		70
5.1.	Sistema Escalonado de Solución de Controversias FIDIC.....	70
5.2.	Análisis diferencias del <i>Red, Yellow y Silver Book</i> .....	70
5.2.1.	Figura y rol del ingeniero.....	71
5.2.2.	Configuración temporal del Dispute Board.....	71
5.2.3.	Distribución de riesgos y funciones en el marco del contrato:.....	75
5.3.	Justificación, principios rectores y finalidad del procedimiento FIDIC.....	76
5.4.	Estructura general del procedimiento de reclamación contractual.....	79
CAPITULO VI: ANALISIS CRITICO PROCEDIMIENTO FIDIC DESDE LOS PRINCIPIOS UNIDROIT.....		83
6.1.	Concepto, naturaleza jurídica, ámbito de aplicación y características.....	83
6.2.	Pertinencia de los principios para la realización del análisis.....	85
6.2.1	Consecuencias jurídicas derivadas de la contratación regidas por modelos estandarizados.....	85
6.2.2.	Análisis del principio de buena fe y de sus deberes derivados.....	89
6.2.3.	Relación de la buena fe contractual con la cláusula 5.1.1 y 5.1.2.....	89
6.2.4.	Relación de la buena fe contractual con la cláusula 5.1.3.....	91
6.3	Aplicación del plazo de caducidad de la Cláusula 20.1 del <i>Red Book</i> , en relación al momento que se inicia el conteo del <i>timeline</i> en cuestión y al rol de la buena fe.....	92
6.3.1	Planteamiento del problema.....	92
6.3.2	Determinación del momento a partir del cual se empieza conteo del plazo a partir del examen de razonabilidad subjetivo establecido por la sub clausula 20.1.....	98
6.3.3	Solución brindada por el Gold Book respecto al momento en que ha de partir el conteo del plazo.....	102
6.4	Análisis respecto a la utilidad del <i>cool off period</i> de la cláusula 20.5.....	104

CAPITULO VII: PROPUESTA A TITULO DE <i>LEGE FERENDA</i> PARA LA LEY CHILENA.....	108
7.1. Planteamiento del problema. ....	108
7.2 Evolución y estado actual de la legislación vigente en Chile. ....	108
7.2.1 Decreto Supremo nº 900 de 1996. ....	109
7.2.2 Ley 20.410 del año 2010. ....	110
7.3 Actividad histórica del panel técnico de concesiones. ....	112
7.3.1 Falta de utilización del panel técnico (periodo 2010-2015). ....	112
7.3.2 Recuento general de las recomendaciones emitidas. ....	113
7.4 Críticas mecanismo de resolución de controversias desde el modelo FIDIC.....	116
7.4.1 Naturaleza jurídica del panel técnico. ....	116
7.4.2 Mecanismo de integración y constitución del panel técnico. ....	117
7.4.3 Panel técnico y condición de arbitrabilidad de las controversias.....	120
7.4.4 Facultades del tribunal arbitral en la fundamentación del fallo. ....	120
7.5 Propuestas a título <i>lege ferenda</i> .....	125
8. Conclusiones. ....	129
9. Bibliografía .....	131

## Resumen

La naturaleza del contrato internacional de construcción sugiere como rasgo inherente a su configuración un alto nivel de conflictividad, el cual se deriva del ámbito espacial en que despliega sus efectos y en la complejidad operacional que implica la ejecución del programa prestacional al cual se comprometen los contratantes recíprocamente. Bajo ese paradigma, el propósito del presente trabajo consistirá en el análisis del sistema de solución de controversias presente en los modelos contractuales elaborados por la FIDIC, cuyo diseño responde a la lógica propia de las cláusulas de resolución de controversias y que contempla el establecimiento de etapas a las cuales las partes habrán de recurrir previamente a la instancia arbitral o judicial, que actúa como instancia definitiva y de *ultima ratio*, es decir, el cumplimiento de las etapas previas se constituyen como un requisito de arbitrabilidad de la controversia. El foco de análisis principal se referirá a la figura del *dispute board*, el cual se erige como el principal mecanismo de resolución alterno pre-arbitral para la industria de la construcción dada la enorme influencia de los modelos FIDIC desde que vino a reemplazar al ingeniero en la cadena procedimental, y realizar ciertas consideraciones respecto de la figura del *Dispute Adjudication Board* y de ciertas etapas procedimentales, cuya redacción poco clara e inconsistente genera preocupación dado que disminuye la eficacia preventiva general del procedimiento. Terminaremos con ciertas consideraciones respecto a la implementación de los dispute boards en Chile y si es que estos han respondido efectivamente a las expectativas del mercado de la construcción nacional en torno a su eficacia preventiva, como también elaborar ciertas propuestas para la realización de tales fines.

## Introducción

La existencia de conflictos relevantes de naturaleza jurídica en el contexto del comercio internacional ha crecido de forma exponencial y a un ritmo geométrico, en razón del incremento en el grado de interdependencia y competitividad entre los diversos actores relevantes que intervienen en el mercado a escala global. Este síntoma de permanente conflictividad entre las partes intervinientes, dentro de todas las etapas del *iter contractus* se da con especial intensidad en el marco de los contratos internacionales de construcción, lo cual se explica en una serie de factores: la existencia de disputas de carácter técnico altamente complejas; la existencia de enrevesadas y complicadas relaciones crediticias y financieras con las entidades bancarias y financieras para la financiación del proyecto en su conjunto; la dificultad derivada del carácter duradero e interdependiente del contrato, lo cual requiere de un alto grado de coordinación, gestión y control entre las partes involucradas en la ejecución de obligaciones, que en su mayoría se reconocen de carácter interdependiente en la medida que sea necesario de acuerdo al deber de colaboración recíproca existente entre las partes, no bastando así una mera actitud pasiva sino que un rol activo y propositivo de ambas partes, entre otras<sup>1</sup>.

De ahí que teniendo en cuenta un escenario socavado por la existencia de una enorme cantidad de controversias, es que desde las propias asociaciones de ingenieros de los países desarrollados, tales como Inglaterra y los Estados Unidos de América, desde la década de los '70 hasta nuestros tiempos<sup>2</sup>, se implementaron los dispute boards, los cuales forman parte de los mecanismos alternativos de resolución de las controversias (ADR o *Alternative dispute resolution*), que permitieran generar soluciones eficientes, rápidas, viables económicamente y que permitieran la ejecución continua del proyecto de infraestructura. En este proceso de desarrollo institucional de los ADR se enmarca la labor liderada por la FIDIC a través de la confección y promoción de modelos contractuales, dentro de los cuales se encuentran considerado la existencia de cláusulas de resolución de controversias que contemplan un procedimiento de carácter *escalonado o step-by-step*, el cual contiene diversas etapas,

---

<sup>1</sup> RADOVIC, M. 2016. Dispute Resolution Boards: Prevención y resolución experta de conflictos en la industria de la construcción [en línea] <<http://www.camsantiago.cl/informativo-online/2016/07/docs/DB-herramientaexperta.pdf>> (consulta: 06 de julio de 2017), en que la autora señala que: “La complejidad y conflictividad antes descritas han motivado a los expertos a realizar esfuerzos por identificar y categorizar las principales causas que generan conflictos en los proyectos de construcción. Algunas de las causas identificadas por la literatura especializada son: variaciones en el alcance del contrato, interpretación del contrato, entregas y condiciones de áreas, problemas de información, condiciones de acceso a la faena, problemas con la ingeniería, disponibilidad de recursos (Dawson Waldron Blake, 2006), interdependencia de tareas entre las partes, problemas y barreras comunicacionales, deficiencias en el desempeño, problemas en los pagos, problemas en la programación y de cláusulas contractuales (Chuang, S.O., Yiu, T.W. and Chiu, 2006), alta complejidad técnica, problemas derivados de la magnitud de los trabajos contratados, documentación contractual intrincada, cambios en las condiciones, recursos limitados e insuficientes, problemas financieros, problemas laborales, multiplicidad de partes, planificación inadecuada, entre otros factores (Harmon, conflicts between owners and contractors: proposed intervention process, 2003b).

<sup>2</sup> SHAMIR, Y. 2003. Alternative dispute resolution approaches and their application [en línea] <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001332/133287e.pdf> (consulta 08 de julio de 2017).

tales como las consultas acerca de controversias al ingeniero consultor, los dispute boards y, por último, el recurso al arbitraje comercial internacional como instancia de carácter final dentro de este.

Dada la calidad y naturaleza compleja de las controversias sometidas al conocimiento de estos órganos en el marco del procedimiento FIDIC, impera un enfoque de carácter preventivo de los conflictos y que tienda a la colaboración permanente y fluida entre las partes, permitiendo mantener así la integridad de sus relaciones comerciales, como también el éxito del proyecto en cuestión.

Bajo este marco coyuntural, analizaremos la evolución que ha experimentado el procedimiento de carácter escalonado contemplado por la FIDIC como también la estructura general de este y las etapas previas que este contiene, el cual una vez que las partes hayan acordado su aplicación a nivel contractual, será de carácter obligatorio el sometimiento de las partes a la ritualidad de este y constituirá un requisito de arbitrabilidad de la controversia, configurándose el arbitraje como instancia de carácter final o de *ultima ratio*.

Respecto de la configuración del sistema de solución de controversias ofrecido por los modelos contractuales FIDIC, creemos que es necesario la realización de ciertas consideraciones específicas respecto de la configuración del procedimiento en cuanto a los plazos de caducidad establecidos en el artículo 20.1, la utilidad práctica del *Cool off period* y realizar observaciones a los mecanismos que se han seguido por parte de la doctrina y la jurisprudencia para permitir el cumplimiento forzado de las decisiones emitidas por parte del *Dispute Adjudication Board*, tanto si son de carácter obligatoria u obligatoria y definitiva, ante los tribunales arbitrales y estatales.

El enfoque del presente trabajo se dirigirá a la solución de los conflictos que surgen en el ámbito de los contratos internacionales de construcción, por lo que analizaremos con mayor detenimiento aquellos mecanismos de resolución de controversias que de acuerdo a la doctrina coadyuvan con mayor eficiencia a prestar una resolución eficiente y oportuna de aquellos, por lo que procederemos al análisis somero del dispute board y del arbitraje comercial internacional, la relación de complementariedad y cooperación existente entre ambos, la cual se manifiesta con extraordinaria fuerza en el diseño de las cláusula de resolución de controversias multi niveles o multifunción, dado que las partes habrán de acudir en primer lugar a las fases procedimentales iniciales, las cuales se caracterizan por incluir mecanismos autocompositivos o heterocompositivos y que son no adversariales, como condición previa para recurrir a las instancias de carácter heterocompositivo adversarial, tales como la instancia de arbitraje comercial internacional o ante los tribunales estatales.



Este diseño, cuya fuente corresponde a la autonomía de las partes, se justifica con el objeto de reducir los costos directos e indirectos que se derivan de recurrir a mecanismos procedimentales formalistas y cuyos periodos de tramitación no se ajustan con la realidad de los contratos de construcción, los cuales contemplan plazos de término en extremo acotados y que, en caso de incumplirse por una de las partes, afecta seriamente las pretensiones comerciales de ambos.

Por último, propondremos a título de *lege ferenda* una modificación a la legislación vigente de Chile en materia de resolución de controversias aplicables a los contratos de construcción, tanto nacionales como internacionales, estableciendo la existencia de un procedimiento de carácter escalonado y obligatorio, con la presencia de un DAB de carácter permanente, para así poder cumplir con la finalidad preventiva de este procedimiento en la materia en cuestión.

# CAPITULO I: CONTRATOS INTERNACIONALES DE CONSTRUCCIÓN

## 1.1. Generalidades.

Dado que el objeto de nuestro trabajo concierne a los métodos de resolución de controversias presentes en el comercio internacional y en el ámbito de la construcción internacional, hemos de pasar a explicar sucintamente el porqué de tal necesidad de contar con mecanismos procedimentales cada vez más sofisticados y en que se otorgue el mayor alcance a la autonomía de la voluntad en materia procedimental a las partes en el diseño de estos, debiendo existir un amplio nivel de flexibilidad y ajustabilidad de estos a las necesidades particulares de los contratantes.

Desde un enfoque sustantivo del contrato en cuestión, se ha establecido, no sin un cierto grado de provocación, por un sector de la doctrina el carácter incompleto del contrato de construcción internacional<sup>3</sup>, es decir, de la determinación exacta del alcance de los derechos y obligaciones recíprocos a ser soportados por las partes, dada la virtual imposibilidad de las partes de describir todas las contingencias y circunstancias que pudieran o no ocurrir en el curso de la ejecución del contrato, lo cual explica la necesidad de otorgar especial relevancia a los principios de buena fe en materia contractual, cuya materialización será diversa de acuerdo a la etapa del iter contractus en que nos situemos como también el nivel de intensidad de las obligaciones dimanadas de tales deberes, a saber:

- **Etapa precontractual:** como es sabido, dada la complejidad del contrato en cuestión, la etapa pre contractual adquiere un cariz de la mayor relevancia debido a que, sin importar si se trata de un contrato de obra pública o privada, el dueño o cliente suele elegir al contratista dentro de un grupo de proponentes que se presentan a un proceso de licitación público o privado, respectivamente.

Este proceso de selección tiene por objeto la selección de la oferta más competitiva y que se ajuste a las necesidades e intereses particulares del dueño. De ahí que el diseño de esta etapa ha de considerar múltiples factores y documentos que han de ser entregados a los proponentes para que puedan competir en igualdad formal de condiciones en el proceso. De acuerdo a De Solminihaç, en la medida de lo posible será especialmente recomendable la existencia de un mecanismo de preclasificación de los contratistas, a fin de evitar un número excesivo de ofertas

---

<sup>3</sup> OMOTO, T. 2009. Dispute boards: resolution and avoidance of disputes in construction contracts. Japan Commercial Arbitration Association Newsletter, 23:1.

y también evitar que los proponentes en futuras licitaciones, con el objeto de recuperar lo invertido en el estudio técnico y económico de las propuestas ofertadas y que fueron rechazadas, para así incorporarlas dentro de sus gastos generales y, por ende, aumentando los precios a ser ofertados por los proponentes en el mercado relevante<sup>4</sup>.

Debido a la gran cantidad de información que se intercambia entre estos actores en los procesos en cuestión durante las tratativas preliminares y hasta antes de la celebración del contrato entre las partes, estas se encontraran obligadas a cumplir deberes de información y de reserva o confidencialidad de tales antecedentes durante el transcurso de esta y hasta la celebración definitiva del contrato.

- **Etapa contractual:** en esta etapa la buena fe actúa básicamente como un correctivo respecto del alcance de las obligaciones, principalmente ante el acaecimiento de circunstancias imprevisibles que tornen excesivamente oneroso el cumplimiento de la obligación por una de las partes; respecto de la ocurrencia de casos fortuitos; respecto del necesario deber de colaboración mutua que ha de existir entre las partes a fin de coadyuvarse en la realización de sus prestaciones recíprocas, es decir, tender a dar cumplimiento a los fines propios del proyecto, sin entenderse sacrificadas las prerrogativas e intereses individuales de cada uno para la consecución de tales fines.
  
- **Etapa post contractual:** en ciertas modalidades del contrato de construcción, tales como el “llave en mano”, el estándar de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones no se agota al terminar el proceso propiamente constructivo, sino que ha de entregarse esta en tanto unidad empresarial que otorgue determinados niveles de rentabilidad y eficiencia que han sido previamente determinados por parte del mandante al contratista.

Ahora bien, desde la relación del contrato con el derecho internacional, debido a que su objeto se refiere a intereses jurídicamente disponibles, este ha de enmarcarse dentro de aquellos en que se permite el ejercicio pleno de la autonomía de la voluntad, siempre que cumpla con el requisito de comercialidad e internacionalidad prescrito por los instrumentos jurídicos más autorizados, tal como los Principios de La Haya sobre elección del derecho aplicable de contratos internacionales, el cual lo establece en su artículo 1.2, manifestando que: *“For the purposes of these principles, a contract is*

---

<sup>4</sup> DE SOLMINIHAC, Hernan y THENOUX, Guillermo. 2011. Procesos y técnicas de construcción. 5ª Edición, Santiago de Chile, Ediciones. 120 p.

*international unless each party has its establishment in the same state and the relationship of the parties and all other relevant elements, regardless of the chosen law, are connected only with one state* .

Como se puede ver, este instrumento establece un criterio amplio de internacionalidad de los contratos, con el fin de excluir únicamente aquellos vínculos jurídicos cuyos factores de conexión relevantes se encuentran localizados en un único estado y, por ende, derivado de que la redacción de las disposiciones sea en clave negativa, establece una cierta presunción de internacionalidad de los vínculos que deciden regirse por este instrumento, debido a la cláusula abierta respecto a los factores de conexión atributivos de internacionalidad, dentro de los cuales se cuenta la sede de operaciones de cada parte, la nacionalidad de las partes, el lugar de celebración y ejecución de las obligaciones, entendiéndose únicamente excluido como factor de conexión la elección de un derecho extranjero en la cláusula de elección de ley, no teniendo la potencialidad de otorgar el carácter de internacional a un determinado vínculo cuyos vínculos de conexión restantes sean exclusivamente pertenecientes a un único ordenamiento jurídico estatal<sup>5</sup>.

Se establece así la posibilidad de elegir el derecho aplicable, como vínculo jurídico independiente del contrato primario entre las partes, tal como lo establece el artículo 2.4 de la mencionada Convención, la cual establece que: “*No connection is required between the law chosen and the parties or their transaction*”. En este sentido, esta falta de conexión se relaciona con la necesaria deslocalización de los contratos internacionales de los ordenamientos jurídicos estatales, en cuanto por aplicación de la autonomía privada las partes buscan la elección de un derecho, sea este nacional o a nacional, de acuerdo al artículo 3º de la Convención, que sea neutro y balanceado<sup>6</sup>.

También se permitirá la posibilidad de seleccionar el foro ante el cual se sustanciarán las controversias, sea en sede judicial o arbitral, entendiéndose en el primer caso como deslocalizado del ordenamiento jurídico del estado en que se sitúa la sede de este.

Del complejo entramado obligacional atribuible al contrato y su posible conexión con diversos ordenamientos jurídicos dependiendo de la elección de las partes del derecho aplicable, se puede colegir que la existencia de un alto grado de conflictividad atribuible a estas operaciones se vuelve una cuestión connatural o inherente a estos, lo cual además se ve incentivado por la falta de preocupación y excesivo entusiasmo que muestran las partes al inicio de la celebración y ejecución del contrato en que se considera de escasa o nula importancia la regulación de los mecanismos tempranos de solución de

---

<sup>5</sup> CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Introducción a los principios sobre elección de ley aplicable en contratos comerciales internacionales de 2015. [En línea] <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=135#text> (consultado 24 de noviembre de 2017).

<sup>6</sup>Ibid.

controversias al considerarlos innecesarios y que solo coadyuvan a encarecer el valor final asociado al proyecto, manifestándose en que usualmente esta será una de las últimas cláusulas negociadas y establecidas dentro del contrato<sup>7</sup>.

## 1.2. Naturaleza jurídica.

La calificación jurídica atribuible al contrato de construcción ha ido variando con el tiempo y ha debido ser adaptada a las nuevas y crecientes exigencias del tráfico jurídico mercantil a nivel internacional.

Las principales dificultades para la realización de tal labor a nivel internacional estriban en relación al carácter atípico de este y al rol otorgado a la autonomía privada de los contratantes en la configuración del alcance y extensión de sus cláusulas como también a la inherente complejidad prestacional atribuibles al vínculo en cuestión, por lo que se han esbozado diversas teorías que han intentado explicar el contexto jurídico en que se desenvuelve el contrato, las cuales han variado desde la teoría de la absorción, combinación y por analogía<sup>8</sup>.

Estas teorías han sido ampliamente descartadas por parte de la doctrina moderna debido a la incapacidad de las figuras contractuales típicas para contener y explicar el complejo bosquejo prestacional que configura al contrato de construcción, cuyo fin u objetivo principal consiste en la producción de un determinado resultado, que corresponde a la obra de arquitectura, ingeniería y mecánica. Dado lo anterior, desde temprano se comprendió la necesidad de otorgar una calificación de carácter autónoma al contrato de construcción<sup>9</sup> y que, por ende, no se entienda incorporado bajo el régimen jurídico aplicable a contratos tipificados, tales como los contratos de compraventa o arrendamiento de servicios<sup>10</sup>, configuración adoptada por la legislación nacional en nuestro Código Civil<sup>11</sup>.

Bajo el paradigma moderno, que concibe al contrato de construcción como una construcción jurídica

---

<sup>7</sup> RIOS SALAS, Víctor y MOLINA ZALDIVAR, Carlos. 2016. Derecho de la construcción. O'Print Impresores, Santiago de Chile. 337p.

<sup>8</sup> VERDUGO BRAVO, Ismael. 2011. La relación entre autonomía privada y los contratos atípicos [en línea] <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/7-Verdugo.pdf>. (consulta: 12 de julio 2017)

<sup>9</sup> RODRIGUEZ HERNANDEZ, Aurora. 2014. Los contratos internacionales de construcción llave en mano. Cuadernos de Derecho Transnacional, 6 (1): 198.

<sup>10</sup> PRADO PUGA, Arturo. 2014. El contrato general de construcción y en especial la modalidad EPC y sus principales características. Revista de Derecho Privado 41 (2): 2-3.

<sup>11</sup> PRADO P., A, ob cit, p.1.

única o de carácter *sui generis*, el cual concuerda plenamente con el objeto o finalidad que se predica respecto del contrato en cuestión, el cual de acuerdo Ríos corresponde a: “*De manera más específica, nos inclinamos a por definir el contrato de construcción como aquel en que el propietario o mandante encarga al constructor o contratista la ejecución de una obra conforme a un proyecto, la que debe ser ejecutada en el plazo y precio convenido. El objeto del contrato consistirá en la ejecución de la obra, la que estará sujeta a un proyecto, entendiéndose por tal el conjunto de planos, especificaciones técnicas, memorias de cálculo y demás antecedentes que permiten establecer o precisar aquello que se debe ejecutar, dentro de un determinado plazo y a un precio convenido, el que incluye los costos directos, los gastos generales y la utilidad a que tiene derecho el contratista.*”<sup>12</sup> De ahí que bajo la mirada del autor, las prestaciones esenciales del contrato en cuestión a ser cumplidas por las partes corresponden a la ejecución de la obra diseñada y proyectada por la parte correspondiente, como también del pago del precio acordado, dentro del cual se incluyen los costos directos e indirectos incurridos y el beneficio o utilidad industrial, cuya modalidad de cumplimiento dependerá en última instancia de la utilización del sistema de precio alzado o fijo, precios unitarios o de costos reembolsables<sup>13</sup>.

### 1.3. Características del contrato de construcción

Ahora bien, en cuanto a las características propias del contrato de construcción, nuestra doctrina señala su carácter consensual, bilateral, oneroso, conmutativo, atípico, de ejecución diferida, que genera una obligación de resultado, *intuitu personae* y de adhesión. Sobre estas características realizaremos unas breves precisiones:

#### 1.3.1. Consensualidad.

En cuanto al carácter consensual del contrato, habrá de distinguirse necesariamente entre el contrato de construcción privado o público, respectivamente, dado que para el perfeccionamiento de los últimos se requiere el cumplimiento de diversas formalidades *ad solemnitatem*, para que se entiendan existentes.

---

<sup>12</sup> RÍOS S., V. y MOLINA Z., C., op cit, p. 22.

<sup>13</sup> CAMPOS MEDINA., Alexander y HINOSTROZA SOBREVILLA, Luis Martin. El contrato de obra pública: lo que no dice la ley de contrataciones y adquisiciones públicas, pero debería decir [en línea] [http://pbeabogados.facipub.com/facipub/upload/publicaciones/1/71/el\\_contrato\\_de\\_obra\\_publica.pdf](http://pbeabogados.facipub.com/facipub/upload/publicaciones/1/71/el_contrato_de_obra_publica.pdf) (consulta 14 de julio de 2017).

### 1.3.2. Conmutatividad.

El carácter conmutativo del contrato, en cuanto a equivalencia de las prestaciones recíprocas a ser cumplidas por las partes, ha de entenderse en relación al transcurso del *iter contractual* en su globalidad, impactando con mayor intensidad al momento en que se ejecutan las obligaciones acordadas en un contexto temporal duradero y sobre el cual los participantes estarán imposibilitados en la práctica de prever todas las circunstancias futuras que puedan encarecer excesivamente el cumplimiento de las prestaciones.

De ahí que sea fundamental la aplicación del principio de buena fe contractual, estableciéndose una relación de activa y continua cooperación entre las partes para coadyuvar a la consecución de los intereses recíprocos de ambos. Por ende, será de toda lógica que, con el fin de mantener la conmutatividad de las prestaciones recíprocas, se establezca la necesidad de ajustar -negociadamente o en la instancia judicial o arbitral correspondiente- el equilibrio de dichas prestaciones. Lo anterior, con el fin de mantener vigente la relación contractual y acorde a las nuevas condiciones materiales que tornaron en extremo gravoso el cumplimiento de la obligación originalmente convenida.

### 1.3.3. Contrato de ejecución diferida.

Tener presente que se trata de un contrato de ejecución diferida y de larga duración en el tiempo, estableciéndose la obligación recíproca de dar cumplimiento pleno y oportuno de los plazos acordados por las partes dentro de los cronogramas de trabajo, es decir, el factor temporal adquiere un carácter fundamental en la consecución de los recíprocos intereses en juego. De allí la relevancia de la mantención del equilibrio contractual durante todo el transcurso de este, dado que suelen acaecer circunstancias desconocidas e imprevistas para las partes, que tornan imposible o extremadamente oneroso el cumplimiento de la obligación, es decir, adquiere suma importancia las instituciones del caso fortuito y la teoría de la imprevisión por lo que las partes habrán de regular los mecanismos contractuales que se establezcan con ocasión de distribuir los riesgos de asunción de los primeros y de revisión o ajuste del precio del contrato, respectivamente.

### 1.3.4. Contrato *intuitu personae*.

La prolongada extensión en el tiempo del contrato requiere para la ejecución eficiente y coordinada de sus obligaciones de una relación de plena confianza entre las partes intervinientes, desde el inicio del

proceso de licitación de las ofertas hasta la entrega completa de la obra. En este sentido, existirá una intervención particularmente intensa del principio de buena fe, exigiendo la activa y permanente colaboración de las partes en la consecución de la ejecución de las prestaciones a ser acometidas por las partes.

La importancia de la confianza y mutua colaboración de las partes adquirirá un rol superlativo en aquellas modalidades contractuales que minimizan al máximo la intervención del dueño en la supervisión y administración de la obra, tales como los contratos EPC, en que de acuerdo a Wagemann, existiría un grave problema en torno a los incentivos que motivan la elección de tal modalidad, primando la desconfianza del dueño respecto de la labor desempeñada por parte del contratista<sup>14</sup>.

#### 1.3.5. Contrato de resultado.

También habrá de considerarse la naturaleza jurídica de la obligación del contratista, ya que la ejecución de la obra comprende la consecución de un determinado resultado, el cual debe ajustarse al proyecto diseñado por sí o por el cliente como también en base a los requerimientos presentados por el cliente, dependiendo de la modalidad contractual elegida, por lo que la obligación se entenderá únicamente cumplida al tiempo que se realice la entrega completa de la obra encomendada y que se encuentre conforme a las especificaciones realizadas por el dueño, sin tener en cuenta para esto la actividad que haya sido desarrollada por parte del contratista en la ejecución de la obra.

#### 1.3.6. Contrato de adhesión.

En el contrato de construcción, por regla general, constituye un ejemplo de contrato de adhesión, en el cual existe un desequilibrio importante en el poder negociador de los contratantes: el contrato es un diseño exclusivo del oferente, que dicta el texto de la convención. El contratista no tiene la posibilidad de discutir el diseño, administración o ejecución de la obra, debiendo circunscribirse a aceptar o rechazar el contrato en bloque, sin perjuicio de la facultad del contratista de aclarar el alcance del contenido obligatorio, técnico y económico ofrecido durante el proceso de licitación, lo cual puede derivar indirectamente en modificaciones de los términos establecidos por el mandante, los cuales podrán ser incluidos por los proponentes en los apéndices a las ofertas realizadas dentro del proceso.

---

<sup>14</sup> WAGEMANN, Alex, “La confianza necesaria para construir un EPC [en línea] <http://www.construccionminera.cl/la-confianza-necesaria-para-construir-un-epc/> (consulta 16 de julio de 2017).



Como es obvio, esta constituye una facultad del mandante y no estará obligado a ejercerla, sin perjuicio de que sea bastante conveniente debido a que con las aclaraciones que realice, este permitirá que los proponentes otorguen las mejores ofertas posibles y así incluso permitirse la reducción de los precios.

#### 1.4. Modalidades del contrato de construcción internacional.

La relevancia de las diversas modalidades que puede adoptar el contrato de construcción internacional estriba esencialmente respecto del alcance del marco contractual aplicable y la cantidad de sujetos involucrados en el contrato. De ahí que sea necesario realizar un breve comentario acerca de los principales aspectos de éstos y como se diferencian de la estructura establecida por parte del contrato de construcción general.

En primer lugar, en el contrato de construcción general existen tres elementos principales que son relevantes en su estructura:

- a. Existencia de tres actores clave dentro del proyecto (tres pies): el dueño de la obra quien encomienda al contratista la ejecución de ésta; y, por otro lado, el ingeniero, a quien el dueño establece para la supervisión de su ejecución, es decir, la existencia de dos vínculos jurídicos separados e independientes, a saber: el contrato de construcción y de consultoría o prestación de servicios.
- b. Existencia de un intenso deber de colaboración y de coordinación mutua entre las partes, como también respecto de los sujetos intervinientes en las relaciones que emanen aguas abajo, tales como aquellas que se generen con los sub contratistas.
- c. Las labores de diseño, ingeniería y proyección son de cargo del cliente, el cual encarga su desarrollo a favor del ingeniero, el cual cuenta además con las facultades de dictar instrucciones al contratista, supervisar el desarrollo de las obras y la certificación de los pagos, entre otras a su haber.
- d. Rol preponderante del ingeniero en la supervisión de las obras, administración del contrato y su cumplimiento, como también la facultad de dictar instrucciones al contratista, las cuales han de ser cumplidas por parte de este, lo cual se cumple con especial intensidad en los contratos de construcción en que la labor de diseño y proyección recaiga sobre el empleador.

Considerando las tres características anteriores, se distingue entre las siguientes modalidades del contrato internacional de construcción:

- a. *Design then bid*: corresponde al contrato general de construcción, con las características ya mencionadas anteriormente.
- b. *Design and build (D&B)*: corresponde a aquellos en los cuales el contratista es el encargado de desarrollar el diseño del proyecto y ejecutar los trabajos de construcción, a través de la suscripción de un único contrato.
- c. *Engineering, procurement and construction (EPC)*: en ellos existe una responsabilidad global de resultado que asume el contratista respecto del cliente, a través de la suscripción de un único contrato, sin perjuicio de que esto no implica que se asuman todos y cada uno de los riesgos que se derivan de la ejecución del proyecto en todos los casos. El límite natural en estos corresponderá al caso fortuito, salvo que sea expresamente estipulada la asunción de sus consecuencias por una de las partes<sup>15</sup>. De ahí que, su principal ventaja respecto al contrato general de construcción consista en que permite localizar y singularizar en un solo ente empresarial el deber de coordinar apropiadamente a todos los sujetos intervinientes y factores productivos relevantes para el desarrollo de la obra y, por ende, se reemplaza la figura del ingeniero por la del representante del contrato y se acota al máximo el grado de injerencia del cliente o dueño en la supervisión de la ejecución del proyecto, estableciéndose un ámbito de autonomía pleno para el contratista y, de ahí que este asuma una enorme cantidad de riesgos, a diferencia del esquema tradicional de *tres pies* del contrato de construcción tradicional.
- d. *Engineering, procurement and construction management (EPCM)*: en éstos, las obligaciones del contratista consisten en el desarrollo de la ingeniería, la provisión de suministros y la gestión de la construcción por cuenta del dueño, sin involucrarse directamente en la ejecución de las obras<sup>16</sup>.
- e. *Build, operate and transfer (BOT)*: ésta última corresponde a un contrato de construcción en la cual el contratista responde de la concepción, ejecución y puesta en funcionamiento de la obra,

---

<sup>15</sup> PRADO P., A., ob cit, p. 8.

<sup>16</sup> RIOS S., V. y MOLINA Z., C., ob cit, p. 62.

a la usanza de un contrato *llave en mano*, con una clara diferencia: el contratista, además adquirirá el rol de operador respecto del proyecto, por lo que podrá proceder a la explotación del uso y goce de este, a través del pago de la tarifa establecida en el contrato de concesión de obra pública firmado con el estado. Este esquema contractual se diferencia también en la forma de financiamiento del proyecto, en las cuales el sector privado procede a financiar la realización de proyectos que clásicamente pertenecieron al sector público (puentes, muelles, caminos, etc.), teniendo la posibilidad de gozar de la administración y explotación de la obra durante el periodo de concesión, con la obligación de transferir el dominio al Estado el periodo en cuestión<sup>17</sup>.

#### 1.5. Origen y justificación del fenómeno de la estandarización.

Dado que este fenómeno responde a una necesidad concreta de los principales actores que inciden e influyen dentro del comercio internacional de darse a sí mismo un marco regulatorio que sea adecuado a las incesantes necesidades y dinámica expansiva del comercio internacional, frente a la falta de regulación estatal de carácter expreso y claro, es necesario no asimilar el producto normativo derivado ejercicio de la facultad autonormativa de estos sujetos participantes con la existencia de usos y costumbres, es decir, en ningún caso ha de equipararse las condiciones generales de contratación y contratos tipo con los usos y costumbres contemplados dentro del ordenamiento jurídico internacional<sup>18</sup>.

Se ha entendido por parte de los operadores jurídicos que para propender a la operatividad eficiente y plena se requiere del vehículo contractual adecuado, el cual es otorgado por el fenómeno de la contratación masiva<sup>19</sup>. De acuerdo a Prado, respecto al fenómeno de la estandarización en materia contractual impulsado por la FIDIC, *“El uso social extendido y global de los contratos de construcción para grandes obras y la necesidad de contar con modelos objetivos de alcance general frente a la parquedad de provisiones normativas existentes en buena parte de los países bajo régimen de codificación, suele dar lugar a que se recurra a la disciplina de los que se conocen como modelos FIDIC que emanan de la “Federación Internacional de Ingenieros Consultores”, fundada en 1913, organismo que ha sido capaz de crear moldes jurídicos adaptados a los esquemas que exige una figura*

---

<sup>17</sup> RODRIGUEZ H., A., ob cit, p. 187-189.

<sup>18</sup> RIOS S., V. y MOLINA Z., C., ob cit, 46p.

<sup>19</sup> SANDOVAL, Ricardo. 2003. Contratos mercantiles. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile. 13p. En este el autor señala que: *“El hecho de que el contrato comercial de esta época sea de concertación masiva, impide que los empresarios lo celebren individualmente, de manera que su contenido se fija mediante ciertas cláusulas preestablecidas, a las cuales simplemente adhieren los clientes o consumidores, razón por la que se les denomina contratos de adhesión.”*

*compleja y cambiante que cada país ha ido instalando al amparo del contrato de construcción tradicional como contrato nominado típico, cobijado por lo tanto, bajo los límites de sus categorías legales imperativas a los que se debe ajustar y en especial, en cuanto suplir sus deficiencias y aplicar sus normas de interpretación”<sup>20</sup>.*

También se puede comentar que la necesidad de la estandarización proviene de la naturaleza jurídica *sui generis*<sup>21</sup> del contrato internacional de construcción, prevaleciendo esta teoría por sobre aquella que buscaba la asimilación del contenido obligatorio de este bajo el “paraguas” de varias figuras contractuales típicas que se decían pertenecerle<sup>22</sup>, lo cual generaba el problema consistente en determinar la legislación supletoria que vendría en regir la relación obligatoria y, por ende, implica un favorecimiento tácito a ser regido mayormente por una categoría contractual en específico, la cual no permitía solucionar los conflictos regulatorios inherentes al contrato internacional de construcción<sup>23</sup>.

En materia de derecho aplicable, a estos contratos se entiende plenamente aplicable la categoría de *nueva lex mercatoria*<sup>24</sup> y más específicamente, dentro de la categoría del *ius ingenorum*<sup>25</sup>, el cual recoge los principales lineamientos de la *lex artis* y buenas prácticas en materia de contratos internacionales de construcción.

---

<sup>20</sup> PRADO P., A., ob cit, p. 4.

<sup>21</sup> HERNANDEZ R., A., ob cit, p. 198, ya que, en cuanto a la naturaleza jurídica del contrato internacional de construcción, sea o no llave en mano, el mejor criterio para determinar su naturaleza jurídica será la calificación autónoma o *sui generis*.

<sup>22</sup> Acerca de la clasificación de los contratos típicos y atípicos, como también sus consecuencias en materia de determinar la regulación supletoria que corresponda aplicar en cada caso, consúltese LOPEZ SANTA MARIA, J. (buscar año). Los contratos. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, pp. 129-133 (completar cita). buscarlo como recurso electrónico.

<sup>23</sup> PRADO P., A., ob cit, p. 7, en que el autor señala lo siguiente: “En un buen número de casos, estos contratos se presentan como actos jurídicos “combinados” o “enganchados”; cuyas modalidades de ejecución dan lugar a una verdadera operación cesárea, difícil de encasillar en un régimen jurídico unitario. En buena medida su caracterización se resuelve a partir de su funcionamiento práctico, describiendo la operación, tal y como ella es practicada en nuestro medio, para luego confrontarla con nuestro ordenamiento jurídico y sacar las conclusiones correspondientes en cuanto a su validez, naturaleza jurídica y demás aspectos legales.”

<sup>24</sup> Acerca del concepto de la *lex mercatoria* consúltese GALGANO, F. 2003. *Lex mercatoria, shopping del derecho y regulaciones contractuales en la época de los mercados globales*. Revista de Derecho Mercantil, 247: en que señala lo siguiente: “Un ordenamiento jurídico originario, propio de la Business Community y que regula las transacciones internacionales”. En cuanto a su naturaleza jurídica se pronuncia CALVO C., Alfonso y CARRASCOSA G., J. 2003. *Curso de contratación internacional*. Editorial Colex, Madrid. 69-70p. En este los autores estiman que: “En realidad, más que una ley no estatal, se trata de normas provenientes de las más diversas fuentes, tales como las elaboradas por instituciones privadas, organismos oficiales antes de recibir sanción por parte del estado, o usos internacionales. el origen de la regulación antes señalada y, particularmente, la ausencia del respaldo que se atribuye tradicionalmente a la “soberanía estatal”, ha impedido un consenso en torno a la procedencia de recurrir a esta clase de normas, cuestión que ha sido especialmente a propósito de la discusión sobre la existencia de una nueva *lex mercatoria*”.

<sup>25</sup> Sobre la complementariedad y función interpretativa de estos principios en conjunto con la ley nacional, consúltese RODRIGUEZ FERNANDEZ., Maximiliano. 2006. “El contrato internacional de construcción: aspectos generales. Revista e – Mercatoria, 5(1): 6. En este artículo el autor señala lo siguiente: “Es por ello que en la interpretación y solución de controversias provenientes del contrato internacional de construcción se ha hecho necesaria la incorporación de ciertos principios, usos y costumbres de uso reconocido en la práctica internacional, principios que facilitan la interpretación de ese tipo de contratos y que vienen siendo usados fundamentalmente en los tribunales de arbitramento. Estos principios usos y costumbres son lo que hoy llamamos *ius ingenorum* o *lex constructionis*.”

Sobre esto, Reig Fabado señala que el contenido de la *lex constructionis* incluiría no solo las prácticas, sino que también los principales usos aplicables a los contratos internacionales de construcción y de ingeniería, ambos estrechamente relacionado.

De esta manera, “*Centrándonos en la cuestión del derecho aplicable, los contratos internacionales de ingeniería presentan, crecientemente, un especial dinamismo en la utilización de usos y prácticas del comercio internacional. Esto, sobre todo a través de los contratos modelos, se ha generalizado en el denominado tráfico privado internacional. En la actualidad, el desarrollo de una serie de principios comunes obliga a plantearnos la existencia del denominado ius ingenorum que, impuesto en la práctica, genera problemas en cuanto a su naturaleza jurídica. Esta suerte de sector especializado dentro de la nueva lex mercatoria, no solo resulta muy operativa en la práctica, sino que es aplicada, como veremos, por los árbitros que resuelven las controversias planteadas en el marco de estos contratos.*”<sup>26</sup>

#### 1.5.1. Utilidad de la estandarización en los contratos internacionales

Con todo, la estandarización de las disposiciones contractuales a ser utilizadas en el marco del comercio internacional tiene una serie de externalidades de carácter positivo, dentro de las cuales podemos encontrar:

- i. Establecimiento de reglas cuya difusión y conocimiento genere amplios grados de confianza y previsibilidad respecto de su aplicación en contratos de construcción internacional celebrados entre empresas transnacionales, firmas de ingeniería y/o consultoría, Estados y organismos multilaterales de crédito, financiamiento, aseguramiento y reaseguro. A tal punto llega la difusión de estas reglas que pueden regular los mal llamados *contratos sin ley*, permitiendo su aplicación en el marco de la autonomía de la voluntad conflictual y material de 1º grado<sup>27</sup>.
- ii. A su vez, se genera una integración de las diversas culturas empresariales existentes, lo cual no solo permite la efectiva apertura de los mercados a nuevos inversores y empresas, sino que

---

<sup>26</sup> REIG FABADO, Isabel. 2003. Régimen jurídico del contrato internacional de ingeniería. Memoria para optar al grado de doctor en derecho. Valencia, Universitat de Valencia, Facultad de Derecho. 197-198p.

<sup>27</sup> RAMIREZ NECOCHEA, Mario. 2009. Curso de Derecho Internacional Privado. Editorial Legal Publishing, Santiago de Chile, 213p.

también permite equiparar las buenas prácticas en el ámbito de la construcción, que corresponde a la *lex artis* en esta materia o *lex constructionis*.

- iii. Reducción de los costos de transacción derivados de los largos procesos de licitación, negociación y contratación en definitiva que se generarían en caso de no existir tales modelos contractuales y así las partes tuvieran que incurrir en largas y costosas negociaciones, con el objeto de poder determinar el contenido del contrato. Esto último es refrendado por parte de Sandoval, que dice lo siguiente: *“Los contratos con cláusulas preestablecidas y con condiciones generales se convirtieron en los medios idóneos para los intercambios masivos. En efecto, estos contratos dieron origen al ahorro de tiempo al evitarse la discusión de cláusulas individuales, un ahorro derivado de la uniformidad de la contratación, que facilita la homogeneidad de la gestión empresarial y un ahorro de litigiosidad, porque los contratos contemplan de antemano las soluciones a los eventuales conflictos.”*<sup>28</sup>
- iv. Derivado de la reducción de los costos de transacción en la licitación, negociación y celebración entre las partes del contrato, permite que estas al contar con un marco jurídico predeterminado, concentrarse en los aspectos técnicos, organizativos, financieros y económicos propios de la operación por sobre la delimitación y distribución de los riesgos derivado de la elección del derecho aplicable al contrato.
- v. Por último, en cuanto a la administración del cumplimiento propiamente tal de las obligaciones, este permite clarificar las funciones de cada parte interviniente, lo cual redundaría en una facilitación en la labor de gestión y administración del contrato, la gestión adecuada de los mecanismos de resolución de controversias, permitiendo la constitución oportuna de los órganos encargados de emitir los dictámenes, recomendaciones o decisiones y el cumplimiento de tales decisiones por las partes.

---

<sup>28</sup> SANDOVAL, R., ob cit, p. 14.

## CAPITULO II: DE LOS ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION (ADR)

### 2.1. Origen, concepto y naturaleza jurídica de los *Alternative Dispute Resolution*.

En el ámbito mercantil, en especial el de índole internacional, una de las condiciones clave que permiten una rápida y eficiente interacción entre los actores involucrados será la de contar con la posibilidad cierta de recurrir a mecanismos determinados que permitan dar solución pronta a los conflictos que eventualmente pudiesen surgir en una relación de carácter privado e internacional, cuyo rasgo congénito consiste en una inevitable interrelación de los diversos ordenamientos jurídicos estatales concurrentes aplicables de acuerdo a los factores de conexión.

En este sentido, desde la década de los treinta en los Estados Unidos de Norteamérica se ha venido cuestionando el ejercicio de la función jurisdiccional ejercida por parte del aparato estatal, criticándole su falta de celeridad, oportunidad y toma de decisiones de carácter eminentemente formalista en la resolución de los conflictos basado en la doctrina del *Classical Legal Thought*, la cual a fines de la década en cuestión fue reemplazada por la doctrina del *Realismo Jurídico Americano*, en la reinterpretación de los fines ideales a los cuales se aspiraba dar cumplimiento con el derecho, entendiéndose que las normas jurídicas debían gozar de un contenido prescriptivo concreto y cercano a los conflictos ciudadanos más comunes.

En este contexto, el surgimiento de la mediación laboral constituyó el primer eslabón sobre el cual se erigió con posterioridad el movimiento de los *Alternative Dispute Resolution* (ADR) en la década de los sesenta y setenta en los Estados Unidos, época en la que los actores involucrados se vieron en la necesidad de crear procedimientos alternativos a la justicia estatal para suplir las deficiencias tanto sustantivas como operativas<sup>29</sup>.

En la actualidad, se ha entendido que si bien esta aspiración emancipadora de los particulares frente al poder estatal fue un paso fundamental y decisivo, se ha predicado un creciente rechazo, especialmente dentro del sector de la construcción internacional, de acuerdo a Frey Castillo, respecto al arbitraje comercial internacional como la principal alternativa para la

---

<sup>29</sup> MACHO GOMEZ., Carolina. 2014. Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del 'movimiento ADR' en Estados Unidos y su expansión a Europa. ADC, Tomo XLVII, Cantabria, España, 939p.

resolución de las controversias que puedan suscitarse entre las partes, tal como lo fue predominantemente durante la década de los '80<sup>30</sup>, lo cual se debe a su eminente “judicialización”, con lo cual ha perdido la celeridad, flexibilidad y bajos costos de tramitación que solía tener, transformándose en un medio *post mortem* y de carácter eminentemente adversarial, el cual no puede responder adecuadamente a la prevención o al menos disminución de los altos niveles de conflictividad que se presentan durante toda la vida contractual y la ejecución del proyecto, derivado del complejo cumplimiento de las obligaciones por la cadena de actores involucrados *aguas abajo*: el dueño de la obra, el contratista, subcontratistas, sean o no designados por el dueño, instituciones crediticias y aseguradoras, todo ello en relación al alto nivel de coordinación requerido entre estos.

La inclusión del arbitraje comercial internacional y de la negociación ha sido un importante punto de discordia entre la doctrina norteamericana y europea de los ADR respecto del alcance que ha de otorgársele al concepto de *alternatividad*<sup>31</sup>.

Consideramos que el punto en cuestión gira en torno a la relación de estos mecanismos para con el aparato estatal de administración de justicia, la cual ha de superar la mera dimensión dialéctica exclusión/inclusión a nivel sustantivo de estos con respecto al proceso de carácter judicial seguido ante los tribunales estatales sostenida por parte de la doctrina norteamericana, la cual no ha respondido a la creciente falta de flexibilidad a nivel procedimental, larga duración y costos involucrados como también la existencia de la lógica *winner-loser* presentes en el arbitraje comercial internacional, caracteres más bien propios del proceso judicial que de un mecanismo cuyo principal objetivo consiste en permitir a las partes diseñar una solución mutuamente acordada o a través de la determinación de una instancia de carácter imparcial e independiente, siempre a través de la presencia de un tercero que cumpla con tales requerimientos mínimos ya establecidos.

---

<sup>30</sup> FREY CASTILLO., Mario. 2014. Presentación. En: HERNANDEZ G., R. (coord.). Dispute boards en Latinoamérica: experiencias y retos. Biblioteca Mario Frey Castillo, Pontificia Universidad Católica del Perú, Vol. 23, Perú, p. 10.

<sup>31</sup> Acerca del concepto de *alternatividad* de estos mecanismos, en primer lugar se entendió en contraposición y en una relación de exterioridad al proceso judicial, es decir, realizados totalmente al margen de estos. La posición contraria, sostenida por la doctrina europea en la materia, entiende la existencia de una relación de complementariedad entre ADR y proceso judicial y arbitral, remarcando obviamente la diversa naturaleza jurídica de los mecanismos en cuestión y la necesidad de mantener una convivencia sana entre los actores intervinientes en cada uno de estos mecanismos para que puedan desplegar la plenitud de sus efectos en cuanto a la prevención, atenuación y solución definitiva del conflicto. Para profundizar sobre el punto, consúltense MACHO GOMEZ., Carolina. 2013. Los ADR ‘Alternative dispute Resolution’ en el comercio Internacional. Cuadernos de Derecho Transnacional, Cantabria, España, 5(2): 401-403p.



Del punto anterior, se extrae a su vez la falta de requisitos mínimos a ser cumplidos por parte de la negociación, ya sea de carácter nacional o internacional, para entenderse incluida dentro de los ADR, dado que para constituirse la instancia en cuestión no se requiere la presencia de tercero alguno, característica que de acuerdo a gran parte de la doctrina se configura como esencial, dado que la presencia del tercero es crucial para guiar y orientar a las partes tanto a nivel sustantivo, materializado en el control y medida de las expectativas como también prevenir la cristalización de las posiciones sostenidas por las partes<sup>32</sup> y a nivel procedimental, debiendo estar contempladas las etapas mínimas y los objetivos a ser cumplidos luego de cada una de estas, como también conciliar la libertad de terminar con las tratativas y el estándar de buena fe aplicable a las partes negociadoras<sup>33</sup>.

Sobre estos argumentos, la doctrina moderna de los ADR ha pretendido tener por excluidos del ámbito de aplicación de los mecanismos alternativos al arbitraje comercial internacional y a la negociación por cuanto la alternatividad de los mecanismos en cuestión entendido únicamente por contraposición al proceso judicial y el carácter voluntario de estos no alcanza a cumplir con los requerimientos configurativos esenciales de la institución tales como la flexibilidad, costes temporales y económicos reducidos y la producción de soluciones basadas en los intereses concurrentes de las partes.

En este sentido, la principal virtud de los ADR consiste en el alto grado de flexibilidad que otorga a las partes para determinar el diseño, etapas, terceros intervinientes y las facultades con que contarán estos para desarrollar la labor que se les encomiende, los cuales podrán intervenir dentro del procedimiento en carácter inter partes o supra partes, todo lo cual dependerá del mecanismo que hayan elegido las partes, es decir, los ADR pueden ser tanto de carácter autocompositivo como heterocompositivo, a diferencia de la naturaleza jurídica *cuasijudicial* y la creciente judicialización que ha experimentado con el pasar de los años<sup>34</sup> atribuible al arbitraje comercial internacional, producto de la excesiva formalización

---

<sup>32</sup> En cuanto a las características que ha de cumplir el proceso de negociación desarrollado por las partes en el contexto internacional, consúltese GARCIA LOMAS., Olegario. Negociación internacional [en línea] <http://www.aglutinaeditores.com/media/resources/public/6f/6fb4/6fb463e1747841c390d3bd97a628be3c.pdf> (consultado 18 de julio de 2017). 10p.

<sup>33</sup> GARCIA L., O., ob cit, p. 11-12.

<sup>34</sup> HERNANDEZ GARCIA., Roberto. Dispute Boards (paneles de solución de controversias) en Latinoamérica: Retos y perspectivas de un fascinante medio de solución de controversias. En: Dispute boards en Latinoamérica: experiencias y retos. Biblioteca Mario Frey Castillo, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, Vol. 23, 26-27p., estableciéndose por parte del autor la pérdida de la flexibilidad atribuible al arbitraje comercial internacional y, por ende, su falta de idoneidad para prestar

procedimental de la cual este ha sido víctima en pos de salvaguardar las garantías procesales de las partes dentro del proceso arbitral, como también por una razón de diseño fundamental: el arbitraje comercial internacional, como tal, nunca podrá prevenir la existencia de conflictos sino que meramente limitarse a resolverlos en base a un paradigma basado en un enfoque puramente correctivo del derecho, lo cual se deriva lógicamente de la circunstancia de que siempre conocerá los hechos constitutivos de la controversia después de su ocurrencia efectiva, es decir, actuara a través de un enfoque ex post y represivo.

Respecto de la función de los ADR en el comercio internacional, se ha entendido que estos se diseñaron con el objeto de otorgar soluciones de carácter práctico y cuya implementación a nivel contractual sea lo más expedita y segura posible. Ahora bien, en cuanto a la extensión del fin atribuible a los ADR, su principal ventaja consiste en la producción de soluciones que se encuentren en consonancia con la debida ponderación de los intereses de las partes más que en la realización de un examen de adecuación de las posiciones sostenidas por las partes con respecto a las prescripciones del ordenamiento jurídico en su conjunto.

De utilizarse adecuadamente estos mecanismos por las partes involucradas se permite superar la lógica atribuible al proceso judicial, por la cual se entiende la ritualización de la guerra o batalla entre los contendientes, con el objeto de evitar la presencia de la autotutela y así la realización de justicia por mano propia<sup>35</sup>, a través de la apropiación por parte del estado de la facultad de declarar quien tiene la razón en derecho<sup>36</sup>, es decir, limitarse a una mera actividad declarativa y cuyo único objeto sea la restauración del estado de la cuestión anterior a la

---

soluciones eficaces y de bajo costo, sobre lo cual dice que: *“Sin dejar de lado las características que hacen del arbitraje un gran medio de solución de controversias, en los últimos cinco a diez años ha surgido una preocupación creciente tanto de ingenieros como de abogados en el sentido de que el arbitraje se ha “judicializado”, es decir, ha dejado de tener las características particulares y positivas que la hacían un medio de solución de controversias claramente distinto a los procedimientos jurisdiccionales: celeridad y bajo costo, para convertirse en un medio lento y costoso, pero ante todo muchos críticos lo califican como un medio post mortem, es decir, que no tiene como propósito solucionar los problemas de un proyecto de construcción para procurar su conclusión exitosa, ni mucho menos mantener una relación comercial entre las partes, sino simple y sencillamente solucionar una controversia con las implicaciones que cualquier litigante sabe que ello tiene: ganar a toda costa.”*

<sup>35</sup> ORTEGA MEDINA., Claudia. La función jurisdiccional del estado [en línea] [www.derecho.unam.mx](http://www.derecho.unam.mx) (consulta 19 agosto 2017), en que la autora señala respecto al fundamento primigenio de la función jurisdiccional en relación a la prohibición genérica del ejercicio de la autotutela, sobre lo cual señala que: *“La primitiva y egoísta forma de solución de conflictos, a través de la venganza personal, de la “justicia” hecha por propia mano, que permitía incluso, ejercer la violencia para reclamar un derecho supuestamente violado o insatisfecho, fue substituida por un medio pacifico, cada día más evolucionado y de carácter institucional, denominado dentro del campo del derecho procesal: heterocomposición, por virtud del cual se pone fin a los conflictos de intereses jurídicamente trascendentes, a través de la intervención de un tercero, ajeno al litigio.”*

<sup>36</sup> MACHO G., C., p. 933

existencia del conflicto, sin añadir la creación de valor adicional a nivel intersubjetivo y comercial dentro del desenvolvimiento del proceso.

Por último, respecto del objeto de los ADR, este ha de entenderse bajo una concepción amplia del espectro conflictual en relación con los diversos niveles de intervención que se pueda atribuir los terceros participantes de acuerdo a la etapa de desarrollo en que se encuentre la controversia, por la cual se entiende que existirá un nivel de participación diferenciada en cuanto a la intensidad de esta. De ahí que sea notablemente ilustrativa la diferenciación de actividades que se predica respecto a los *dispute boards* en los artículos 16, 17 y 18 establecidos en el reglamento CCI relativo a estos instrumentos de solución alternativa de controversias, por el cual las partes podrán acudir para que se les preste asistencia de carácter informal con el fin de prevenir posibles focos de conflicto o atenuar la escalada de las consecuencias nocivas de la controversia y, en última instancia, luego de ser sometido por escrito la disputa en cuestión, otorgar un dictamen o determinación, que puede ser bien de carácter obligatoria o meramente facultativo, de acuerdo a la naturaleza del *dispute board* elegido por las partes.

## 2.2. Características.

- a. Presencia predominante de la autonomía de la voluntad, en cuanto fuente generadora y configuradora, siendo esta delimitación de la voluntad creadora deberá entroncar con el grado de necesaria flexibilidad requerida por parte de estos procedimientos y de otorgar la regulación ciertos mínimos atribuibles al procedimiento, teniendo por fin principal la obtención de una solución de corte práctico y atinente. En este sentido, se entienden disminuidas las barreras de entrada y salida que podrían propiciarse por la ejecución de actos de carácter unilateral y de mala fe realizados por las partes.
- b. La utilización de los mecanismos alternativos permite un alto grado de flexibilidad procedimental, lo cual otorga un amplio margen de acción a las partes, las cuales podrán configurar su funcionamiento de acuerdo a la consecución de sus propios intereses y con el objeto de obtener una solución adecuada a sus intereses, pudiendo establecer el alcance de sus efectos, es decir, podrá tener carácter facultativo u obligatorio. En este sentido, se entienden crecientemente disminuidas las barreras a la

entrada y a la salida por parte de los participantes, entendiéndose limitadas el ejercicio de estas prerrogativas en base al estándar de la buena fe contractual.

- c. Los mecanismos gozan de una naturaleza jurídica puramente contractual, en cuanto a la fuente generadora y al resultado que se pueda obtener de esta, ya sea a través de un acuerdo o determinación de carácter facultativa u obligatoria, sin efecto de cosa juzgada ni merito ejecutivo alguno. Esto último se deriva de la falta de reconocimiento de estos procedimientos por parte de una convención internacional, tal como si lo son los laudos arbitrales, cualquier lugar en que estos hayan sido dictados, para efectos de su reconocimiento y ejecución.
- d. Se entiende que estos mecanismos al ser utilizados efectivamente por las partes, permiten una reducción significativa de los costos que las modalidades tradicionales de resolución de controversias, especialmente en cuanto a la disminución de los tiempos de tramitación y el menor costo desembolsado en la contratación de abogados que representen las posiciones de las respectivas partes en el juicio.
- e. Prima la consecución de una solución que privilegie los intereses de las partes, que sea ágil y creativa y además teniendo en cuenta la perspectiva legal que sea aplicable de acuerdo a la elección del derecho que hayan realizado las partes como aplicables al fondo del contrato.
- f. Requieren necesariamente de la presencia de uno o más terceros de carácter independiente e imparcial.
- g. Podrán ser de carácter autocompositivo o heterocompositivo, dependiendo de las facultades atribuibles al tercero y, por ende, al nivel de intervención que se le permita a este respecto a la disposición de los intereses de las partes, es decir, podrá actuar inter partes o supra partes.

### 2.3. Carácter complementario de los mecanismos ADR con procesos heterocompositivos.

El carácter complementario de los mecanismos alternativos con los procesos de carácter arbitral y judicial ha de entenderse desde un enfoque bidimensional a nivel sustantivo y procedimental, es decir, que permita la creación de soluciones que gocen de una mayor legitimidad desde la perspectiva de la máxima satisfacción de los intereses concurrentes de las partes y que, por otro lado, se establezcan modalidades eficientes a nivel procedimental con el objeto de que las determinaciones y acuerdos logrados a través de los ADR puedan ser efectivamente implementados en el lugar en que se ubiquen los bienes del demandado.

En base a lo sostenido con anterioridad, el aporte más relevante que se puede obtener de la teoría moderna de los ADR, por medio del cual se supera la relación de contrariedad y exterioridad existente entre los procedimientos de corte jurisdiccional y no jurisdiccional, dado que los segundos, a pesar de que puedan utilizarse dentro del procedimiento judicial<sup>37</sup> o arbitral<sup>38</sup>, requieren igualmente del reconocimiento prestado por parte de los tribunales arbitrales a través de las diversas modalidades de laudos que se puedan dictar por parte de este, ya sea de carácter interino o final<sup>39</sup>, para efectos de ser sometido al procedimiento de exequátur en el estado en que se encuentren los bienes del demandado, sea de acuerdo a los postulados de la Ley modelo de Arbitraje Comercial Internacional o de la Convención de Nueva York, ambas reconocidas universalmente dentro del mundo

En este sentido, las *multi-tiered dispute resolution clauses* tienen por objeto aprovechar y maximizar las ventajas que se le atribuyen a los mecanismos no jurisdiccionales y jurisdiccionales<sup>40</sup>, dado que se permite la implementación del enfoque preventivo y ex ante aplicable a las disputas propio de los ADR, carácter especialmente predicado respecto de la

---

<sup>37</sup> En este caso, los mecanismos alternativos más utilizados corresponden a la mediación y a la conciliación, respectivamente.

<sup>38</sup> Dígase en este caso que podrá utilizarse los peritajes de carácter arbitral internacional o *fact finding*, por ejemplo.

<sup>39</sup> Artículo 2º Reglamento de Arbitraje CCI, en cuyo numeral iii) se establece los diferentes laudos que pueden solicitar las partes a ser dictados por el tribunal arbitral en la resolución del asunto sometido a su conocimiento.

<sup>40</sup> JAFFE, Michael Evan y J. McHUGH, Ronan. International construction disputes in today economy [en línea] <http://fidic.org/sites/default/files/2%20jaffe09.pdf> (consultado 20 de agosto de 2017), en que los autores señalan lo siguiente respecto a la expansión experimentada por los ADR y como este ha afectado el proceso arbitral internacional en un contexto de alta conflictividad en el sector de la construcción internacional, sobre lo cual dicen que: “Not only is ADR occurring during or before the formal arbitral process, but the ADR ideal of resolving construction disputes in real time with cost and time savings, is exerting pressure on arbitral institutions to adjust their rules to provide these benefits, and on arbitrators when deciding these cases.”

actividad de los dispute boards<sup>41</sup>, mientras que la necesidad de recurrir con posterioridad al arbitraje o justicia estatal, además de configurar la última instancia con el fin de materializar el *derecho de acceso a la justicia*, otorgando prioridad a la ciudadanía en el diseño de las soluciones que resuelvan el litigio o disputa con otro particular o la comunidad<sup>42</sup>, este tiene una justificación práctica insoslayable: el reconocimiento e incorporación de la mayoría de los estados del mundo de la Convención de Nueva York de 1958 y de la Ley Modelo de arbitraje Comercial internacional de 1985, permiten a través de la dictación del laudo incorporar el contenido de los acuerdos logrados o determinaciones dictadas por los diversos medios autocompositivos y heterocompositivos, siendo sus principales exponentes la mediación y los dispute boards en el contexto de los proyectos de construcción, respectivamente.

---

<sup>41</sup> HERNANDEZ G., R., ob cit, p. 28.

<sup>42</sup> MACHO G., C., ob cit, p. 935

## CAPITULO III: DE LAS MUTITIERED DISPUTE RESOLUTION CLAUSES

### 3.1 Origen.

Dadas las especiales características de las cuales gozan los conflictos o controversias jurídicas en materia de construcción durante todo su *iter contractual*, que abarcan principalmente la discusión de cuestiones relacionadas a las personas, procesos y al proyecto<sup>43</sup>, no es menor la pretensión de las partes en cuanto a la resolución eficaz y certera de estos conflictos de especial complejidad, derivado de la gran cantidad de partes y sujetos involucrados en la ejecución de las labores propias tendientes a la realización del proyecto de infraestructura<sup>44</sup>, sin perjuicio de los diversos modelos contractuales FIDIC disponibles con los cuales se puede regular y distribuir la carga económico-financiera y riesgo en la ejecución de las diversas obligaciones por las partes involucradas, desde el contrato de construcción clásico en que existe una relación tripartita propietario-contratista-ingeniero y con una clara delimitación de las funciones de diseño y ejecución de la obra hasta los más sofisticados contratos *llave en mano*, EPC (*engineering, procurement and construction*), y BOT (*build, operate and transfer*), en que se impone una obligación global de resultado respecto del contratista<sup>45</sup>, debiendo

---

<sup>43</sup> RADOVIC C., M., op cit, p. 7, en que señala las principales categorías que conforman las causas de conflictos en la industria de la construcción, tales como: “Una de las categorizaciones más conocidas es la presentada por el instituto de la industria de la construcción (CII, *Dispute Potential Index*, 1995). Esta clasificación identifica tres principales tipos de causas de conflictos: problemas asociados a las personas, a procesos y al proyecto. Problemas relacionados a personas son aquellos relacionados con las partes del proyecto, la organización, los roles de que las personas ejercen en cada una de las partes y las relaciones y las interacciones existentes entre ellos. Estos problemas derivan en canales de comunicación pobres, comportamientos oportunistas y falta de responsabilización. Los problemas asociados a procesos se relacionan con la manera en que el contrato y el proceso constructivo son desarrollados. Ejemplos de este tipo de problemáticas son: contratos imperfectos, definición incompleta del alcance del contrato, expectativas poco realistas respecto de tiempo y costos del proyecto. Finalmente, los problemas relacionados con el proyecto se relacionan con condiciones preexistentes, así como fuerzas externas e inesperadas (CCI, *Dispute Prevention and Resolution Tecniques*, *Dispute Prevention and Resolution Team*, 1995 b).”

<sup>44</sup> FIGUEROA VALDES, Juan Eduardo. 2015. The use of the Unidroit principles by arbitrators in international construction projects. *Construction Law International*, 10 (1): 25.

<sup>45</sup> HERNANDEZ R., A., op cit, p. 174, en la cual la autora señala lo siguiente: “Lo que realmente define y caracteriza a los contratos internacionales de construcción “llave en mano”, siendo este el único aspecto en que existe un cierto consenso generalizado, es, precisamente, junto a la combinación de otras obligaciones, la asunción completa de responsabilidad del contratista por la realización completa del proyecto. En este sentido, el contrato “llave en mano” o turnkey contract puede definirse, como aquel en que el contratista (contractor) se obliga frente al cliente (client/owner) a cambio de un precio, generalmente alzado, a concebir, construir y poner en funcionamiento una obra determinada que el mismo ha proyectado. En este tipo de contratos, el énfasis recae en la responsabilidad global que asume el contratista frente al cliente. Esto no significa, sin embargo, que el contratista asuma todos y cada uno de los riesgos que se derivan de la ejecución del proyecto. Cuestión esta que dependerá en cada caso concreto de factores de diversa índole-tipo de financiación, obra, injerencia del cliente en la ejecución del proyecto, etc.”.

realizar las labores de proyección, diseño, construcción, puesta en marcha o funcionamiento e incluso en ciertos casos adiestrar al personal local del dueño de la obra<sup>46</sup>.

### 3.2 Concepto.

Es en este escenario de permanente amenaza de conflictos y discordias suscitadas entre las partes es que cobran relevancia las cláusulas de resolución de controversias por escalación, las cuales combinan una serie de mecanismos de resolución de conflictos de carácter autocompositivo y heterocompositivo como también informal y formal, a partir de un esquema en cascadas, es decir, que solo una vez que se agote completamente una de las fases se podrá recurrir a la siguiente, por lo que se encontrara vedado por acuerdo de las partes recurrir en forma paralela o alternativamente a una instancia superior en la cascada, sin haber completado alguna de las fases iniciales.

En este sentido, al no existir un único procedimiento o mecanismo procesal que permita llevar a cabo las funciones de prevención, atenuación o resolución de los efectos nocivos de las disputas, la respuesta otorgada por los operadores jurídicos del comercio internacional haya sido la combinación de los procedimientos de carácter no adversarial (tales como el dispute board) y adversarial (tales como el arbitraje y el proceso judicial), con el objeto de establecer un cronograma procedimental regido principalmente bajo el criterio del grado de intervención del tercero que nombren las partes para así efectuar las labores de disuasión o prevención, atenuación o filtración<sup>47</sup> y, por último, de resolución de los conflictos sometidos al conocimiento de estos.

A pesar de la eficacia preventiva y resolutoria de conflictos de la cual goza el dispute board, este carece de un atributo no menor: las recomendaciones y decisiones emitidas por este carecen de efecto de cosa juzgada y de mérito ejecutivo alguno y, por ende, no pueden ser

---

<sup>46</sup> Acerca del límites de riesgos asumidos por el contratista en relación a la obligación de resultado que sobre él pesa consúltese PRADO P., A., op cit, p. 8, en el cual el autor señala lo siguiente: “*El contratista asume como contrapartida, mayores riesgos que en la forma habitual del contrato de construcción, pero sin llegar a responder, como es lógico, por los casos de fuerza mayor.*”

<sup>47</sup> IRRRA DE LA CRUZ, R. y IBARRA C., L. 2015. Medios alternativos de solución de controversias. Pauta ICC México, 75: 30.



asimilados bajo el régimen jurídico de la Convención de Nueva York de 1958. De ahí que la confección de las cláusulas en cuestión exista una relación de carácter instrumental o adjetiva y sustantiva de complementariedad entre el arbitraje comercial internacional y los mecanismos ADR, constituyéndose como el corazón de las cláusulas de resolución de conflictos en *cascadas, multi fase o en escaladas*, las cuales de acuerdo a Ramani y Ahmad consisten en: “*Conocidas como cláusulas por escalación, multifases o ADR-first clauses, estas permiten a las partes acordar que en relación a una disputa que surja entre ellas estos pueden seguir una serie de etapas con diferentes procedimientos para la determinación de una disputa y luego, de ser considerado necesario, recurrir a arbitraje o litigación ante los tribunales estatales.*”<sup>48</sup>

En el mismo sentido, se pronuncia Fernández, sosteniendo que: “*Con la adopción de “cláusulas multifunción”, en el contexto indicado, las partes requieren un elenco de mecanismos de resolución de conflictos de una manera escalonada (step by step) y no alternativa, antes de acudir al arbitraje. Son también conocidas como cláusulas de resolución de conflictos de varios niveles o cláusulas en cascada. El carácter escalonado hace referencia al hecho de que las partes acuerdan escalar la resolución a la siguiente etapa una vez que se ha intentado o se ha agotado sin éxito el mecanismo fijado en el escalón anterior.*”<sup>49</sup>

Desde la perspectiva del arbitraje como instancia de *ultima ratio* en este tipo de cláusulas se pronuncia Jolles, sosteniendo que: “*Las cláusulas multi fase de arbitraje son disposiciones establecidas en contratos que proveen distintas etapas, involucrando procedimientos separados, para lidiar y obtener la resolución de las disputas. Tales cláusulas establecen típicamente ciertos pasos y esfuerzos que han de ser desplegados por las partes de forma previa a comenzar el arbitraje. Estos pasos iniciales tienen por objeto encontrar una solución amigable de las disputas surgidas para así evitar recurrir a arbitraje o litigación. Típicamente, los pasos iniciales de tales cláusulas proveen la existencia de un deber de entrar en negociaciones con la contraparte y en ocasiones requiriendo la presencia de altos*

---

<sup>48</sup> RAMANI GARIMELLA., Sai y AHMAD SIDDIQUI., Nizamuddin. 2016. The enforcement of multitiered dispute resolution clauses: contemporary judicial opinion. IIUM Law Journal, 24(1): 161.

<sup>49</sup> FERNANDEZ PEREZ, Ana. 2017. Cláusulas escalonadas multifunción en el arreglo de controversias comerciales internacionales [en línea] <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/viewFile/3615/2183> (consultado 22 de agosto 2017).

*ejecutivos como también el deber de participar en procedimientos de conciliación o mediación. La última fase o paso de tales cláusulas establece el proceso arbitral en tanto procedimiento adjudicatorio, cuya conducción pretende ser únicamente en los casos que los esfuerzos en las fases anteriores hayan fracasado.*”<sup>50</sup>

### 3.3 Condiciones relativas a la redacción e implementación de las cláusulas.

Respecto de las cláusulas multifunción o multinivel, existen varias preguntas y cuestiones fundamentales sobre estas, sobre las cuales aún no existe un consenso generalizado entre las diversas jurisdicciones nacionales.

Estas cuestiones se reducen básicamente a tres: los caracteres o elementos que han de cumplirse en la redacción de la cláusula que denoten la obligatoriedad del deber de recurrir a las instancias procedimentales previas a la instancia final de arbitraje comercial internacional o ante los tribunales estatales y, en caso de que no se haya recurrido previamente a tales fases, ¿Cuál será la sanción más apropiada para remediar tal incumplimiento? Por último, en relación con el estándar de buena fe aplicable a las partes, ¿Cuál será el comportamiento esperado de las partes con relación al cumplimiento de las obligaciones dimanadas de la cláusula en cuestión?

#### 3.3.1 Obligatoriedad clausula.

En cuanto al carácter obligatorio o vinculante de las partes cláusulas *multi tier* hay que hacer una distinción clarísima: en la actualidad, no se encuentra sometido a discusión por parte de la doctrina relevante la validez ni importancia de tales disposiciones, es decir, analizado *a priori* no existen argumentos relevantes que permitan establecer la falta de eficacia y validez de

---

<sup>50</sup> JOLLES, Alexander. Consequences of multi-tier arbitration clauses: Issues of enforcement [en línea] <https://www.swlegal.ch/CMSPages/GetFile.aspx?disposition=attachment&guid=6c909e8f-a4fe-4dcb-8d81-567ff515d65a>. (consultado 22 de agosto 2017).

estas, dado que gozan de un reconocimiento unánime por parte de la doctrina y de la mayoría de las judicaturas arbitrales y estatales.

Ahora bien, a pesar de lo anteriormente dicho, se ha sostenido por la mayoría de las judicaturas, que dada la naturaleza eminentemente contractual de estas disposiciones, estas han de ser sometidas a un examen concreto y particular para cada caso que sea presentado, en base a las normas o reglas generales de interpretación contractual<sup>51</sup>, es decir, no existirá una presunción acerca de la obligatoriedad de tales cláusulas y que se entienda vinculante para los tribunales, debiendo estos realizar un análisis caso a caso, bajo un enfoque eminentemente casuístico.

La utilización del enfoque casuístico por parte de los tribunales estatales obedece, a nuestro juicio, a la necesidad de conciliar dos intereses o bienes jurídicos aparentemente contrapuestos: la autonomía de la voluntad de los contratantes y la posibilidad de indefensión jurídica, ante la falta de una respuesta judicial pronta y efectiva.

Respecto a tal contradicción, consideramos que es aparente dado que la *raison d'être* de los mecanismos *alternativos de resolución de controversias*, la cual en un comienzo se entendía motivado bajo una pretensión emancipadora de los particulares respecto al monopolio estatal de la administración de justicia y resolución de conflictos, ante la falta de respuesta pronta y eficaz del ente judicial en la determinación y solución de tales controversias a través de la aplicación correcta del derecho, mientras que en la actualidad se ha ampliado tal paradigma a la búsqueda de los mecanismos que sean más apropiados o adecuados para otorgar soluciones a los conflictos que puedan suscitarse entre las partes.

---

<sup>51</sup> BOOG, Christopher. How to deal with multi-tiered Dispute Resolution Clauses. Note on the Swiss Federal Supreme Court's Decision: 4A\_18/2007 of 6 June 2007. 2008. Mars, ASA Bulletin, 26: 105-106, en que el autor establece que: "Although this might seem obvious, the Supreme Court held that an MDR-clause is to be interpreted by applying the general principles of contract interpretation. Therefore, as a starting point, it must first of all derive from the wording of the clause that the pre-arbitral tier is not merely permissive or not mandatory."

En este sentido, de la revisión de la jurisprudencia a nivel comparado, se ha llegado a un relativo nivel de consenso respecto de los requisitos y condiciones necesarias para que gocen de efectividad, pudiendo materializarse el deseo e intención de las partes de recurrir de forma previa y obligatoria a ciertas y determinadas etapas en que priman mecanismos de resolución de conflictos de carácter autocompositivo y no adversarial, tales como las instancias de mediación, conciliación y *mini trials* como también ciertos procedimientos de carácter heterocompositivo tales como los dispute boards, sean que las determinaciones que emitan sean de carácter obligatorio o meramente facultativo desde que sean recepcionadas por las partes.

Se ha entendido que determinados elementos presentes en las cláusulas en cuestión permiten deducir el carácter obligatorio del contenido presente en ellas, dentro de las cuales se comprenden las siguientes condiciones, sin ánimo ni intención exhaustiva ni taxativa:

- a. Establecer claramente que el deber de recurrir a las fases iniciales del procedimiento consiste en condiciones previas a ser cumplidas para poder dar inicio al arbitraje por las partes, lo cual no ha de ser confundido con una condición previa a ser cumplida para determinar la validez del acuerdo de arbitraje y, por ende, del procedimiento arbitral<sup>52</sup>.
- b. Fecha de inicio y término del procedimiento a través de la imposición de plazos de carácter fatal y perentorio, para efectos de determinar en qué momento se puede recurrir a la fase siguiente en la cadena procedimental.
- c. Establecimiento claro del evento o suceso que implique el éxito o fracaso del procedimiento en cuestión.

---

<sup>52</sup> IBA LITIGATION COMITEE. 2015. Multi tiered dispute resolution clauses [en línea] <https://www.ibanet.org> (consultado 24 agosto de 2017), en que se señala la opinión emitida por parte del Court of Appeals del Estado de Nueva York, la cual a partir de una decisión dictada en 1980 estableció la siguiente disquisición: “*The New York Court of Appeals held that the issue of whether a prerequisite to initiate arbitration is a condition precedent to arbitration (compliance to be decided by the court) or a mere pre-condition to arbitration (compliance to be decided by the arbitrator) depends on its substance and the function it is properly perceived as playing—whether it is in essence a prerequisite to entry into the arbitration process or a procedural prescription for the management of that process.*”

- d. Que se establezcan con toda certeza la competencia, facultades y funciones que habrá de cumplir el tercero que participe en el procedimiento y las facultades de las cuales gozará en relación a las partes (podrá actuar *inter partes* o *supra partes*).
- e. Que sean descritas con certeza la calidad y posición de los miembros que han de representar a las partes en los procedimientos en cuestión.
- f. Dentro de lo posible, se recomienda la contratación de un centro de resolución de disputas a nivel internacional que se encargue de la gestión y administración del procedimiento, como también de la elección de los terceros participantes y de la recusación de estos, en caso de que las partes no lleguen a un acuerdo unánime acerca de la persona que ha de coadyuvarlos en la resolución del conflicto, estableciéndose como la principal institución internacional en este sentido la Cámara de Comercio Internacional, el cual desempeña un rol fundamental en la administración de los procedimientos seguidos ante los Dispute Boards.

### 3.3.2 Sanciones aplicables.

La segunda cuestión por abordar corresponde a cuál será la sanción que habrá de aplicarse en caso de incumplimiento de las fases previas. Esto ha sido discutido intensamente por parte de la doctrina, especialmente por parte de los autores y jurisprudencia suiza, los cuales han discurrido acerca de la naturaleza jurídica de la cláusula *multi tier*, la cual presenta dos interpretaciones o enfoques diversos: en un principio, se les otorgó un enfoque meramente civil o sustantivo al acuerdo, el cual consiste en concebir a las sanciones aplicables al incumplimiento de este bajo los remedios contractuales tradicionales, tales como la acción de cumplimiento forzado, indemnización de perjuicios o la resolución del contrato.

La premisa básica de la teoría consiste en que, al incumplirse la obligación de recurrir previamente a las fases procedimentales iniciales, este no tendrá incidencia o efecto alguno en la jurisdicción o competencia del tribunal arbitral o estatal para que sea sometido el asunto a su conocimiento<sup>53</sup>.

---

<sup>53</sup> BOOG, C., ob cit, p. 107.

Por otro lado, el enfoque procedimental establece básicamente que el incumplimiento de la cláusula tiene por efecto principal la inadmisibilidad de la acción y, por ende, la inhibición de la jurisdicción del tribunal arbitral para entrar al conocimiento del asunto.

Actualmente, a pesar de que prima el enfoque procedimental respecto a cómo sancionar el incumplimiento de tales acuerdos, se ha debido moderar los alcances de este, especialmente en dos aspectos: se entiende que, generado el incumplimiento de recurrir a las fases procedimentales iniciales, se suspenderá temporalmente la competencia de los tribunales arbitrales (competencia *ratione tempore*), en vez de entenderse que el tribunal carecerá de jurisdicción o competencia de forma definitiva. También se ha entendido que una vez suspendida la competencia del tribunal arbitral, el procedimiento desarrollado ante este deberá entenderse meramente suspendido por el término necesario para poder cumplirse las etapas previas que fueron incumplidas con anterioridad<sup>54</sup>.

### 3.3.3 Aplicación del estándar de buena fe en la ejecución.

Un último aspecto que ha de tenerse en cuenta para la correcta implementación de las cláusulas multifunción es la importancia que ha de otorgársele al comportamiento correcto y leal que han de tener las partes al momento de ejercer sus derechos en lo que sea relativo al funcionamiento de la cláusula.

La exigencia de comportarse bajo los estándares de la buena fe ha traído consigo diversos problemas e inconvenientes, especialmente en la jurisprudencia inglesa relativa a la implementación de tales cláusulas, dado que en un principio se consideraba que la existencia de un deber de negociar de buena fe era absolutamente incompatible con la existencia de intereses o posiciones contrapuestos exhibidas por las partes del contrato<sup>55</sup>, de acuerdo a la opinión emitida por Lord Ackner en el caso *Walford v Miles*.

---

<sup>54</sup> BOOG, C., ob cit, p. 109.

<sup>55</sup> IBA Litigation committee, “*Multi tiered dispute resolution clauses*”, disponible en página web p.65, utilizándose el caso *Walford v Miles* de 1992, en que se señala por parte de Lord Ackner las siguientes conclusiones relative a la obligación de

El enfoque individualista y adversarial sostenido por Lord Ackner es absolutamente contrario a los fines perseguidos con la implementación de las cláusulas en cuestión, sin perjuicio de tener en consideración que las objeciones a la estipulación en cuestión recaerían más bien en la falta de determinación del contenido prescriptivo de la buena fe, tal como lo establece el caso *Wah*<sup>56</sup>, en que se señala lo siguiente: “*good faith is too open ended a concept or criterion to provide a sufficient definition of what such an agreement must as minimum involve and when it can objectively be determined to be properly concluded. That appears to be so even if the provision for agreement is one of many provisions in an otherwise binding legal contract.*”

En este sentido, la jurisprudencia suiza de los últimos años ha mostrado un gran interés respecto del deber de buena fe como un requisito necesario para determinar el ejercicio justo y legítimo del derecho a solicitar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la cláusula multifunción.

De ahí que, al exigir que las partes se comporten de manera correcta y leal, lo cual tiene como propósito principal evitar que estas incurran en determinadas prácticas o maniobras que tiendan a desnaturalizar el fin principal de los mecanismos de carácter pre-arbitral, es decir, la reducción de costos derivados de la resolución de los conflictos únicamente a través de mecanismos puramente adversariales.

Dentro de estas prácticas podemos mencionar aquellas que tenga por objeto dilatar innecesariamente la entrada de las partes a las etapas superiores de la cadena procedimental, tales como la instancia de arbitraje comercial internacional y, por ende, afectando el derecho a recurrir a la justicia y de obtener una solución rápida y eficaz.<sup>57</sup> Por otro lado, se ha dicho que aquella parte que alega ante los tribunales estatales la falta de cumplimiento de las fases iniciales, se entiende que este no ha de limitarse únicamente a alegar tal circunstancia ante el

---

negociar de buena fe entre las partes: “*a duty to negotiate in good faith is inherently repugnant the adversarial position of the parties when involved in negotiations.*”

<sup>56</sup> Ob cit, p. 66.

<sup>57</sup> Ob cit, p.1, en que se señala lo siguiente respecto a los fines perseguidos por las partes al establecer tales cláusulas multifunción y los diversos obstáculos a los cuales estas se enfrentan al momento de su implementación y cumplimiento por las partes, dentro de los cuales se cuentan: “*Parties agree to such clauses for a variety of reasons, the most common of which is to facilitate resolution of routine disputes quickly and efficiently with a minimum of disruption to the parties relationship and the underlying transaction...Although multi tiered dispute resolution clauses can serve a useful purpose , that is not universally the case. For example they can cause needless delay in time-sensitive situations or where negotiation or mediation is futile. It is not unheard of for parties to use them opportunistically as a dilatory tactic.*”

tribunal arbitral de forma oportuna sino que también se le exige un rol activo y promotor respecto de la instalación del mecanismo pre-arbitral<sup>58</sup>.

## CAPITULO IV: DE LOS DISPUTE BOARD

### 4.1 Concepto.

Podemos conceptualizar al dispute board en tanto se constituye como un mecanismo alternativo de resolución de controversias suscitadas entre las partes, el cual se encuentra conformado por un panel de expertos, bien versados en las materias técnicas y jurídicas vinculadas a los contratos de ejecución diferida o de tracto sucesivo y que sean de mediano a largo plazo, siendo especialmente utilizados para resolver las controversias originadas al amparo del derecho de propiedad intelectual, industrial, tecnologías de la información y especialmente en la industria de la construcción. De acuerdo a Figueroa Valdés, los dispute board consisten en: “*Los dispute boards o paneles técnicos de expertos son órganos establecidos para solucionar disputas contractuales tan pronto ellas se producen. Ellos usualmente se constituyen tan pronto se firma el contrato, y están formados generalmente por uno o tres miembros familiarizados con las partes, el contrato y su ejecución*”<sup>59</sup>.

### 4.2 Evolución de la figura.

Como ya se venía insinuando, la evolución de la figura se encuentra enmarcada bajo el fenómeno expansivo de los ADR, a partir de la década de los ‘70 en Estados Unidos, cuando se utilizó la figura por primera vez en el proyecto del Túnel Eisenhower, resultando una experiencia de gran éxito.

Una de las condiciones básicas que han de ser cumplidas para permitir la máxima eficiencia preventiva de estos órganos es la noción de procedimientos de carácter escalonado o *step-by-step procedure* se generó a partir del 1º *red book*, publicado en 1957 por la FIDIC, que contemplaba la existencia de dos etapas, consistentes en la consulta y resolución de reclamaciones contractuales ante el ingeniero y la instancia arbitral, a la cual debía acudir para resolverse de forma definitiva la cuestión.

---

<sup>58</sup> SPOORENBERG, Frank y FRANCHINI, Daniela. 2016. Failure to comply with mandatory pre-arbitration requirement. International Law Office, Arbitration and ADR, Suiza, p. 2. En este artículo el autor cita el considerando 2.4.3.1 de la sentencia 4A\_18/2007 dictada por la Corte Suprema de Suiza, el cual establece lo siguiente: “*A party that invokes the non exhaustion of the pre-arbitration requirements of conciliation in its challenge against the award, while it had not proposed it to the other party during arbitration, acts abusively.*”

<sup>59</sup> FIGUEROA VALDES., Juan. Eduardo. 2010. Los dispute boards o paneles técnicos en los contratos internacionales de construcción. Thomson Reuters, Gaceta Jurídica, Santiago de Chile, 364: 2.



Con el pasar de los años se generaron ciertas reformas menores relacionadas con la posibilidad de someterse las partes a los procedimientos de conciliación y mediación, estableciéndose a partir del libro naranja publicado en 1995 por la FIDIC un cambio de carácter fundamental: la introducción de la figura del *Dispute Adjudication Board* (de ahora en más, *DAB*), cuya principal novedad era el carácter resolutivo de este, paliando la principal debilidad del *Dispute Review Board* (de ahora en más, *DRB*) cuyos dictámenes carecen de carácter vinculante y que también vino a subsanar los problemas de conflicto de interés y agencia de los cuales padecía la instancia de reclamación ante el ingeniero, dada su directa vinculación con el cliente o dueño de la obra<sup>60</sup> y, por ende, implica a lo menos una duda razonable en cuanto a la falta de independencia atribuible al sujeto respecto del cliente, característica que de acuerdo a Enrique Barros puede ser utilizado como un factor objetivo en orden a apreciar y a determinar el grado de imparcialidad con la cual el agente competente puede entrar al conocimiento y resolución del asunto, dado que la determinación por sí solo de la imparcialidad requerida puede llegar a ser particularmente dificultoso de medir por parámetros de carácter objetivo. Esta aversión extrema hacia la figura del ingeniero se materializa en su eliminación en el libro plata y reemplazado por la figura del representante del cliente, cuyas decisiones en materia de reclamaciones contractuales carecen de carácter vinculante para el contratista.

Lo anterior no implica la eliminación del ingeniero del contrato, en tanto este mantendrá ciertas funciones relacionadas con el diseño, proyección y supervisión técnica de la obra, existiendo una potestad de mando y de dictar instrucciones de este sobre el contratista (únicamente en caso del libro rojo), mientras que, en el resto de los modelos contractuales, este se limitará a ejercer la potestad de certificación y de administración del contrato. Lo único que implica, como podemos ver, es la eliminación del ingeniero de la cadena o procedimiento escalonado de resolución de controversias, dado que se encuentra despojado de sus funciones resolutorias, las cuales serán ejercidas por parte del dispute board.

La aparición de la *rainbow collection* de los libros FIDIC en 1999<sup>61</sup> (rojo, amarillo, plata y verde), tuvo a nuestro juicio tres objetivos principales: la clarificación de funciones, derechos y obligaciones

---

<sup>60</sup> BARROS BOURIE, Enrique. y GERMAIN RONCO., Andrés. Los conflictos de interés en el arbitraje internacional [en línea]

[http://www.camsantiago.cl/articulos\\_online/Conflictos%20de%20Inter%20C3%A9s%20en%20el%20Arbitraje%20Internacional%20VE.pdf](http://www.camsantiago.cl/articulos_online/Conflictos%20de%20Inter%20C3%A9s%20en%20el%20Arbitraje%20Internacional%20VE.pdf) (consultado 1 de septiembre 2017), p.10-11, en que se señala lo siguiente acerca del punto en cuestión: “*Aunque solo la imparcialidad es estrictamente necesaria para pronunciar una sentencia justa, se trata de un estado mental que la mayoría de las veces es difícil de constatar, por eso, la practica comparada ha puesto especial énfasis en el deber de independencia, que se centra en los hechos y circunstancias externas de las que puede inferirse, razonablemente, una ausencia de imparcialidad. En otras palabras, la falta de independencia no es en sí misma un impedimento para que el árbitro actúe, sino una medida objetiva para determinar la probabilidad de que el árbitro se encuentre influido por algún sesgo o predisposición hacia el resultado del pleito.*”

<sup>61</sup>PRADO P., A. op cit, p.5.

atribuibles a cada uno de los intervinientes en la ejecución del contrato; la noción de que la responsabilidad sobre el diseño prevalecería por sobre el tipo de obra, es decir, habrá de fijarse en primer lugar en la distribución de funciones y, por ende, de riesgos que haya tomado cada interviniente en la ejecución de este, dentro de las cuales está la responsabilidad de proveer el diseño y proyección de la obra en cuestión, sin importar la naturaleza de esta *a priori*<sup>62</sup> y, por último, el potenciamiento del *dispute adjudication board* como método de resolución de controversias dentro del sistema multi-step, el cual entraría a reemplazar al ingeniero como mecanismo de carácter pre-arbitral en la cadena procedimental.

Lo anterior es corroborado por parte de Cairns y Madalena, los cuales señalan lo siguiente respecto al punto en cuestión: “*La cláusula 67 de la cuarta edición del Libro Rojo FIDIC ya preveía un sistema escalonado para la resolución de controversias, aunque era el ingeniero el que asumía una función cuasi arbitral, remitiendo subsidiariamente, con carácter facultativo, a la resolución amistosa de la controversia o a su posterior resolución por parte de un tribunal arbitral constituido de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la ICC. El libro Rojo de 1999 establece igualmente, en la cláusula 20, un sistema escalonado de resolución de controversias, aunque en este caso es el Comité de Adjudicación de Controversias el órgano decisorio, en lugar del ingeniero. Sin embargo, en ambos casos se establece un procedimiento pre arbitral como presupuesto de arbitrabilidad de la controversia, de tal manera que un tribunal arbitral carecerá de jurisdicción para conocer de las disputas que le sometan las partes si estas no han sometido previamente la disputa a la consideración del Comité de Adjudicación de Controversias*<sup>63</sup>.”

Finalmente, la publicación del *Gold Book*, el cual regula los contratos BOT (*build, operate and transfer*), el cual fue publicado en 2008, con la justificación de evitar la utilización del yellow book como mecanismo regulatorio de los contratos de concesión de obra pública a través de la añadidura de obligaciones de mantención y operación de la obra<sup>64</sup>, impulsando a su vez la utilización del *DAB* y

---

<sup>62</sup>BATTRICK, Paul y DUGGAN, Phil. The Rainbow Suite. The 1999 FIDIC suite part 1 [en línea] <http://fidic.org/sites/default/files/FIDIC-rainbow-suite-2012.pdf> (consultado 2 de septiembre de 2017), en que los autores establecen como una de las principales consecuencias derivadas de la publicación del Rainbow Suit por la FIDIC, lo siguiente: “*The most fundamental change to the new contracts being the abandonment of the work based contract; it being replaced by contracts that recognized which party was to be responsible for the design of the works (or the vast majority of the works) and where the risk would be allocated.*”

<sup>63</sup>CAIRNS, David y MADALENA, Ignacio. El reglamento ICC relativo a los dispute boards [en línea] <http://www.cremades.com/es/publicaciones/el-reglamento-de-la-icc-relativo-a-los-dispute-boards/> (consultado 13 de diciembre 2017).

<sup>64</sup>GLOVER, Jeremy. 2007. FIDIC: An overview. The latest developments, comparisons, claims and force Majeure [en línea] <https://www.fenwickelliott.com/sites/default/files/Arbitration%207%20-%20FIDIC%20an%20overview.pdf> (consultado 04 septiembre de 2017).

reforzando la posibilidad de ejecución de estos<sup>65</sup>, lo cual se constituye como la principal desventaja de esta decisión en contraposición al carácter plenamente ejecutable de los laudos arbitrales ante los tribunales estatales que hayan suscrito y ratificado la Convención de Nueva York de 1958.

Esta mayor facilidad en la ejecución se da a través de la incorporación de las sub clausulas 20.8 y 20.9, dado que lleno un importante vacío dejado por parte de la sub clausula 20.6 y 20.7 de las condiciones generales, el cual en la práctica impedía solicitar el cumplimiento forzado (*enforcement*) de la decisión de carácter obligatorio y no definitivo debido a que de la redacción de las cláusulas en cuestión y a partir de una interpretación en base a criterios en extremo literales y aislacionistas, deducían que no se encontraba dentro de las posibilidades de las partes solicitar el cumplimiento de las decisiones meramente obligatorias, permitiéndolo únicamente para aquellas que fueran de carácter obligatorio y definitivo. Profundizaremos sobre el punto en cuestión en acápite posteriores del trabajo en cuestión.

#### 4.3 Naturaleza jurídica.

En este punto hemos de desentrañar la naturaleza jurídica del dispute board, la cual tal como la del arbitraje comercial internacional, es tarea nada sencilla al intérprete. Se ha esbozado por parte de la doctrina autorizada la naturaleza puramente contractual del instituto en cuestión, constituyéndose como una criatura del contrato<sup>66</sup> y, por ende, de las determinaciones que este ha de emitir tras haber sido sometido el asunto en cuestión a un procedimiento de sumisión formal.

Por ende, se han de descartar de plano aquellas teorías que postulan la existencia de elementos jurisdiccionales como propios del instituto en cuestión, tales como el efecto de cosa juzgada y el mérito ejecutivo que pudiera atribuírseles<sup>67</sup>, dado que el dispute board, a diferencia del arbitraje nacional o internacional, en que se le reconoce al árbitro la calidad de juez privado e investido de facultades jurisdiccionales limitadas al tiempo estipulado en el acuerdo de arbitraje, los cuales se encuentran reconocidos a nivel internacional en la Convención de Nueva York de 1958, reconocimiento del cual carecen los dispute boards.

---

<sup>65</sup> LAORDEN, Pablo. 2015. Origen y principios de los modelos FIDIC: comparativo de los libros rojo, amarillo y plata. La guía del procurement. En: CONGRESO INTERNACIONAL CCI-FIDIC Contratos internacionales de construcción y solución de controversias, 2015. Bogotá, Colombia, en que el autor se refiere respecto a las mejoras impulsadas en el procedimiento de resolución de conflictos regulado en el libro oro y a la mejora del papel del *dispute adjudication board* en su rol de *dispute avoidance* y también que el refuerzo en la ejecución de las decisiones dictadas por este.

<sup>66</sup> ARMES, Murray. 2016. Dispute avoidance and dispute boards [en línea] <http://mediacao.fgv.br/wp-content/uploads/2016/06/Dispute-Avoidance-and-Dispute-Boards.pdf> (consultado 07 de diciembre de 2017).

<sup>67</sup> GONZALEZ DE COSSIO, Francisco. Efecto legal de las determinaciones de los dispute boards: un comentario [en línea] <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/Efecto%20Legal%20Determinaciones%20Dispute%20Boards.pdf> (consultado 03 octubre de 2017).

A efectos de aterrizar la figura en cuestión, hemos de diferenciar a esta de una que se le podría eventualmente asemejar: se podría considerar la posibilidad de encuadramiento del dispute board bajo el amparo del *arbitratio irrituale*, la cual se deriva de la calificación dual del arbitraje de acuerdo a la intención de las partes respecto de los efectos de los cuales gozará la determinación emitida, es decir, de carácter jurisdiccional o contractual, en cuyo caso se trata de un *arbitratio irrituale*, configurándose como un arbitraje contractual<sup>68</sup>.

Sin embargo, a pesar de compartir la fuente contractual de la cual se fundan ambos institutos y constituirse como procedimientos de resolución de controversias no adversariales, el objeto y causa de uno y otro difiere sutilmente, dado que en el caso del arbitraje contractual, la intención de las partes consiste en facultar a él o los terceros (árbitros) la tarea de definir en vía contractual las controversias que surjan o puedan surgir mediante una solución comparable a la voluntad de las partes y de darle el mismo valor contractual que si hubieren sido concluido por estas<sup>69</sup>, siendo una institución de carácter híbrido que combina elementos del mandato y de la transacción.

Mientras que en el caso del dispute board, la intención de las partes consiste en establecer los términos y condiciones bajo los cuales estos se entenderán sometidos, ya sea por su propia voluntad (en caso de un DRB) u obligadamente (en caso de un DAB), a la determinación que emita el panel dentro de un determinado plazo, respetando las disposiciones contractuales y del derecho aplicable que sea pertinente. Como se puede ver, en este caso la función del panel es eminentemente resolutoria, dado que los miembros no se reputan como representantes ni mandatarios de la voluntad de las partes, es decir, no deberán ceñirse a las instrucciones de las partes ni a colmar lagunas del contrato que hayan sido dejadas por estos, tal como ocurre en el *arbitratio irrituale*<sup>70</sup>.

En todo caso, hemos de realizar una prevención: en el caso del dispute board se requiere de una doble fuente contractual, dado que por medio del contrato internacional de construcción, confeccionado en base a las directrices establecidas en alguno de los modelos FIDIC que se adapte a las necesidades concretas de las partes se establece la obligación de constituir el dispute board (sea de carácter

---

<sup>68</sup> BERNINI, Giorgio. 1985. Domestic and international arbitration in Italy after the Legislative Reform. *Pace Law Review*, 5(3): 544, en que el autor señala que el *arbitratio irrituale* corresponde a: “*One is faced with arbitratio irrituale (contractual arbitration) whenever the parties intend to settle a dispute by means of a decision in the (private law) form of a contract. Arbitration irrituale draws its strength from the contractual autonomy of the parties recognized by article 1322 of the Civil Code, whereby they “can freely determine the content of the contract within the limits imposed by the law. The parties can also make contracts that are not of the types that are particularly regulated, provided that they are aimed at the realization of interests worthy of protection according to the legal order.”*”

<sup>69</sup> GONZALEZ DE COSSIO, Francisco. “La naturaleza jurídica del arbitraje: Un ejercicio de balanceo químico [en línea] <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/QUIMICA%20Y%20ARBITRAJE%20Rev%20Peruana%20Arbitraje.pdf>, (consultado 02 de octubre de 2017).

<sup>70</sup> GONZALEZ DE COSSIO, Francisco. Efecto legal de las determinaciones de los dispute boards: un comentario [en línea] <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/Efecto%20Legal%20Determinaciones%20Dispute%20Boards.pdf> (consultado 03 de octubre de 2017).

permanente o ad hoc) de acuerdo a lo establecido en el párrafo 1º de la sub clausula 20.2<sup>71</sup> y el *Three party agreement*<sup>72</sup>, por el cual se entiende materializada la obligación de implementar el dispute board y que sea funcional, a diferencia del arbitraje contractual o jurisdiccional, los cuales se entienden perfeccionados a partir del acuerdo de arbitraje, sobre cuya importancia practica nos referiremos más adelante, a propósito del análisis comparativo de las cláusulas de resolución de controversias presentes en los diversos libros o modelos contractuales FIDIC.

#### 4.4 Características.

En tercer lugar, será interesante determinar las principales características del *dispute board* dentro de la categoría de los ADR, los cuales pueden ser de carácter autocompositivo o heterocompositivo. De acuerdo a Restrepo Soto, lo que caracteriza a los ADR de carácter heterocompositivo será lo siguiente: “*Por otro lado, se encuentran los métodos de heterocomposición, los cuales son aquellos que cuentan con terceros que resuelven directamente el conflicto, sin tener en consideración la autonomía de la voluntad de las partes, en el sentido de que no son estas quienes deciden como resolver la disputa, si no que el tercero, facultado por las partes, es el encargado de decidir y ponerle fin al conflicto.*”<sup>73</sup>

De ahí que sea pertinente recalcar que el dispute board, constituye un mecanismo ADR de carácter mixto de acuerdo a Capuñay y Ferruzo, en tanto su origen se lo debe a la conjunción de diversos mecanismos ADR, estableciéndose por los autores que: “*Es un ADR mixto, es decir, su origen se deriva de la conjunción de otros ADR’s existentes como el partnering, early neutral evaluation, adjudication, negociacion, juicio de peritos, mediación e incluso arbitraje.*”<sup>74</sup> Las funciones atribuidas al dispute board se realizaran preferentemente tomando en consideración un criterio en cascadas (propio de los *non scalation method of dispute resolution*), por lo que en base al enfoque preventivo que dirige su actividad, se tendera primero a ejercer la función preventiva y consultiva, la cual se establece en el artículo 20.2 y 20.3 de las Condiciones Generales FIDIC, estableciéndose de esta forma

---

<sup>71</sup> El párrafo 1º de la sub clausula 20.2 de las Condiciones Generales FIDIC establece que: “*Las controversias serán referidas a una Comisión para Resolución de Controversias para su decisión de conformidad con la sub clausula 20.4 (obtención de una decisión de la Comisión para la Resolución de Controversias). Las partes nombraran una Comisión para la Resolución de Controversias, hasta 28 días después de la fecha de inicio.*”

<sup>72</sup> El párrafo 5º de la sub clausula 20.2 establece lo siguiente respecto al *Three party agreement*: “*El acuerdo entre las partes y bien el miembro único o bien cada uno de los tres miembros, incorporara por referencia las Condiciones Generales del Convenio de la Comisión para la resolución de controversias que se incluyen en el anexo de estas condiciones generales, con las enmiendas que acuerden entre ellos.*”

<sup>73</sup> RESTREPO SOTO., Daniel. 2014. La arbitrabilidad objetiva en el derecho de arbitraje. EAFIT, Journal of International Law, 5(1): 65.

<sup>74</sup> CAPUÑAY CARRUZO, Fernando. y FERRUZO DAVILA., Gianfranco. 2014. Breves apuntes sobre los dispute board resolution [en línea] [http://www.unife.edu.pe/publicaciones/revistas/derecho/lumen\\_10/105.pdf](http://www.unife.edu.pe/publicaciones/revistas/derecho/lumen_10/105.pdf) (consultado 05 de diciembre de 2017).

como un mecanismo propiamente autocompositivo, dado que se buscara que las mismas partes traten de llegar a una solución respecto del desacuerdo que haya surgido entre ellos. En caso de que no se llegue a acuerdo entre las partes, el dispute board, a solicitud escrita de las partes, deberá ejercer la función resolutoria y deberá emitir un dictamen que la resuelva.

En este último escenario, las partes otorgan competencia a un tercero para la resolución de las controversias que surjan entre ellas y les estará vedado dictar instrucciones o ejercer algún grado de influencia sobre la labor a ser desempeñada por el panel de expertos, al igual que lo que ocurre con el panel de árbitros<sup>75</sup>, por lo que será más viable la existencia de un clima que propicie la existencia de una relación de cooperación y confianza entre las partes y los miembros del board. La importancia del factor confianza es tal que las partes respecto de los miembros de este panel de expertos podrán solicitar de forma conjunta la renuncia o dimisión de un miembro<sup>76</sup> como también llegar a un acuerdo amistoso durante la tramitación de este<sup>77</sup>, en caso de que se pierda la credibilidad en el experto.

#### 4.5 Clasificación.

En cuarto lugar, es de interés recalcar que existen diversos tipos de dispute boards, clasificándose en criterios basados en la vinculación o no de sus dictámenes, en el grado de permanencia o no que estos tengan durante la duración del contrato y también de acuerdo a la intervención o no de una institución especializada que administre y gestione el procedimiento realizado ante ellos.

##### 4.5.1 De acuerdo a los efectos atribuibles a las determinaciones.

En base a los efectos de los cuales gozan las determinaciones emitidas, el dispute board puede adoptar la forma de un *DRB*, el cual, a solicitud de las partes, sea esta conjunta o de carácter individual, emitirá un dictamen de carácter meramente facultativo a ser cumplido por las partes, es decir, consistirá en una mera recomendación o un *DAB*, el cual a solicitud de las partes, sea esta de carácter conjunta o individual, emitirá una decisión de carácter obligatorio o vinculante para las partes.

---

<sup>75</sup> BARROS B., Enrique y GERMAIN R., Andrés, ob cit, p. 9, en que se señala a nombre de quien ejercen jurisdicción los árbitros escogidos por las partes en el marco de un arbitraje comercial internacional, sobre lo cual establecen que: “*Si bien el árbitro actúa en un sistema de solución de conflictos esencialmente privado, su principal tarea es administrar justicia con efecto vinculante para las partes, lo que es reconocido por las leyes estatales y por los tratados internacionales que regulan la materia (artículo 35.1 de la ley 19.971 y artículo III de la Convención de Nueva York). Esta potestad jurisdiccional no transforma al árbitro en un funcionario público, pero su función es equivalente a la de un juez público. precisamente porque su designación depende de la voluntad de las partes de someter a arbitraje sus conflictos, la tarea del árbitro envuelve, como en las relaciones fiduciarias, un grado calificado de confianza.*”

<sup>76</sup> Párrafo 9° de la sub clausula 20.2, el cual establece que: “*El nombramiento de cualquier miembro podrá terminarse por mutuo acuerdo de ambas partes, pero no por el contratante o el contratista actuando por sí mismos...*”

<sup>77</sup> Sub clausula 20.4 de las mencionadas condiciones generales.

#### 4.5.2 De acuerdo a su temporalidad.

En base al criterio de permanencia, los dispute boards podrán ser de carácter permanente o *ad hoc*. En este sentido, el Reglamento relativo a los Dispute Boards de la CCI estableció en su artículo 3° el carácter excepcional del DB ad hoc, otorgando carácter supletorio al DB de carácter permanente<sup>78</sup>, lo cual va en plena consonancia con el enfoque preventivo que rige a la globalidad del procedimiento FIDIC.

El dispute board permanente se constituirá e iniciara sus funciones desde que se haya celebrado el contrato y este se torne de obligatorio cumplimiento para ambos, sin perjuicio del contrato o acuerdo tripartito celebrado entre los miembros elegidos para conformar el DB y las partes del contrato internacional de construcción<sup>79</sup>. El dispute board ad hoc se constituirá en base a la necesidad generada por el surgimiento de una controversia entre las partes del contrato.

En cuanto a la determinación de las actividades a las cuales se ven obligados los DB, será de utilidad referirnos a las disposiciones del ya mencionado reglamento, que regula el grado de actividad de los miembros del DB en ejercicio de sus funciones en sus artículos 16, 17 y 18, diferenciándose en cuanto al rol preventivo o resolutorio que el DB adopte como también del grado de interferencia o injerencia en la solución de la controversia, lo que se materializa en la prevención de desacuerdos, asistencia informal en los desacuerdos y sumisión formal para una conclusión, presentándose en este último caso una desavenencia y no un mero desacuerdo entre las partes.

Finalmente, la importancia de la clasificación recae en la determinación de la naturaleza reactiva o proactiva del mecanismo<sup>80</sup>, es decir, la relación existente entre la instauración efectiva del mecanismo y el surgimiento de la controversia, lo cual se vincula directamente con la posibilidad de implementar el enfoque preventivo por parte del órgano en cuestión. En este sentido, dado que el dispute board de carácter ad hoc constituye en un mecanismo reactivo, mientras que el de carácter permanente, en caso de ser efectivamente implementado al comienzo del contrato, será de carácter proactivo.

---

<sup>78</sup> El artículo 3° del mencionado reglamento establece lo siguiente: “*Salvo convenio en contrario, las partes deben constituir el DB en el momento en que celebran el contrato. Las partes deben precisar si el DB es un DRB, DAB o CDB.*”

<sup>79</sup> En cuanto a la entrada en vigencia del contrato en el Red y Yellow Book, rige el criterio de la oferta y aceptación, por lo que al momento de la adjudicación ya existe contrato de carácter vinculante, el cual podrá ser firmado, a petición de una de las partes, dentro de un plazo de 28 días contados desde la fecha de adjudicación, lo cual implica que podrá emitirse la orden de inicio de las obras sin haberse firmado el contrato. En cambio, en el Silver Book, no podrá emitirse la orden de inicio sin haberse firmado el contrato ni haber analizado los riesgos que asume con la firma de este.

<sup>80</sup> ARMES, Murray. The concept of dispute avoidance [en línea] <https://www.sensestudio.co.uk/site/wp-content/uploads/2012/09/the-concept-of-dispute-avoidance-delegate-pack-version.pdf> p. 7 (consultado 05 de diciembre 2017).

#### 4.6 Disputes boards como requisito de arbitrabilidad de la controversia.

A modo de aclaración previa, hemos de despejar el alcance del concepto en cuestión. Al referirnos a requisito o condición de arbitrabilidad de la controversia, hacemos referencia al cumplimiento de una obligación de resultado consistente en recurrir a fases procesales previamente determinadas en cuanto a la secuencia de mecanismos alternativos a ser utilizados, plazos aplicables para el inicio y termino de estos últimos como también la imposición de sanciones de efectos netamente procesal ante su incumplimiento, las cuales se enmarcan dentro de las denominadas *multi tiered dispute resolution clauses*, cuyo principal fin es la reducción de costos derivados de la incursión por las partes en las instancias de carácter jurisdiccional y cuasijurisdiccional, de carácter netamente adversarial, mientras que a través del recurso a instancias no adversariales y en que se propende a la creación de una relación de cooperación entre las partes, tienden a prevenir y atenuar las consecuencias dañosas que generan los conflictos suscitados entre las partes, especialmente en sus vínculos comerciales, los cuales dado la configuración del mercado de la construcción, se prefiere a la solución temprana y rápida de las controversias.

De ahí que, ha de excluirse cualquier referencia al concepto de arbitrabilidad objetiva, el cual se entiende como la calidad del litigio que permite a los árbitros asumir la competencia para resolver el conflicto sometidos a ellos a través del pacto arbitral o como la posibilidad de someter a los árbitros una determinada controversia<sup>81</sup>, dado que la condición en cuestión no cuestiona bajo ningún respecto la jurisdicción *ratione materiae* de los árbitros para conocer del asunto sometido por las partes a arbitraje sino que más bien inhibe la competencia *ratione temporis* del árbitro para entrar a conocer del asunto debido a que este se sometió de forma prematura e incumpliendo con las fases iniciales, previas y de carácter obligatoria establecidas en la cláusula de resolución de controversias establecidas entre las partes del contrato respectivo.

El punto es ratificado por parte de Gustavo Paredes, el cual, en concordancia con la opinión de Cairns, Magdalena y Figueres, estima que: “*Estos autores remarcan la importancia del sometimiento del reclamo al dispute board como requisito de procedibilidad del arbitraje siempre que de la redacción de la cláusula de solución de controversias ello quede muy claro y que la ley aplicable no lo proscriba. Es importante recalcar que esta condición de arbitrabilidad no cuestiona la jurisdicción de*

---

<sup>81</sup> RESTREPO S., D., ob cit, p. 68.



*los árbitros, como erróneamente señalan autores, sino más bien la competencia en el tiempo de los árbitros para conocer y resolver determinada disputa.”*<sup>82</sup>

En materia de contratos internacionales de construcción, los dispute board en su condición de mecanismo alternativo de resolución de controversias, se constituyen como el procedimiento alternativo más apto y adecuado en materia de solución de conflictos en contratos de mediano y largo plazo. Ahora bien, es relevante hacer notar el hecho de que el enfoque preventivo/resolutivo atribuible a los dispute boards, en cuanto a la intensidad con que se aplica el principio de prevención, este será pleno al contar con un dispute board de carácter permanente, dado que los miembros del panel se encontrarán plenamente interiorizados e informados del desarrollo de la obra y, por ende, de la ejecución de las obligaciones correspondientes a los intervinientes del contrato de construcción<sup>83</sup>.

El enfoque preventivo del dispute board adquiere plena eficacia en el marco de las *multi tiered dispute resolution clauses* que incorporen un dispute board de carácter permanente<sup>84</sup>, siendo fundamental definir el concepto de supuesto o condición de arbitrabilidad de la controversia, en el contexto del artículo 20.4 de las condiciones generales FIDIC, el cual de acuerdo a Paredes y Carbajal, en el contexto de un contrato internacional de construcción regido por modelos contractuales FIDIC, consiste en: “*Bajo los modelos contractuales FIDIC, el sometimiento del reclamo al pronunciamiento previo de un dispute board, constituye un supuesto de arbitrabilidad, tal y como quedo redactada la sub cláusula 20.4 del libro rojo de 1999.*”<sup>85</sup>

---

<sup>82</sup> PAREDES CARBAJAL, Gustavo, 2014. Dispute boards y arbitraje en construcción ¿compiten o se complementan? En: HERNANDEZ GARCIA, R. (Coord.). Dispute boards en Latinoamérica: retos y experiencia. Biblioteca Mario Frey Castillo, Pontificia Universidad Católica del Perú, Vol. 23, Lima, Perú, p. 141.

<sup>83</sup> RADOVIC C., M. 2015. Los dispute board como mecanismo para construir y fortalecer confianza en proyectos de construcción en Chile [en línea] <http://www.construccionminera.cl/los-dispute-boards-como-mecanismo-para-construir-y-fortalecer-confianza-en-proyectos-de-construccion-en-chile/>, (consultado 27 de noviembre de 2017), en que la autora recalca la importancia de la comunicación como factor fundamental para propender a la eficacia preventiva de los dispute boards, señalando al respecto lo siguiente: “*La comunicación constituye un elemento esencial para la generación de confianza en cualquier instancia de trabajo colaborativa. Uno de los beneficios que la experiencia en la aplicación de los dispute boards a lo largo del mundo ha traído, es el de ser capaces de crear un ambiente informal y flexible de comunicación e interacción y como consecuencia, un menor nivel de conflictividad. Los expertos del dispute board forman parte del equipo del proyecto desde el inicio de las obras, lo que les permite generar lazos con cada uno de los actores clave y promover diversas instancias de conversación, evitando así que las partes se identifiquen con posturas antagónicas.*”

<sup>84</sup> En cuanto a la actividad de carácter preventivo que estos realizan, consúltese el Reglamento relativo a los dispute boards de la Cámara de Comercio Internacional, publicado en 2015, sobre lo cual establece lo siguiente respecto a la implementación del principio de prevención: “*Una de las principales novedades del Reglamento de 2015 es la descripción detallada de las tres funciones básicas de lo dispute boards, con el fin de destacar la importancia de los enfoques tanto informales como formales de las desavenencias. Ahora el reglamento establece explícitamente que, al recibir un desacuerdo potencial, el dispute board puede (1) alentar a las partes a solucionarlo por sí mismo. Si ello no es posible o el desacuerdo está muy arraigado, el dispute board puede (2) intervenir prestando una asistencia informal para ayudar a las partes a resolver el asunto mediante un acuerdo o (3) determinar una desavenencia a través de una recomendación emitida o una decisión dictada tras un procedimiento de sumisión formal. Todas estas funciones tienen el mismo valor para contribuir a reducir el riesgo y el costo de la interrupción del contrato entre las partes.*”

<sup>85</sup> PAREDES C., G., p. 151-152.

En cuanto al carácter obligatorio del dispute board en tanto mecanismo de resolución de controversias de carácter alternativo y de fuente puramente contractual, esta dependerá de un doble examen de carácter abstracto y concreto, que ha de ser realizado por parte de la instancia procedimental determinada como competente por los intervinientes principales del contrato en cuestión.

El rol asignado al dispute board dentro del procedimiento FIDIC, como supuesto o condición de arbitrabilidad de la controversia, es plenamente concordante desde un enfoque de carácter abstracto, es decir, que del análisis literal de la sub clausula 20.2, la cual establece lo siguiente: “*Las controversias serán referidas a una Comisión para la Resolución de Controversias para su decisión de conformidad con la sub clausula 20.4 (obtención de una decisión de la Comisión para la Resolución de Controversias).*”

De lo establecido con anterioridad, se deduce claramente el deber de las partes de someter previamente sus controversias a la decisión del dispute board, a pesar que pueda aducirse que el artículo 20.4 contiene un derecho de opción aparente a favor de las partes (“*cualquiera de las partes podrá remitir por escrito a la Comisión para la Resolución de Controversias...*”), cuyo genuino sentido dice relación con permitir el ejercicio de tal posibilidad a cualquiera de las partes y no entenderse como una consideración a ser alegada a favor de un aparente carácter facultativo de este mecanismo pre arbitral. A igual conclusión arriba la Corte Suprema Suiza, la cual a partir de un examen de dos etapas, determino el carácter previo y obligatorio del dispute board en el marco del procedimiento FIDIC en base a la presencia del término *debería* en la sub clausula 20.2, a una interpretación sistemática del artículo 20 respecto de los fines perseguidos por el procedimiento en su conjunto y al hecho de que sería absurdo interpretar la posibilidad excepcional otorgado por el artículo 20.8 como un medio para recurrir a arbitraje sin cuestionarse las razones que hayan concurrido para impedir la constitución y operatividad del dispute board<sup>86</sup>.

No obstante la obligatoriedad *a priori* del dispute board como mecanismo pre- arbitral, dada la correcta interpretación de las disposiciones presentes en el artículo 20 como de las sub cláusulas de este en el marco de las condiciones generales FIDIC, esta circunstancia no es óbice a entenderse como un límite *ex ante*, dado que el contenido de las condiciones generales podrá ser modificado tácitamente por medio de la autonomía de la voluntad de las partes, por lo que deberá examinarse la manifestación de voluntad que las partes hayan realizado en base a las reglas y principios generales en materia de interpretación contractual, por lo que ha de establecerse a partir de un examen concreto que determine

---

<sup>86</sup> Para mayores detalles acerca de la decisión emitida por la Corte Suprema Suiza con fecha 07 de Julio de 2014, caratulada 4A\_124/2014, consúltese BOOG, C. y MENZ, J. First decision on FIDIC dispute adjudication boards (Swiss Supreme Court) [en línea] <http://uk.practicallaw.com/5-582-3245> (consultado 20 de noviembre de 2017).

si existió una intención clara e inequívoca de las partes de someterse a este mecanismo de forma previa y vinculante antes de recurrir a la instancia arbitral, estableciendo ciertos requisitos que han de ser cumplidos, tales como: que de los términos explicitados por las partes no se derive su carácter meramente facultativo o permisivo; el establecimiento de un plazo para el inicio del mecanismo pre arbitral y, por último, determinar los parámetros bajo los cuales se entenderá satisfecho el fin u objetivo perseguido por parte de este<sup>87</sup>.

En caso de que una de las partes recurra directamente a arbitraje, sin encontrarse en una de las situaciones excepcionales amparadas bajo las sub clausulas 20.7 y 20.8, ¿Qué sanción habrá de aplicarse en respuesta al incumplimiento de un supuesto necesario para someter a arbitraje la controversia?

En este punto la doctrina se inclina por establecer sanciones de carácter procedimental, en el entendido de que la aplicabilidad de remedios contractuales ordinarios, tales como la indemnización de los perjuicios sufridos no viene en otorgar una solución razonable ni satisface la necesidad de dar cumplimiento al mecanismo pre arbitral, por lo que en este espectro se estima que la sanción jurídicamente adecuada y que satisface las finalidades de prevención y eficacia del procedimiento FIDIC consiste en la inadmisibilidad *ratione temporis* de la solicitud de recurrir a arbitraje y la suspensión temporal del procedimiento seguido ante el tribunal arbitral, hasta que se resuelva el conflicto por medio de la decisión del dispute adjudication board<sup>88</sup>.

#### 4.7 Principios aplicables.

Como primera apreciación y en honor a la principal causa que motivo la aparición de los dispute boards, por lo menos dentro de la lógica del procedimiento FIDIC, se cuenta una evidente necesidad de legitimación que han de cumplir los miembros del panel para poder cumplir sus funciones de manera óptima: la necesidad de que estos al momento de enfrentarse a la cuestión sometida a su conocimiento, estos han carecer de vínculos de dependencia, subordinación e incluso situaciones que pudiesen ameritar la existencia de un conflicto de interés, con el objeto de que estos puedan actuar con la debida imparcialidad frente a las partes.

Esta fue claramente una de las principales motivaciones que tuvo la FIDIC al publicar el *Rainbow Suit* en 1999, dado que una de sus principales modificaciones fue remover al ingeniero como procedimiento

---

<sup>87</sup> BOOG, Christopher. 2008. How to deal with Multi-tiered Dispute Resolution Clauses. Note on the Swiss Federal Supreme Court's Decision: 4\_A18/2007 of 6 June 2007, ASA Bulletin 26(1): 105-106.

<sup>88</sup> BOOG, C., ob cit, p. 108-109.

o mecanismo pre arbitral y que desempeñaba funciones cuasijurisdiccionales, lo cual denotaba una evidente contradicción con la necesidad de imparcialidad que tal función requiere para su debido ejercicio por parte del órgano, dado que la relación de subordinación y dependencia existente entre el ingeniero y el empleador, por lo que *prima facie* era virtualmente imposible que este resolviera las reclamaciones presentadas por parte del contratista de forma justa e imparcial.

Ahora bien, sin perjuicio de los notables avances en materia de brindar un órgano justo e imparcial para la resolución de controversias, el ingeniero sigue ejerciendo la función de conocer y dirimir las reclamaciones presentadas por parte del contratista, a partir de lo establecido en el artículo 20.1.

Lo problemático de la disposición anterior es que al estar sujeto el contratista a cumplir con un estricto plazo para la interposición del reclamo y en caso de ejercicio extemporáneo, no se llegara a configurar el derecho a una ampliación del plazo o aumento de costos necesarios para continuar con la ejecución de la obra y, por ende, se libera de responsabilidad al cliente.

En resumen, la interposición en tiempo y forma adecuada del reclamo implica la configuración de un requisito o condición de sometimiento de la controversia ante el DAB, para efectos de que la determinación realizada por el ingeniero sea revisada en cuanto al fondo, punto sobre el cual profundizaremos en acápites posteriores.

En segundo lugar, hemos de establecer que uno de los rasgos diferenciales más relevantes de este mecanismo alternativo corresponde al enfoque primordialmente preventivo respecto de las eventuales controversias que puedan surgir entre las partes.

De acuerdo a Marcela Radovic, el principio que rige la actividad de los Dispute Board, consiste principalmente en la adopción de un rol activo que busca la prevención de la amplia gama de conflictos o controversias que puedan surgir eventualmente entre las partes, para lo cual considera la distinción entre un *approach* informal y formal de las desavenencias que puedan surgir, debiendo actuar tales enfoques en base a un esquema de cascadas, es decir, el dispute board habrá de realizar todos los esfuerzos posibles y estará facultado para tomar la iniciativa en todo momento que detecte la posibilidad de que acaezca una controversia entre las partes<sup>89</sup>.

De ahí que, el grado de intervención que rijan la actividad ejercida por parte del dispute board se irá intensificando a medida que se vaya escalando en la gravedad del conflicto y en la solidificación o cristalización de las posturas o posiciones sostenidas por las partes, cuya escala progresiva de intervención en el conflicto se encuentra establecido expresamente en los artículos 16, 17 y 18 del

---

<sup>89</sup> RADOVIC C., M., op cit, p. 16-17.

reglamento ICC relativo a los dispute boards<sup>90</sup> y, por ende, otorgando igual valor a la utilización de los enfoques preventivo y resolutivo que se le atribuyen<sup>91</sup>.

La plena implementación del enfoque preventivo con que se dirige primariamente la actividad del dispute board se ve materializado a partir de la elección de un dispute board de carácter permanente, cuya actividad será guiada en plenitud a través de los principios de inmediatez, celeridad y del principio inquisitivo.

En primer lugar, hemos de recalcar la importancia del principio de inmediatez en el conocimiento de los hechos y antecedentes que rodean al proyecto en su conjunto dado que a partir de la labor en terreno ejercida por parte del board, las continuas visitas a las partes en el sitio de obra y al detallado conocimiento que estos poseen de las contingencias que van ocurriendo en el transcurso del tiempo de ejecución de las obras, existirá una notable disminución en la curva de aprendizaje necesaria sobre cada aspecto de la obra<sup>92</sup>, lo que conlleva a una inmediata disminución del tiempo de resolución de los conflictos y, por ende, de acuerdo al mismo autor, a una significativa reducción de los costos legales propiamente tales y de aquellos de carácter oculto, tales como la pérdida de fluidez en las relaciones comerciales entre los actores y a una pérdida de reputación<sup>93</sup>.

En segundo lugar, el tribunal se encontrará facultado para actuar de iure proprio ante las posibles controversias que puedan acaecer entre las partes (16); solicitar los antecedentes, declaraciones de testigos y aclaraciones de las partes que estime pertinente para esclarecer los hechos que se cuestionan, sin entenderse limitado por las pruebas que ofrezcan las partes para sustentar sus pretensiones; podrán utilizar los conocimientos especializados que tuvieran para la resolución de la controversia, sin entenderse esta como una causal de inhabilitación basada en un supuesto pre juzgamiento del asunto; tendrá la facultad de dirigir las audiencias y de solicitar la realización de estas, incluso sin la presencia de un miembro o de una de las partes, en el caso que habiendo sido citado y no haya concurrido, entre otras.

---

<sup>90</sup> “Una de las principales novedades del reglamento de 2015 es la descripción detallada de las tres funciones básicas de los dispute boards, con el fin de destacar la importancia de los enfoques tanto informales como formales de las desavenencias. Ahora el reglamento establece explícitamente que, al percibir un desacuerdo potencial, el dispute board puede (1) alentar a las partes a solucionarlo por sí mismos. Si ello no es posible o si el desacuerdo está muy arraigado, el dispute board puede (2) intervenir prestando una asistencia informal para ayudar a las partes a resolver el asunto mediante un acuerdo o (3) determinar una desavenencia a través de una recomendación emitida o una decisión dictada tras un procedimiento de sumisión formal. **Todas estas funciones tienen el mismo valor para contribuir a reducir el riesgo y el costo de la interrupción del contrato entre las partes (el subrayado es nuestro).**”

<sup>91</sup> HOK, Gotz. FIDIC/MDB Approach in respect of Dispute Adjudication Boards [En línea] <http://fidic.org/sites/default/files/FIDIC%20MDB%20Approach%20in%20respect%20of%20Dispute%20Adjudication%20Boards.pdf> (consultado el 20 de noviembre de 2017).

<sup>92</sup> ARMES, M., op cit, p. 8.

<sup>93</sup> ARMES, M., op cit, p.1.

También se cuenta entre los principios que rige la actividad de estos paneles de expertos, el principio de cooperación, el cual se encuentra subdividido en la existencia de deberes de información, la obligación de reunirse y realizarse visitas al sitio en que se desarrollan las obras y a la obligación de mantener canales de información entre las partes y los miembros del panel a través de las respectivas notificaciones sobre cualquier asunto relevante respectivo al desarrollo de las obras por medios fidedignos y de modo que quede un registro de tal envío.

Otra manifestación de este principio consiste en la repartición equitativa que se realiza de los honorarios a ser pagados a los miembros del panel. Como podemos ver, no es baladí el asunto dado que una de las principales motivaciones de las partes para recurrir a esta clase de procedimientos es el abaratamiento de los costos directos e indirectos en que se debería incurrir en caso de contemplarse únicamente la instancia de arbitraje, dado el estado de extrema formalización de sus procedimientos, cautela de las garantías procesales y el mayor tiempo que han de gastar en la reconstitución de los hechos pertinentes para resolver la controversia en derecho, lo cual es connatural a esta institución dado que su actividad es dirigida en base a un criterio *ex post* y de carácter represivo y, por ende, siempre conocerá de las controversias después de que estas se hayan producido<sup>94</sup>.

En este sentido, es que vale la pena recordar las *tolent clauses*, por las cuales se entendía que aquel que en un procedimiento de *adjudication*, desarrollado al amparo de la *Housing Grants, construction and regeneration Act* del Reino Unido, a partir de la existencia de un vacío en la ley y de la dictación del fallo en el caso *Bridgeway v Tolent* del año 2000 aquel parte que era favorecido con la decisión del comité o panel en cuestión, debía pagar la totalidad de los costos y remuneración a este, lo cual más allá de ser manifiestamente injusto, no generaba los incentivos necesarios para que las partes mantuvieran un nivel razonable de gastos en la ejecución de las obras como también se generaría una total falta de incentivos a la utilización del procedimiento de *adjudication* por cuanto la parte recurrente habrá de pagar todos los costos inherentes a la tramitación como los de la contraparte<sup>95</sup>.

#### 4.8 Análisis Dispute Adjudication Board.

---

<sup>94</sup> RADOVIC C., M., ob cit, p. 18.

<sup>95</sup> PINSENT MASONS LLP. 2017. The Construction Act and its amendments [en línea] <https://www.out-law.com/en/topics/projects--construction/adjudication/the-construction-act-and-its-amendment--adjudication/>, (consultado 22 de Julio de 2017).

Ahora bien, dado que nos concentraremos en el DAB como objeto de estudio principal, hemos de adentrarnos en ciertas particularidades que este posee como también las ventajas y desventajas que este tiene por sobre el DRB y del arbitraje comercial internacional.

#### 4.8.1 Generalidades.

El origen del dispute adjudication board puede trazarse a partir del informe Latham, publicado en 1994 por Sir Michael Latham, el cual estableció al procedimiento de *adjudication* como una vía para incrementar los flujos financieros en la industria de la construcción y como un mecanismo que dicta decisiones de carácter interino y durante la ejecución del proyecto, sin pretender constituirse como un reemplazo al recurso a la justicia estatal o arbitral<sup>96</sup>. En este sentido, durante 1995 fue relevante la publicación del *orange book*, en el que se estableció el mecanismo del dispute adjudication board como método de resolución de controversias vinculante en reemplazo del ingeniero.

Un paso adelante en la instauración de mecanismos decisorios vinculantes fue la publicación de la *Housing Grants Construction and Regeneration Act* (de ahora en más, HGCRA) de 1996, el cual estableció la institución de la *adjudication*, el cual se incorpora de forma obligatoria en todos los contratos de construcción que se desarrollen en el Reino Unido, aun cuando no se encuentre expresamente establecido por las partes de acuerdo al párrafo 108 del cuerpo normativo en cuestión.

Por último, hemos de recalcar la importancia radical que tuvo el Rainbow suite de 1999, publicado por la FIDIC como también el *pink book* de 2005, el cual fue publicado por parte del Banco Mundial y modificado el 2006 y 2010, constando como una adaptación del *red book* a los requisitos establecidos por los bancos multilaterales de desarrollo, especialmente en materia de resolución de controversias, en que se promovía la utilización de un DAB de carácter permanente.

De acuerdo a Macho Gómez, la adjudication se constituye como: “... un método de resolución de conflictos que se encuentra a medio camino entre los ADR más tradicionales y el arbitraje o el proceso judicial. Esta ubicación se debe a que el ‘adjudicator’, es el que toma una decisión vinculante para las partes, si bien dicho pronunciamiento, de naturaleza contractual, es provisional, estas podrán acudir, con posterioridad, a un arbitraje o proceso judicial. El tercero, experto en la materia,

---

<sup>96</sup> ARMES, Murray. 2011. Everybody has won and all must have prizes: How the dispute board process could improve UK adjudication. Thomson Reuters, Construction Law Journal, 27(7): 18, en que el autor establece respecto al origen de la adjudication dice lo siguiente: “Adjudication was conceived as a way of improving cash flow in the construction industry. Latham published his report in 1994 in which adjudication was put forward as an interim decision making process, to be carried out mostly during the duration of the project, not as replacement for litigation or arbitration but as a precursor to it. The process provided for reference of a dispute to an adjudicator if agreement could not be reached on the value of a variation, and it was recommended that the adjudicator was to be named in the contract.”

*resolverá el conflicto una vez escuchadas las partes enfrentadas, aunque también podrá investigar e indagar en aquellos aspectos que considere necesarios.”<sup>97</sup>*

Como podemos ver, ambas instituciones son bastante similares, salvo en cuestiones tales como los plazos aplicables para resolver los conflictos sometidos a conocimiento de los paneles, el carácter ad hoc o permanente de cada uno salvo disposición en contrario de las partes<sup>98</sup> y el ámbito de aplicación de los instrumentos jurídicos, dado que los modelos FIDIC, en especial el *Pink Book*, en caso de tratarse de un contrato cuyo monto a ser financiado por la banca multilateral supere los 50 millones de dólares se exigirá la presencia de un DAB compuesto de 3 miembros, a fin de evitar la presencia de conflictos entre las partes signatarias del contrato.

La permanencia o no del mecanismo decisorio durante la ejecución del contrato y que sea efectivamente implementado desde la firma del contrato es el punto decisivo, dado que de esta circunstancia dependerá de la implementación del enfoque de prevención de las disputas como ya hemos señalado con anterioridad.

A continuación, procederemos a realizar un breve análisis respecto de la relación existente entre el DAB y el DRB como también aquella relación de complementariedad existente entre el DAB y el arbitraje comercial Internacional en el marco del procedimiento de resolución de controversias FIDIC.

#### 4.8.2 DAB/DRB.

En primer lugar, para establecer la comparación entre el DAB y el DRB como también entre los efectos atribuibles a las determinaciones emitidas por ambos, debemos delimitar los conceptos de obligatoriedad y carácter definitivo que se atribuye a las decisiones emitidas por parte del DAB.

Se ha entendido que los dispute boards son criaturas contractuales, cuyo origen se debe al reconocimiento universal del principio de libertad contractual, tanto en ordenamientos jurídicos del *civil law* como del *common law*, incluyéndose la posibilidad de que las partes determinen las condiciones y requisitos bajo los cuales se someterán a la determinación de un tercero para la

---

<sup>97</sup> MACHO G., C., op cit, p. 412.

<sup>98</sup> En el caso de las determinaciones emitidas por los DAB en el marco de los contratos FIDIC, el plazo máximo será de 84 días desde que se haya iniciado el procedimiento, mientras que en el caso de la *Adjudication*, deberán resolver en un plazo máximo de 28 días, prorrogable a 42 días, desde que se halla sometido el conflicto a conocimiento del panel, es decir, a diferencia del DAB administrado por la FIDIC este será de carácter eminentemente ad hoc y no permanente.



resolución de un conflicto actual o futuro que acaezca entre ellos y que se derive de cuestiones asociadas a un contrato celebrado entre ellos<sup>99</sup>.

Antes de analizar detenidamente los efectos jurídicos que pueden emanar de las determinaciones emitidas por parte de las diversas modalidades de dispute boards disponibles, hemos de describir sucintamente el rol que se le otorga al *Notice of Dissatisfaction* (de ahora en más, NOD) dentro del procedimiento de sumisión formal de controversias que se desarrolla ante los paneles de expertos ya mencionados.

De acuerdo a lo establecido en el párrafo 5° de la sub clausula 20.4 de las Condiciones Generales FIDIC, el NOD se constituye como el único medio procedimental idóneo para materializar el descontento que se tiene de la determinación emitida por parte del dispute board en el marco del procedimiento desarrollado ante ellos por las partes, el cual ha de ser interpuesto en tiempo y forma al panel de expertos ante el cual se desarrolla el procedimiento en cuestión.

Ahora bien, para determinar el conteo del plazo de interposición perentorio de 28 días establecido por las condiciones, habrá de distinguirse entre diversas situaciones fácticas que permiten su ejercicio por las partes del contrato:

En primer lugar, habrá de distinguirse el caso de que luego de constituido el panel, este haya emitido o no la determinación en tiempo y forma de acuerdo al plazo establecido por las condiciones generales o el mayor plazo otorgado por acuerdo unánime de las partes:

- a. En caso de que el dispute board haya emitido la decisión dentro del plazo establecido por las condiciones o por las partes, el NOD podrá interponerse dentro del término de 28 días desde que se haya comunicado y notificado la determinación.
- b. En caso de que el dispute board no haya emitido la decisión dentro del plazo máximo de 84 días establecidos por las condiciones o por el plazo alternativo que las partes hayan acordado, el NOD podrá ser interpuesto dentro de los 28 días siguientes al vencimiento de tal plazo.

---

<sup>99</sup> HOK, G., op cit, p. 4, en que se señala lo siguiente por el autor: “*The basic and fundamental principle which allows agreements on dispute adjudication is usually referred to as the principle of contractual freedom. This principle is recognized worldwide, both in Civil Law countries like Indonesia (see article 1338 Civil Code), Philippines (see article 1306 Civil Code), South Africa and Sri Lanka (Dutch Roman Common Law) or Vietnam (see article 389 Civil Code) and in Common Law countries like India, Malaysia (section 10 Contracts Act 1950), Pakistan or Singapore. Contractual freedom typically includes the right of the parties to confer the right of determination of the performance upon a third person.*”

A partir del rol ejercido por parte del NOD, hemos de recalcar las diferencias existentes entre los efectos atribuibles a las determinaciones emitidas por parte del Dispute Adjudication Board y Dispute Review Board. Para tal propósito utilizaremos diversas categorías jurídicas de uso común que permitan un entendimiento elemental de tales divergencias que hemos de exponer:

- a. Efectos originarios: la determinación emitida por el DRB, desde que se notifica y comunica las partes adquiere un carácter meramente facultativo, es decir, no ha de ser acatada obligatoriamente por las partes, mientras que en el caso de la determinación dictada por parte del DAB, esta adquiere carácter obligatorio desde es notificada y recepcionada por las partes, debiendo cumplirse inmediatamente.
- b. Efectos subsecuentes o consecuenciales: esta corresponde a la diferencia capital entre ambas clases de determinaciones. La recomendación emitida por el DRB podrá adquirir eventualmente carácter obligatorio para las partes, siempre que no se haya emitido un *Notice of Dissatisfaction* por una de las partes dentro del plazo perentorio de 28 días desde que se haya recibido la recomendación por las partes, es decir, la adquisición de obligatoriedad de la recomendación se encuentra supeditada al cumplimiento de una condición de carácter suspensiva y negativa consistente en la falta de emisión del medio impugnatorio descrito por una o ambas partes<sup>100</sup>.

En cambio, en el caso de la decisión emitida por el DAB, cuya obligatoriedad se adquiere originariamente y de forma independiente al ejercicio impugnatorio ya descrito, goza de la posibilidad de adquirir carácter definitivo en el caso de no impugnarse por una de las partes tal determinación.

En resumen, lo que diferencia a los efectos jurídicos atribuibles a las determinaciones emitidas por el DRB y el DAB, consiste en el carácter obligatorio originario de la decisión emitida por el DAB desde que se comunica y notifica a las partes (1) y los efectos que genera subsecuentemente la emisión o falta de emisión oportuna del NOD, dado que solo la decisión emitida por el DAB tendrá la potencialidad de erigirse con carácter definitivo (2).

---

<sup>100</sup> JIMENEZ FIGUERES., Dyala y J. CAIVANO, Roque. 2007. Funcionamiento de los “Dispute Boards” y su encuadre en el Derecho Argentino. Revista Internacional de Arbitraje, Bogotá, Colombia, p. 165, en el cual los autores establecen que: “Una decisión ---dispute adjudication board--- es de inmediato cumplimiento. Aun cuando una de las partes manifieste su desacuerdo dentro del plazo de 30 días ---o el termino distinto acordado por las partes---aquella debe ser cumplida, toda vez que esa impugnación no tiene efectos suspensivos.” De ahí que a partir del mismo razonamiento basado en el establecimiento de condiciones de carácter suspensivo pueda decirse que en el caso de la adquisición del carácter definitivo de la decisión se constituya como evento generador de aquella la falta de emisión oportuna del NOD por una o ambas partes del contrato.

Ahora bien, dado que en última instancia, los mecanismos de resolución de controversias se generan con el propósito de otorgar soluciones rápidas y certeras, es que adquiere importancia fundamental la ejecución fácil y viable de aquellas determinaciones que resuelven los conflictos suscitados entre las partes, sea de forma provisional o final, como sería en el caso del arbitraje comercial internacional, el cual se constituye como la última fase o escalafón dentro de la cláusula multinivel de resolución de controversias acordada entre las partes. En este punto, de acuerdo a Cetinel, vale la pena cuestionarse acerca del medio más idóneo, rápido y certero para propender a la mayor ejecutabilidad de las decisiones emitidas por el DAB, incluso sugiriéndose la eliminación del recurso al arbitraje comercial internacional por el recurso a las cortes de justicia estatales. La autora cuestiona la legitimidad de tal medida en base a una eventual vulneración al debido proceso y considera que lo mejor será seguir fortaleciendo la obligatoriedad de carácter provisional de tales dictámenes por sobre la eliminación del recurso al arbitraje<sup>101</sup>.

De ahí que sea relevante establecer con cierta certeza que es lo que se entiende y cuál será el alcance del carácter definitivo de la decisión emitida por el DAB, o lo que es lo mismo, cuál será el grado de deferencia que los tribunales arbitrales y estatales tendrán que tener respecto del contenido jurídico establecido en ella.

Como podemos ver, la cuestión no es baladí, toda vez que el alcance de los efectos que se le atribuyen a la decisión va en relación directa con la mayor o menor posibilidad de que estas determinaciones, al momento de someterse al escrutinio de un tribunal arbitral o estatal, establecer el rango o ámbito de competencia del cual gozará el tribunal arbitral para entrar a la revisión del fondo del asunto sometido a su conocimiento.

Es en conexión con esto último, que ha surgido una intensa discusión en la doctrina, dado que hay autores como Francisco González, el cual respecto del alcance del carácter de obligatoriedad de la decisión considera que ello no afecta el contenido obligacional ni vincule al juzgador o árbitro<sup>102</sup>,

---

<sup>101</sup> CETINEL, Yasemin. 2014. Losing entitlement to claim and resort to dispute resolution in construction: time bar provisions and the Turkish approach [En línea] <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/12/19/losing-entitlement-to-claim-and-resort-to-dispute-resolution-in-construction-time-bar-provisions-and-the-turkish-approach/> (consultado 31 noviembre 2017).

<sup>102</sup> GONZALEZ DE COSSIO, Francisco. Efecto legal de las determinaciones de los Dispute Boards: Un comentario [en línea] <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/Efecto%20Legal%20Determinaciones%20Dispute%20Boards.pdf> (consultado el 27/10/2017), p.5, en que el autor delimita el alcance de la obligatoriedad atribuida a las decisiones emitidas por el DAB, diciendo que: “*Temporalmente obligatorias: es decir, tienen que ser observadas durante la obra, y hasta en tanto el juez o árbitro con jurisdicción no decida lo contrario; Sin que ello afecte el contenido obligacional de la relación contractual de las partes, lo cual será materia del litigio o arbitraje que tenga lugar; no vinculan al juzgador o tribunal arbitral, quienes pueden decidir que la razón y el Derecho asiste a una parte distinta de aquella que favorece la Determinación Obligatoria.*”

respectivamente. El autor sostiene lo anterior en base a considerar que “*obligatoriedad no es igual a finalidad*”<sup>103</sup> y, por ende, no podría atribuírsele al contenido de la decisión un elemento nuevo que se añada a la relación contractual, lo cual se derivaría del eventual carácter definitivo que esta pueda llegar a adquirir.

Consideramos que la posición del autor es errónea por dos motivos en lo principal. En primer lugar, la opinión del autor desconoce los efectos originarios que se le atribuyen a las determinaciones, es decir, no toma en debida consideración la circunstancia de que en el caso de las decisiones emitidas por el DAB, el carácter obligatorio es originario y no requiere de acto alguno de las partes para la adquisición de tal estatus jurídico, mientras que en el caso de la recomendación emitida por parte del DRB, el carácter obligatorio de esta es únicamente atribuible de forma subsecuente y no originario, es decir, requiere de la existencia de una inactividad de las partes en el ejercicio del derecho a impugnar el contenido de la determinación.

En segundo lugar, derivado de la falta de diferenciación en torno al rol que le cabe al NOD, el autor considera que a falta de ejercicio de este, en la práctica se han de asimilar los efectos atribuibles a ambas clases de determinaciones, en relación al grado de deferencia que han de tener los tribunales arbitrales o estatales al momento de establecerse la posibilidad de ejercer la facultad de revisar el fondo de la determinación, por lo que en el caso de una decisión que haya adquirido carácter definitivo de forma subsecuente y que se deriva de la falta de ejercicio del NOD.

En este sentido, consideramos que no tiene asidero la prevención sostenida por parte de Francisco González, la cual consiste en el riesgo de cristalización de posturas o argumentos vertidos por parte del panel de expertos en la decisión que emite y respecto del cual no se haya emitido en tiempo y forma el NOD, generándose una *excesiva deferencia* de parte del tribunal arbitral acerca de los argumentos y evitando así que puedan entrar a un análisis de fondo de la decisión, dado que en este caso el ejercicio del NOD corresponde a una carga de carácter procesal que no fue debidamente ejercida por la parte que se vio desfavorecida con la decisión emitida por parte del DAB.

De lo anterior, podemos concluir que ha de realizarse una necesaria distinción entre las decisiones emitidas por el DAB de carácter obligatorio y aquellas que además hayan adquirido subsecuentemente el carácter definitivo en relación a la reducción de las facultades jurisdiccionales de revisión del fondo del asunto por parte de los tribunales arbitrales y estatales, dado que de seguir la opinión del profesor González no se estaría concediendo valor o importancia alguna al ejercicio del NOD dentro del

---

<sup>103</sup> GONZALEZ DE COSSIO, F., ob cit, p. 6.

procedimiento sustanciado ante los miembros del DAB y se estaría favoreciendo a la parte que no ejerció en tiempo y forma el medio de impugnación ya descrito, que como ya establecimos con anterioridad, corresponde a una autentica carga procesal, por lo que se entiende que a falta de su debido ejercicio por parte del interviniente, este ha de soportar las consecuencias jurídicas de tal negligencia en el ejercicio de sus derechos dentro del procedimiento.

Nuestro razonamiento es ratificado a partir de lo establecido por parte de Paredes, respecto de los efectos que se le han de atribuir a las decisiones emitidas por el DAB, los cuales sostienen que: *“Si bien sus decisiones son obligatorias y vinculan inmediatamente a las partes, a diferencia del arbitraje, esta decisión no es acogida bajo el reconocimiento constitucional de un laudo arbitral ni está sujeto a los alcances de las prerrogativas de las convenciones internacionales, como el caso de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales de Nueva York de 1958, mejor conocida como la Convención de Nueva York. Por otro lado, las decisiones de los dispute Boards son susceptibles de ser abiertas, examinadas, revisadas e inspeccionadas en un arbitraje, salvo que adquieran la calidad de final y vinculante; mientras que los laudos arbitrales no pueden ser revisables en cuanto al fondo, garantía legal que soporta su eficacia jurídica.”*<sup>104</sup>

Por otro lado, Christopher Seppala, a partir del análisis del caso *Persero*, el autor cuestiona la interpretación que los tribunales superiores de Singapur realizaron del alcance de las sub clausulas 20.4, 20.5, 20.6 y 20.7 de las ya mencionadas condiciones FIDIC<sup>105</sup>, dado que se trataba de un caso en que la contraparte emitió en tiempo y forma el NOD y en que PGN alegaba erróneamente la falta de obligatoriedad de la decisión de pagar una suma de dinero determinada.

Es evidentemente fuera de lugar tal objeción a título de defensa, dado que la obligatoriedad de la decisión es independiente del ejercicio del NOD, dado que esta se adquiere por la sola comunicación de la decisión a las partes por parte del DAB y es además de cumplimiento inmediato.

Hemos de sostener a título de argumento de clausura sobre este punto, que el Reglamento de la ICC relativo a los Dispute Boards y el libro dorado incorporo en su regulación de los dispute adjudication boards diversas modificaciones, las cuales impactan directamente en la facilitación de la ejecución de las decisiones dictadas por este, dentro de las cuales se cuentan:

- a. la posibilidad de la parte favorecida con la decisión, sea esta obligatoria o final y obligatoria,

---

<sup>104</sup> PAREDES C., G., ob cit, p. 155.

<sup>105</sup> SEPPALA, Christopher R. 2012. How not to interpret the FIDIC dispute clauses: The Singapore Court of Appeal judgement in *Persero*. *The International construction Law Review*, 29(1): 4.

solicitar el cumplimiento de esta directamente al tribunal arbitral<sup>106</sup>, sin antes recurrir primero por el DAB, en su calidad de requisito previo a ser cumplido para la arbitrabilidad de la controversia. La importancia de esta modificación recae en asimilar el régimen aplicable a la acción de cumplimiento sobre las decisiones dictadas por parte del dispute board, debido a que como ya hemos establecido con anterioridad, las decisiones dictadas por el DAB adquieren carácter obligatorio desde que son dictadas y notificadas a las partes, por lo que estas vinculan de inmediato a las partes y deberán ser cumplidas de inmediato.

La importancia de esta modificación recae en que con anterioridad a la modificación realizada por parte del Gold Book, el propietario solía aducir, a título de excepción respecto de la pretensión de cumplimiento solicitada por parte del contratista, el incumplimiento de la obligación del contratista de haber sometido previamente esta nueva disputa relativa a la solicitud de cumplimiento de la decisión dictada por parte del DAB, dado que el sometimiento previo de la controversia al DAB se constituía como un presupuesto de arbitrabilidad de la controversia.

- b. En concordancia con lo anterior, se establece que la parte que no cumpla con una decisión no podrá plantear ningún asunto sobre el fondo de la decisión como defensa de su falta de cumplimiento sin demora de la decisión<sup>107</sup>, a partir de la consideración de que para efectos de la delimitación de competencia *ratione materiae* del tribunal, se entiende que existirán dos asuntos claramente diferenciados, por lo que este deberá entrar en conocimiento únicamente respecto de la validez de la pretensión de cumplimiento de la decisión dictada por parte del DAB.

Esta cual fue una de las principales críticas que se realizó por parte de la doctrina en relación al cumplimiento del dictamen emitido por el DAB, dado que a partir de lo sostenido por Dedezade, el contenido de la sub clausula 20.6 de las Condiciones Generales no establece claramente la distinción entre la pretensión de cumplimiento de la decisión y el fondo o los méritos subyacentes que justifican la decisión<sup>108</sup>, por lo que se entendía que el tribunal era

---

<sup>106</sup> Artículo 5 n°4 Reglamento Relativo a dispute Boards de la ICC.

<sup>107</sup> *Ib idem*.

<sup>108</sup> DEDEZADE, Taner. 2012. Mind the gap: analysis of cases and principles concerning the ability of ICC arbitral tribunals to enforce binding DAB decisions under the 1999 FIDIC conditions of contract. Thomson Reuters, International Arbitration Law Review, UK, 4: 147, señalándose respecto de este punto lo siguiente por parte del autor: “*In the authors view, the wording in sub clause 20.6 (route 1) of the contract does not make it “obvious” that both the binding decision (for enforcement purposes; and the dispute underlying it can be referred to arbitration. Mr Seppala, in his latest article, questions whether as a practical matter, a dispute over the enforcement of a DAB decision is distinguishable from one over the merits of*

competente para conocer del fondo del asunto, a fin de determinar la validez de la pretensión de cumplimiento deducida por parte del demandante, siempre que fuera debidamente propuesto por parte del demandado a través de una demanda reconvenional, dado que se trataban de dos asuntos claramente diferenciados entre uno y otro.

De esta forma, se eliminó una de las principales objeciones que se realizaba con anterioridad por la parte incumplidora y que permitía trabar el pago al contratista, debido a que se argumentaba que, al ser una disputa o conflicto nuevo, el contratista debía someter tal incumplimiento al DAB para que este estableciera la existencia de este. Por ende, se generaba un círculo vicioso que impedía realizar cualquier pago al contratista debido a la utilización mañosa del mecanismo pre-arbitral establecido por parte de la cláusula *Multi step* establecida por las partes, contradiciendo uno de los principales propósitos de los procesos adjudicatorios, que corresponde a brindar un auxilio de carácter financiero al contratista para evitar el ahogamiento de este y permitir así la continuidad en la ejecución de la obra.

- c. Por último, se establece expresamente que hasta tanto la desavenencia no haya sido resuelta definitivamente mediante arbitraje u otro medio, o salvo que el tribunal arbitral o el juez decidan de otro modo, toda decisión dictada dentro del plazo fijado debe ser cumplida por las partes<sup>109</sup>, aun cuando se haya emitido la notificación de desacuerdo a la parte y al panel.

Como segunda gran ventaja que se puede predicar respecto del DAB por sobre el DRB consiste en la absorción de funciones que este puede realizar en materia de prevención, consulta y de resolución efectiva de los conflictos, con mayores posibilidades de ejecutar la decisión, la cual es en principio obligatoria respecto de las partes, a diferencia de la recomendación, cuyo valor es intrínseca y permanentemente no vinculante, salvo que sea adoptado por común acuerdo entre ellas. Ahora bien, el carácter facultativo de las recomendaciones se tomaba como un aspecto favorable de los DRB dado que se entendía que permitiría desarrollar el procedimiento en un ambiente de mayor colaboración debido a que en cualquier caso no existiría obligación alguna en someterse a la decisión del board, es decir, las partes mantendrían el control absoluto sobre la configuración de los límites atribuibles a la solución y tendrían un derecho implícito a vetar tal determinación.

---

*the decision. The author submits that there is a clear distinction. The former, if permissible, results in an award for sums adjudged as due by the DAB. The latter result in a fresh determination of the matters referred to the DAB by the arbitral tribunal and a final and binding award on the dispute in question that supersedes the DAB's decision and puts an end to the dispute."*

<sup>109</sup> Artículo 5 n°6 Reglamento ICC relativo a los Dispute Boards.

De acuerdo a Armes, algunos consideran erróneo la política de la FIDIC de haber establecido mecanismos adjudicatorios en vez de meramente facultativos de resolución de disputas, dado que este generaría menor confianza y colaboración entre las partes<sup>110</sup>, lo cual se colegiría de acuerdo a Capuñay y Ferruzo del carácter autocompositivo del DRB por sobre el DAB<sup>111</sup>.

Ahora bien, consideramos ciertamente erróneas tales prevenciones dado que el DAB también goza de la facultad de emitir determinaciones preliminares de carácter meramente facultativo respecto de las partes, en ejercicio de su función consultiva y que son previas a la emisión de la decisión vinculante emitida por este, las cuales son redactados en formato de informes luego de la realización de las visitas a los sitios de la obra y en que se hayan solicitado conjuntamente por las partes consultas acerca de algún punto que eventualmente pudiese transformarse en un desacuerdo e incluso en una disputa, tal como se encuentra establecido en el artículo 20.2 de las condiciones generales FIDIC.

#### 4.8.3 DAB/Arbitraje comercial internacional.

Son ampliamente conocidas las múltiples ventajas y bondades que ha brindado el arbitraje, el que actuó en primera instancia como mecanismo alternativo de resolución de controversias, pasando a ser el único método adecuado en el actual contexto de la globalización económica. En este sentido, Mereminskaya se refiere a las ventajas y desventajas atribuibles al arbitraje comercial internacional, entre las cuales se cuentan: *“Gracias a su eficiencia y flexibilidad, el arbitraje internacional paso de considerarse un método “alternativo” de resolución de conflictos comerciales internacionales a ser el único método adecuado en el actual contexto de la globalización económica, no obstante la opción por el arbitraje, junto con ofrecer a las partes numerosas ventajas, tiene como correlato la renuncia al recurso a la justicia nacional y ciertos beneficios que esta ofrece, como son, por ejemplo, los costos relativamente más bajos. Por lo tanto, es imprescindible que la sumisión al arbitraje tenga un carácter voluntario y deliberado.”*<sup>112</sup>

---

<sup>110</sup> ARMES, M., op cit, p. 9, en que el autor señala que: *“The board is obliged to produce reports of its site visits (procedural rule 3) in which it should formally set out any matters for concern and early warnings of possible future problems and disputes. FIDIC has adopted the DAB and some see this as a disadvantage over the DRB which is seen to be more collaborative. However, under sub Clause 20.2, the parties are able to refer any matter to the board for an informal non binding opinion prior to seeking a binding decision, therefore used properly a DAB has all the advantages of a DRB but in the event the problem cannot be resolved informally there are provisions for it to be escalated and referred for a binding decision (sub Clause 20.6) “.*

<sup>111</sup> CAPUÑAY C., F. y FERRUZO D., G., op cit, p. 107.

<sup>112</sup> MEREMINSKAYA, Elina. 2005. Apuntes de arbitraje comercial internacional. En: Taller Arbitraje Comercial Internacional. Nueva León, Universidad de Nueva León, Facultad de Derecho. 10p.



La naturaleza jurídica eminentemente privada no obsta a la potestad jurisdiccional que se le atribuye a los árbitros para la resolución del asunto sometido a su conocimiento por las partes<sup>113</sup>, siendo ampliamente preferido en el ámbito de los negocios internacionales, dado que dentro de sus virtudes se cuentan la elección de un foro de carácter neutral, mayor especialización de los árbitros en materias de carácter comercial, menor tiempo para la resolución de conflictos y, por ende, un significativo ahorro en los costos derivados de las costas personales como judiciales que se seguirían del litigio incoado ante los tribunales estatales, lo cual siguiendo lo dicho por parte de Labbe Valverde acerca del arbitraje como mecanismo de solución de controversias alterno y de carácter neutral, sobre lo cual establece que: *“Es a su vez una solución perfectamente adecuada al hecho, absolutamente habitual, consistente en que a ninguna de las partes le parece aceptable someterse a la legislación y a la jurisdicción de otro, lo cual lleva a tener que elegir una jurisdicción independiente, prefiriéndose normalmente un arbitraje antes que una jurisdicción de terceros Estados. Todo ello además de poder convenir la ley de fondo aplicable y la sede donde funcionara el tribunal.”*<sup>114</sup>

En este sentido, una de las mayores aspiraciones de las partes se convierte en la elección de una sede para la realización del arbitraje que cumpla ciertos requisitos de neutralidad. De ahí que, recaiga la importancia de considerar al arbitraje como deslocalizado, en relación al impacto que la sede tendrá sobre la regulación del procedimiento arbitral.

En este sentido, respecto de la extensión y alcance de las normas procedimentales locales y la intervención de los tribunales estatales, Mereminskaya establece que en base al principio de intervención o injerencia mínima de estos respecto del procedimiento arbitral no implica que el arbitraje internacional se incorpore dentro del sistema de administración de justicia del estado en el que tiene sede, o lo que es lo mismo, los árbitros internacionales reciben su mandato de las partes y por ello no representan a ningún estado en el ejercicio de tal función jurisdiccional<sup>115</sup>.

De acuerdo a la misma autora, existen ciertos criterios básicos que determinan la elección de la sede del arbitraje, teniendo en consideración la naturaleza eminentemente jurídica del concepto de sede arbitral y de las consecuencias que de este emanan, estableciendo que: *“En otras palabras, la sede del arbitraje predetermina la normativa aplicable al procedimiento, el grado de reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes, el nivel de vinculación de la justicia nacional. Para un desarrollo exitoso del arbitraje se requiere que su sede este localizada en un ambiente propicio para este tipo de procedimiento. Lo anterior, supone la existencia de una normativa procesal adecuada, que*

---

<sup>113</sup> BARROS B., E. y GERMAIN R., A., ob cit, p. 9.

<sup>114</sup> LABBE V., A. Arbitraje comercial internacional Ley 19.971-2004 [En línea] [www.aida-chile.cl/](http://www.aida-chile.cl/) (20 de septiembre de 2017).

<sup>115</sup> MEREMINSKAYA, E., op cit, p.4.

*reconozca la especificidad del arbitraje comercial internacional, normas de conflicto modernas, un sistema judicial capaz de prestar apoyo al procedimiento en lugar de entorpecerlo o la disponibilidad de los profesionales capaces de trabajar con criterios internacionales, solo por mencionar algunos de los requerimientos.*”<sup>116</sup>

De ahí que se haya llegado a un cierto consenso en que, aceptándose la autonomía de la institución arbitral respecto del ordenamiento jurídico estatal asociado a la sede arbitral, esta independencia no puede ser total, dado que para requerir el cumplimiento compulsivo de ciertas cuestiones se requiere de la debida asistencia de los tribunales de justicia del estado sede, sin perjuicio de que deberá respetarse el principio de intervención mínima de los tribunales establecido en el artículo 5 de la Ley Modelo de arbitraje comercial internacional<sup>117</sup>.

Entender de otra manera los efectos atribuibles a la autonomía de la voluntad en materia de elección de las normas que regirán el procedimiento arbitral entre las partes, impide que se materialice efectivamente el carácter neutral de la sede, pudiendo verse afectado una o ambas partes, al verse enfrentados a normas procedimentales desactualizadas y que privilegien en exceso la intervención de los tribunales estatales de la sede, infringiendo uno de los principios fundentes del arbitraje internacional, el cual corresponde al principio de intervención mínima de los tribunales, debiendo prevalecer una lógica eminentemente cooperativa, dado que será imposible en la práctica llevar a cabo un arbitraje netamente deslocalizado del ordenamiento jurídico de la sede en que se establezca el arbitraje en cuestión<sup>118</sup>.

No obstante y a pesar de lo expuesto con anterioridad, esta serie de prerrogativas derivadas del arbitraje comercial internacional no han sido del todo suficientes para los actores relevantes dentro del mercado internacional de la construcción, cuyas expectativas de celeridad y eficiencia en la resolución de los conflictos no haya podido ser satisfecha completamente a través del arbitraje, dado el inmanente carácter adversarial del mecanismo en cuestión y el cual no admite ya mayores posibilidades de reconciliación o brindar las condiciones necesarias para que las partes lleguen a una solución amistosa fuera del procedimiento, debido a que es bien conocida la enorme cantidad de conflictos de carácter complejo que engendra la ejecución de los contratos de construcción, los cuales han de ser resueltos de forma inmediata y sin dilatar ni menos suspender o paralizar las labores constructivas por los inmensos

---

<sup>116</sup> MEREMINSKAYA, E., op cit, p. 13.

<sup>117</sup> Entre estos asuntos se cuentan la remisión forzosa al arbitraje, en caso de que se viole la obligación contenida en este de no acudir a los tribunales de justicia estatales; la asistencia en la constitución del tribunal; la obtención de pruebas, tales como la declaración de testigos; el análisis de la validez del laudo arbitral, a través de la interposición del recurso de nulidad y, por último, la ejecución del mismo, a partir de la concesión del exequátur en el estado que corresponda.

<sup>118</sup> VASQUEZ PALMA, María Fernanda. 2011. Relevancia de la sede arbitral y criterios que determinan su elección. Revista Chilena de Derecho Privado, 16: 83.

montos de dinero involucrados y evitar la frustración de los intereses de ambas partes, los cuales van concatenados con la viabilidad económica y financiera del proyecto de construcción.

La satisfacción en alto grado de las expectativas de las múltiples partes involucradas en los contratos internacionales de construcción se materializa en la configuración del procedimiento FIDIC, caracterizado por el enfoque preventivo-resolutivo, en orden a evitar y en caso de ser imposible la actividad de carácter preventivo, este ha de proceder subsidiariamente a resolver las controversias que no pudieron ser evitadas por la acción individual o conjunta del dispute board con las partes involucradas, el cual dependiendo de su carácter ad hoc o permanente durante la vida del contrato, se permitirá el conocimiento de la controversia a partir de un criterio ex ante y preventivo, mas no de carácter ex post y represivo, lo cual caracteriza al arbitraje como instancia final y definitiva dentro del procedimiento FIDIC.

De lo sostenido en el número anterior, se deduce lógicamente que el criterio bajo el cual se ha de realizar el análisis en cuestión es a partir del enfoque, fines y funciones diversas de los DB y del arbitraje como también del vínculo o nexo de complementariedad existente entre ambos institutos, para así poder cumplir e implementarse adecuadamente las finalidades perseguidas en el marco del procedimiento FIDIC, que estatuye el carácter pre-arbitral de los dispute boards.

De ahí que los DB actúan primariamente en base a un enfoque preventivo, cuyo fin ideal corresponde a propender a la inexistencia de controversias que puedan surgir entre las partes en la medida de lo posible y realizar las funciones establecidas en los artículos 16,17 y 18 del Reglamento ICC.

De ahí que sea importante la implementación del enfoque preventivo/resolutivo del DAB, el cual opera en base a un criterio de aplicación *en cascada*, dado que se precaverá que la actividad ejercida por parte del dispute board involucre, en primer lugar, la exigencia de un rol activo y a tener una disposición permanente hacia los requerimientos que las partes les puedan realizar acerca del alcance del contrato, a generar las condiciones propicias para generar un dialogo continuo entre las partes, a realizar las visitas a terreno y a obra que le sean requeridas por los intervinientes, entre otras funciones atribuibles a los miembros del DAB.

Dentro de las ventajas de los *DAB*, se encuentra el enfoque preventivo dirige su actividad y solo en el caso de acaecer una controversia actuaran con un mayor nivel de injerencia en orden a resolverla, es decir, opera en base a un criterio eminentemente subsidiario.

También dentro de estas se cuenta la celeridad, inmediatez, reducción de costos, el favorecimiento a la continuidad de la ejecución contractual y la resolución de la controversia por personas debidamente

calificadas e idóneas para tal labor. Siguiendo a Peñate Guzmán, este enfatiza la importancia capital del principio de la inmediatez, el cual se aplica plenamente en los *DAB* permanentes, dado que estos se constituyen al inicio de la ejecución de las obras del proyecto en cuestión, lo que permite la obtención de réditos especialmente útiles en materia de reconstitución de los hechos y acreditación de las alegaciones sostenidas por las partes<sup>119</sup>, evitando el tedio e inconducencia de recurrir a declaraciones de testigos carentes de la debida independencia y evitar recurrir a registros de obra muchas veces incompleto, confeccionados por parte de los representantes en el proyecto del contratista y cliente, respectivamente<sup>120</sup>.

De ahí la relevancia del principio de inmediatez, cuya materialización se encuentra conectada con el principio inquisitivo aplicable a la actividad ejercida por parte del *DAB*, el cual se entenderá aplicable salvo acuerdo por escrito del contratista y cliente, el cual tiene diversas manifestaciones en cuanto a la determinación del procedimiento aplicable por parte de este en la resolución de la controversia, dentro de las cuales se encuentran la facultad de determinar su propia competencia para conocer del asunto que someten a su conocimiento (principio *Kompetenz-Kompetenz*); hacer uso de sus conocimientos especializados; abrir, examinar y modificar cualquier certificado, decisión, orden, opinión o tasación del ingeniero, que sea pertinente para la controversia y, por último, en materia probatoria, podrá tomar la iniciativa para establecer los hechos y los asuntos necesarios para la toma de una decisión, permitiendo una mayor intervención y dedicación del dispute board en la determinación de la verdad material, más allá de la noción de verdad formal derivada de las meras aportaciones probatorias realizadas por las partes para fundamentar las pretensiones alegadas ante esta mesa de expertos<sup>121</sup>.

---

<sup>119</sup> Acerca de la eficiencia en materia probatoria de los dispute boards en contraposición al procedimiento arbitral, consúltese FIGUEROA VALDES, Juan Eduardo. 2014. La visión de las partes y su co-existencia con los contratos administrativos. Experiencias en Chile. En: HERNANDEZ G., R. (coord.) Dispute boards en Latinoamérica: experiencias y retos. Biblioteca Mario Castillo Freyre, Vol. 23, Lima, Perú, p. 124, en que se puede inferir que esta deficiencia se debe al enfoque *ex post* y represivo con que actúan los tribunales arbitrales, sobre lo cual dice que: “Por otro lado, dentro de las preocupaciones se encuentran aquellas de poder contar con los elementos probatorios adecuados, que estos no sean destruidos o no se encuentren disponibles para una inspección o verificación posterior, lo cual resulta muchas veces difícil de poder cumplir para una instancia posterior de arbitraje o litigación. Así, por ejemplo, si se trata de materiales defectuosos u obras mal ejecutadas o que no cumplen con las especificaciones técnicas, es difícil determinarlo en una etapa posterior si ellos han sido incorporados en el producto final”.

<sup>120</sup> Acerca de la relevancia del principio de intermediación como herramienta coadyuvante a favor de los miembros de los dispute adjudication boards, en orden a permitir que el panel se encuentre debidamente informado de los hechos y circunstancias de carácter técnico, económico, jurídico y financiero que les permite emitir decisiones teniendo todos los antecedentes a disposición consúltese PEÑATE GUZMAN, Carlos. 2014. Las mesas de resolución de disputas como mecanismo que viabiliza la continuidad en los proyectos de construcción: la experiencia en El Salvador. En: HERNANDEZ G., R., Dispute Boards en Latinoamérica: experiencias y retos. Biblioteca Mario Castillo Freyre, Lima, Perú, 90-92pp.

<sup>121</sup> Remitirse a las reglas de procedimiento aplicables a los dispute boards, por el cual se entiende que a menos que las partes establezcan lo contrario, se entenderá que la actividad de este se regirá por el principio inquisitivo, estableciéndose lo siguiente: “Salvo que el contratante y el contratista acuerden otra cosa por escrito, la Comisión para la Resolución de Controversias tendrá la facultad de adoptar un procedimiento inquisitorio, negar a cualquier persona, excepto los representantes del Contratante, el Contratista y el Ingeniero, admisión a las audiencias y el derecho a ser oído en las

De ahí que existiría el riesgo de una carencia en la producción de prueba de carácter fehaciente, primando en los hechos la aplicación del principio de aportación de parte de forma preponderante y, por ende, derivándose en una lenta e inorgánica reconstitución de los hechos pertinentes, lo cual impactara principalmente en la emisión de una decisión que no pudo tomar en cuenta todos los antecedentes técnicos y económicos relevantes que le hubiesen permitido brindar una solución adecuada y eficiente que cautele equitativamente los intereses de las partes involucradas en el contrato.

La necesidad de una resolución eficiente y eficaz por parte de los *DAB* en los contratos internacionales de construcción de gran envergadura se explica en que la principal justificación y motivación de las partes de recurrir a estos mecanismos alternativos corresponde a la protección del objeto del contrato desde un punto de vista práctico, es decir, permitir la consecución de las legítimas expectativas económicas<sup>122</sup>, de viabilidad financiera del proyecto<sup>123</sup> y el aseguramiento de la continuidad de la ejecución del proyecto por parte del contratista y de la cadena de subcontratistas de carácter designado o no por parte del cliente al contratista, lo que permite deducir el carácter esencial de la necesidad de otorgar una respuesta en el menor tiempo posible a la gran red de contratantes involucrados en los proyectos de construcción a gran escala de carácter internacional.

Aquí recae lo relevante de esta distinción y complementariedad de enfoques de actividad del *DAB*, rol del cual carece el arbitraje como instancia de carácter final y de *ultima ratio*, operando siempre bajo un enfoque de carácter represivo respecto de controversias que ya surgieron y que desarrollaron plenamente su potencial de externalidades negativas, especialmente respecto del deterioro de las relaciones personales y comerciales entre los contratantes, imposibilitando en la total virtualidad de los casos la solución amistosa de los conflictos.

Además, como ya veníamos diciendo respecto de la aplicabilidad del principio de inmediatez en materia de producción probatoria para así sustentar el fundamento de las alegaciones de las partes, en cuanto a la resolución del asunto por parte del tribunal arbitral, este siempre conocerá de las pretensiones de las partes de forma *ex post*, es decir, deberá en todos los casos proceder a complejos procesos de reconstitución de los hechos y circunstancias que fundamentan las alegaciones, en base al mérito de las pruebas presentadas por las partes en el procedimiento.

---

*mismas, y proceder en ausencia de cualquier parte que según la Comisión para la Resolución de Controversias haya recibido notificación de la audiencia; pero tendrá discreción para decidir si, y en qué medida, ejercerá dicha facultad.”.*

<sup>122</sup> PAREDES C., G., ob cit, p. 143.

<sup>123</sup> BRODSKY, Jerry. 2014. Mesas paralelas de resolución de controversias en mega proyectos de ingeniería y construcción: una perspectiva práctica. En: HERNANDEZ G., R. (coord.). Dispute Boards en Latinoamérica: experiencias y retos. Biblioteca Mario Castillo Freyre, Pontificia Universidad Católica del Perú, Vol. 23, Lima, Perú, 2014, 73p.

## CAPITULO V: MECANISMO DE RESOLUCION DE CONTROVERSIAS FIDIC

### 5.1.Sistema Escalonado de Solución de Controversias FIDIC.

Hemos de categorizar al procedimiento FIDIC como de carácter único, de acuerdo a Murray Armes, debido a que corresponden a un formato contractual internacional que promueve la prevención de las diferencias entre las partes, evitando que se transformen en disputas<sup>124</sup>.

Uno de los grandes logros del *Rainbow Suit* publicado en 1999, fue el otorgamiento de mayor claridad y homogeneidad a la configuración de los modelos contractuales, a través de la estandarización de estos y de sus condiciones generales, dentro de las cuales se encuentra el sistema de resolución de controversias en la sub clausula 20, respecto del *Red, Yellow y Silver Book*, estableciéndose un sistema escalonado de solución de controversias<sup>125</sup>.

En este sentido, con el fin de implementar la eficacia preventiva del sistema, este se encuentra configurado en base al diseño establecido por parte de las cláusulas multi función de resolución de controversias, por medio del cual las partes se someten a una cadena procedimental compuesto por diversos organismos de carácter eminentemente contractual, los cuales en sus fases iniciales intervienen como un tamiz o filtro, desglosado en múltiples etapas y fases de carácter previo y de concurrencia obligatoria por las partes en el contrato con el objeto de poder someter el asunto al conocimiento y resolución a la instancia arbitral, regida por las reglas contenidas en el Reglamento de arbitraje de la ICC.

### 5.2.Análisis diferencias del *Red, Yellow y Silver Book*.

Las clausula en materia de resolución de controversias, en cuanto a su diseño y contenido serán bastante similares, dado que su contenido se encuentra homologado, salvo ciertas cuestiones de carácter fundamental tales como:

---

<sup>124</sup> ARMES, M. 2013. Putting your money where your mouth is or Practicing what you preach: The funding (or not) of dispute boards by the international funding banks. Thomson Reuters, Construction Law Journal, UK, 29(2): 111, en que el autor señala que: “*FIDIC contracts are unique because they are the only international standard form suite of contracts to promote dispute avoidance. The vehicle for this is the Dispute Adjudication Board (DAB) and the first role of the DAB is to help the contracting parties avoid disputes, disputes which are inevitably costly in money, time and reputations.*”

<sup>125</sup> FIGUEROA V, J. E. 2013. Los contratos de construcción FIDIC frente al derecho chileno. Gaceta Jurídica, Santiago de Chile, 394: 20

### 5.2.1. Figura y rol del ingeniero

El rol que ejercerá el ingeniero en la supervisión, administración y vigilancia del proyecto habrá de ser diferenciado de acuerdo a las características del proyecto y sobre cuál de las partes recaerá la obligación del diseño de esta, es decir, la intervención del ingeniero será mayor o menor dependiendo de cuál de los libros FIDIC sea utilizado como modelo contractual. En el caso de tratarse del Red Book, la intervención del ingeniero será predominante, dado que este participará incluso en la fase de diseño y proyección de la obra, teniendo la facultad de dictar instrucciones al contratista para la correcta ejecución de las obras. En el caso del Yellow y Silver Book, en cambio el ámbito de acción del ingeniero será menor, estableciéndose una mayor autonomía del contratista en la ejecución de las obras. En todos los casos, la realización de la reclamación ante el ingeniero por parte del contratista de acuerdo al artículo 20.1, es decir, interpuesto en tiempo y forma oportuno consistirá en un requisito necesario para someter la controversia al DAB, tal como lo señala Figueroa Valdés, estimando respecto del procedimiento librado ante el ingeniero: *“Si el constructor no acepta dicha determinación, goza de la facultad de someter el asunto a un Dispute Adjudication Board (DAB), conforme a la cláusula 20.2, y si queda insatisfecho con la decisión del DAB, goza de la facultad para someter el asunto a un arbitraje comercial internacional, conforme a las reglas de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), más conocida por su sigla en inglés ICC, según lo establecido en la cláusula 20.6, después de un cool off period de 62 días para el evento que no prospere un acuerdo amigable entre las partes durante dicho periodo.”*<sup>126</sup>

### 5.2.2. Configuración temporal del Dispute Board

En lo que si existe una diferencia palmaria es en la clase de dispute board que se entiende aplicable al contrato por *default*, es decir, en caso de que las partes nada digan ni modifiquen el contenido del contrato en ese punto. Esto debido a que, en el caso del Yellow y Silver Book, los cuales establecen la presencia de un dispute board de carácter ad hoc, mientras que en el caso del Red y Gold Book se prefirió la elección de un dispute board de carácter permanente. En el caso del Yellow y Silver Book, de acuerdo a Figueroa Valdés se justifica la opción de establecer un dispute board ad hoc: *“ Se asume que gran parte del trabajo va a ser ejecutado fuera del lugar de la obra, como por ejemplo, la preparación de una turbina a gas para una planta de energía de una industria, mientras que en el red book se asume que gran parte de las labores serán ejecutadas por el constructor en el mismo lugar de*

---

<sup>126</sup> Ídem.

la construcción de la obra.”<sup>127</sup> El punto en cuestión es a su vez refrendado por parte de Seppala, el cual establece que: “*The main reason for a standing (or permanent) DAB is to deal with disputes on or related to the construction site. But, when the contractor provides mainly for the design and manufacture of electrical or mechanical equipment in a factory rather than construction work on the site (as is true of many projects for which the new Plant and EPC contracts would be used), the incidences of disputes should be much less and, hence, it is much more difficult to justify the time and expense of maintaining a standing DAB in such a case. Accordingly, FIDIC has opted for an ad hoc DAB in the General Conditions for these types of contracts.*”<sup>128</sup> A pesar de lo anterior, consideramos que tal diseño es deficiente por las siguientes razones que pasamos a exponer a continuación:

En primer lugar, se ha de realizar una breve consideración en relación a las diferencias existentes respecto de la instalación y puesta en funcionamiento de los paneles en cuestión. En este sentido, vale recordar las fuentes contractuales configuradoras de esta figura dado que el contrato internacional de construcción establece la obligación de las partes de nombrar y constituir el panel en un plazo determinado, en el caso que se trate de un board de carácter permanente, cuya implementación ha de verse materializada a partir del acuerdo que las partes celebran con los miembros del panel conocido como el dispute adjudication board agreement al comienzo del contrato, mientras que en el caso del board ad hoc, se establece únicamente la obligación de constituirlo al momento en que surja una controversia, lo cual podría dificultarse debido a la eventual falta de cooperación de una de las partes en el nombramiento y constitución de este, lo cual se aviene con lo establecido por parte de Jaynes, el cual sostiene que en el caso que surjan las disputas entre las partes, respecto de contratos regulados por los libros plateado o amarillo, se podrá constituir el DAB al momento que surjan las controversias con el objeto de ahorrar costos, ante lo cual estima que: “*This explanation ignores the fact that, once disputes have reached the point that negotiations have failed, it is likely to be difficult or imposible to agree to establish a DAB. Also, it has not been established that any ultimate financial saving is achieved by delaying the introduction of the DAB; in fact, the contrary can be shown from several projects which have delayed introduction of dispute boards*”<sup>129</sup>.

A pesar de que en este último caso, de acuerdo lo establecido por la sub clausula 20.3, la cual permite acudir a la intervención de la CCI para que determine y elija aquel miembro faltante del dispute board,

---

<sup>127</sup> FIGUEROA V., J. E., op cit, p. 21.

<sup>128</sup> SEPPALA, Christopher. 2000. Letter to the editor – The International Construction Law Review. International Construction Law Review, 3: 2.

<sup>129</sup> JAYNES, Gordon. 2000. FIDIC’s 1999 Edition of Conditions of Contract for `Plant and Design Build` and `EPC Turnkey Contract`: Is their DAB still a star [En línea] [http://fidic.org/sites/default/files/Jaynes\\_DAB.pdf](http://fidic.org/sites/default/files/Jaynes_DAB.pdf) (consultado 08 de diciembre 2017)



consideramos que el remedio otorgado no soluciona el problema de fondo, que consiste en la evidente falta de confianza que tendrá aquella parte respecto de la integración del dispute board, por lo que es muy probable que todas aquellas determinaciones que este dicte de acuerdo a la sub clausula 20.2 y 20.4, sean probablemente impugnadas por medio del NOD.

La importancia de la distinción entre los paneles ad hoc y permanentes recae en la posibilidad de invocar la sub clausula 20.8 de las Condiciones Generales FIDIC con el objeto de recurrir directamente a arbitraje, ante la falta de constitución del dispute board, posibilitado por la falta de distinción respecto a cuál dispute board se refiere la disposición, por lo que se entiende que aplica a ambos, dado que en el caso del dispute board ad hoc, a partir de una interpretación literal de la cláusula, se podría llegar a la conclusión de que una de las partes siempre tendrá la opción o posibilidad de desplegar un grado de actividad obstructiva, que en la práctica implique evitar recurrir a tal mecanismo pre-arbitral y así poder burlarse flagrantemente el requisito de arbitrabilidad de la controversia, lo cual a todas luces desnaturalizaría el principio preventivo que rige al procedimiento FIDIC.

Lo anterior es ratificado a partir de lo sostenido por parte de Goodrich, el cual teniendo en consideración la aplicabilidad por default de dispute boards permanentes o ad hoc de acuerdo al libro que regula el contrato y de la fecha a partir de la cual estos se implementan y comienzan a operar efectivamente, estima que: *“A related practical issue is that neither the standing nor the ad hoc DAB is established on the signing of the contract. Rather, the FIDIC red Book envisages that the DAB is appointed by date specified in the Appendix to Tender and the Yellow and Silver Books only after a dispute has arisen. What happens if one side obstructs the formation of the DAB or, in the case of a standing DAB, the parties simply neglect to move forward with the necessary steps to form that DAB?”*<sup>130</sup>

Esto se explica a partir de la naturaleza eminentemente contingente de la exigibilidad de la obligación de constituir el panel ad hoc, la cual se torna exigible únicamente en el momento en que surja una controversia entre las partes, por lo que será evidente que no existirá un panel constituido en esa oportunidad. Este fue uno de los argumentos esgrimidos por parte del empleador en el caso *Peterborough City Council v. Enterprise Managed Services Ltd* en que sostuvo que al tratarse de un DAB ad hoc, no podría existir ni encontrarse constituido este al momento que surgiera la controversia, lo cual fue desestimado por parte de las Cortes Inglesas debido a que a pesar de encuadrarse la

---

<sup>130</sup> GOODRICH, Mark. 2016. Dispute Adjudication Boards: the future of dispute resolution? [En línea] <https://www.whitecase.com/publications/article/dispute-adjudication-boards-are-they-future-dispute-resolution>, (consultado 03 diciembre 2017).

situación en cuestión con el supuesto factico regulado por parte de la sub clausula 20.8 de las Condiciones Generales FIDIC, esta interpretación tornaría la implementación y funcionamiento del DAB ad hoc como meramente opcional<sup>131</sup>.

Ahora bien, dado que las consecuencias de aceptar tal interpretación son inaceptables, dado que neutraliza la aplicación de uno de los requisitos precedentes para iniciar el arbitraje, se ha entendido que la sub clausula 20.8, a pesar de no distinguir entre dispute boards ad hoc o permanentes, las partes se encuentran obligadas a comportarse de forma leal y correcta para con el otro en la consecución de los fines esenciales establecidos por el contrato, especificándose la existencia de un deber de cooperación de las partes entre sí y para con los miembros del panel, por lo que hemos de concluir que el supuesto factico de la disposición solo ha de aplicarse a aquellos dispute boards de carácter permanente, cuyo plazo de constitución ha sido infringido y en que además exista una evidente actitud de falta de cooperación de una de las partes para coadyuvar a la constitución de este<sup>132</sup>.

A través de la incorporación por defecto de paneles ad hoc se disminuye notablemente el rol preventivo que la figura en cuestión está llamada a ejercer dentro del proceso, dado que se ha establecido por parte de la doctrina la conveniencia de establecer tales mecanismos de forma temprana, idealmente al comienzo del contrato, lo cual de acuerdo a Jaynes permitirá implementar plenamente el enfoque preventivo primario respecto de las disputas que puedan surgir, estableciendo que: *“The dispute Board has achieved its remarkable record of avoiding arbitration or litigation by being in place at the outset of the contract, before there are any disputes. The board thereby is able to have personal and contemporaneous familiarity with the development of the work under the contract. The board has continuing contact with the parties from the beginning of the contract work, and establishes regular communication with them. This enables the board to assist by giving the parties an acceptable independent perspective on disagreements between them at an early stage, before they become acrimonious. These invaluable characteristics are what distinguish a Dispute Board from all other forms of dispute resolution available to engineering and construction projects, and they are lost by*

---

<sup>131</sup> GOODRICH, M., op cit, p. 4.

<sup>132</sup> GLOVER, Jeremy. FIDIC Dispute Adjudication Boards [en línea] <https://www.fenwickelliott.com/research-insight/articles-papers/contract-issues/fidic-dispute-adjudication-boards> (consultado 09 diciembre 2017), en que el autor señala respecto al deber de cooperación que ha de existir entre las partes al momento de constituir e instalar un DAB operativo, distinguiéndose claramente entre aquel de carácter ad hoc y permanente, estableciendo que: *“Thus, although the Court agreed that the DAB procedure was mandatory, it also took into account the reasons why there had been no DAB. Here it would be a breach of good faith for the owner to insist on the mandatory nature of the DAB procedure, given the substantial delay in constituting the DAB for which it was primarily responsible. In addition, the court did question whether, in circumstance where the project was over, the ad hoc DAB would actually, in reality, be similar to an arbitral tribunal at first instance. Would holding a DAB have been necessary in view of the economy of the system? ”*

*creating a “post dispute” DAB*”.<sup>133</sup> El referido autor va más allá e incluso considera que la constitución del dispute board de carácter ad hoc, tendería a desnaturalizar la institución en cuestión, a través de su transformación en una instancia arbitral previa al arbitraje comercial internacional propiamente tal, con lo cual se pierde la mayoría de sus cualidades relativas a la implementación de los principios de prevención, celeridad, intermediación y reducción de costos de litigación<sup>134</sup>.

Con el objeto de generar una relación de trabajo basada en la cooperación y comunicación continua de las partes y de los miembros del panel<sup>135</sup>. Además, el enfoque preventivo se ve reforzado por el grado de deferencia y de confianza de las partes hacia estos, los cuales en general corresponden a profesionales y/o académicos expertos y altamente capacitados en el ámbito de la construcción y del comercio internacional.

Se incurrirá en mayores costos indirectos, es decir, en cuanto al tiempo en que se resolverá el asunto derivados de la necesaria reconstitución de los hechos que ha de proceder a realizar el dispute board, labor cuya dificultad se vería tremendamente reducida en el caso de tratarse de un dispute board de carácter permanente.

### 5.2.3. Distribución de riesgos y funciones en el marco del contrato:

En el Red Book existe una clara separación de las funciones, de lo cual se deriva una distribución equitativa del ámbito de riesgo en manos del cliente, el cual se encuentra obligado a proveer un diseño y proyección completa de la obra antes de la entrada a licitación con los posibles contratantes, mientras que el contratista realizara una propuesta basada en el proyecto diseñado por el cliente<sup>136</sup>. Esta separación clara de las funciones y, por ende, de los riesgos que cada parte soportara, generara un amplio catálogo de materias susceptibles de generar controversia entre las partes y configurarse como causales de reclamación contractual, en especial por parte del contratista, en el caso de defectos, omisiones o modificaciones de carácter sustancial al proyecto original, lo cual dará pie a solicitar por parte del contratista ampliaciones del plazo de ejecución y/o compensaciones en dinero por concepto de los sobrecostos, tanto de carácter directo como indirecto, incluyendo en este ultimo los gastos

---

<sup>133</sup> JAYNES, G., op cit, p. 4.

<sup>134</sup> Idem.

<sup>135</sup> CETINEL, Y., ob cit, p.1, en que la autora señala refiriéndose a la construcción de confianza entre las partes que genera el dispute board, a partir de lo establecido por Marcela Radovic, la cual dice que: “*Marcela Radovic emphasized that with the competence, impartiality and the reliability element brought to the construction projects, the dispute boards are trust mechanisms: they convey trust from the board the parties and accordingly flourish the trust between the parties.*”

<sup>136</sup> RODRIGUEZ F., M., ob cit, p.15.

generales incurridos como el beneficio industrial a ser percibido en el caso que se trate de una obra de carácter extraordinaria.

En este sentido, el cliente o propietario será especialmente responsable respecto de la información provista respecto de las características del suelo y subsuelo y, por ende, de las condiciones imprevistas de carácter hidrológico y subterráneo que puedan afectar el cumplimiento de las obligaciones por parte del contratista.

Por otro lado, en el caso de los contratos de construcción regidos por los modelos contenidos en el Yellow y Silver Book, la correlación equitativa en la distribución de riesgos derivado de la separación de funciones entre las partes se quiebra<sup>137</sup> y con especial gravedad en el caso de los contratos *EPC* (*engineering, procurement and construction*), en que existe una absorción de funciones por parte del contratista y, por ende, responsabilidad en materia del diseño, proyección y ejecución de las obras en el caso del Yellow Book, mientras que en el Silver Book se añaden incluso las obligaciones de puesta en marcha o funcionamiento de la planta y la capacitación de personal local del cliente<sup>138</sup>. En los contratos regidos por el Silver Book, las causas de reclamo del contratista se restringen enormemente, siendo especialmente restrictivo en el caso de los contratos EPC o llave en mano, en virtud de la existencia de una obligación global de resultado a ser cumplida por parte de este, lo cual se ve materializado en la transferencia de riesgos al contratista relacionados con las características del suelo y subsuelo, los sucesos imprevisibles y sobre toda la documentación que reciba del cliente, debiendo verificarla cuidadosamente, dado que el contratista se entenderá eximido de toda responsabilidad relativa a los errores que esta pueda contener.

### 5.3. Justificación, principios rectores y finalidad del procedimiento FIDIC.

El procedimiento FIDIC en su conjunto, encuentra su razón de ser en las necesidades de un sector específico del comercio internacional, que como ya sabemos corresponde al conjunto de actores intervinientes en los proyectos de infraestructura nacionales e internacionales.

---

<sup>137</sup> Acerca del quiebre del principio de distribución equitativa de riesgos entre el Red Book y tanto el Yellow como Silver Book, consúltese FIGUEROA V., J.E., op cit, p. 16.

<sup>138</sup> Acerca de las diversas categorías en cuanto al alcance de las obligaciones de los contratos llave en mano consúltese HERNANDEZ R., A., ob cit, p. 182 y ss.

Dada la naturaleza eminentemente compleja y duradera de las relaciones jurídicas derivadas de la celebración del contrato internacional de construcción, estos se vieron en la necesidad de proveerse de un mecanismo de resolución de controversias que se ajustara a sus estándares en materia de celeridad, seguridad y conveniencia como también al otorgamiento de un enfoque preventivo del procedimiento, requerimientos que a juicio de estas no podían ser cumplidos de forma autónoma y completa por parte de los tribunales arbitrales, dado sus significativos costos económicos y temporales, la excesiva ritualidad que reglamentaba el procedimiento y la demora en la obtención de una resolución definitiva que zanjara la controversia.

En defensa de este punto, desde los efectos comunicacionales *inter alias* propios de la figura de los dispute boards, como principal vehiculizador de la armonía y confluencia de la relación comercial desarrollada entre las partes, dada la capacidad de estos de detectar e identificar tempranamente las fuentes de conflicto, Radovic sostiene lo siguiente: *“Los dispute Boards poseen una gran capacidad para generar las condiciones para una identificación temprana de riesgos de incumplimiento y para la adopción oportuna de las medidas mitigatorias necesarias para evitar posibles efectos negativos derivados de estos fallos, pero no con una aproximación penalizadora sino con una visión preventiva y de equipo.”*<sup>139</sup>

De ahí que fuera necesario establecer un procedimiento de duración más acotada, con una ritualidad de carácter informal y flexible y que permitiera la resolución eficaz de los conflictos, especialmente con el objeto de evitar la paralización de la ejecución del proyecto y permitir su continua ejecución<sup>140</sup>, por oposición a la paralización de las obras que genera la instancia de arbitraje y, por ende, comprometiendo la integridad y viabilidad económica del proyecto de infraestructura en su conjunto.

En cuanto a los principios que informan y orientan el procedimiento FIDIC, se encuentran en primer lugar la **autonomía de la voluntad**, lo cual se conecta con el carácter innominado del contrato de construcción internacional, por lo que se puede establecer su carácter de fuente originadora del procedimiento de resolución de controversias, de fuente puramente contractual<sup>141</sup>, respecto del cual se

---

<sup>139</sup> RADOVIC C., M., op cit, p. 1.

<sup>140</sup> Esta finalidad atribuida al procedimiento FIDIC se encuentra expresamente reconocida en el inciso 4º del artículo 20.4 de las condiciones generales FIDIC, estableciendo que: *“A menos que el contrato haya sido abandonado, rechazado o terminado, el contratista seguirá ejecutando las obras de conformidad con el contrato.”*

<sup>141</sup> RIOS S., V. y MOLINA Z., C., ob cit, p. 41, en que señalan lo siguiente respecto a este punto: *“En consecuencia, el contrato, entendido como la convención que genera derechos y obligaciones para las partes, pasa a ser la fuente principal en materia de construcción. De ahí que la tendencia moderna es la elaboración de contratos precisos y detallados, en los cuales se especifican no solo el objeto, precio y plazo del contrato, sino que también los derechos y obligaciones de las partes; las responsabilidades involucradas en las distintas etapas de la construcción de la obra encomendada; las garantías que deben otorgarse al iniciar la obra y aquellas que deben mantenerse durante la ejecución de la misma y una vez terminada esta; las*

pueden distinguir tres acuerdos que permiten la operatividad y puesta en marcha del proceso de carácter escalonado, a saber, el contrato internacional de construcción propiamente tal, en cuanto asimilarse este a la causa ocasional o próxima en que se expresa los motivos y propósitos de las partes respecto del negocio<sup>142</sup>; el modelo contractual FIDIC elegido por las partes de acuerdo a la naturaleza y distribución de las obligaciones acordadas; y el acuerdo unánime de las partes en torno a la conformación y constitución del panel de expertos o Dispute Board.

La injerencia de la autonomía privada se manifiesta en cuanto a la división del procedimiento en dos grandes etapas, a saber, la de carácter alternativo o no jurisdiccional y la etapa propiamente jurisdiccional<sup>143</sup>, permitiéndose a las partes en este último caso recurrir a arbitraje una vez cumplidos los requisitos establecidos en el artículo 20.6 de las condiciones generales FIDIC. A partir de esta división, se establece el ámbito de control de los resultados de la controversia en manos de las partes, las cuales tienen libertad absoluta para dar una solución al objeto de la controversia hasta que acabe el *Cool off period*, el cual, si estas nada dicen, constara de un plazo de 56 días que se contarán desde que haya sido aceptado el *NOD* por parte del dispute board en contra de la decisión emitida por este.

Por último, a pesar de que el ejercicio de la autonomía privada como factor de conexión principal en el derecho internacional de los negocios es indisputable en la actualidad, esto no obsta en ciertos casos a que las decisiones emitidas por los dispute boards carezcan no de obligatoriedad ni de carácter definitivo sino que carezcan de la posibilidad de otorgársele a estas, por sí misma, el carácter o mérito ejecutivo necesario para propender a la ejecución coactiva del mandato contenida en ella, dado que no existe convención internacional que reconozca la posibilidad de ejecutabilidad a estas.

Esta falta de ejecutabilidad, la cual se deriva de carecer del efecto de cosa juzgada<sup>144</sup>, se debe a que justamente estas decisiones no corresponden a un ejercicio de actividad jurisdiccional propiamente tal,

---

*causales de terminación anticipada de la convención, así como los mecanismos de resolución de controversias que surgen durante la ejecución de la obra, entre otras (el destacado es nuestro)."*

<sup>142</sup> Entender a la causa próxima en relación con el concepto moderno de contrato, entendiéndolo bajo la perspectiva realista en tanto se configura con el objeto de realizar un propósito práctico querido por las partes, más allá de la noción decimonónica del contrato como mero generador de derechos y obligaciones para las partes. Sobre este punto, consúltese MORALES MORENO., Antonio M., "El "propósito práctico" y la idea de negocio jurídico en Federico Castro (Notas en torno a la significación de la utilidad de la cosa en negocios del tráfico), en Anuario de Derecho Civil 36 (1983), pp. 1529-1530, citado por VIDAL OLIVARES., Álvaro, en El incumplimiento de las obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado. Una relectura de las disposiciones del "Código Civil" sobre incumplimiento, 2007, p.11, del cual rescata la siguiente afirmación del doctrinario español: "*Ese enfoque realista (del negocio jurídico) es el único que puede permitir rescatar al propio concepto de negocio jurídico de los peligros de una excesiva abstracción. Ese es precisamente el logro de Federico de Castro: salvar tan precioso legado del pensamiento jurídico moderno haciendo de él un pensamiento útil, en lugar de un divertido pasatiempo dialéctico de ingeniosos teóricos del derecho, olvidados de la primordial función de este.*" Y agrega: "*Se tiene en cuenta la verdadera voluntad de los particulares, atendiendo al fin práctico del negocio.*"

<sup>143</sup> División procedimiento FIDIC en dos etapas (carácter alternativo y propiamente jurisdiccional).

<sup>144</sup> CIFUENTES RIVERA, Octavio., Cosa Juzgada [En línea] [www.derecho.unam.mx](http://www.derecho.unam.mx), (consultado 12 de octubre de 2017), en que el autor señala lo siguiente: "*La cosa juzgada se produce en la sentencia. La sentencia a su vez es la culminación del proceso. El proceso desarrolla la acción hasta consumarla y consumirla.*" Y agrega: "*La sentencia es, pues, obra de la*

dado que siguiendo el carácter heterocompositivo de esta última, las partes al someter a conocimiento de los órganos jurisdiccionales el asunto en cuestión, estas renuncian al control sobre los resultados de esta, a través de la negociación amigable, toda vez que el ejercicio de la función jurisdiccional<sup>145</sup> es plenamente incompatible con la noción de realizar justicia por mano propia, en el sentido de que una vez que han sometido el asunto a conocimiento del órgano señalado por ley, la sentencia que dicta el juez para resolver el conflicto surgido tiene por función reemplazar la voluntad de las partes en la resolución de este.

En segundo lugar, el enfoque preventivo se predica respecto de la configuración por etapas procedimentales, a las cuales las partes han de recurrir de forma previa y obligatoria; la posibilidad de resolver la controversia mediante negociación, ya sea de carácter facultativa u obligatoria, durante todo el procedimiento; la institución del dispute adjudication board, que en el caso de ser permanente cumple a cabalidad con el propósito de evitar las controversias mediante las consultas informales con las partes y las visitas a terreno a la obra con el objeto de detectar posibles y eventuales puntos conflictivos, como ya se ha establecido *supra* a propósito de las actividades que estos ejercen de acuerdo a los artículos 16, 17 y 18 del Reglamento relativo a los Dispute Boards de la Cámara de Comercio Internacional.

En este sentido, el desarrollo del procedimiento ante el DAB, de acuerdo a Murray Armes puede ser dividido en dos partes, las cuales corresponden a la etapa del *Project Management* y en que se pretende facilitar soluciones a través del enfoque preventivo, seguido por un procedimiento de sumisión formal ante este, constituyéndose el panel como el portal que permite transitar de las funciones de administración contractual a la primera etapa de resolución de disputas que lleva a someter la controversia a un procedimiento arbitral<sup>146</sup>.

#### 5.4. Estructura general del procedimiento de reclamación contractual

Ante el surgimiento de una disputa o controversia en relación al contrato internacional de construcción,

---

*jurisdicción y solo se produce como culminación del proceso. La sentencia a la vez produce algo, que es efectivamente lo que el estado procura a sus asociados y lo que estos afanosamente buscan para sus litigios dentro del proceso: la cosa juzgada, que hallándose en todas las sentencias no se fija con autoridad de tal sino en la decisión incontrovertible, cuando se agota íntegramente la jurisdicción por revisión, apelación o en algunos casos por juicio de amparo.*

<sup>145</sup> LLANOS MANSILLA, Hugo. 2005. Teoría y práctica del Derecho Internacional Público, 3ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 535p., en que el autor señala lo siguiente: “*Se refiere a los poderes que ejerce un estado sobre las personas, bienes y actos, poderes que solo los puede ejercer sobre su territorio o sobre aquellos que no pertenecen a otro estado. La jurisdicción del estado es siempre territorial, salvo que exista una norma permisiva derivada de una costumbre o de una convención internacional que así lo autorice.*”

<sup>146</sup> ARMES, M., op cit, p. 118.

estableciéndose como titular activo de la reclamación al contratista, la tramitación será la siguiente, contemplando todas las etapas dentro del procedimiento FIDIC.

- i. Carga de informar o notificar de la existencia de la controversia por parte del contratista al ingeniero dentro del plazo de 28 días desde la verificación del hecho que la generó, generándose la controversia respecto a cuándo ha de entenderse iniciado el cómputo del plazo, temática de la cual nos haremos cargo en acápites posteriores. Se distingue este plazo o *timeline* con el plazo de 42 días para fundamentar en detalle el reclamo, el cual se superpone a este último.
- ii. Procedimiento ante el ingeniero entre contratista y cliente en que este decide conforme al procedimiento establecido en el artículo 3.5 de las condiciones generales FIDIC.
- iii. En caso de que exista inconformidad con la decisión del ingeniero, se podrá someter por cualquiera de las partes, por escrito, la solución de la controversia al DAB o DRB dependiendo del modelo contractual elegido, respectivamente.
- iv. Evacuación de la decisión del DAB dentro de 84 días o por aquel plazo propuesto por este último, estando acuerdo ambas partes.

La decisión emitida por parte del DAB será de carácter obligatorio para ambas partes y deberá ser cumplida de inmediato, salvo y hasta que sea modificada en una transacción amigable o en un laudo arbitral conforme al artículo 20.4 de las condiciones generales FIDIC. Se contemplan las siguientes alternativas por las cuales se pueden modificar el carácter obligatorio de la decisión emitida por el dispute adjudication board:

- i) Solución amigable. En caso de que se opte por esta, la fuente de solución del conflicto será producto del acuerdo de las partes y no en base a lo que fue decidido por parte del DB. El hecho de que esta se encuentre como posibilidad y forma de resolver el conflicto suscitado entre las partes durante la totalidad de la fase de carácter alternativa del procedimiento implica que estas mantienen el control de la controversia y la estabilidad de sus pretensiones al acuerdo particular y en conjunto de ambas partes. A nuestro juicio, respecto de la oportunidad de la solución amigable dentro del procedimiento FIDIC, habrá de distinguir en base al siguiente criterio:



- Facultativa. Esta se encontrará disponible para las partes durante todo el procedimiento FIDIC, ya que siempre existirá la posibilidad extinguir la controversia por medio del acuerdo amigable entre las partes.
  - Obligatoria. Requisitos para su procedencia será el hecho de haberse emitido un NOD y que haya sido aceptado por el DAB, generándose el *cool off period*, por el cual las partes tendrán la posibilidad de llegar a un acuerdo amistoso en el transcurso de 56 días, salvo que ambas partes acuerden un plazo diverso a este.
- i) Recurrir a arbitraje. Se requiere haber emitido el *NOD* dentro de las situaciones y plazos establecidos en el artículo 20.6 y que sea aprobado por parte del *DAB*. Salvo esta situación, que conforma la regla general de cumplimiento de la condición para someter la controversia a arbitraje, existen dos situaciones de carácter excepcional establecidas en los artículo 20.7 y 20.8:
- La sub clausula 20.7 establece la posibilidad de que la parte favorecida con la decisión emitida por parte del DAB y que haya adquirido carácter obligatorio y definitivo, ante el incumplimiento de esta por la contraparte, pueda someter este hecho al tribunal arbitral, sin que sean aplicables las sub clausulas 20.4 y 20.5, es decir, no será necesario recurrir de forma previa y obligatorio al DAB para someter el incumplimiento de la decisión a su conocimiento ni tampoco esperar el transcurso de 56 días establecidos en el *Cool off period*.
  - La sub clausula 20.8 regula la posibilidad de que las partes, ante la falta de instalación y operatividad del dispute board, sea por expiración del plazo para su constitución o por cualquier otra razón, se pueda recurrir directamente a arbitraje para someter la controversia a su conocimiento.
- ii) Con el objeto de recurrir a arbitraje, de acuerdo a lo establecido en el artículo 20.6, se requiere la emisión del NOD, siendo su calificación de procedencia por parte del DAB, el último requisito de arbitrabilidad de la controversia, para lo cual hemos de distinguir dos

situaciones respecto de la titularidad activa de esta:

- Por la parte disconforme con la decisión DAB dentro del plazo de 28 días desde que se recibe la decisión.
- Por cualquiera de las partes, en caso de que venza el plazo de 84 días u otro para resolver por parte del DAB, contado desde ese momento el plazo de 28 días para ejercer la opción de emitir un NOD.

## CAPITULO VI: ANALISIS CRITICO PROCEDIMIENTO FIDIC DESDE LOS PRINCIPIOS UNIDROIT

### 6.1. Concepto, naturaleza jurídica, ámbito de aplicación y características.

Los principios Unidroit se enmarcan dentro de aquellas producciones jurídico-normativas denominadas soft law<sup>147</sup>, por lo que para que este se entienda vinculante, se requiere la manifestación de voluntad de las partes, de acuerdo a lo establecido en el preámbulo de estos principios, el cual como veremos luego no será la única forma de entenderse aplicables estos postulados. A priori, antes de que se entiendan aplicables por la manifestación de voluntad expresa o tácita de las partes, su fuerza jurídico-normativa radica en su carácter persuasivo<sup>148</sup>, lo cual es corroborado por parte de Oviedo Alban, que estima que: *“No están concebidos como una forma de modelo de cláusulas contractuales para ningún tipo de convenio en particular, ni constituyen una forma de convención internacional de ley uniforme para los contratos internacionales y como se verá más adelante, derivan su valor solamente de su fuerza persuasiva”*.

También ha de destacarse su carácter creador y dinámico<sup>149</sup>, por el cual se entienden adaptables a las necesidades vigentes del comercio internacional, lo cual es corroborado por parte de Mereminskaya, la cual señala lo siguiente al respecto: *“Un derecho que surge desde las zonas de contacto del derecho con otras esferas sociales y no desde la constitución o legislaturas nacionales, no puede no ser un derecho reflexivo. Es un derecho que emerge desde la periferia del sistema jurídico, no desde su centro en tribunales no desde su marco normativo. El derecho de transacciones comerciales internacionales, por ejemplo, representa un derecho reflexivo mundial con un centro de bajo desarrollo: no hay legislatura ad hoc y los tribunales arbitrales, organizados administrativamente en múltiples centros de arbitraje alrededor del mundo, operan demasiado policéntricamente como para producir normas desde el centro del sistema sin atención a su periferia. Ella en cambio, es altamente desarrollada, pues el contacto con la praxis económica de las transacciones internacionales aporta una alta variabilidad de posibilidades para la producción de decisiones con consecuencias jurídicas”*.

---

<sup>147</sup> En cuanto a las ventajas y desventajas atribuibles a las producciones normativas no vinculantes consúltese ABBOTT, K. W. y SNIDAL, D. 2000. Hard and soft law in international governance. International Organization nº54, Estados Unidos de Norte America, Massachusetts 54: 422.

<sup>148</sup> OVIEDO ALBAN, Jorge. 2003. Aplicación de los principios Unidroit a los contratos comerciales internacionales. Revista Criterio jurídico, Colombia, 3: 7.

<sup>149</sup> MEREMINSKAYA, Elina y MASCAREÑO, Aldo. 2005. La desnacionalización del derecho y la formación de regímenes globales de gobierno, en Martinic, María Dora y Mauricio Tapia (eds.), Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: pasado, presente y futuro de la codificación, Lexis Nexis, Santiago de Chile, Tomo II, pp. 1402.

Respecto al ejercicio de la autonomía de la voluntad, en cuanto a la elección del derecho aplicable en el ámbito de los negocios internacionales, y especialmente en el ámbito de los contratos internacionales de construcción, actualmente rige con plenitud este principio como factor de conexión más relevante dentro del comercio internacional, el cual puede categorizarse en la autonomía conflictual y autonomía material<sup>150</sup>, teniendo por límite únicamente el orden público internacional de la sede<sup>151</sup>, dado que en el derecho internacional privado de corte postmodernista<sup>152</sup>, inspirado bajo la noción de autorregulación de las relaciones jurídicas privada con un elemento extranjero<sup>153</sup> y su contenido<sup>154</sup>, este consiste en el principal factor de conexión, por sobre la visión tradicional decimonónica de corte eminentemente soberanista<sup>155</sup>.

En cuanto al ámbito de aplicación de los principios, la relevancia de estos, desde un punto de vista sustantivo recae en su carácter neutro y equilibrado, dado que en la confección de estos se ha recogido de forma bastante equitativa las instituciones jurídicas pertenecientes a la tradición del *Common Law* y

---

<sup>150</sup> Respecto de este punto, consúltese RAMIREZ N., M. 1999. Curso de Derecho Internacional Privado. LOM Ediciones, Santiago de Chile, 286p., que sobre el punto señala respecto del ejercicio de la autonomía material: “*Que dado que las partes pueden copiar íntegramente, como disposiciones contractuales, las normas de una ley extranjera, pueden someterse a ella en forma abreviada y respetando las limitaciones del orden público y fraude a la ley.*”

<sup>151</sup> Acerca de la distinción entre la naturaleza y ámbito de aplicación diverso del orden público internacional e interno, consúltese ARAUJO, Nadia de, *Derecho Internacional Privado*. 3ª Edición Renovar, Rio de Janeiro, 2006, p. 120, citado por KLEIN V., Luciane, “El orden público internacional: la defensa de la identidad del estado y los procesos de integración”, [En línea] [www.caei.com.ar](http://www.caei.com.ar), (consultado 14 de octubre 2017) sobre lo cual establece lo siguiente la autora: “*El orden público es una verdadera barrera a la penetración de leyes extranjeras indicadas por la norma de conflicto, cuando estas están en oposición a los valores fundamentales garantizados por el derecho interno del país.*”

<sup>152</sup> Para mayores referencias acerca del postmodernismo y su impacto en el Derecho Internacional Privado, consúltese SANCHEZ LORENZO., Sixto. 2010. Estado democrático, postmodernismo y el derecho internacional privado. *Revista de Estudios Jurídicos*, Universidad de Jaén, España, 10: 3 y ss.

<sup>153</sup> Acerca del concepto de relación jurídica internacional, consúltese GUZMAN LATORRE., Diego. 1979. *Negocios y contratos internacionales*. RDJ, tomo 76, 31p., señalando respecto de este punto lo siguiente: “*Toda relación jurídica, personal o patrimonial, puede ser su objeto. La solución generalmente admitida es simple: la relación jurídica es internacional cuando ella posee vínculos con más de un derecho nacional.*”

<sup>154</sup> Acerca del alcance que se le otorga a la autonomía de la voluntad, desde la perspectiva de la libertad de configuración y la determinación del contenido de la cláusula de elección del derecho aplicable, consúltese MEREMINSKAYA, Elina. *Contratos internacionales e ‘internacionalización’ de contratos nacionales* [En línea] <https://www.uncursos.cl/derecho/2005/2/D129B0741C/2/material.../bajar?id> (consultado 25 de julio de 2017).

<sup>155</sup> Dado que el fin del Derecho Internacional Privado consiste en la regulación de relaciones jurídicas particulares de carácter extranjero, la pregunta clave de la disciplina apunta a como y bajo que ordenamiento será regulado tal vínculo, es decir, la determinación del derecho aplicable a esta. Acerca de las razones que explican la crisis del método conflictual, consúltese FERNANDEZ R., José. Carlos. y SANCHEZ LORENZO., Sixto. 2003. “Curso de Derecho Internacional Privado. Editorial Civitas, Madrid, España, 300-301pp., el cual establece lo siguiente: “*En alguna medida obstan a esta finalidad las características de rigidez y neutralidad de la norma de conflicto. La rigidez ha sido atribuida fundamentalmente al hecho de que los legisladores conflictuales han optado tradicionalmente por incluir un factor de conexión único, y muchas veces, determinado en el tiempo.*” Acerca de este mismo punto consúltese GARCIA, I., *recensión de la obra denominada Derecho Internacional Privado, de autoría de los profesores Carlos y Gabriel Villarroel Barrientos*, *Revista de Derecho Internacional Privado*, año II, N°2, 2016, p. 147, en el cual se establece respecto a las normas de conflicto que: “*Si bien se destacan como virtudes su generalidad y su abstracción, a menudo son estas mismas características las que conspiran en contra de la justicia buscada por esas normas jurídicas, ya que la norma de conflicto designa la aplicabilidad de un determinado derecho estatal, haciendo “desaparecer” el elemento internacional y, por otra, rigidizando la elección de la ley aplicable al vincularla con un único factor de conexión.*”

del *Civil Law*, circunstancia que le otorga un alto grado de legitimidad político jurídico, en tanto instrumento no vinculante y que propende la armonización del derecho comercial internacional.

En este sentido, siguiendo a Mereminskaya, la cual estima que los principios en cuestión podrán ser estimados como aplicables por parte de un tribunal arbitral, para los efectos de la interpretación y complementación de cláusulas del contrato y, por ende, para coadyuvar al otorgamiento de una resolución definitiva a la controversia suscitada, esto será plenamente aplicable respecto del conocimiento y resolución de las controversias por parte del DB, dado que al igual que a los árbitros, estos no representan ni ejercen sus funciones en nombre de estado alguno, por lo que no se verá constreñido a aplicar de forma obligatoria normas de derecho internacional privado del estado sede del arbitraje o en que se radiquen las funciones del DB, teniendo por consecuencia que la sumisión de las partes a los principios se produce por vía de la autonomía conflictual y, la relación contractual en su conjunto, incluyendo la etapa de formación del contrato, se regirá por ellos<sup>156</sup>, evitándose por lo demás la fatal inconveniencia que radica en la institución del *reenvío* respecto de otros ordenamientos jurídicos de acuerdo al factor de conexión aplicable, generándose una falta de seguridad y certeza respecto de la determinación del derecho aplicable al fondo del contrato, derivando un perjuicio para las expectativa e intereses mutuos de las partes que celebraron el contrato internacional.

## 6.2. Pertinencia de los principios para la realización del análisis.

El objeto del presente análisis tiene por finalidad establecer la pertinencia y utilidad de los Principios Unidroit, desde la función interpretativa e integradora que estos podrían desempeñar respecto del contenido de ciertas cláusulas tipo presentes en los contratos internacionales de construcción regidos por modelos contractuales FIDIC, específicamente del Red Book.

### 6.2.1. Consecuencias jurídicas derivadas de la contratación regidas por modelos estandarizados.

El análisis de las cláusulas establecidas en los numerales 2.1.19 a 2.1.22, se enmarcan generalmente

---

<sup>156</sup> MEREMINSKAYA, E., ob cit, p. 124 -125, sobre lo cual señala lo siguiente: “Dado que los árbitros no están obligados a aplicar un derecho estatal determinado, pueden considerar los principios como un ordenamiento jurídico a nacional. En tal caso, la sumisión de las partes a los principios se produce por vía de la autonomía conflictual y, la relación contractual, en su conjunto, incluyendo la etapa de formación del contrato, se regirá por ellos.”

dentro de los contratos de adhesión<sup>157</sup>, relaciones jurídicas caracterizadas por la existencia de una parte dominante que impone a la parte más débil del contrato el contenido de las disposiciones contractuales, impidiendo el ejercicio pleno de la libertad de contratación, reduciéndola a su manifestación mínima, que se constituye como mera libertad de conclusión despojada de la libertad de configuración<sup>158</sup>.

De ahí que, en el caso de la parte más débil de la relación jurídico contractual, ante la carencia de facultades que esta tiene para determinar el marco obligatorio y el alcance de este aplicable al contrato, sea de toda lógica la existencia de disposiciones protectoras en materia de interpretación contractual<sup>159</sup>, que la salvaguarden de la existencia de abusos o negligencia en que pueda incurrir la parte dominante al momento de establecer las cláusulas del contrato internacional de construcción.

De la lectura del artículo 2.1.19<sup>160</sup>, se pueden obtener dos conclusiones de forma inmediata, a saber, la aplicabilidad de las normas de interpretación contractual contenidas en los principios será *particularizada* por la aplicación de normas especiales, que corresponden a los artículos 2.1.20 al 2.1.22. Por otro lado, otorga los parámetros configurativos de las cláusulas estándar cuyas principales características consisten en la preparación unilateral anticipada y la carencia de una instancia negociadora respecto de su contenido, es decir, la supresión de la libertad de configuración, dejando intacta la libertad de conclusión, representada por la adhesión como una forma especial de aceptación<sup>161</sup> respecto de los términos contractuales propuestos por el oferente, de acuerdo a la teoría contractualista<sup>162 163</sup>.

El artículo 2.1.20 establece respecto de las *cláusulas sorpresivas* que: “(1) *Una cláusula estándar no*

---

<sup>157</sup> Acerca de la fisonomía de los contratos de adhesión y la restricción al ejercicio de la libertad de contratación, consúltese FIGUEROA Y., G. 2011. Curso de Derecho Civil. Tomo III. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 147-148p.

<sup>158</sup> FIGUEROA Y., G., ob cit, p. 49.

<sup>159</sup> En este caso nos referimos a la disposición contenida en el artículo 4.6 de los Principios Unidroit, la cual establece que: “*Si los términos de un contrato dictados por una de las partes no son claros, se preferirá la interpretación que perjudique a dicha parte.*”

<sup>160</sup> El precepto en cuestión se refiere a la contratación con cláusulas estándar, estableciendo que: “(1) *Las normas generales sobre formación del contrato se aplicaran cuando una o ambas partes utilicen cláusulas estándar, sujetas a lo dispuesto en el artículo 2.1.20 al 2.1.22.*

(2) *Clausulas estándar son aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin negociación con la otra parte.*”

<sup>161</sup> FIGUEROA Y., G., ob cit, p. 150.

<sup>162</sup> RIPERT, Georges. 1949. La regle morale dans les obligations civiles. Paris, 143p., citado por FIGUEROA YAÑEZ, G. ob cit, p. 150, en que se señala por Ripert que: “*Poco importa que la voluntad esté sujeta si ella es consciente y libre. Sin duda los concesionarios privilegiados, transportadores, aseguradores, patronos, todos aquellos que gozan de un monopolio de derecho o de hecho, fijan anticipadamente y de modo rígido su inmutable voluntad. Pero, jurídicamente, los usuarios, viajeros, cargadores, aseguradores, obreros, dan un consentimiento que tiene un valor igual. Para la formación del contrato, la ley exige dos consentimientos; ella no mide en el dinamómetro la fuerza de las voluntades.*

<sup>163</sup> Acerca de la tesis anti contractualista o normativista, consúltese ECHEVERRI SALAZAR., Verónica María. Del contrato de libre discusión al contrato de adhesión. Opinión Jurídica, Medellín, Colombia, 9 (17): 14.

*tiene eficacia si es de tal carácter que la otra parte no hubiera podido preverla razonablemente, salvo que dicha parte la hubiera aceptado expresamente. (2) Para determinar si una cláusula estándar es de tal carácter, se tendrá en cuenta su **contenido**, lenguaje y presentación (el subrayado es nuestro).”*

Dado que los modelos contractuales FIDIC se consideran plenamente como vástagos del fenómeno de estandarización contractual, esta regla será plenamente aplicable en caso de que exista dentro de las disposiciones de este una falta de claridad respecto del contenido obligatorio que este pregona y que se distribuye entre las partes del contrato internacional de construcción regido por alguno de estos, tales como el *red book*.

Bajo este esquema contractual de carácter desequilibrado, exhibiendo al contratista como parte más débil del contrato, lo cual se deriva lógicamente de la lógica del proceso de contratación subyacente y que es consustancial a los contratos de construcción internacional de gran envergadura, lo cual se manifiesta en la existencia de un proceso de licitación en el cual los proponentes o posibles contratantes deben realizar ofertas que satisfagan los intereses del cliente, que se estipulan en las bases de licitación, lo cual es refrendado por parte de Ríos, el cual estima respecto del punto lo siguiente: *“El contrato de construcción no suele ser un contrato libremente discutido entre mandante y constructor en un plano de igualdad, especialmente en aquellos casos en que proviene de una licitación en la que el comitente ha elaborado el pliego o condiciones generales de contratación que incluyen especificaciones técnicas que la obra debe cumplir; los planos conforme a los cuales la obra debe ser realizada; la información especializada sobre la naturaleza del terreno en que se construirá; y en general, los documentos que contienen la información necesaria para que los participantes formulen sus ofertas de precio. Las cláusulas contractuales son redactadas por una de las partes mientras que la otra debe adherirse a ellas disponiendo de pocas facultades de debate sobre su tenor, precisamente porque las condiciones vienen predispuestas por el comitente.”*<sup>164</sup>.

De ahí que, se infiere claramente la existencia de un contrato de adhesión, dado que la parte más débil le estará virtualmente vedado discutir acerca del alcance de las obligaciones a las cuales este se comprometerá a cumplir a favor del mandante, encontrándose en la disyuntiva de decidir si se aceptan o no las condiciones impuestas por el cliente que las dispuso, a pesar de que puedan existir cláusulas abusivas en el contrato<sup>165</sup>.

---

<sup>164</sup> RÍOS S., V., y MOLINA Z., C., ob cit, 44-45p.

<sup>165</sup> SANDOVAL, R., op cit, 20p.

A pesar de que se mantiene la vigencia del principio de la fuerza obligatoria de los contratos o *pacta sunt servanda*, reconocido y consagrado en el artículo 1.3 de los Principios, que establece lo siguiente: “*Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Solo puede ser modificado o extinguirse conforme con lo que en él se disponga, por acuerdo de las partes o de algún otro medio dispuesto en estos principios (el subrayado es nuestro).*” De acuerdo a la disposición trascrita uno de los límites a la fuerza obligatoria consiste en el artículo 2.20, que establece y configura las condiciones que determinan a las condiciones de carácter sorpresivo, las cuales de acuerdo a Sandoval corresponden a: “*Al igual que los otros principios que hemos analizado, tiene algunas limitaciones establecidas en el mismo texto internacional que nos ocupa, cuya finalidad es lograr el justo equilibrio entre los contratantes. Así, por ejemplo, el artículo 2.20, en el caso de las estipulaciones excesivas; el artículo 3.10, sobre lesión enorme o excesiva desproporción; el artículo 4.6, en el caso de interpretación contra preferentem... (El subrayado es nuestro).*”<sup>166</sup>

Es importante tener en cuenta que de acuerdo al profesor Sandoval, el concepto de sorpresivo se entiende como una cláusula de carácter excesivo, la cual perjudica gravemente al contratista y a través de la cual tiende a la destrucción del equilibrio contractual, el cual ha de ser resguardado con mayor intensidad dado la naturaleza particular del vínculo jurídico en cuestión, lo cual se deriva a su vez del hecho de consistir este en un contrato de ejecución diferida en el tiempo, el cual involucra una exigencia mayor para las partes, dado que la buena fe, interviniendo como herramienta correctiva que actúa *a posteriori*, exige la subsistencia de la diligencia y la mantención de la equivalencia de las prestaciones durante todo el tiempo en que las obligaciones deben cumplirse<sup>167</sup>.

En este sentido, uno de los elementos más propicios para determinar la existencia de una cláusula sorpresiva o excesiva dentro del modelo contractual corresponde al análisis del marco que rige las obligaciones y derechos entre las partes, permitiendo examinar aquellos casos en que se exista la imposición de obligaciones o cargas que resultan exorbitantes para el ejercicio de derechos que resultan carente de una función real o razonable y cuya finalidad consiste en la obstaculización de la reclamación<sup>168</sup>, generando situaciones de confusión respecto al estándar de conducta exigible a una de las partes para el cumplimiento de las obligaciones y el ejercicio oportuno de los derechos, que revisaremos más adelante en profundidad dentro del punto 6.3 del trabajo, respecto del alcance del artículo 20.1 de las condiciones generales del libro rojo, respecto al cómputo del plazo de caducidad para el ejercicio derecho a presentar reclamaciones dentro del procedimiento ante el ingeniero

---

<sup>166</sup> SANDOVAL, R., op cit, 41p.

<sup>167</sup> RIOS S., V., y MOLINA Z., C., op cit, 39p.

<sup>168</sup> SANDOVAL, R., op cit, 21p.



consultor.

## 6.2.2 Análisis del principio de buena fe y de sus deberes derivados.

Dado el enfoque regulatorio de carácter general y que se predica respecto de todos los contratos comerciales internacionales, de acuerdo a lo establecido en el párrafo 1º del preámbulo de los principios, se ha realizado una regulación integral del principio de buena fe, dado que no solo se establece desde la función integradora, interpretativa e informadora del ordenamiento jurídico en general atribuible a este sino que se lo consagra en tanto un deber concreto de conducta en una disposición independiente y de tipo imperativo<sup>169</sup>.

## 6.2.3. Relación de la buena fe contractual con la cláusula 5.1.1 y 5.1.2.

En primer lugar, habrá de reconocerse la existencia de dos tipos de obligaciones dentro del derecho contractual, desde el enfoque de la tipicidad o atipicidad de ellas: las obligaciones de carácter expreso e implícito, tal como se encuentra consagrado en el artículo 5.1.1 de los ya mencionados principios, estableciéndose que: *“Las obligaciones contractuales de las partes pueden ser expresas o implícitas”*. La existencia de la conjunción “o”, desde el punto de vista del contenido contractual, ha de entenderse que incluye tanto a las obligaciones expresamente estipuladas como también a aquellas que pudiesen emanar de la naturaleza del vínculo obligatorio, lo cual es de especial relevancia, dado el carácter diferido e *intuitu personae* del contrato internacional de construcción.

En segundo lugar, hemos de establecer la conexión existente entre la buena fe y las obligaciones de carácter implícito, para lo cual la opinión de Guzmán Brito puede servir para ilustrar el punto en cuestión, al establecer respecto del alcance que se le ha de otorgar al precepto contenido en el artículo 1546 del Código Civil de Chile que: *“El artículo 1546 cuando discurre sobre ciertas cosas que emanan de la naturaleza de la obligación, no establece una expresión técnica, definida por ley. Se trata simplemente de un giro del lenguaje, que perfectamente pudo ser sustituido por otro, empleado para expresar la idea de que a partir del ser, estructura u organización de cada obligación puede derivarse algo no declarado, pero que resulta necesario para la total satisfacción de la prestación obligacional de que se trata.”*<sup>170</sup> De lo anteriormente dicho, a pesar de ser esta una norma de carácter estatal hemos de recalcar que respecto de toda obligación, más allá de lo declarado expresamente por

---

<sup>169</sup> SANDOVAL, R., op cit, 43p.

<sup>170</sup> GUZMAN BRITO, Alejandro. 2002. La buena fe en el Código Civil de Chile. Revista Chilena de Derecho, Valparaíso, Chile, 29(1): 17.

las partes, la costumbre o la ley, para dar cumplimiento íntegro a ellas, habrá de complementarse el programa prestacional<sup>171</sup> establecido, con una serie de conductas que se entienden pertenecerle<sup>172</sup>, con el objeto de propender al cumplimiento efectivo de la globalidad<sup>173</sup> de la obligación.

En tercer lugar, para determinar la existencia de una obligación implícita en este caso, hemos de recurrir a los preceptos contenidos en el artículo 1.9, que en su 2º numeral versa respecto de la aplicabilidad de los usos comerciales ampliamente conocidos, los cuales de cumplir con este requisito no podrán ser excluidos por medio de la autonomía de la voluntad, de acuerdo a lo ya analizado *supra*. Ahora bien, en base a los usos comerciales conocidos y aplicados por los participantes del tráfico jurídico mercantil, dentro de la fase de negociación previa a la celebración del contrato<sup>174</sup>, se encuentran los deberes de información recíprocos entre las partes<sup>175</sup>, en virtud de los cuales estas habrán de realizar las averiguaciones y consultas de carácter pertinente, con el propósito de conocer el objeto y alcance de las obligaciones y derechos a los cuales estos se comprometerán el uno con el otro.

---

<sup>171</sup> RODRIGUEZ PINTO, María. Sara. 2014. Responsabilidad por incumplimiento de servicios. La protección del consumidor y del cliente por prestaciones defectuosas. Revista Chilena de Derecho, Valparaíso, Chile, 41(3): 9, en que la autora señala lo siguiente: “*Si conectamos este incumplimiento con el contrato podemos afirmar que lo debido, su cumplimiento y su incumplimiento, viene previsto por la regla contractual. O bien, como se ha expresado, por el programa o propósito práctico del contrato.*”

<sup>172</sup> Acerca del contenido y delimitación del deber de buena fe, consúltese EYZAGUIRRE BAEZA, Cristóbal. y RODRIGUEZ DIEZ., Javier. 2013. Expansión y límites de la buena fe objetiva-a propósito del Proyecto de Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Revista Chilena de Derecho Privado, Santiago de Chile, 21: 8-9, en que se establece lo siguiente por los autores: “*La indefinición en cuanto al contenido de la buena fe tal como se presenta en la mayor parte de las legislaciones modernas llevo a la doctrina a proponer innumerables definiciones y directrices para contener esta noción. Tal vez una de las formulas más exitosas sea afirmar que ella consiste en que cada parte debe tomar en cuenta el legítimo interés de la contraparte.*”

<sup>173</sup> En cuanto al cumplimiento global de la obligación y el nivel de actividad exigible al agente en base al principio de buena fe, EYZAGUIRRE B., C. y RODRIGUEZ D., J. ib idem, en que señalan lo siguiente: “*Si bien reconocemos el merito de esta concepción, creemos que se pueden distinguir de forma muy general dos nociones de este principio. En primer lugar, suele abordarse la buena fe desde la perspectiva negativa de la mala fe y, en este sentido, su función sería proscribir conductas deshonestas, oportunistas y abusivas. La buena fe establecería de esta forma, un límite, representando un deber negativo de abstenerse de incurrir en conductas perjudiciales en el ejercicio de un derecho, y su función resulta hasta cierto punto análoga a la exceptio doli. Sin embargo, no es posible afirmar que ella este llamada exclusivamente a sancionar la mala fe, ya que además encontramos una dimensión positiva que implica promover los intereses de la contraparte y cumplir con sus expectativas bajo un clima de colaboración y lealtad reciproca, abarcando un espectro mucho más amplio de conductas que el simple deber de abstenerse de perjudicar a la contraparte.*”

<sup>174</sup> VALDES QUINTEROS, Diego. 2012. Algunas consideraciones sobre el deber de información en las tratativas preliminares: un análisis desde el Código Civil chileno. Revista Estudios Jurídicos Democracia y justicia, 1: 2, en que el autor se refiere a la irradiación generada por el principio de buena fe en todo el *iter contractus*, especialmente durante la fase de negociación o tratativas preliminares, a través del establecimiento de los deberes precontractuales exigibles a las partes durante la negociación, respecto a lo cual señala que: “*Sin duda, el principio general de buena fe, en materia contractual, ocupa un rol preponderante a la hora de determinar la conducta de los intervinientes, ya desde las tratativas preliminares a la celebración de un contrato. Si bien es cierto que durante esta fase no existe un vínculo jurídico contractual, no se debe negar la idea de que estamos en presencia de una relación de confianza, que va a dar lugar a determinados deberes de conducta exigibles, particularmente deberes precontractuales en orden a cómo comportarse.*”

<sup>175</sup> DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo. 2010. Tipicidad y atipicidad de los deberes precontractuales de información. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile, 34: 2, en que el autor afirma respecto de la fuente de los deberes precontractuales de información, a partir de lo siguiente: “*Al desmontar estos lucidos párrafos se obtiene lo siguiente: i) en los ordenamientos jurídicos existen deberes precontractuales de información regidos, en buena medida, por criterios de buena fe y los usos de los negocios; ii) Existen a lo menos dos premisas claras: cada parte tiene la carga de proveerse de información y el deber de responder a las preguntas que se le formulen en el curso de la negociación; y iii) más allá de estas premisas reina la confusión.*”

En este escenario, resta cuestionarse el hecho de si es o no razonable la imposición de tal deber de información previo a la celebración del contrato en manos de aquella parte a la cual se le ha privado de la facultad de incidir en la determinación del contenido obligatorio, en base al análisis realizado acerca del concepto de las cláusulas sorpresivas establecidas en el artículo 2.1.20, en tanto se refieren a la imposición de cargas u obligaciones de carácter excesivo, las cuales en principio no obligan al contratista debido a que la inclusión de estas por parte del predisponente constituyen un límite a la fuerza obligatoria del contrato establecido en el artículo 1.3, que se realizó *supra*.

#### 6.2.4. Relación de la buena fe contractual con la cláusula 5.1.3

De lo anterior, aunque es claro que el deber de cooperación emana de la buena fe objetiva en materia contractual<sup>176</sup>, la cual impone a ambos contratantes un determinado estándar de conducta por el cual han de comportarse de forma leal, honesta y solidaria para con el otro durante todo el iter contractual. Sin embargo, este deber de cooperación, dado el tenor de lo establecido en la cláusula, consiste en un precepto cuyo contenido normativo, a pesar de su carácter general, en cuanto a su contenido<sup>177</sup> y a su ámbito de aplicación, constituyéndose como un principio general que irradia e influencia todas las fases del contrato. Este deber de cooperación se manifiesta con especial intensidad durante la fase de negociación o tratativas preliminares como también durante la fase de ejecución del contrato de construcción internacional, dado que al tratarse este de un contrato complejo, de larga duración y de ejecución diferida, se genera el fenómeno de la interdependencia en materia de cumplimiento de las obligaciones<sup>178</sup>, por lo que en caso de existir incumplimiento de las obligaciones por parte de uno de

---

<sup>176</sup> Acerca del origen del principio de cooperación entre las partes como manifestación inequívoca del principio de buena fe *objetiva*, consúltese ORDOQUI, Gustavo. 2008. Desequilibrio de los contratos (privados y públicos). Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, citado por RIVERA, Gustavo. 2011, El deber de cooperación como corolario del principio de buena fe [en línea] [http://www.academia.edu/11488368/El\\_Deber\\_de\\_Cooperaci%C3%B3n\\_como\\_corolario\\_del\\_Principio\\_de\\_Buena\\_Fe](http://www.academia.edu/11488368/El_Deber_de_Cooperaci%C3%B3n_como_corolario_del_Principio_de_Buena_Fe) (consultado el 21 de octubre 2017), en que Ordoqui señala al respecto que: “...*incluye entre estos a los principios de equilibrio prestacional, igualdad jurídica de las partes, adecuación económica, tutela de la confianza en la apariencia legítima, transparencia, razonabilidad, protectorio, cooperación, “favor contractus”, congruencia, coherencia y correspondencia.*”

<sup>177</sup> Respecto del contenido del deber de cooperación, consúltese GAMARRA, Jorge. 2011. Buena fe contractual. FCU, Montevideo, citado por RIVERA, G., op cit, p. 3, en que el autor identifica este principio de acuerdo a un enfoque basado en: “...*se trata de una especie de buena fe inspirada en el principio de solidaridad, conforme a la cual, existe el deber de cooperar para proteger el interés de la contraparte.*” En el mismo sentido, ORDOQUI, G. 2005. Buena fe contractual. Ediciones del Foro, Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, citado por RIVERA, G., ib idem, en que Ordoqui citando a Betti señala al respecto que: “*Betti resalta el valor e importancia de esta obligación, que se funda en el deber de lealtad que conlleva cumplir con la legítima expectativa del co-contratante, y que consiste en la colaboración de las partes para que ambas prestaciones se realicen.*”

<sup>178</sup> FIGUEROA Y., G., ob cit, p. 137, en que a diferencia de otros autores, señala que el contrato de construcción es de ejecución diferida y no de tracto sucesivo, por cuanto: “*No es contrato de tracto sucesivo el contrato para la ejecución de una obra material, puesto que si bien el cumplimiento de la obligación se realiza de manera continua y periódica, una vez terminada la obra, el contratos e extingue. Se trata, por lo tanto, de un contrato de ejecución única, puesto que se extingue al producirse el cumplimiento íntegro de la obligación asumida.*” A pesar de que pudiera discreparse en cuanto a analogar de forma absoluta el contrato de ejecución de obra material y el contrato de construcción internacional, dado que el contenido obligatorio de este último, muchas veces es más complejo y diverso, en cuanto a la fase de ejecución de la obra propiamente

los contratantes, dada la interrelación existente entre las obligaciones de cada uno de ellos, le será virtualmente imposible cumplir con la propia.

De ahí que en estos contratos es considerado de toda lógica la necesidad de cooperación mutua entre las partes y exigir de parte de ambos un rol activo que coadyuve al cumplimiento de la obligación de la contraparte, siempre teniendo en cuenta la distribución de los riesgos que se determinó en el contrato, es decir, a quien se le atribuye responsabilidad sobre el diseño y sobre la ejecución de las obras<sup>179</sup>.

Por ende, de lo ya dicho, el contenido del deber de cooperación establecido en el artículo 5.1.3 es claro y preciso, el cual adquiere especial relevancia en la etapa de ejecución del contrato, ya que en el caso de tratarse del cumplimiento de obligaciones de carácter recíproco e interdependiente, que requieren de un rol activo de ambas partes para coadyuvar o cooperar en el cumplimiento de la globalidad del contrato<sup>180</sup>.

Como prevención de carácter previa y general acerca de la realización del presente análisis acerca de la redacción, sentido y alcance que a nuestro juicio debiesen tener determinadas disposiciones pertenecientes al sistema de resolución de controversias escalonado establecido dentro de las condiciones generales del contrato de construcción del libro rojo FIDIC será realizado en base a un enfoque de carácter abstracto y teórico, con excepción del análisis de la competencia del tribunal arbitral, en el caso regulado por parte del artículo 20.7 de las ya mencionadas condiciones.

### 6.3 Aplicación del plazo de caducidad de la Cláusula 20.1 del *Red Book*, en relación al momento que se inicia el conteo del *timeline* en cuestión y al rol de la buena fe.

#### 6.3.1 Planteamiento del problema.

El funcionamiento del mecanismo de reclamaciones contractuales ha sido uno de los temas o tópicos más polémicos que hayan sido discutidos por la doctrina y la jurisprudencia especializada en la materia.

---

tal existe suficiente sincronía entre tales conceptos, tratándose del contrato clásico de construcción, con separación de funciones entre el dueño o cliente y el contratista, atribuyéndose la obligación de diseño y proyección y de ejecución o construcción propiamente tal en manos del cliente y del contratista, respectivamente.

<sup>179</sup> A saber si se trata de un contrato internacional de construcción regido por el libro rojo, amarillo, plateado o dorado, los cuales establecen una distribución eminentemente diversa de los derechos y obligaciones atribuibles a las partes del contrato en cuestión.

<sup>180</sup> RODRIGUEZ H., A., ob cit, p. 194.

La importancia del t3pico recae en que este se configura como el procedimiento que permite el cumplimiento coactivo de las obligaciones del mandante respecto del contratista, de acuerdo a Figueroa Vald3s, el cual estima que: “*En cuanto a las obligaciones del comitente o mandante de la obra, el principio general recogido en este modelo –al igual que en el “Yellow Book”- es que todas las obligaciones del comitente deben ser cumplidas puntualmente, y que su incumplimiento da derecho al constructor a la ampliaci3n del plazo de ejecuci3n de la obra y a recibir el pago de todo costo y ganancia razonable que se deriven de la extensi3n del plazo*”<sup>181</sup>.

Dada la relaci3n de superioridad del mandante sobre el contratista, la cual se manifiesta desde las etapas iniciales en que se licita el contrato, se hace necesario un sistema de car3cter protector respecto de los intereses del contratista, debido a que, en la ejecuci3n de las obligaciones, en la pr3ctica se ve fuertemente intervenida por la facultad de impartir instrucciones del ingeniero, de acuerdo al art3culo 4º de las condiciones generales FIDIC del libro rojo<sup>182</sup>. De ah3 que el 3mbito de autonom3a en la ejecuci3n de las obligaciones constructivas del contratista se ve fuertemente limitado por la actividad del ingeniero, el cual act3a en nombre y representaci3n del propietario, justific3ndose plenamente que el principio rector en materia de distribuci3n de riesgos en el libro rojo sea que estos han de ser equitativos y debidamente compartidos<sup>183</sup>.

En este sentido, se pronuncia Gonz3lez de Cossio, el cual considera que el modelo contractual FIDIC, se plantea como un mecanismo que, utilizado y administrado correctamente por los operadores jur3dicos, brinda un marco distributivo de riesgos balanceado y que no se inclina a favor del contratista o del cliente, sino que m3s bien pro “justo-medio”<sup>184</sup>.

En este punto, hemos de discrepar en cuanto al equilibrio prestacional del modelo contractual, al menos en lo que dice relaci3n con el mecanismo de reclamaciones establecido en el art3culo 20.1, dada la existencia de un grave desequilibrio contractual en las cargas requeridas y las sanciones establecidas por la falta de ejercicio de estas 3ltimas respecto de los actores relevantes del contrato, contratista y cliente, respectivamente.

---

<sup>181</sup> FIGUEROA V., J. E., op cit, p. 11.

<sup>182</sup> FIGUEROA V., J. E., op cit, p. 12.

<sup>183</sup> FIGUEROA V., J. E., op cit, p. 16, en que el autor se3ala lo siguiente respecto a la distribuci3n de los riesgos en el libro rojo de la FIDIC: “*Ahora bien, trat3ndose de los modelos de contrato FIDIC, tal como lo adelantamos, una de las claves de su 3xito y reconocido prestigio internacional, ha sido establecer una adecuada distribuci3n de riesgos, sobre la base del principio rector de que el riesgo debe asumirlo aquella parte en el contrato de construcci3n que este en mejores condiciones de administrarlo.*”

<sup>184</sup> GONZALEZ DE COSSIO, Francisco. 2015. FIDIC como una tercera v3a; una mejor soluci3n a dilemas en obras de infraestructura [en l3nea] [http://www.caic.com.mx/boletines/FIDIC Una Mejor Soluci3n a Dilemas de Obras de Infraestructura.pdf](http://www.caic.com.mx/boletines/FIDIC%20Una%20Mejor%20Soluci3n%20a%20Dilemas%20de%20Obras%20de%20Infraestructura.pdf) en que el autor se3ala al equilibrio contractual en la distribuci3n y administraci3n de los riesgos como una caracter3stica fundamental de los modelos contractuales FIDIC, estableciendo que: “*Equilibrio: el “balanced approach” de FIDIC es visible a lo largo y ancho de su dise3o. No tienen un sabor “pro-constructor” o “pro-due3o”. M3s bien, pro-“justo medio”.*”

Tal desequilibrio contractual en las cargas y sanciones atribuibles al contratista y propietario se manifiestan a partir de un examen superficial de las disposiciones aplicables al ejercicio del derecho a notificar la existencia del suceso o evento generador de las consecuencias adversas en los plazos y costos asociados a la ejecución del proyecto de construcción, correspondiendo a las sub clausulas 2.5 y 20.1 de las condiciones generales FIDIC.

Como podemos ver, esta situación de desequilibrio en materia de cargas asociadas al ejercicio de las reclamaciones contractuales, no se condice con la existencia del principio de riesgos compartidos, dado que a través de esta diferenciación injusta y arbitraria en la materia se estarían condonando eventuales actitudes de carácter negligentes o dolosas por parte del ingeniero en la realización de sus deberes de supervisión, vigilancia y en la labor directiva respecto de la ejecución de la obra. Las pasamos a explicitar brevemente:

a. **Ámbito de aplicación.**

Existen ciertos rubros y materias que han de ser cubiertos y pagados por parte del contratista, cuyos hechos generadores de incumplimiento respecto de estos no habrán de ser siquiera notificados por parte del dueño o cliente al contratista, dentro de los cuales se encuentran aquellos establecidos en las sub clausulas 4.19 (electricidad, agua y gas) y la 4.20 (equipamiento del empleador y materiales provistos gratuitamente), mientras que el contratista no gozara de franquicia o exención alguna en este sentido.

b. **Extensión de la carga de notificación.**

A diferencia del contratista, el cual se encuentra limitado por plazos perentorios y sanciones en caso del ejercicio extemporáneo de la reclamación, la carga impuesta al propietario de notificar la existencia de los hechos que ameriten la extensión de los plazos de inspección de defectos o de sumas de dinero, en un principio establecía únicamente que habrá de realizarse cuanto antes sea posible, sin establecerse un plazo perentorio, fatal ni que engendrara la caducidad de su derecho a tales prestaciones en caso de la presentación extemporánea de tal reclamación, justificándose esta diferencia regulatoria en la presunción de estar en una posición que facilitaría estar en conocimiento acerca de la mayoría de aquellos hechos o eventos que ocurran en la obra, por lo que no parecería razonable imponer tal carga sobre el propietario<sup>185</sup>.

---

<sup>185</sup> GLOVER, J., op cit, p. 16, en que el autor señala la razón que justificaría la imposición de mayores cargas sobre el contratista en la interposición de reclamos: *“However, the rationale for the difference in treatment is presumably that in the*

Ahora bien, cierto sector de la doctrina considero en su momento que, a pesar de esta diferencia regulatoria, esto constituía un claro avance dado que con anterioridad el propietario no se encontraba sujeto a procedimiento alguno y, por ende, se encontraba en la posición de poder establecer unilateralmente las certificaciones de los pagos provisionales por cumplimiento de los hitos medianos y parciales que se encontraban establecidos en el programa de la obra y que entraban dentro de la ruta crítica de este<sup>186</sup>.

c. Sanciones aplicables.

En caso de ejercicio extemporáneo del ejercicio de la reclamación parte del propietario no existe sanción alguna, mientras que, en el caso del contratista, sus derechos a ejercer la reclamación contractual caducaran y se extinguirá la responsabilidad del propietario respecto del aumento de plazo o aumento de costos para la ejecución del proyecto.

d. Requisito o condición de sometimiento de la controversia.

En concordancia con lo último, la exigencia respecto del contratista de un plazo perentorio de 28 días para ejercer la reclamación por los ítems reseñados, el cual en caso de ejercerse extemporáneamente, conllevando la correspondiente sanción al contratista de pérdida del derecho a ejercer el reclamo ante el ingeniero, se deduce la configuración de una condición previa a ser cumplida para el sometimiento de la misma controversia para ante el DAB, por lo que en caso de incumplimiento esta podrá ser utilizado como excepción respecto de la admisibilidad de la acción<sup>187</sup>.

En el caso del cliente, a pesar de que en la nueva edición del *pink book* se establece la existencia de un plazo para el ejercicio del reclamo, la situación no cambia mayormente debido

---

*majority of, if not all, situations, the contractor will be (or should be) in a better position to know what is happening on site and so will be much better placed than an employer to know if a claims situation is likely to arise."*

<sup>186</sup> GLOVER, J., op cit, p. 15, en que el autor señala lo siguiente: "Sub-clause 2.5 is a new "Contractor friendly clause. I say this because it is designed to prevent an employer from summarily withholding payment or unilaterally extending the defects notifications period. One particularly important feature can be found in the final paragraph which specially confirms that the employer no longer has a general right to set off. The employer can only set-off sums once the engineer has agreed or certified any amount owing to the contractor following a claim."

<sup>187</sup> CETINEL, Y., op cit p.1, en que la autora sostiene respecto al cumplimiento de la sub cláusula 20.1 como condición precedente a la admisibilidad de las controversias que se sometan posteriormente al DAB: "In other words, such time bar clauses are conditions precedent to a valid claim or right to dispute resolution. Furthermore, it is also generally established that clear and express mention that such entitlement may be lost is a requirement for such a clause to be interpreted to constitute a condition precedent."

a que igualmente no se establece sanción alguna por el ejercicio extemporáneo del reclamo<sup>188</sup>, por lo que el ejercicio en tiempo y forma de la reclamación no se constituiría como condición previa a ser cumplida para someter la controversia a conocimiento del board.

Considerando la constatación de la evidente situación de desequilibrio contractual existente entre ambas partes del contrato y que favorece ampliamente al dueño o cliente respecto del sistema de reclamaciones contractuales establecido en la sub cláusula 20. 1 de las Condiciones Generales FIDIC, ¿Cómo se ha de interpretar el cumplimiento de las *time table clauses*? ¿En base a un paradigma basado estrictamente en la fuerza obligatoria del contrato o el rigor de este ha de ser matizado por medio de los requerimientos impuestos por el cumplimiento de buena fe de los contratos?

De ahí que sea relevante el correcto balance de las consecuencias que puedan generarse a partir del necesario análisis ponderativo entre ambos bienes jurídicos en juego, por lo que habrá que sopesar el alcance de aquellos que consideran la primacía absoluta del principio de fuerza obligatoria del contrato, temiendo que en el caso de flexibilizarse su alcance pueda tener consecuencias funestas respecto del cumplimiento de estipulaciones idénticas en contratos de construcción a largo plazo, mientras que por otro lado, se pretende la búsqueda de soluciones de carácter casuístico, alejándose del criterio generalizador a priori y que tiende a atenuar en casos excepcionales el rigor de las consecuencias atribuibles a la disposición en cuestión, en base al principio preventivo, el cual se desprende del principio general de buena fe contractual y como materialización de la doctrina de los actos propios en materia de contratos de construcción<sup>189</sup>.

De ahí que, el objeto del análisis consistirá en el cuestionamiento en torno a la redacción de determinados términos presentes en la sub cláusula 20.1 de las condiciones generales FIDIC, que en su aspecto medular establece a nuestro juicio limitaciones impropias y abusivas que coartan el ejercicio de la facultad del contratista a presentar una reclamación en contra del ingeniero, en tanto representante del cliente, estableciéndose lo siguiente: ***“Si el contratista se considera con derecho a una ampliación del plazo de terminación y/o a cualquier pago adicional, al amparo de cualquier cláusula de las***

---

<sup>188</sup> GLOVER, J., op cit, p. 18, en que el autor señala lo siguiente respecto a las modificaciones impulsadas por el Pink Book respecto de la sub cláusula 2.5, la cual regula el procedimiento de reclamaciones aplicable al propietario de la obra, diciendo que: *“The first impression given by the addition of the underlined is that they serve to tighten up the period in which the employer must notify any claim an impression reinforced by the apparent 28- day time limit. However, the new words introduce an additional subjective reasonableness test. Whereas before, all that mattered was when the employer actually became aware of the circumstances giving raise to a claim, now some consideration needs to be given to when the employer should have realized that a claims situation had arisen. However, in reality, save for extreme cases, little has changed. There is still no time limit to serve as a condition precedent to deprive the employer of the opportunity to make a claim.”*

<sup>189</sup> CETINEL, Y., op cit, p. 1.



*presentes condiciones o u otras relacionadas con el contrato, el contratista deberá notificarlo al ingeniero, describiendo el acontecimiento o circunstancia que da lugar al reclamo. La notificación se hará tan pronto como sea posible, a más tardar 28 días después de que el contratista se **dé cuenta, o hubiera debido darse cuenta**, de dicho evento o circunstancia. Para que proceda la prórroga del plazo, el evento o circunstancia que origina el reclamo debe afectar a la Ruta Crítica del Programa vigente al momento que se produce el evento.*

***Si el contratista no notifica un reclamo dentro de dicho plazo de 28 días, no se prorrogará el plazo de terminación, el contratista no tendrá derecho a recibir pagos adicionales y el contratante quedara liberado de cualquier responsabilidad vinculada con el reclamo... (El subrayado es nuestro)***

Con el objeto de matizar tales consecuencias adversas en materia del ejercicio del derecho a reclamación por parte del contratista, nos referiremos a la aplicación del principio de buena fe y de la doctrina de los actos propios, los cuales actúan a nivel externo en tanto limitantes extrínsecas y que tienden a orientar el correcto ejercicio del derecho a reclamación por parte del propietario y del contratista, actuando con especial intensidad respecto del análisis de suficiencia normativa de la excusa presentada por el propietario basada en la extemporaneidad en el ejercicio del reclamo por parte del contratista para tenerlo por inadmisibile y entender como caducos sus derechos a partir de una interpretación literal y apriorística de la disposición contenida en el artículo 20.1.

De una lectura detenida de la sub cláusula en cuestión, emanan diversas conclusiones, que pasaremos a exponer de inmediato:

Primero, en cuanto a la naturaleza de la prerrogativa otorgada al contratista, de acuerdo a los tratadistas Gray Chicchon y Bravo Venegas, la redacción del artículo implica una mera potencialidad o posibilidad de ejercer la facultad de reclamación por parte del contratista y no a al reconocimiento de la existencia de un derecho que corresponda de suyo al contratista, en caso de que se genere el evento o circunstancia generador del daño o perjuicio, sobre lo cual dicen lo siguiente: *“En otras palabras, la cláusula 20.1 establece la posibilidad de reconocer derechos al constructor. Sin embargo, se reconoce también que dichos derechos son potenciales y no actuales en tanto que así se puede entender que el constructor deba aplicar una clausula para hacerlos valer. En efecto, la propia existencia de la cláusula 20.1 no hace sino explicar que para que el constructor obtenga el derecho a ampliar el plazo, a recibir un pago adicional o a que se le reconozcan ambas cosas, se debe utilizar el procedimiento ahí establecido. De esta manera, durante la ejecución de una obra bajo el modelo de contrato FIDIC (libro rojo) el constructor no ostenta la titularidad de un derecho a extender el plazo de culminación de la obra a la que se obligó, ni de pago adicional al inicialmente pactado, ni de ambas cosas a la vez.*

*El constructor será titular de cualquiera de los referidos derechos recién en aquel momento en el que se verifique el cumplimiento de las causales y/o requisitos que el contrato establezca y el ingeniero decida aprobarlo. Precisamente por ello la cláusula no establece que el constructor debe notificar su “derecho a”, sino más bien debe notificar su “reclamación”.* <sup>190</sup> De ahí que de acuerdo a los mismos autores no pueda hablarse propiamente tal de una sanción de caducidad en sentido estricto dado que para su operatividad, esta presupone que el derecho al cual esta se refiera exista previamente, con el objeto de que este se extinga. En este caso, nos encontraríamos ante la falta de la concurrencia de los requisitos o condiciones necesarias para que se transite de la potencialidad de derecho a aquel de carácter pleno.

En segundo lugar, es necesario hacer notar que la sanción por falta de ejercicio oportuno de la facultad de reclamación por parte del contratista trae aparejado como consecuencia jurídica la extinción de tal facultad y la consiguiente falta de responsabilidad del dueño o cliente por la extensión del plazo de terminación de obra o compensaciones en dinero que hayan correspondido, respectivamente. Este último aspecto puede ser especialmente problemático a la luz del principio de buena fe y de la doctrina de los actos propios, como veremos más adelante en acápite posteriores.

Finalmente, la manifestación más palmaria de la situación de desequilibrio contractual en la reclamación de las pretensiones relativas al aumento de plazo y sobrecostos corresponde a aquella que se establece en base a la sanción de extinción del derecho a ejercer posteriormente la reclamación, aplicable únicamente al contratista. Una de las cuestiones fundamentales para la aplicabilidad de la sanción consiste en determinar el momento a partir del cual se empezara a contar el plazo, para lo cual hemos de fijarnos en la constitución y alcance de un examen de razonabilidad de carácter subjetivo, el cual se establece únicamente respecto del contratista en el libro rojo, sin perjuicio de que este se haya añadido respecto del empleador en el libro rosado, aunque igualmente sin sanción de extinción respecto del derecho a ejercer la reclamación.

### 6.3.2 Determinación del momento a partir del cual se empieza conteo del plazo a partir del examen de razonabilidad subjetivo establecido por la sub clausula 20.1.

De acuerdo a Glover, el objeto de este examen tiene por fin principal complementar el criterio que consideraba únicamente el momento en que el actor tomaba conocimiento de manera efectiva respecto de la ocurrencia del hecho generador y de las consecuencias emanadas de este, a partir del

---

<sup>190</sup> GRAY CHICCHON., Jaime. y BRAVO VENEGAS, Jonnathan. 2014. La fatalidad de los reclamos en los contratos de construcción FIDIC: a propósito de los dispute boards. En: HERNANDEZ G. R., Dispute boards en Latinoamérica: experiencias y retos. Biblioteca Mario Frey Castillo, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú, Vol. 23, 38p.

establecimiento de un deber de conducta que se establecía con el objeto de exigir un determinado nivel de actividad y vigilancia respecto de la detección de los hechos que pudiesen acarrear consecuencias perniciosas para la ejecución correcta de la obra tal como esta se había proyectado<sup>191</sup>.

La presencia de la interjección “o” podría eventualmente interpretarse como la implicancia respecto del carácter alternativo de dos estándares de conducta que podrían eventualmente ser exigibles al contratista y que aparentan plena incompatibilidad entre ellos, dado que el primero (*se dé cuenta*), exige la existencia de un estado de constatación efectiva y material de las consecuencias dañinas generadas por parte del evento o circunstancia, mientras que el segundo (*hubiera debido darse cuenta*), establece un deber de coordinación y supervigilancia en manos del contratista, desde su rol de empresario o constructor responsable, lo cual podría inferirse como necesaria consecuencia que se derivaría de este deber de supervigilancia sobre los factores productivos presentes en el proyecto, estableciéndose así una presunción de conocimiento de las consecuencias dañinas, más allá de si estas llegaron o no efectivamente a su conocimiento.

Entonces, creemos que es legítimo cuestionarse acerca de cuál de estos criterios ha de regir la actividad del contratista en cuanto al ejercicio oportuno de la facultad de reclamación, ya que permitirá determinar con meridiana certeza acerca de cuál será el momento a partir del cual se deberá empezar a contar el plazo para notificar de este evento al ingeniero.

En cuanto al momento en que ha de empezar a computarse el plazo, creemos que existe una distinción tacita entre el evento generador y las consecuencias dañinas que se engendran de este<sup>192</sup>, lo cual es de toda lógica ya que la existencia de un daño certero y constatable es requisito *sine qua non* de todo remedio contractual que busque el resarcimiento o indemnización de este<sup>193</sup>. También habrá de tenerse en cuenta para el análisis en cuestión, la extensión que se le ha otorgado por cierto sector de la doctrina a la sub cláusula 8.4 del libro rojo, debido a que del tenor literal de la disposición se establece que esta abarca

A pesar de que ambos estándares a partir de los cuales se empiece a contar el plazo contemplen supuestos normativos diversos, se sigue tomando en cuenta el mismo presupuesto factico que se

---

<sup>191</sup> GLOVER, J., op cit, p. 17, en que el autor señala lo siguiente respecto a la inclusión del estándar normativo en cuestión: “*However, the new words introduce an additional subjective reasonableness test. Whereas before, all that mattered was when the employer actually became aware of the circumstances giving rise to a claim, now some considerations needs to be given to when the employer should have realized that a claims situation had arisen.*”

<sup>192</sup> Esto se deriva lógicamente de la redacción de la clausula, la cual exige una descripción lógica y secuencial del presupuesto factico que genero la circunstancia o evento que motiva la reclamación en la notificación que se realiza al ingeniero.

<sup>193</sup> Respecto de los requisitos para que se configure responsabilidad contractual, uno de los más relevantes corresponde a certeza en la existencia del daño, ya que antes de la manifestación de este, no se cumplen los requisitos básicos para interponer la acción. Para profundizar acerca de este punto consúltese BARROS BOURIE, Enrique. 2006. “Tratado de responsabilidad extracontractual”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 236p.

constituye como el evento que genero la reclamación y sus consecuencias, se ha de tener en cuenta que de lo establecido por parte de Glover previamente, se desprende que la interpretación correcta de la disposición consistiría en la utilización preferente del criterio de conocimiento efectivo, el cual ha de ser matizado en base al estándar de diligencia que el contratista se haya comprometido en el contrato y a los usos vigentes en materia constructiva.

Desde la perspectiva del contenido de la reclamación, la cual refleja los intereses en juego de las partes, los cuales se materializan, en el caso del contratista a un aumento del plazo de terminación o un pago adicional<sup>194</sup>, principalmente derivado de variaciones de obra, las cuales generalmente consisten en obras extraordinarias, las cuales desde el punto de vista contractual, por regla general, es habitual que estos establezcan que solo podrán ser instruidas por el mandante o propietario de la obra<sup>195</sup>, las cuales implican a todo evento una modificación al contenido obligatorio del contrato y en ciertos casos del proyecto<sup>196</sup>, por lo que se estaría permitiendo la condonación de responsabilidad del cliente por actos que este mismo solicito ser ejecutados por parte del contratista, lo cual violentaría gravemente la letra c) de los artículos 5.1.2<sup>197</sup> y 5.1.3<sup>198</sup>, los cuales establecen que la fuente de las obligaciones implícitas imputables a los contratantes pueden derivarse de la buena fe y lealtad comercial y la existencia de la obligación de cooperación mutua entre las partes en el cumplimiento de las obligaciones reciprocas, siempre que aquella pueda ser razonablemente esperada, respectivamente.

También ha de tenerse en cuenta lo establecido por parte de la sub clausula 8.4, relativo a la falta de restricción que impone respecto de la extensión de plazo solicitada por parte del contratista, dado que, a partir de su tenor literal, se ha entendido por Fenwick Elliot que la reclamación podría versar acerca de una tardanza futura o esperada (*prospective delay*) o alternativamente cuando la demora ya haya empezado a ocurrir (*retrospective delay*).<sup>199</sup>

A partir del deber de buena fe y lealtad comercial con que se han de cumplir los contratos por las partes y el deber de cooperación, el cual emana del deber general de buena fe, se ha señalado por parte de la

---

<sup>194</sup> PAREDES C., G., op cit, p. 141, en que el autor señala: “Esta complejidad de la actividad de la construcción además se desarrolla intensamente en un contexto de temporalidad, y su regulación jurídica debe responder a esta exigencia. Las obras se inician y terminan dentro de un cronograma de tiempo que programan actividades que el contratista debe seguir rigurosamente cuidando sus rendimientos. Este cronograma original puede modificarse en atención a la necesidad de la obra, pero sin perder de vista el interés original de las partes que motivo su decisión de contratar: El del propietario de tener su obra en un tiempo, presupuesto y calidad determinada; y, del constructor, de obtener la utilidad contratada.”

<sup>195</sup> RIOS S., V., y MOLINA Z., C., ob cit, p. 141-142.

<sup>196</sup> RIOS S., V., y MOLINA Z., C., ob cit, 145-146pp.

<sup>197</sup> El artículo 5.1.2 establece lo siguiente: “Las obligaciones implícitas pueden derivarse de: a) la naturaleza y la finalidad del contrato; b) las practicas establecidas entre las partes y los usos; c) **la buena fe y la lealtad comercial**; d) el sentido común.”

<sup>198</sup> El artículo 5.1.3 establece lo siguiente: “Cada una de las partes debe cooperar con la otra cuando dicha cooperación pueda ser razonablemente esperada para el cumplimiento de las obligaciones de esta última.”

<sup>199</sup> FENWICK ELLIOT. 2014. FIDIC: making claims under sub clause 20.1. Obrascon Huarte Lain SA v Her Majesty’s Attorney General for Gibraltar”, Dispatch, 167: 1.

doctrina en materia de construcción, la existencia del principio de prevención, la cual se encuentra basada en la doctrina de los actos propios, la cual materializa el aforismo de que nadie puede beneficiarse de su propia negligencia o actuar doloso previo (*Venire contra factum non valet*), cuyo fundamento jurídico recae, de acuerdo a Borda, en que: “*El fundamento radica, entonces, en la confianza despertada en otro sujeto que obra de buena fe, en razón de la primera conducta realizada.*”<sup>200</sup>

En este sentido, se pronuncia Prado, el cual discurre acerca del contenido de la doctrina conocida como *time at large*, por la cual se acepta que el contratista pueda invocar una extensión del plazo para ejecutar las obligaciones estipuladas contractualmente con ocasión de un acto de prevención realizado por parte del mandante, lo cual ocurre aun cuando el contrato convenido no contemple mecanismos expresos de extensión de plazo y en aquellas situaciones en que los trabajos no puedan ser concluidos en la fecha específica acordada por razones o eventos que no son imputables al contratista, como por ejemplo, sucede con la falta de acceso al terreno o problemas con la entrega del proyecto técnico, de forma tal que el plazo para ejecutar la prestación se vuelve ineficaz o imposible de determinar mediante una extensión y el mandante o comitente pierde el derecho a cobrar perjuicios por el retardo, toda vez que no existe una fecha cierta desde la que se puedan cobrar<sup>201</sup>.

Mas allá de los ejemplos dados por el referido autor, consideramos que dentro de los sucesos más relevantes y que han de entenderse incluidos como susceptibles de activar las consecuencias de la doctrina *time at large* se encuentran las condiciones geológicas del sub suelo, las cuales son una inevitable fuente de conflicto entre las partes, dado que la responsabilidad, como sabemos, se aprecia respecto de las partes involucradas, de forma eminentemente diversa, dependiendo de si nos encontramos ante un contrato internacional de construcción regido por el *Red Book* o por el *Silver Book*, dado que en este último, pesara sobre el contratista no solo la responsabilidad de interpretar los datos sino que en caso de imperfección de estos, este habrá de asumir los riesgos que se generen de esta falta de precisión en cuanto a las características del subsuelo, tal como se colige de lo establecido por parte de la sub cláusula 4.12 del mencionado libro<sup>202</sup>.

De lo anteriormente dicho, existe un vínculo claro entre el cumplimiento del deber recíproco de cooperación de buena fe entre las partes, el cual se encuentra consagrado en el artículo 5.1.3 del ya

---

<sup>200</sup> BORDA, Alejandro. 2010. La teoría de los actos propios. Un análisis desde la doctrina Argentina. En: CORRAL T., H. (Editor) *Venire contra factum proprium*. Escritos sobre la fundamentación, alcance y límites de la doctrina de los actos propios. Cuadernos de Extensión Jurídica, Santiago de Chile, 18: 39.

<sup>201</sup> PRADO P., A., ob cit, p. 10.

<sup>202</sup> LAMBAL FORMACION. Uso práctico de los contratos FIDIC. En: Curso intensivo dictado el 2 y 3 de septiembre de 2014 en Santiago de Chile. Sesión 2º: ¿Cuáles son las principales obligaciones de un contratista durante un proyecto de construcción?

mencionado cuerpo normativo con la delimitación del deber de conducta exigible al contratista, existiendo un límite claro respecto deber de cooperación mutuo: la parte se encontrara obligado al despliegue de un grado de actividad determinado en la medida que sea razonable tal expectativa de comportamiento para hacia con el otro en el marco del cumplimiento del deber de colaboración. En este caso, el principio de prevención de acuerdo a Glover, tendrá un rol relevante, dado que permite desestimar las reclamaciones que pueda realizar el propietario por la existencia de perjuicios ya determinados en clausulas penales o multas, cuya aplicabilidad se haya detonado por la ocurrencia de un hecho que pueda eventualmente generar o que ya genero un atraso en la ejecución de la obra y que por no haber sido notificado en tiempo y forma, el contratista no solo pierde el derecho a ejercer la reclamación sino que también habrá de pagar elevadas multas<sup>203</sup>, por atrasos que pueden ser atribuidos a la negligencia o dolo del propietario y que, por ende, impiden que el contratista termine los trabajos en obra en el plazo estipulado contractualmente, tales como la falta de notificación respecto de defectos en el subsuelo o en la falta de realización de la ingeniería de detalle en la variación que haya solicitado este al contratista.

Por último, hemos de considerar y tener en cuenta la interacción de la carga de la prueba y la distribución de ella dentro del contrato internacional de construcción, respecto de la acreditación del momento en que ha de empezar a computarse el plazo para ejercer el derecho a ejercer la reclamación por parte del contratista. En base a lo dicho anteriormente respecto de la posición jurídica detentada por ambos contratantes y en base a la concepción dinámica del proceso entendido en un sentido amplio, respecto de las posiciones que puedan sostener las partes, consideramos que debe recaer sobre el cliente o predisponente la carga de acreditar que el contratista no pudo haber entrado en conocimiento del acontecimiento o evento generador del daño que este solicita en su contra, por cuanto la eventual extemporaneidad del reclamo, puede imputarse a la conducta negligente de debido a la falta de cumplimiento del deber de colaboración respecto del contratista, ya que con su actividad negligente impide en la practica el pleno ejercicio de su facultad de reclamación.

### 6.3.3 Solución brindada por el Gold Book respecto al momento en que ha de partir el conteo del plazo.

---

<sup>203</sup> GLOVER, J., op cit, p. 19, en que el autor sostiene las siguientes consecuencias respecto del principio de prevención, relacionado con la doctrina de los actos propios: *“The concept of preventive acts es based on the universally accepted provision that one is not entitled to benefit from its own wrongs. It thus operates to defeat claims for liquidated damages if, by its own acts or omissions, the employer has prevented the main contractor from completing its work by the date for completion, and thus rendered “time at large”*”.

A pesar de los múltiples avances que se lograron con la publicación del Rainbow Suit en 1999, en materia de la aplicación de las *time bar clauses*, la doctrina más autorizada constató la existencia de un severo vacío regulatorio en esta materia. En este sentido, la publicación del Gold Book el año 2008 llenó un sensible vacío dejado por los libros FIDIC, a través del establecimiento de un mayor ámbito de flexibilidad en la aplicación de la sub cláusula 20.1, manifestado en la redacción de la cláusula, permitiendo que las partes puedan recurrir al DAB para someter las circunstancias específicas de la controversia que consideren como una justificación válida del atraso en la notificación del reclamo<sup>204</sup>.

En este sentido, consideramos que la regulación en cuestión permite balancear de mejor manera los intereses en juego de las partes como también los bienes jurídicos comprometidos, dado que entenderlo de forma diversa implicaría otorgarle un papel o rol de absoluto protagonismo al ingeniero por sobre el DAB, lo cual contravendría palmariamente una de las principales pretensiones que guiaron la redacción del Rainbow Suit de 1999: la sustitución del ingeniero como mecanismo pre-arbitral de carácter obligatorio por su evidente falta de independencia, denotada en la relación de subordinación y dependencia que este mantenía con el cliente o dueño de la obra por la conformación de un panel técnico o board de carácter independiente e imparcial, elegido de consuno por las partes, el cual además se encuentra facultado para revisar y abrir cada decisión que el ingeniero pueda tomar.

Además, no podría aducirse que facultar al DAB para conocer de las circunstancias que impidieron al contratista notificar en tiempo y forma la reclamación, implique necesariamente una falta de obligatoriedad en la ejecución e implementación de tales plazos perentorios y la sanción de extinción de los derechos a ejercer la reclamación, entendiéndose así gravemente vulnerado el principio de fuerza obligatoria de los contratos, debido a que ha de cumplirse con un necesario examen de razonabilidad respecto de las circunstancias presentadas por las partes para desestimar la aplicación de la sanción de caducidad, debiendo acreditarse por la parte reclamante la necesidad y la justicia de tal medida a ser tomada por parte del DAB.

De ahí que, de acuerdo a Thomas, a pesar de lo positivo de la medida, esta mayor amplitud y flexibilidad otorgada al DAB, opera únicamente en el caso de que se trate de un contrato de concesión de obra pública o BOT, por lo que no podría predicarse lo mismo respecto de los libros restantes, los cuales se mantienen con la regulación establecida desde el año 1999. Solo en el caso de que se extendiera esta facultad respecto de todos los modelos contractuales FIDIC, podríamos decir

---

<sup>204</sup> La sub cláusula 20.1 del Gold Book establece que: “*If the DAB considers that, in all the circumstances, it is fair and reasonable that the late submission be accepted, the DAB shall have the authority to overrule the relevant 28-day limit and, if it so decides, it shall advise the parties accordingly.*”

felizmente que estos han perdido algo de su dureza y reconocer al DAB como un foro significativo para someter las disputas relativas a la admisibilidad de reclamaciones contractuales tardías<sup>205</sup>.

#### 6.4. Análisis respecto a la utilidad del *cool off period* de la cláusula 20.5.

Teniendo en consideración que la instancia de negociación establecida durante el *Cool off period* forma parte del sistema de procedimiento de resolución de controversias FIDIC, el cual fue diseñado en base a la configuración atribuible a aquel de las cláusulas de resolución escalonada de controversias que hemos reseñado brevemente *supra*, consideramos que es pertinente realizar el análisis respecto de la obligatoriedad y utilidad de la fase de negociación obligatoria en base a las prescripciones exigidas respecto de las ya mencionadas cláusulas, dentro de las cuales se cuentan la redacción clara y precisa de los términos, la existencia de plazos que denoten el inicio y termino de cada fase como también el establecimiento de objetivos que han de ser cumplidos por las partes para pasar a la siguiente fase, la existencia de un procedimiento mínimo bajo el cual atenderse, entre otras.

Como ya se dijo con anterioridad, una de las principales falencias de estas cláusulas era la falta de claridad en la redacción de los términos, lo cual redundaba inevitablemente en que la ejecutabilidad de los deberes establecidas en estas cláusulas fueran declaradas como inejecutables coactivamente, tal como a nuestra opinión puede ocurrir con lo establecido en la sub cláusula 20.5 de las Condiciones Generales FIDIC: “*Cuando se haya hecho una notificación de inconformidad con arreglo a la sub cláusula 20.4, ambas partes trataran de llegar a una transacción amigable antes de iniciar el proceso de arbitraje.*”

*Sin embargo, a no ser que ambas partes acuerden otra cosa, la parte que otorgue la notificación de inconformidad de acuerdo con la sub cláusula 20.4 podrá iniciar el arbitraje después del quincuagésimo sexto (56º) día transcurrido desde la fecha de la notificación de inconformidad, aun cuando no se hubiere intentado llegar a un acuerdo amigable.”*

A partir de la distinción entre la obligación de participar de forma activa y de buena fe, de la pretensión de obtener un acuerdo que satisfaga las expectativas e intereses de ambas partes, hemos de analizar si efectivamente existe el deber de intervención de las partes dentro del proceso de negociación.

---

<sup>205</sup> THOMAS, David. 2011. “Do time bars bite? Construction Law International, 6 (3): 2, en que el autor señaló lo siguiente respecto a la modificación impulsada por parte del Gold Book en el tenor y sentido de la sub cláusula 20.1, estableciendo que: “*While no decision has been made, it is understood that the current FIDIC review of its contracts is at least considering extending this provision to all the “Rainbow Suit” forms. If that were to be the case, time bars would be deprived of their “bite” and the DAB would become a significant arena for disputes as to admissibility of late claims.*”



De la redacción de la cláusula, cuyo contenido es bastante contradictorio, consideramos que es a lo menos dudoso la real existencia de un deber de participación de las partes en la negociación, dado que en un primer momento se vislumbra tenuemente la existencia del deber de negociar entre las partes de forma previa a someterse al proceso arbitral, a partir de la inclusión del verbo *trataran*. Sin embargo, al final de esta se incluye una frase preocupante que permite cuestionar la existencia del deber en cuestión (“*aun cuando no se hubiere intentado llegar a un acuerdo amigable*”). En este sentido, discrepamos de la opinión sostenida por parte de cierto sector de la doctrina extranjera, representada por Dedezade, el cual afirma lo siguiente: “*It is mandatory that the 56 day period expires. It is plainly desirable for the parties to engage in productive settlement discussions but even if there are no settlement discussion at all, the 56 day period must expire prior to a request for arbitration being issued.*”<sup>206</sup>

Respecto del plazo de 56 días que dura el periodo de negociación, consideramos que se cumple con el establecimiento claro de una fecha de inicio y de término de este, dado que este se empezara a contabilizar desde que se haya emitido válidamente el NOD en tiempo y forma por la parte disconforme con la decisión emitida por el DAB. Ahora bien, hemos de realizar una prevención respecto a la facultad que se les otorga a las partes de disponer de común acuerdo de un plazo diverso al establecido supletoriamente por parte de la cláusula, sin distinguir además acerca de los límites en el ejercicio de esta, es decir, si se puede aumentar o disminuir *a piacere* tal plazo.

A nuestro juicio, la única situación que eventualmente podría generar inconvenientes, a partir de una lectura literalista y aislada, sería en el caso que ambas partes se pusieran de acuerdo en la estipulación de un plazo irrisoriamente corto, con lo que se disminuirían notablemente las posibilidades de llegar a un acuerdo, dado que evidenciaría la falta de intención seria de las partes de someterse al proceso negociador tornando la obligación de negociar entre las partes en una de carácter meramente nominal. En todo caso, la ocurrencia de esta contingencia creemos sería bastante remota, dado que en la mayoría de los casos existirá una de las partes a la cual le beneficie el transcurso del plazo de 56 días, especialmente por razones de carácter financiero<sup>207</sup>.

La falta de un procedimiento de carácter supletorio aplicable a la negociación amistosa la inexistencia de un procedimiento que rijan las etapas de negociación entre las partes, lo cual es bastante problemático dada la usual falta de preparación de estas en la resolución amistosa y cooperativa de los conflictos suscitados entre ellos<sup>208</sup>, les impide realizar un aprovechamiento óptimo de la instancia negociadora y así poder llegar a un acuerdo mutuamente provechoso al no existir parámetros que permitan la

---

<sup>206</sup> DEDEZADE, T., ob cit, p. 146.

<sup>207</sup> FIGUEROA V., J. E., op cit p. 16.

<sup>208</sup> ERTEL, D., SANCHEZ, F., FALCAO, H. 1999. Preparándose para negociar. CMI International Group, p.1

administración y gestión debida de los intereses, pretensiones y posiciones que pudieran esgrimir las partes<sup>209</sup>, dificultando al extremo la posibilidad de negociar y arribar a un acuerdo provechoso. En suma, la carencia de un procedimiento supletorio aplicable a la negociación no solo no permite la resolución de conflictos, sino que incluso una negociación mal administrada puede llegar a agravar las relaciones comerciales entre las partes involucradas.

Respecto de la oportunidad de la instancia obligatoria de negociación durante el cool off period, consideramos que es del todo inoficioso dado que se incluye durante una etapa en que se ha escalado a tal punto el conflicto y existe una total falta de confianza para con el otro, lo cual dificulta de sobremanera la solución de las controversias entre las partes<sup>210</sup>. Esto último tiene por consecuencia la tendencia a disminuir notablemente el potencial que se pudiera obtener respecto de la instancia de negociación si esta se hubiese llevado a cabo de forma temprana y como primer escalón o fase de la cláusula de resolución escalonada de conflictos y la utilidad preventiva que de estas se predica, tal como lo sostiene Armes, estableciendo que: *“Escalation occurs when a disagreement which could be resolved by party negotiation, evolves into an argument, possibly requiring the assistance of a third party neutral, and then into a fully blown dispute which cannot be resolved without the intervention of an outsider party. Somewhere between the second and third stage of scalation a party will consider that its rights are being compromised, hence the frequent recourse to legalistic situations. Non escalation attempts to prevent the issue reaching the third stage. The aim of applying non escalation methods is to avoid the dispute and at the first and second stages the outcome is often non binding, whereas at the third stage the inevitable outcome is a binding decision by a third part. That third stage can be included as a final measure in the overall strategy for dispute avoidance, or it can be external to that process where there is recourse to litigation or arbitration.”*<sup>211</sup>

Como ya pudimos observar, el establecimiento de la oportunidad adecuada para establecer el periodo de negociación obligatoria es un requisito indispensable para que el *cool off period* se constituya en un requisito de arbitrabilidad de la controversia con consecuencias materiales, lo cual en nuestra opinión no ocurre dado el contenido del artículo 20.5 de las Condiciones Generales FIDIC, debido a que esta se

---

<sup>209</sup> ERTEL, D., SANCHEZ, F., FALCAO, H., ob cit, p. 4, en que se señala la distinción entre los conceptos de intereses, pretensiones y posiciones sostenidas por las partes en el marco de un proceso de negociación, sobre lo cual estiman que: *“Todos los que van a una negociación tienen intereses. Los intereses son diferentes de las posiciones, estas son solo una manera de satisfacer los primeros. Si Ud. permanece demasiado apegado a su posición, limitara muchas maneras con las cuales lograr sus intereses. Por lo tanto, argumentar una posición desvía el foco de la negociación del principal objetivo: satisfacer los intereses de cada parte.”*

<sup>210</sup> ERTEL, D., SANCHEZ, F., FALCAO, H., ob cit, p.8.

<sup>211</sup> ARMES, M. 2011. The concept of dispute avoidance or how to stop a simple problem spiraling from a breeze to a whirlwind. [En línea] <https://www.sensestudio.co.uk/site/wp-content/uploads/2012/09/the-concept-of-dispute-avoidance-delegate-pack-version.pdf>, p. 6.

establece en un momento en que las posiciones de las partes ya se encuentran sumamente polarizadas y existe un evidente deterioro de la relación comercial entre las partes, por lo que las partes no podrían verse en las mejores condiciones anímicas para llegar a un acuerdo satisfactorio entre ellas.

A modo de solución, la doctrina ha postulado la necesidad de que en vista de la falta de un procedimiento de carácter supletorio contemplado por los modelos contractuales FIDIC, sea del todo conveniente que las partes establezcan la ritualidad, fases y plazos aplicables con antelación al surgimiento del conflicto, así como también se ha postulado la necesidad de establecer reglas y procedimientos en orden a mantener la confidencialidad del procedimiento y la existencia de sanciones de carácter económico en caso del incumplimiento de tales deberes.

## CAPITULO VII: PROPUESTA A TITULO DE *LEGE FERENDA* PARA LA LEY CHILENA

### 7.1. Planteamiento del problema.

Como ya ha sido ampliamente reseñado por parte de la doctrina más autorizada en Chile, dada la necesidad de contar con una mayor cantidad y calidad de infraestructura pública, la cual no podía ser cubierta eficientemente desde un punto vista financiero y económico por parte del ente estatal, se recurre a los actores privados con el objeto de que estos soporten la carga financiera y económica de los grandes proyectos de infraestructura que requería el país<sup>212</sup>.

En este sentido, teniendo en consideración el entramado obligacional complejo que se configura en los contratos de concesión de obra pública, desde un punto de vista subjetivo (en que una de las partes intervinientes corresponde a un estado y a uno o más particulares), debiendo cautelarse la igualdad de condiciones de los actores dentro del contrato y desde el punto de vista objetivo, por lo que el diseño del sistema de solución de controversias en estos contratos, han de hacerse cargo de estas particularidades.

En primer lugar, realizaremos breves consideraciones respecto al estado del arte actual en materia de solución de controversias en contratos de concesión de obras públicas y a la evolución legislativa en esta materia. En segundo lugar, procederemos a establecer ciertas críticas en torno al sistema descrito, basadas en la falta de concordancia de las prescripciones de este con instrumentos internacionales de *soft law*, tales como los modelos contractuales elaborados por la FIDIC. Por último, finalizaremos con la realización de breves consideraciones que pudieran ser tomadas eventualmente en cuenta como propuesta a título de *lege ferenda*.

### 7.2. Evolución y estado actual de la legislación vigente en Chile.

Como ya veníamos diciendo, el cambio de paradigma en torno al rol del estado en la planificación, evaluación, construcción, fiscalización y adquisición de la infraestructura pública necesaria para propender al desarrollo del país fue total, debido que se generó una separación en materia de las funciones a ser ejercidas por los actores, incluyéndose la participación de los privados, a efectos de permitir una asignación más eficiente y proba de los recursos como también para efectuar una

---

<sup>212</sup> FIGUEROA VALDES, Juan Eduardo. y SCHUBERT, William. 2016. Dispute boards en los proyectos de construcción de infraestructura en Chile. Revista de Arbitraje Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, 6: 56.

distribución de los riesgos económicos y financieros sobre los particulares, los cuales se encontraban en mejores condiciones de administrarlos y soportarlos. De ahí que, de acuerdo a Figueroa y Schubert, el contenido obligatorio de los contratos de concesión respecto del concesionario consiste en: *“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.”*<sup>213</sup>

Pasamos a exponer brevemente la evolución del mecanismo de solución de controversias de los contratos de concesión de obras públicas en Chile:

#### 7.2.1. Decreto Supremo n° 900 de 1996.

El procedimiento de solución de controversias contemplado por parte del DS n° 900 del Ministerio de Obras Públicas de 1996 establece un mecanismo procedimental que contiene dos fases, siendo la primera conocida como Comisión Conciliadora, la cual se entiende constituida e integrada por sus miembros, los cuales son elegidos por las partes, al inicio de la respectiva concesión.

De lo establecido por el inciso 1° del artículo 36, en caso de surgir una controversia relativa a la interpretación, aplicación o ejecución de la concesión, las partes solo podrán recurrir a la comisión en cuestión, la cual una vez solicitada su intervención, tratara de que las partes puedan conciliar las posiciones sostenidas por ambos y llegar a un acuerdo entre ellas.

En caso de frustrarse la conciliación, lo cual se entiende en el caso de que, dentro del plazo de 30 días del inicio de esta, las partes no lleguen a acuerdo, el concesionario tendrá un derecho de opción entre que la comisión en cuestión se constituya como comisión arbitral, manteniendo la misma integración o solicitarse que el asunto en cuestión sea conocido por parte de la Corte de Apelaciones de Santiago.

La Comisión arbitral tendrá las facultades que se le entienden concedidas a los árbitros arbitradores, en cuanto a la tramitación del procedimiento y en cuanto a la fundamentación del fallo, es decir, podrá fallarse en equidad.

---

<sup>213</sup> FIGUEROA V., J. E. y SCHUBERT, W., op cit, p. 58.

### 7.2.2. Ley 20.410 del año 2010.

La presente ley, dentro de los objetivos que se trazó, tuvo por fin mejorar y modernizar el mecanismo de solución de controversias establecido con anterioridad, a través de una serie de modificaciones implementadas al sistema en cuestión.

Se estableció la existencia de un panel técnico de solución de controversias, el cual de acuerdo a Ríos, tiene diferencias sustanciales con el mecanismo contemplado por la ley anterior, diciendo que: *“El panel técnico, en cambio, no lleva adelante un proceso de mediación o conciliación sino que su función es recabar, analizar y estudiar los antecedentes que originaron la discrepancia, sea esta técnica o económica, y luego oír las alegaciones o posiciones de las partes, efectuarles una recomendación técnica, la cual no tiene el carácter de obligatoria o vinculante para los contratantes, pudiendo ella ser aceptada o desechada. Si bien las propuestas efectuadas por la comisión conciliadora tampoco son vinculantes, la diferencia sustantiva está en que en la mediación lo que se busca es alcanzar algún tipo de acuerdo que no necesariamente deba respetar una cuestión técnica o económica, por cuanto su objetivo es evitar o precaver un litigio o conflicto judicial.”*<sup>214</sup>

En este sentido, siguiendo al autor ya referido, el panel técnico se constituirá como un órgano procedimental al cual las partes podrán recurrir con el objeto de zanjar y resolver todas aquellas controversias de carácter técnico, económico y financiero relativo al proyecto, el cual goza de las siguientes características:

- a. Se genera una segmentación en el ámbito competencial del panel, dado que, a diferencia de la Comisión Conciliadora, este no podrá conocer de materias jurídicas tales como la interpretación, aplicación o ejecución del contrato de concesión, pudiendo conocer únicamente materias de carácter técnico y económico, tal como lo establece el inciso 4º del artículo 36 de la ley en cuestión, estando reservada las materias puramente jurídicas al tribunal arbitral.
- b. En consonancia con la diferenciación en materia competencial, se establece un régimen diferenciado de acuerdo al tipo de materias que integren el conflicto, es decir, tratándose de materias relacionadas con la interpretación, aplicación o ejecución del contrato de concesión, únicamente podrán ser sometidas al conocimiento del tribunal arbitral, dado que el panel técnico es incompetente para conocer de ellas, mientras que en el caso de las materias técnicas y

---

<sup>214</sup> RÍOS S., V. y MOLINA Z., C., op cit, p. 360.

económicas para ser sometidas al tribunal arbitral, estas habrán de haber sido sometidas previamente al panel técnico, constituyéndose como un requisito o condición de arbitrabilidad de las materias técnicas y económicas relacionadas con el contrato de concesión. tal como lo señala el inciso 1° del artículo 36 bis de la ley<sup>215</sup>.

- c. Los dictámenes que emite el panel técnico tendrán carácter meramente facultativo, es decir, no obligarán a las partes ni deberán ser cumplidos por ellas.
- d. Se entiende que no ejercerá jurisdicción el panel técnico, por lo que las determinaciones o dictámenes que emita no ostentarán el efecto de cosa juzgada ni tendrán merito ejecutivo.
- e. En sintonía con lo anterior, el contenido de la determinación no tendrá efecto alguno en cuanto a la competencia del tribunal arbitral que sea constituido con posterioridad o a la Corte de Apelaciones respectiva, aunque se remita a los mismos hechos.
- f. El panel tendrá facultades inquisitorias respecto de las partes, pudiendo solicitar los antecedentes y documentos que sean necesarios en relación a los aspectos técnicos y económicos de la concesión durante la etapa de la construcción.

Ahora bien, en caso de que las partes no queden conformes con la recomendación emitida por el panel técnico, estos podrán recurrir a una Comisión arbitral o la Corte de Apelaciones respectiva. En caso de elegirse la primera alternativa, las partes deberán haber elegido de común acuerdo a los miembros dentro de dos listas de expertos, compuesta por abogados y confeccionada por la Corte Suprema y compuesta por profesionales elegidos a partir de concurso público de antecedentes por parte del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia al inicio de la respectiva concesión y quedar constituida dentro de los 30 días siguientes a dicha designación.

La comisión tendrá las facultades de árbitro arbitrador únicamente en cuanto al procedimiento y deberá sustentar y fundar su fallo en el derecho vigente, es decir, basado en la ley, las disposiciones del contrato y las bases de licitación.

---

<sup>215</sup>CHILE. Ministerio de Obras Públicas. Ley 20.410: de Concesiones de Obras Públicas, octubre 2010. Inciso 1° artículo 36 ley 20.410: “*Los aspectos técnicos o económicos de una controversia podrán ser llevados a conocimiento de la Comisión Arbitral, o de la Corte de Apelaciones, solo cuando haya sido sometido previamente al conocimiento y recomendación del panel técnico.*”

### 7.3. Actividad histórica del panel técnico de concesiones.

Consideramos que es de la mayor importancia relatar brevemente el recorrido y desempeño de las funciones ejercidas por parte del panel técnico con el objeto de obtener un panorama lo más pormenorizado posible acerca del funcionamiento de este y de las determinaciones o dictámenes que este ha dictado a lo largo del tiempo.

Dentro de este acápite revisaremos brevemente el fenómeno de falta de utilización del panel técnico por las partes (concesionarios y Ministerio de Obras Públicas) durante el periodo 2010-2015 como también la realización de un breve recuento de las recomendaciones que ha emitido el panel durante el periodo 2015-2017.

#### 7.3.1. Falta de utilización del panel técnico (periodo 2010-2015).

La falta de utilización del panel técnico por las partes involucradas en los conflictos derivados de la industria de la construcción como fenómeno, fue tempranamente detectado por la doctrina autorizada en Chile, mas no se han establecido certeramente las razones o motivos que puedan sustentar el fenómeno en cuestión. A título meramente propositivo, establecemos una serie de razones que puedan llegar a fundamentar la falta de utilización del panel técnico por las partes involucradas:

- i) La entrada tardía en vigencia de de las normas de funcionamiento del Panel Técnico (24/10/2013) y, por ende, 3 años después de entrada en vigencia el sistema de solución de controversias establecido por parte de la ley 20.410.
- ii) Mas que desconocimiento o ignorancia por parte de los operadores jurídico-económicos relevantes, postulamos que las expectativas de los operadores relevantes en el mercado ante una eventual falta de certeza o seguridad jurídica respecto de la aplicación del nuevo sistema de solución de controversias y las eventuales consecuencias negativas que pudo haber traído consigo para el ejercicio de sus derechos ante los órganos jurisdiccionales pertinentes, se vio alentado ante el tenor del artículo 1º transitorio de la ley 20.410<sup>216</sup>, el

---

<sup>216</sup> El artículo 1º transitorio de la ley 20.410 establece lo siguiente: “Las sociedades concesionarias con su contrato de concesión de obra pública perfeccionado en la fecha de publicación de esta ley en el Diario Oficial podrán dentro del plazo de los tres meses siguientes, optar por la aplicación de las normas de esta ley a sus respectivos contratos. Aquellas que no lo solicitaren, seguirán regidas por las normas legales vigentes en la fecha de licitación y del perfeccionamiento de dicho contrato de concesión. Los adjudicatarios de obras ya licitadas en la fecha de la publicación de esta ley cuyo contrato no se hubiese perfeccionado y los licitantes de obras en proceso de licitación que resulten adjudicados, podrán ejercer el mismo derecho, en el plazo de los tres meses siguientes al perfeccionamiento de su contrato. Cuando las sociedades concesionarias o los adjudicatarios opten por acogerse a las normas modificatorias de esta ley según lo dispuesto en los incisos anteriores,



cual establecía el ámbito de aplicación temporal de la ley en materia procedimental a través del otorgamiento de un derecho de opción al concesionario, el cual debía ser ejercido por los medios establecidos en la norma y que constara de forma expresa el consentimiento de la parte en que se le aplicaran las disposiciones de corte procedimental relevantes establecidas por parte de la ley en cuestión.

De ahí, que pueda deducirse que de la existencia de la norma de carácter transitorio establecida en el artículo 1º transitorio de la ley, cuya inclusión tornaba inaplicable la disposición contenida en el artículo 24 de la Ley de efecto Retroactivo de las Leyes en materia procedimental<sup>217</sup> por dos razones fundamentales: en primer lugar, debido a que el panel técnico no ejerce jurisdicción y, por ende, no se constituye como un juicio ni sus recomendaciones gozan de la calidad procesal de cosa juzgada. En segundo lugar, dado que esta establecía la facultad de forma expresa a los concesionarios, con el fin de precaver controversias respecto de la aplicabilidad temporal de las nuevas normas procedimentales establecidas por la ley 20.410.

En este sentido, era lógico que estos prefirieran evitar cualquier riesgo o contingencia incierta de pérdida económica ante las expectativas negativas que se pudieron haber tenido acerca del funcionamiento del panel técnico, el cual vendría a reemplazar a la instancia de la Comisión Conciliadora y Comisión Arbitral, cuyo procedimiento y funcionamiento era perfectamente conocido por parte de ellos, por lo que bajo esas condiciones y en vista de que les estaba permitido optar cual régimen procedimental iba a regir el contrato de concesión de obra pública, estos obviamente decidieron seguir regidos por aquel sistema de solución de controversias que era más conocido por su parte y del cual no existirían expectativas negativas ante la incerteza de su aplicación o las consecuencias que de esta pudieran emanar en contra de sus intereses patrimoniales, económicos y financieros.

### 7.3.2. Recuento general de las recomendaciones emitidas.

Como ya explicamos anteriormente, el panel técnico empezó a conocer de las controversias sometidas por las partes a partir del año 2015, por lo que realizaremos un breve análisis acerca de las

---

*el Ministerio de Obras Públicas dictara, sin más trámites, un decreto modificatorio del de adjudicación en que se dejara constancia del cambio en el régimen legal de dicho contrato.”*

<sup>217</sup> El artículo 24 de la ley de Efecto Retroactivo de las Leyes establece que: “*Las leyes concernientes a la substanciación y a la ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubiesen empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieran iniciadas se regiran por la ley vigente al tiempo de su iniciación.*”

recomendaciones emitidas por parte de este, existiendo 17 dictámenes, de los cuales 6 de ellos han sido favorables para el MOP y 11 han sido favorables para los concesionarios, en los que se han discutido diversas temáticas entre las partes, lo cual se explicita a continuación:

i) **Discrepancias por ingresos comerciales y alcance de concepto de este.** Existencia de una única controversia suscitadas entre Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. con Ministerio de Obras Publicas (D01-2017-16/ 06-03-2017).

ii) **Pérdida de ingresos comerciales.** Existencia de 2 controversias suscitadas entre:

- Consorcio Aeroportuario de Calama S.A. Sociedad Concesionaria con Ministerio de Obras Públicas (D11-2016-1/06-01-2017).
- Consorcio Aeroportuario de Calama S.A. Sociedad Concesionaria con Ministerio de Obras Publicas (D04-2017-1/ 20-06-2017).

iii) **Extensión de tiempo de ejecución y sobre costos por obras adicionales o aumento de obras (artículo 19 inciso 3° de la Ley de Concesiones de Obras Públicas).** Han existido 4 controversias suscitadas entre:

- Sociedad Concesionaria Rutas del Desierto S.A. con Ministerio de Obras Publicas (D08-2016-3/16-12-2016).
- Sociedad Concesionaria Ruta del Algarrobo S.A. con Ministerio de Obras Publicas D09-2016-5/ 23-12-2016).
- Sociedad Concesionaria Valle del BioBio S.A. con Ministerio de Obras Publicas (D10-2016-2/30-12-2016).
- Sociedad Concesionaria Ruta del Algarrobo S.A. con Ministerio de Obras Publicas (D12-2016-5/1002-2017).

iv) **Determinación de costos adicionales por cambio de estándares técnicos, económicos o normativos ocurrido con posterioridad a la adjudicación del contrato de concesión y que hayan resultado en la pérdida del equilibrio económico del contrato (artículo 19 inciso 1° de**

**la Ley de Concesiones de Obras Publicas).** Existencia de 4 controversias suscitadas entre:

- Sociedad concesionaria Rutas del Desierto S.A con Ministerio de Obras Publicas (D01-2015-3/09-10-2015).
- Sociedad Concesionaria Valles del BioBio S.A. con Ministerio de Obras Publicas (D03-2016-2/ 12/05-2016).
- Sociedad Concesionaria Ruta del Algarrobo S.A. con Ministerio de Obras Publicas (D06-2016-5/ 25-11-2016).
- Sociedad Concesionaria Rutas del Desierto S.A. con Ministerio de Obras Publicas (D07-2016-3/ 16-12-2016).

v) **Incumplimiento grave del contrato de concesión (artículo 28 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas).** Existencia de una única controversia que se estableció entre Sociedad Concesionaria San José Rutas del Loa S.A. con Ministerio de Obras Publicas (D02-2016-12/ 07-04-2016).

vi) **Retrasos imputables al Fisco (artículo 22 n°3 Ley de Concesiones de Obras Publicas y artículo 52 n°3 del Reglamento de la Ley de Concesiones).** Existencia de una única controversia que se estableció entre el Consorcio aeroportuario de Calama S.A. Sociedad Concesionario con Ministerio de Obras Publicas (D05-2016-1/ 23-09-2016).

vii) **Inclusión o no del IVA al concepto de tarifas máximas establecidas en el contrato de concesión.** Existencia de una única controversia que se estableció entre la Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. con Ministerio de Obras Publicas (D05-2017-16/ 07-07-2017).

viii) **Determinación de parámetros técnicos.** Existencia de una única controversia que se estableció entre la Sociedad Concesionaria Rutas del Limari S.A. con Ministerio de Obras Publicas (D04-2016-8/ 27-05-2016).

- ix) **Determinación del alcance del concepto “incorporación de los gastos de cualquier naturaleza asociados a los procesos de adquisición y/o reposición del equipamiento médico y mobiliario clínico en el precio de adquisición o reposición neto instalado”.** Existencia de una única controversia suscitada entre Sociedad Concesionaria Salud Siglo XX S.A. con Ministerio de Obras Publicas (D02-2017-9/17-03-2017).

#### 7.4. Críticas mecanismo de resolución de controversias desde el modelo FIDIC.

En cuanto a la conformidad de los modelos contractuales con el derecho chileno, de acuerdo a Figueroa Valdés, la utilización de estos modelos contractuales serán plenamente validos por la aplicación del principio rector del derecho privado chileno, consistente en la autonomía de la voluntad para las obras a ejecutarse en Chile, en que la ley de fondo aplicable sea la chilena, ya que si bien su regulación difiere en algunos aspectos a la establecida en el Código Civil chileno, como por ejemplo en la distribución de riesgos, no hay que olvidar que conforme al artículo 1545 del Código Civil el contrato celebrado por las partes es ley para ellas, de modo que perfectamente puede contener disposiciones distintas a la normativa jurídica de dicho Código, el cual se aplicara en forma supletoria<sup>218</sup>.

Desde el punto de vista de la conformidad de la ley chilena con los estándares impuestos por los instrumentos internacionales en la materia, específicamente con respecto a las prescripciones establecidas por los modelos contractuales elaborados por parte de la FIDIC, consideramos que esta padece de diversas falencias, las cuales pasaremos a exponer y analizar detenidamente en las siguientes líneas.

Consideramos que existen ciertos aspectos del sistema de solución de controversias contemplado por parte de la ley 20.410 que son especialmente problemáticos por las siguientes razones:

##### 7.4.1. Naturaleza jurídica del panel técnico.

Determinar la calificación del panel técnico en el marco de las categorías jurídicas ofrecidas por parte de los mecanismos de ADR se justifica en el tenor literal de la disposición contenida en el artículo 36, dado que establece el carácter no jurisdiccional del panel, lo cual se manifiesta en que la determinación emitida tendrá únicamente carácter facultativo para las partes, no influirá ni limitara la competencia de

---

<sup>218</sup> FIGUEROA V., J. E., op cit, p. 19.

la comisión arbitral para conocer de las controversias sometidas por las partes ni tampoco tendrá mérito ejecutorio o efecto de cosa juzgada el dictamen en cuestión.

El encuadre de esta figura bajo el paraguas regulatorio de alguna esta figura permitirá a las partes conocer de antemano la configuración y diseño del procedimiento en cuestión, lo cual incidirá directamente en las expectativas de triunfo o fracaso al participar en estos respecto de la cautela conjunto de sus intereses.

Respecto del encuadre del panel técnico el paraguas regulatorio de los mecanismos alternativos de solución de conflicto, la doctrina se ha pronunciado en escasas ocasiones. Se ha considerado como una alternativa más que viable, encuadrar al panel técnico bajo la figura del dispute board, sobre lo cual se ha pronunciado positivamente el profesor Figueroa, el cual estima que: *“Tratándose de Chile, recientemente se ha incorporado el uso de los DBs en la industria de la construcción en dos contextos distintos: obras públicas (específicamente, en los contratos de concesión entre el FISCO, representado por parte del Ministerio de Obras Públicas, y las empresas concesionarias) y en los contratos privados de infraestructura. Tratándose de los contratos de concesión de obras públicas, el establecimiento de los DBs, y su competencia se encuentra establecida en la ley 20.410 y en su reglamento respectivo...”*<sup>219</sup>

Difiere de esta opinión el profesor Ríos, el cual considera que: *“Si bien este panel técnico no funciona ni opera exactamente como un Dispute Board, constituye a lo menos una innovación en los métodos de solución amistosa de controversias. A la fecha de la elaboración de este libro los paneles técnicos no han operado con la profusión que se esperaba a pesar de haber transcurrido varios años desde la entrada en vigencia de la ley, por lo que resulta imposible analizar sus bondades o defectos en materia de concesión de obras públicas.”*<sup>220</sup>

Como podemos apreciar, la discusión en torno a la naturaleza jurídica del panel técnico no ha sido del todo pacífica ni ha concitado interés en demasía por parte de la escasa doctrina especializada en la materia.

#### 7.4.2. Mecanismo de integración y constitución del panel técnico.

---

<sup>219</sup> FIGUEROA V., J. E. y SCHUBERT., W., op cit, p. 57.

<sup>220</sup> RÍOS S., V. y MOLINA Z., C., op cit, p. 346.

Una de las principales motivaciones detrás de la instauración del sistema de nombramiento atribuible al panel técnico tuvo por objeto reemplazar dos falencias que presentaba la composición y funcionamiento de la *comisión conciliadora*, órgano que operaba con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 20.410: en primer lugar, pretendió evitar a toda costa el fenómeno conocido como *arbitraje de parte*, por el cual cada parte elige a uno de los 3 miembros y el tercero, que actuaba como presidente de la comisión, era elegido de común acuerdo y, por ende, se consideraba que solo existiría un solo miembro realmente imparcial, dado que se entendía que los miembros elegidos directamente por las partes se reputaban en la práctica como representantes de los intereses de cada parte, respectivamente.

En este sentido opina Mereminskaya, la cual considera que, respecto de las calidades requeridas por los árbitros, estima que: *“Mientras ciertas calidades requeridas de los árbitros tales como su formación profesional, los idiomas que hablan, la manera de conducir el procedimiento, etc., están relacionados íntegramente con las características particulares de la controversia, los árbitros siempre deben cumplir con un requisito que es menester para la implementación del arbitraje. Se requiere que el árbitro esté en condiciones de tomar una decisión justa, esto es, basada en los argumentos jurídicos o, si fuera el caso, en equidad, pero necesariamente con exclusión de los aspectos ajenos a la naturaleza del conflicto mismo. En otras palabras, se exige que el árbitro sea independiente e imparcial.”*<sup>221</sup>

En segundo lugar, bajo el mismo fin de impulsar la independencia e imparcialidad de los órganos resolutivos, se requiere que los miembros que integren el panel técnico no puedan formar parte de la comisión arbitral, lo cual antes ocurría en el tránsito de la comisión conciliadora a la comisión arbitral, la cual se encontraba integrada por los mismos miembros, cambiando únicamente las facultades con las que se encontraban imbuidos.

Ahora bien dotar de un mecanismo conformado por miembros que cumplieran con los requisitos de necesaria independencia e imparcialidad a la hora de conocer de los asuntos técnicos y económicos asociados al contrato de concesión como también que contaran con la experticia necesaria en las materias involucradas, estableciéndose una conformación multidisciplinaria del panel, dado que se convoca a profesionales y académicos destacados dentro del mercado relevante, los cuales son escogidos a través de concurso público de antecedentes, en concordancia con los estándares exigidos por parte de la Alta Dirección Pública.

---

<sup>221</sup> MEREMNISKAYA, E., op cit, p. 24.

No obstante, a pesar de lo loable de las intenciones del legislador en la materia, consideramos que la exclusión de las partes del sistema de nombramiento del panel técnico podría ser un tanto problemático. Esto debido a que, en nuestra opinión, el panel carecería de uno de los principales activos y que constituye el corazón de los dispute boards: la relación de confianza y colaboración que se genera entre los miembros del dispute board y las partes, la cual se genera a partir de la participación de estas últimas de forma directa en su nombramiento. Al tratarse en el caso chileno, de un panel técnico en cuyo sistema de nombramiento actúa de forma predominante el Estado y en que se excluye la posibilidad de que las partes escojan a los miembros de su preferencia, de acuerdo a criterios objetivos tales como prestigio profesional, grado de preparación académica, habilidades blandas que este posea, entre otras.

En este sentido, se debilitaría tremendamente el fundamento del principio de confianza hacia el panel técnico, dado que las partes se encontrarían más proclives a confiar en un panel conformado por personas de su absoluta confianza y con las cuales se generen las condiciones suficientes para establecer una relación de continua colaboración entre las partes y los miembros del panel.

Sin la existencia de tal relación de confianza y colaboración, disminuiría notablemente la eficacia del principio de eficacia preventiva de las disputas o controversias, el cual corresponde a la *raison de etre* atribuible a estos órganos, diferenciándose entre una eficacia de carácter pasiva y activa de este panel respecto de capacidad de evitar los conflictos o al menos atenuar sus efectos perjudiciales.

La anterior distinción en cuanto a los efectos preventivos de carácter pasivo y activo atribuibles al dispute board se ratifica a partir de lo estimado por parte de Marcela Radovic, la cual considera que: *“El dialogo con los miembros del panel permite a las partes enfocarse en la identificación temprana de problemas y en caso de ser necesario, referir estos problemas al panel para obtener apoyo oportuno. Según la DRBF, las partes de un proyecto de DRB son reacias a adoptar posiciones extremas porque no quieren aparecer como conflictivas con los miembros del panel. Confirmando esta idea, Rubin y Biser argumentan que cuando los DRB son establecidos desde el inicio del proyecto, las partes intentarían resolver los problemas por ellas mismas antes de que esas diferencias escalen y se transformen en disputas. Esta actitud se basaría en que las partes no querrían aparecer o ser juzgados como irracionales frente a otros, sobre todo cuando estos poseen experiencia y son reconocidos como referentes, como son los miembros del panel<sup>222</sup>”*.

---

<sup>222</sup> RADOVIC C., M., op cit, p. 16-17.

#### 7.4.3. Panel técnico y condición de arbitrabilidad de las controversias.

En este punto hemos de realizar una disquisición teórica de la mayor relevancia, ya que el sistema chileno de solución de controversias establece al panel como un mecanismo pre arbitral, cuya intervención en el procedimiento es de carácter previo y obligatorio, únicamente en el caso de tratarse de una controversia de carácter técnico, económico o financiero que se relacione con el contrato de concesión.

Consideramos que la intervención diferenciada del panel técnico en base a la naturaleza de las materias que integran la controversia suscitada entre las partes es del todo inconsistente e inconveniente, por cuanto creemos que tal distinción es del todo artificiosa debido a que es virtualmente imposible en la práctica separar cuestiones técnicas y/o económicas, dado que para determinar el grado de cumplimiento de los estándares exigidos en los documentos del proyecto pertinentes, se entiende como necesario para estimar la constatación y declaración de este un ejercicio previo de contraste entre la prestación exigible a las partes y el nivel de actividad al cual esto se comprometieron en orden a dirigir su conducta.

En todo caso, mas allá de esta inconsistencia en la diferenciación competencial de las materias que han de ser sometidas por las partes de forma previa y obligatoria al panel técnico, de acuerdo a lo sostenido por parte de Andrea Bruzzone, a la cual entrevistamos acerca de este punto en específico, estableció que desde el año 2015, año en que se sometió la primera controversia a conocimiento del panel técnico por las partes interesadas hasta la actualidad, este órgano no ha impuesto en la práctica este examen de admisibilidad respecto de los conflictos presentados por las partes, es decir, nunca se ha discriminado entre las causas que fueran de carácter puramente jurídico o puramente técnicas, a pesar de que tal disquisición se encuentra establecida expresamente en el artículo 36 bis de la ley 20.410, el cual establece que: *“Las controversias o reclamaciones que se produzcan con motivo de la interpretación que se produzca con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de concesión o a que dé lugar su ejecución, podrán ser llevadas por las partes al conocimiento de una comisión arbitral o de la Corte de Apelaciones de Santiago... **Los aspectos técnicos o económicos de una controversia podrán ser llevados a conocimiento de la Comisión Arbitral, o de la Corte de Apelaciones, solo cuando hayan sido sometidos previamente al conocimiento y recomendación del panel técnico (lo subrayado es nuestro).**”*

#### 7.4.4. Facultades del tribunal arbitral en la fundamentación del fallo.



Consideramos un desacierto por parte del legislador establecer que el tribunal arbitral únicamente podrá ejercer facultades de arbitrador en cuanto a la determinación del procedimiento y que habrá de fallar de acuerdo a derecho la controversia, es decir, someterse a lo que vulgarmente se conoce como el arbitraje de carácter mixto, por cuanto el programa prestacional y el cumplimiento de los contratos de construcción es de suyo complejo y, en especial, los de concesión de obras públicas, debido a que al ser contratos de ejecución diferida y de vasta duración, las circunstancias económicas y técnicas bajo las cuales se celebró inicialmente el contrato inevitablemente tienden a variar y en ciertas ocasiones de forma brutal, por lo que el cumplimiento de la obligación para una de las partes devendrá en extremo onerosa y, por ende, siendo aplicable la teoría de la imprevisión.

En este sentido opina Enrique Alcalde, el cual, partiendo de las consideraciones establecidas por Pablo Rodríguez, considera respecto al punto en cuestión lo siguiente: *“Es por ello-afirma el autor citado- que el deudor no contrae una obligación para satisfacerla objetivamente, siempre y sin excusa posible. El solo responde si su comportamiento no se ajusta a la diligencia y actividad que le impone la ley o la convención. Por lo mismo, no hay obligación alguna en el Derecho que no lleve aparejada, como la sombra al cuerpo, un determinado nivel de eficiencia (diligencia), la cual forma parte de la obligación misma. Y es también por ello que no hay obligaciones objetivas- que siempre deban cumplirse y en cualquier evento- sino obligaciones subjetivas, esto es, referidas a una determinada responsabilidad, diligencia actividad y cuidado del deudor.”*<sup>223</sup>

Es por ello que, en nuestra opinión, el fundamento de la modificación a las facultades de los árbitros correspondió a la búsqueda de un mayor grado de protección y seguridad jurídica ante el temor de resultados inciertos que puedan derivarse de los litigios arbitrales, lo cual implica un relativo desconocimiento respecto del alcance y contenido de la prudencia y/o equidad como base fundante del fallo emitido por los árbitros.

Lo anterior se ve reafirmado a partir de las prevenciones emitidas por diversos personeros respecto a la tramitación de la ley 20.410, contándose entre ellos al ministro de Obras públicas de ese entonces, Eduardo Bitran, el cual señaló lo siguiente: *“Para 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*

---

<sup>223</sup> ALCALDE RODRIGUEZ, Enrique. 2007. Corte de Apelaciones de Santiago y teoría de la imprevisión. Un hito fundamental en la evolución de nuestra justicia ordinaria. Revista Chilena de Derecho, 34(2): 365.

*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.”<sup>224</sup>*

En el mismo sentido, se expresó Nicole Nehme, la cual señaló que: *“La existencia de árbitros arbitradores representa un incentivo a litigar más allá de los casos en que se tiene certeza de tener la razón. La modificación persigue eliminar los incentivos perversos a litigar “per se”. En consecuencia, la certidumbre de la industria debería mejorar y, por lo tanto, los bonos y los instrumentos financieros deberían quedar en mejor situación que la actual. Finalmente, informó que los demás mercados regulados que consideran un tribunal especial o un mecanismo arbitral, siempre están integrados por árbitros de derecho, por lo tanto, no hay razón para mantener una excepción para una sola industria que más bien parece una discriminación.”<sup>225</sup>*

En sentido contrario, Carlos Jorquiera, en representación de la Cámara de Comercio de Santiago, señaló ciertos peligros de recurrir al arbitraje mixto, entre los que se cuentan: *“Con un arbitraje mixto los plazos se extienden entre 3 y 5 años por el excesivo número de causas que se encuentran pendientes ante la Corte de Apelaciones de Santiago, y la relación entre empresarios de la construcción con contratistas y subcontratistas, debe realizarse en periodos más breves y menos costosos.*

*En el derecho comparado de Inglaterra, Francia y Estados Unidos, impera, incluso en los arbitrajes de derecho, la aplicación de una norma constituida por usos y costumbres del ámbito empresarial, del comercio y de la industria, para la resolución de conflictos.*

*En consecuencia, en su opinión, debería mantenerse el sistema de árbitros arbitradores.”<sup>226</sup>*

En este sentido, la principal confusión en que se suele incurrir es en considerar a la equidad como equivalente al mero arbitrio del juez y, por ende, como una manifestación de subjetividad en su más puro e irreprimible. En opinión de Fernández, el ejercicio de la equidad por parte de los arbitradores

---

<sup>224</sup> FIGUEROA V., J. E. y SCHUBERT, W., op cit, p. 63.

<sup>225</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2010. Historia de la ley 20.410 sobre contratos de concesión de obras públicas, Informe de la Comisión de Obras Publicas, p. 50.

<sup>226</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, op cit, p. 54.

tiene límites clarísimos que han de ser cumplidos, tales como las normas de orden público; principios generales del derecho como la buena fe, enriquecimiento injusto, evitar el abuso del derecho y las cláusulas leoninas, entre otros; respetar lo acordado por las partes en el convenio arbitral y, por último, respetar los límites materiales de su competencia, a fin de que el laudo no sea recurrible de casación en la forma bajo la causal de ultrapetita.<sup>227</sup>

En este sentido, la facultad de integración contractual otorgada a los árbitros arbitradores sigue siendo relevante, dado que la jurisprudencia chilena ha sido más bien reticente y hasta hace no mucho tiempo no se aceptaba la aplicación de la teoría de la imprevisión por parte de los jueces y árbitros de derecho, dado que se entendía infringido el principio de intangibilidad de los contratos.

Ahora bien, en estos casos es obvio que nos encontramos ante contratantes experimentados y capacitados en materias económicas y contractuales, los cuales presumidamente han distribuido los riesgos de la mejor manera a través de cláusulas contractuales tales como la *hardship*, exclusión o asunción expresa de riesgo en caso de la ocurrencia de un caso fortuito, confidencialidad en materia de secretos industriales y comerciales, entre otros.

No obstante, a pesar del empleo de la debida diligencia en la redacción del contrato, es imposible prever lo imprevisible por las partes, por lo que consideramos que otorgar facultades arbitrador pleno al árbitro va en consonancia con el carácter incompleto que presentan los contratos de construcción en cuanto a la previsión de todas aquellas circunstancias futuras que puedan afectar el equilibrio prestacional a mediano y largo plazo.

En este sentido, la falta de previsión y seguridad jurídica se aumenta a partir de la dispersión y escasez de la normativa nacional que regula los contratos de construcción, las cuales muchas veces resultan del todo insuficientes para resolver los conflictos planteados y, por ende, que resulte del todo deseable otorgársele al árbitro el mayor ámbito de flexibilidad y amplitud en el conocimiento y resolución del asunto en cuestión<sup>228</sup>.

---

<sup>227</sup> FERNANDEZ RUIZ, Gonzalo. Facultades de un árbitro arbitrador: alcances y limitaciones [en línea] [www.carey.cl](http://www.carey.cl). (consultado 10 de diciembre 2017)

<sup>228</sup> FIGUEROA VALDES, Juan Eduardo. 2007. Los contratos privados de construcción y el arbitraje de equidad. Editorial Lexis Nexis, Gaceta Jurídica, Santiago de Chile, 324: 9, en que el autor señala lo siguiente: “Atendida la naturaleza de los problemas que surgen de la aplicación, cumplimiento e interpretación de los contratos de construcción, en que, como hemos visto, muchas veces las normas legales que le son aplicables y las estipulaciones contractuales resultan del todo insuficientes para resolver los conflictos planteados, consideramos de especial interés que los árbitros puedan estar dotados de mayor amplitud y flexibilidad para buscar un camino idóneo frente al conflicto que se produce por el imprevisto grave que afecta seriamente al cumplimiento de una obligación, esto es, entre el *pacta sunt servanda* consagrado en el artículo 1545 del Código Civil, conforme al cual el contrato es ley para las partes contratantes y los principios de justicia.”

Ahora bien, más allá del problema que pueda suscitar la aceptación o rechazo de la teoría de la imprevisión, lo cual puede verse remediado a través de la correspondiente cláusula hardship, siguen existiendo ciertos asuntos que no son resueltos por la legislación chilena y que podrían verse resueltos por los instrumentos normativos internacionales o transnacionales, los cuales brindan una mayor claridad en el establecimiento de los principios aplicables a contratos de gran envergadura y que inevitablemente tienen lazos y efectos más allá de las fronteras de Chile, que corresponde a su lugar de celebración.

De ahí que, al presentarse inversionistas extranjeros a los procesos de licitación de obras públicas, consideramos como extremadamente conveniente que el arbitraje pueda contar con amplios grados de flexibilidad en la resolución del asunto, estando autorizado el árbitro para sustentar el fallo bajo el tenor de las disposiciones contractuales como también de la interpretación sistemática del *iter contractus* y de todas las circunstancias relevantes asociadas a este, como también recurrir a los principios de derecho que sean aplicables, sean estos de fuente nacional, internacional o supranacional, es decir, podrá acudir a los instrumentos normativos transnacionales, tales como los Incoterms, los Principios Unidroit y de La Haya sobre contratos comerciales Internacionales, que se entienden pertenecientes a la *lex mercatoria*. En este sentido, de acuerdo a Figueroa Valdés, la utilización de los modelos FIDIC serían en extremo idóneos, dado que permitirían alcanzar los grados de flexibilidad deseados tanto a nivel sustantivo como procedimental, estableciendo que: “*Los contratos FIDIC se caracterizan por dar soluciones internacionalmente conocidas y aceptadas para llevar a cabo la ejecución de distintos tipos de proyectos de construcción, siendo sus normas compatibles con los ordenamientos jurídicos tanto del Common Law como del Civil Law, lo que facilita que frente a la licitación de una obra, los participantes puedan concentrarse en los aspectos técnicos y de administración del contrato, más que en la discusión de tipo legal.*”<sup>229</sup>

Al consistir estas en normas jurídicas de carácter no coercitivo y cuya legitimidad recae en su poder de persuasión<sup>230</sup>, al emanar de institutos internacionales de reconocido prestigio y en cuya conformación participaron los principales juristas de las culturas jurídicas dominantes, la aplicación de estas puede incluirse en el contenido normativo de la equidad, a partir del concepto de equidad establecido por Phillipi: “*Si bien la definición que se da del concepto de equidad puede variar según cual fuere el criterio jus filosófico en el cual se encuadrare, pensamos que ha de coincidirse en estimarle como la*

---

<sup>229</sup>FIGUEROA V., J. E., ob cit, p. 7.

<sup>230</sup>OVIEDO A., J., ob cit, p. 40, el cual se refiere a los principios Unidroit como parte del fenómeno de la *Lex Mercatoria*, establece la fuente de su valor normativo: “*No están concebidos como una forma de modelo de cláusulas contractuales para algún tipo de convenio en particular, ni constituyen una forma de convención internacional de ley uniforme para los contratos internacionales, y como se verá más adelante, derivan su valor únicamente de su fuerza persuasiva.*”

*aplicación a un caso particular de lo justo, entendido, no como sinónimo estricto de lo legal, sino como expresión de ese substrato de derecho vigente que impera en la vida social y que se afianza, en último término, en la propia naturaleza del hombre.*”<sup>231</sup>

Por todo lo anterior, consideramos que dada la política de apertura mostrada por parte del estado chileno a las inversiones extranjeras, tal propósito a nivel político y económico ha de ir necesariamente acompañado de un sistema de resolución de controversias que otorgue resguardos mínimos al inversionista extranjero, el cual presumiblemente preferirá no someterse a la ley chilena, dado el evidente desconocimiento que este tendrá de ella y que generara una evidente situación de desigualdad en tal ámbito, lo cual viene a ser remediado por las atribuciones de arbitrador pleno al tribunal arbitral, pudiendo este recurrir en nombre de la equidad a un espectro normativo más amplio que meramente el derecho nacional y el contrato, el cual garantizara una mayor neutralidad y equilibrio en la solución de los asuntos sometidos a su conocimiento.

#### 7.5. Propuestas a título *lege ferenda*.

El presente título tiene por objeto presentar aquellas recomendaciones que consideramos del todo indispensables para propender a la existencia de un mecanismo de solución de controversias que cumpla con los requisitos y condiciones jurídicas mínimas contempladas por parte de los instrumentos normativos transnacionales, tales como las Condiciones Generales contenidas en los libros rojo y dorado de la FIDIC.

La estandarización de la ley chilena respecto de los estándares internacionales tiene por fundamento y se justifica en la equiparación que ha de realizarse en términos jurídicos a la pretensión política de apertura comercial propugnada por parte del estado chileno desde la década de los '90, para poder así promover la entrada de nuevos capitales e inversiones extranjeras, brindando un grado de certeza y previsibilidad jurídica necesaria para la instauración de proyectos de infraestructura bajo un escenario *greenfield*, es decir, que se trate de un caso de inversión extranjera directa, la cual de acuerdo a Gallegos se establece como: “*A su vez, es conveniente tener presente que se suele denominar con el anglicanismo greenfield cuando se produce una adición neta al stock de capital del país receptor, que*

---

<sup>231</sup> PHILLIPI IZQUIERDO, Julio. 1973. Notas sobre el juicio ante arbitradores. *Revistas Estudios Jurídicos*, Revista de Derecho Universidad Católica de Chile, 2(1&2): 8.

*no se basa en una unidad productiva instalada previamente, sino que en la creación de una empresa nueva.*”<sup>232</sup>

De ahí que, consideramos apropiado sugerir las siguientes recomendaciones en el sentido descrito *supra*, las cuales consistirán en:

- a. Panel técnico como condición invariable de arbitrabilidad de las controversias.

Consideramos que la ley debió haber establecido el recurso al panel técnico como requisito o condición de arbitrabilidad de la controversia en todos los casos, es decir, se ha de eliminar el régimen diferenciado bajo el cual se redactó la ley 20.410, por la cual se entiende que en el caso de tratarse de una disputa de puramente jurídica no se requerirá recurrir previamente al panel técnico para la emisión de la determinación en cuestión, mientras que en el caso de tratarse de una disputa de carácter técnico, esta habrá de pasar necesariamente por el examen del panel técnico para poder ser está sometida con posterioridad ante la instancia arbitral.

La razón de igualar el régimen en cuestión se justifica básicamente en que nos parece una decisión del todo arbitraria y artificiosa realizar la distinción entre disputas de carácter puramente técnico o jurídico, dado que para determinar el incumplimiento de un estándar en materia técnica o económica por parte del panel técnico, se ha de revisar necesariamente el alcance de las obligaciones de cada parte en ese ámbito, lo cual equivale a establecer un análisis de diligencia debida en el cumplimiento del estándar en cuestión, es decir, se deberá proceder a un análisis propiamente jurídico por parte del panel, por lo que tal distinción en los hechos no se sostendría, dado que todas las disputas presentadas por las partes tendrían al menos un cierto contenido jurídico y, por ende, se generaría una discriminación insostenible a la hora de que las partes puedan ejercer sus derechos, en el entendido que algunos habrán de cumplir con el requisito de arbitrabilidad (materias técnicas) y los que presentan materias “propiamente jurídicas”, podrán omitirlo y someter el asunto directamente a arbitraje. De ahí que, en el caso de los dispute boards, sea del todo recomendable la presencia de un abogado que integre el panel técnico.

- b. Los dictámenes emitidos por el panel técnico deberían ser vinculantes para las partes del

---

<sup>232</sup> GALLEGOS ZUÑIGA, Jaime. 2016 “Nuevos escenarios de la inversión extranjera en Chile”. Revista Tribuna Internacional, 5 (9): 30.

contrato.

El panorama comparado relevante ha optado mayoritariamente por la adopción de paneles técnicos cuyas determinaciones sean de carácter vinculante u obligatorio para las partes del contrato, impidiendo que el cumplimiento de estas sea meramente facultativo para las partes.

Más allá de las evidentes complicaciones que se ha tenido para permitir el cumplimiento efectivo de las obligaciones contenidas en las decisiones emitidas por los dispute adjudication boards, las cuales han sido parcialmente subsanadas con las modificaciones establecidas por parte del *Gold Book* publicado por la FIDIC el 2008, en materia de contratos de concesión de obras públicas, el debate acerca de las estrategias de cumplimiento será jurídicamente inexistente en el caso de las recomendaciones, las cuales por su propia naturaleza son intrínsecamente no vinculantes para las partes.

- c. Panel técnico debería cumplir rol de prevención de conflictos entre las partes del contrato.

El rol llevado a cabo por parte de la instancia ante el panel técnico no disuade ni permite atenuar o prevenir los conflictos suscitados entre las partes debido a que el panel técnico, cuya integración es de carácter permanente y único, goza de dos falencias:

En primer lugar, atenta contra la flexibilidad procedimental propia de los dispute boards y el rol que juega la autonomía de la voluntad en la constitución e integración de los mismos y, por ende, podría generarse una eventual falta de confianza de las partes respecto de la capacidad de los miembros para emitir la determinación, lo cual conllevaría necesariamente impugnar la recomendación por medio del recurso al tribunal arbitral.

En segundo lugar, el panel operara en la práctica como un tribunal arbitral previo a la instancia arbitral propiamente tal, es decir, como una instancia arbitral de primera instancia<sup>233</sup>, lo cual se explica en que el panel carecerá de todas aquellas ventajas que se le atribuyen a los dispute boards de carácter permanente, tales como el enfoque preventivo, la celeridad y la inmediatez en el conocimiento de los hechos que configuraran el conflicto que se suscite entre las partes.

- d. El tribunal arbitral debería contar con facultades de árbitro arbitrador pleno.

---

<sup>233</sup> GLOVER, Jeremy, op cit, p. 4.

La modificación llevada a cabo por la ley en este sentido creemos que fue notoriamente errada, dado que al limitar las facultades de arbitrador únicamente en cuanto a la determinación del procedimiento, implica tácitamente una fuerte limitación a la autonomía de la voluntad de las partes, en cuanto a la determinación y diseño del acuerdo arbitral que ha de regir a ambas. Creemos que es una limitación que no tiene sustento y que puede perjudicar en demasía a ambas partes debido a que el tribunal, al verse limitado a fallar únicamente de acuerdo a la ley positiva, entendiéndose por tal la de origen y carácter estatal, excluyéndose así el recurso al derecho extra estatal o a nacional.

A pesar de que estamos totalmente de acuerdo con Figueroa Valdés, en cuanto a la validez de los modelos contractuales FIDIC ante el derecho chileno<sup>234</sup>, el árbitro solo podrá recurrir a los estándares y cláusulas modelo fijadas por estos en caso de que las partes los hayan incorporado expresamente en el contrato internacional de construcción, a través de la autonomía material de primer grado, es decir, el árbitro no podrá recurrir a ella a título de *lex mercatoria*, lo cual podría ser utilizado con fines interpretativos y/o correctivos de las estipulaciones contractuales o llenar los vacíos regulatorios dejados por parte de la legislación nacional, que en este caso corresponde a la ley 20.410, las bases de licitación y leyes supletorias del derecho nacional.

---

<sup>234</sup> FIGUEROA V., J. E., op cit, p. 7.



## 8. Conclusiones.

El derecho de la construcción y de los negocios internacionales siempre ha ido de la mano en constante y rápida evolución, requiriendo de diversas estructuras jurídicas que cumplan con los continuos requerimientos de la clase empresarial de mayor celeridad y seguridad jurídica en el tráfico mercantil de los bienes, servicios y capital que se pongan al servicio de la consecución de los proyectos de infraestructura a nivel internacional.

Para mantener la rapidez y agilidad del tráfico jurídico mercantil, la clase mercantil a su vez se vio en la necesidad de buscar alternativas para la solución de controversias surgidas entre las partes, lo cual se ve plasmada en la configuración de los mecanismos ADR y de todo el movimiento que se llevó a cabo en los Estados Unidos de Norteamérica, pasando rápidamente tal impulso modernizador a Europa, cuyo impulso originario buscaba la desmonopolización de la función de resolución de conflictos del poder estatal, la cual se manifestaba primariamente a través de la función jurisdiccional.

Como ya pudimos revisar con detenimiento, el nivel de conflictividad reinante en la industria de la construcción hizo necesaria la incorporación de los dispute boards como mecanismos de resolución de controversias que permiten interpretar las necesidades de prevención de conflictos y de continua vigilancia y supervisión respecto del proceso constructivo, a través del principio de inmediación en el conocimiento de los hechos o antecedentes de la obra, permitiendo así en caso de que no pudieran prevenirse estos, resolver las controversias suscitadas entre las partes en tiempo real y así permitir la ejecución continua de los trabajos, sin tener que recurrir a medidas extremas como la paralización o suspensión de las actividades constructivas.

En sintonía con lo anterior, dada la naturaleza puramente contractual del mecanismo en cuestión, así como también las determinaciones dictadas por este, por contraposición al reconocimiento universal del cual gozan los laudos arbitrales en gran parte de los países a nivel mundial, a partir de la incorporación de la Convención de Nueva York de 1958 y de la Ley Modelos de Arbitraje Comercial Internacional de 1985, los cuales lo incorporaron en su gran mayoría a sus ordenamientos jurídicos nacionales, estos gozan de evidentes facilidades para su ejecución plena de las obligaciones que hayan sido reconocidas por parte de estos, por lo que se ha llegado a un cierto consenso respecto del diseño de las cláusulas multifunción de controversias, en que prima el carácter complementario de ambas instituciones, es decir, los mecanismos ADR y el arbitraje, la cual deberá ser contemplada como instancia final con el objeto de aprovechar las ventajas a las cuales ya nos hemos referido en materia de ejecución de las obligaciones.

Este ha sido el diseño bajo el cual se ha configurado el procedimiento de solución de controversias FIDIC, cuyos principios orientadores van en línea con la pretensión y promoción de prevenir la ocurrencia de conflictos entre las partes del contrato, con el objeto de reducir los costos legales, administrativos y comerciales asociados al surgimiento y eventual agravamiento de las consecuencias adversas de estos.

Las experiencias con el sistema en cuestión han sido más bien positivas y han permitido la implementación efectiva de políticas preventivas de conflictos y de resolución rápida y certera de los conflictos entre las partes. A pesar de este positivo panorama, como todo sistema, este no se encuentra exento de fallas, las cuales han sido detectadas con especial agudeza por parte de la doctrina comparada, dentro de las cuales se cuentan los excesivos efectos derivados de la interpretación estricta y literal de la sub clausula 20.1 de las Condiciones Generales FIDIC que se predicen en caso de la interposición extemporánea del reclamo contractual en el caso del contratista, a través de la extinción del derecho a ejercer la reclamación, por contraposición al régimen diferenciado y ampliamente favorable que se establece a favor del dueño o propietario en la sub clausula 2.5 de las mismas condiciones, lo cual consideramos es absolutamente inaceptable y que constituye una amenaza latente a uno de los principios fundamentales que orientan los modelos contractuales FIDIC: la distribución equitativa de los riesgos y la asunción de sus consecuencias adversas por quien sea más apto para asumirlos como también el examen de necesidad y pertinencia que se realiza respecto del periodo de negociación obligatorio de 56 días previo al inicio del arbitraje.

Por último, se procedió a una somera revisión de la legislación chilena en materia de contratos de concesión de obra pública, específicamente respecto del sistema de solución de controversias contemplado para resolver las diferencias o disputas que pudiesen surgir entre las partes y la evolución que este ha tenido desde su implementación en la década de los '90 hasta su actual configuración, una vez entrada en vigencia la ley modificatoria 20.410, la cual cambio sustancialmente el régimen procedimental establecido por parte del D.S. N°900 de 1996.

Consideramos que las falencias detectadas en la ley 20.410 pueden ser fácilmente resueltas y las críticas vertidas en el correspondiente apartado tuvieron por objeto adaptar la ley chilena a los mínimos estándares internacionales, los cuales se ven representados por los instrumentos normativos de soft law, cuyo máximo representante en la industria de la construcción constituyen los modelos contractuales FIDIC.

## 9. Bibliografía

- ABBOTT, Kenneth. W. y SNIDAL, D. 2000. Hard and soft law in international governance. International Organization n°54, Estados Unidos de Norte América, Massachusetts, p. 422.
- ALCALDE RODRIGUEZ., Enrique. 2007. Corte de Apelaciones de Santiago y teoría de la imprevisión. Un hito fundamental en la evolución de nuestra justicia ordinaria, Revista Chilena de Derecho, 34(2): 365.
- ARAUJO, Nadia de, Direito Internacional Privado. 3ª Edición Renovar, Rio de Janeiro, 2006.
- ARMES, Murray. 2011. Everybody has won and all must have prizes: How the dispute board process could improve UK adjudication. Thomson Reuters, Construction Law Journal, UK, 7: 18.
- ARMES, Murray. The concept of dispute avoidance or how to stop a simple problem spiraling from a breeze to a whirlwind [en línea] <https://www.sensestudio.co.uk/site/wp-content/uploads/2012/09/the-concept-of-dispute-avoidance-delegate-pack-version.pdf> (consultado 05 diciembre 2017).
- ARMES, Murray. 2013. Putting your money where your mouth is or Practicing what you preach: The funding (or not) of dispute boards by the international funding banks. Thomson Reuters, Construction Law Journal, UK, issue 2.
- ARMES, Murray. 2016. Dispute avoidance and dispute boards [en línea] <http://mediacao.fgv.br/wp-content/uploads/2016/06/Dispute-Avoidance-and-Dispute-Boards.pdf> (consultado 07 de diciembre de 2017).
- BARROS BOURIE, Enrique. y GERMAIN RONCO, Andrés. Los conflictos de interés en el arbitraje internacional [en línea] [http://www.camsantiago.cl/articulos\\_online/Conflictos%20de%20Inter%20C3%A9s%20en%20el%20Arbitraje%20Internacional%20VF.pdf](http://www.camsantiago.cl/articulos_online/Conflictos%20de%20Inter%20C3%A9s%20en%20el%20Arbitraje%20Internacional%20VF.pdf) (consultado 1 de septiembre 2017).
- BARROS BOURIE, Enrique. 2006. “Tratado de responsabilidad extracontractual”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- BATTRICK, Phil. y DUGGAN, Paul. The Rainbow Suite. The 1999 FIDIC suite part 1 [en línea] <http://fidic.org/sites/default/files/FIDIC-rainbow-suite-2012.pdf> (consultado 2 de septiembre de 2017).
- BERNINI, Giorgio. 1985. Domestic and international arbitration in Italy after the Legislative Reform. Pace Law Review, 5(3): 544.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2010. Historia de la ley 20.410 sobre contratos de concesión de obras públicas, Informe de la Comisión de Obras Públicas.
- BOOG, Christopher y MENZ James, “First decision on FIDIC dispute adjudication boards (Swiss Supreme Court)”, [en línea] <http://uk.practicallaw.com/5-582-3245>. (consultado 20 de noviembre de 2017).

- BOOG, Christopher. How to deal with multi-tiered Dispute Resolution Clauses. Note on the Swiss Federal Supreme Court's Decision: 4A\_18/2007 of 6 June 2007. 2008. Mars, ASA Bulletin, 26
- BORDA, Alejandro. 2010. La teoría de los actos propios. Un análisis desde la doctrina argentina”, en “Venire contra factum proprium. Escritos sobre la fundamentación, alcance y límites de la doctrina de los actos propios. Cuadernos de Extensión Jurídica, nº18, Santiago, Chile, 2010, 39p.
- BRODSKY, Jerry. 2014. Mesas paralelas de resolución de controversias en mega proyectos de ingeniería y construcción: una perspectiva práctica. En: GARCIA H. R. (Cord) Dispute Boards en Latinoamérica: experiencias y retos”, Biblioteca Mario Castillo Freyre, Vol. 23 Lima, Perú
- CAIRNS, David. y MADALENA, Ignacio. El reglamento ICC relativo a los dispute boards [en línea] <http://www.cremades.com/es/publicaciones/el-reglamento-de-la-icc-relativo-a-los-dispute-boards/> (consultado 13 de diciembre 2017).
- CALVO CARAVACA, Alfonso y CARRASCOSA GONZALEZ, Javier. 2003. Curso de contratación internacional. Editorial Colex, Madrid, 69-70pp.
- CAMPOS MEDINA., Alexander. y HINOSTROZA SOBREVILLA., Luis Martin. El contrato de obra pública: lo que no dice la ley de contrataciones y adquisiciones públicas, pero debería decir [en línea] [http://pbeabogados.facipub.com/facipub/upload/publicaciones/1/71/el\\_contrato\\_de\\_obra\\_publica.pdf](http://pbeabogados.facipub.com/facipub/upload/publicaciones/1/71/el_contrato_de_obra_publica.pdf) (consulta 14 de julio de 2017).
- CAPUÑAY CARRUZO, Fernando. y FERRUZO DAVILA, Gianfranco. 2014. Breves apuntes sobre los dispute board resolution [en línea] [http://www.unife.edu.pe/publicaciones/revistas/derecho/lumen\\_10/105.pdf](http://www.unife.edu.pe/publicaciones/revistas/derecho/lumen_10/105.pdf) (consultado 05 de diciembre de 2017).
- CETINEL, Yasemin. 2014. Losing entitlement to claim and resort to dispute resolution in construction: time bar provisions and the Turkish approach [En línea] <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/12/19/losing-entitlement-to-claim-and-resort-to-dispute-resolution-in-construction-time-bar-provisions-and-the-turkish-approach/> (consultado 31 noviembre 2017).
- CHILE. Ministerio de Obras Públicas. Ley 20.410: de Concesiones de Obras Públicas, octubre 2010.
- CIFUENTES RIVERA., Octavio. Cosa Juzgada [En línea] [www.derecho.unam.mx](http://www.derecho.unam.mx), (consultado 12 de octubre de 2017), p.36.
- CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Introducción a los principios sobre elección de ley aplicable en contratos comerciales internacionales de 2015. [En línea] <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=135#text> (consultado 24 de noviembre de 2017).

- DEDEZADE, Taner. 2012. Mind the gap: analysis of cases and principles concerning the ability of ICC arbitral tribunals to enforce binding DAB decisions under the 1999 FIDIC conditions of contract. Thomson Reuters, International Arbitration Law Review, UK, 4: 147.
- DE SOLMINIHAC R., Hernán. y THENOUX, Guillermo. 2011. Procesos y técnicas de construcción. 5ª Edición, Santiago de Chile, Ediciones. 120 p.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo. 2010. Tipicidad y atipicidad de los deberes precontractuales de información. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile, 34
- ECHEVERRI SALAZAR., Verónica. María. Del contrato de libre discusión al contrato de adhesión. Opinión Jurídica, Medellín, Colombia, 9 (17).
- ERTEL, D., SANCHEZ, F., FALCAO, H. 1999. Preparándose para negociar. CMI International Group,
- EYZAGUIRRE BAEZA, Cristóbal. y RODRIGUEZ DIEZ., Javier. 2013. Expansión y límites de la buena fe objetiva-a propósito del Proyecto de Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Revista Chilena de Derecho Privado, Santiago de Chile, 21.
- FENWICK ELLIOT. 2014. FIDIC: making claims under sub clause 20.1. Obrascon Huarte Lain SA v Her Majesty's Attorney General for Gibraltar”, Dispatch, 167: 1.
- FERNANDEZ PEREZ, Ana. 2017. Clausulas escalonadas multifunción en el arreglo de controversias comerciales internacionales [en línea] [https://e-  
revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/viewFile/3615/2183](https://e-<br/>revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/viewFile/3615/2183) (consultado 22 de agosto 2017).
- FERNANDEZ ROZAS., José Carlos y SANCHEZ LORENZO, Sixto. 2003. Curso de Derecho Internacional Privado. Editorial Civitas, Madrid, España
- FERNANDEZ RUIZ., Gonzalo. Facultades de un árbitro arbitrador: alcances y limitaciones [en línea] [www.carey.cl](http://www.carey.cl). (consultado 10 de diciembre 2017)
- FIGUEROA VALDES, Juan. Eduardo. 2007. Los contratos privados de construcción y el arbitraje de equidad. Editorial Lexis Nexis, Gaceta Jurídica, Santiago de Chile, 324: 9
- FIGUEROA VALDES., Juan. Eduardo. 2010. Los dispute boards o paneles técnicos en los contratos internacionales de construcción. Thomson Reuters, Gaceta Jurídica, Santiago de Chile, 364: 2.
- FIGUEROA VALDES, Juan. Eduardo. 2013. Los contratos de construcción FIDIC frente al derecho chileno. Gaceta Jurídica, Santiago de Chile, 394: 20
- FIGUEROA VALDES, Juan Eduardo. 2014. La visión de las partes y su co-existencia con los contratos administrativos. Experiencias en Chile. En: HERNANDEZ G., R. (coord.) Dispute boards en Latinoamérica: experiencias y retos. Biblioteca Mario Castillo Freyre, Vol. 23 Lima, Perú.

- FIGUEROA VALDES, Juan. Eduardo. 2015. The use of the Unidroit principles by arbitrators in international construction projects. *Construction Law International*, 10 (1): 25.
- FIGUEROA VALDES, Juan. Eduardo. y SCHUBERT, William. 2016. Dispute boards en los proyectos de construcción de infraestructura en Chile. *Revista de Arbitraje Pontificia Universidad Católica del Perú*, Perú, 6.
- FIGUEROA YAÑEZ., Gonzalo. 2011. Curso de Derecho Civil. Tomo III. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 147-148p.
- FREY CASTILLO., Mario. 2014. Presentación. En: HERNANDEZ G., R. (coord.). *Dispute boards en Latinoamérica: experiencias y retos*. Biblioteca Mario Frey Castillo, Pontificia Universidad Católica del Perú, Vol. 23, Perú.
- GALGANO, Francesco. 2003. Lex mercatoria, shopping del derecho y regulaciones contractuales en la época de los mercados globales. *Revista de Derecho Mercantil*, p. 247.
- GAMARRA, Jorge. 2011. Buena fe contractual. FCU, Montevideo.
- GARCIA, IGNACIO. 2016. Recensión de la obra denominada Derecho Internacional Privado, de autoría de los profesores Carlos y Gabriel Villarroel Barrientos, *Revista de Derecho Internacional Privado*, año II, N°2.
- GARCIA LOMAS., Olegario. Negociación internacional [en línea] <http://www.aglutinaeditores.com/media/resources/public/6f/6fb4/6fb463e1747841c390d3bd97a628be3c.pdf> (consultado 18 de julio de 2017).
- GLOVER, Jeremy. 2007. FIDIC: An overview. The latest developments, comparisons, claims and force Majeure [en línea] <https://www.fenwickelliott.com/sites/default/files/Arbitration%20%20-%20FIDIC%20an%20overview.pdf> (consultado 04 septiembre de 2017).
- GLOVER, Jeremy. FIDIC Dispute Adjudication Boards [en línea] <https://www.fenwickelliott.com/research-insight/articles-papers/contract-issues/fidic-dispute-adjudication-boards> (consultado 09 diciembre 2017).
- GONZALEZ DE COSSIO, Francisco. Efecto legal de las determinaciones de los dispute boards: un comentario [en línea] <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/Efecto%20Legal%20Determinaciones%20Dispute%20Boards.pdf> (consultado 03 octubre de 2017).
- GONZALEZ DE COSSIO, Francisco. 2015. FIDIC como una tercera vía; una mejor solución a dilemas en obras de infraestructura [en línea] [http://www.caic.com.mx/boletines/FIDIC\\_Una\\_Mejor\\_Soluci%C3%B3n\\_a\\_Dilemas\\_de\\_Obras\\_de\\_Infraestructura.pdf](http://www.caic.com.mx/boletines/FIDIC_Una_Mejor_Soluci%C3%B3n_a_Dilemas_de_Obras_de_Infraestructura.pdf) (consultado 10 de octubre 2017).

- GONZALEZ DE COSSIO, Francisco. La naturaleza jurídica del arbitraje: Un ejercicio de balanceo químico [en línea] <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/QUIMICA%20Y%20ARBITRAJE%20Rev%20Peruana%20Arbitraje.pdf>, (consultado 02 de octubre de 2017).
- GOODRICH, Mark. 2016. Dispute Adjudication Boards: the future of dispute resolution? [En línea] <https://www.whitecase.com/publications/article/dispute-adjudication-boards-are-they-future-dispute-resolution>, (consultado 03 diciembre 2017).
- GRAY CHICCHON., Jaime. y BRAVO VENEGAS., Jonnathan. 2014. La fatalidad de los reclamos en los contratos de construcción FIDIC: a propósito de los dispute boards. En: HERNANDEZ G. R., Dispute boards en Latinoamérica: experiencias y retos. Biblioteca Mario Frey Castillo, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Vol. 23, Perú.
- GUZMAN BRITO, Alejandro. 2002. La buena fe en el Código Civil de Chile. Revista Chilena de Derecho, Valparaíso, Chile, 29(1): 17
- GUZMAN LATORRE., Diego. 1979. Negocios y contratos internacionales. RDJ, tomo 76.
- HERNANDEZ GARCIA, Roberto. Dispute Boards (paneles de solución de controversias) en Latinoamérica: Retos y perspectivas de un fascinante medio de solución de controversias. En: Dispute boards en Latinoamérica: experiencias y retos. Biblioteca Mario Frey Castillo, Pontificia Universidad Católica del Perú, Vol. 23, Perú.
- HOK, Gotz. FIDIC/MDB Approach in respect of Dispute Adjudication Boards [En línea] <http://fidic.org/sites/default/files/FIDIC%20MDB%20Approach%20in%20respect%20of%20Dispute%20Adjudication%20Boards.pdf> (consultado el 20 de noviembre de 2017).
- IBA LITIGATION COMITEE. 2015. Multi tiered dispute resolution clauses [en línea] <https://www.ibanet.org> (consultado 24 agosto de 2017)
- IRRA DE LA CRUZ, R. y IBARRA C., L. 2015. Medios alternativos de solución de controversias. Pauta ICC México, 75:30.
- JAFJE, Michael. E. y J. McHUGH, Ronan. International construction disputes in today economy [en línea] <http://fidic.org/sites/default/files/2%20jaffe09.pdf> (consultado 20 de agosto de 2017)
- JAYNES, Gordon. 2000. FIDIC's 1999 Edition of Conditions of Contract for `Plant and Design Build` and `EPC Turnkey Contract`: Is their DAB still a star [En línea] [http://fidic.org/sites/default/files/Jaynes\\_DAB.pdf](http://fidic.org/sites/default/files/Jaynes_DAB.pdf) (consultado 08 de diciembre 2017)
- JIMENEZ FIGUERES., Dyala. y J. CAIVANO, Roque. 2007. Funcionamiento de los "Dispute Boards" y su encuadre en el Derecho Argentino. Revista Internacional de Arbitraje, Bogotá, Colombia.

- JOLLES, Alexander. Consequences of multi-tier arbitration clauses: Issues of enforcement [en línea] <https://www.swlegal.ch/CMSPages/GetFile.aspx?disposition=attachment&guid=6c909e8f-a4fe-4dcb-8d81-567ff515d65a>. (consultado 22 de agosto 2017).
- KLEIN V., Luciane, El orden público internacional: la defensa de la identidad del estado y los procesos de integración”, [En línea] [www.caei.com.ar](http://www.caei.com.ar), (consultado 14 de octubre 2017).
- LABBE VALVERDE., Alberto. Arbitraje comercial internacional Ley 19.971-2004 [En línea] [www.aida-chile.cl/](http://www.aida-chile.cl/) (20 de septiembre de 2017).
- LAMBAL FORMACION, Uso práctico de los contratos FIDIC. En: Curso intensivo dictado el 2 y 3 de septiembre de 2014 en Santiago de Chile. Sesión 2º: ¿Cuáles son las principales obligaciones de un contratista durante un proyecto de construcción?
- LAORDEN, Pablo. 2015. Origen y principios de los modelos FIDIC: comparativo de los libros rojo, amarillo y plata. La guía del procurement. En: CONGRESO INTERNACIONAL CCI-FIDIC Contratos internacionales de construcción y solución de controversias, 2015. Bogotá, Colombia
- LLANOS MANSILLA, Hugo. 2005. Teoría y práctica del Derecho Internacional Público, 3ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- LOPEZ SANTA MARIA, Jorge, “*Los contratos*”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, pp. 129-133
- MACHO GOMEZ., Carolina. 2013. Los ADR “Alternative dispute Resolution” en el comercio Internacional. Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 5, N°2, Cantabria, España.
- MACHO GOMEZ., Carolina. 2014. Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del ‘movimiento ADR’ en Estados Unidos y su expansión a Europa. ADC, Tomo XLVII, Cantabria, España.
- MEREMINSKAYA, Elina. 2005. Apuntes de arbitraje comercial internacional. En: Taller Arbitraje Comercial Internacional. Nueva León, Universidad de Nueva León, Facultad de Derecho.
- MEREMINSKAYA, Elina. Contratos internacionales e ‘internacionalización’ de contratos nacionales [En línea] <https://www.u-cursos.cl/derecho/2005/2/D129B0741C/2/material.../bajar?id> (consultado 25 de julio de 2017).
- MEREMINSKAYA, Elina y MASCAREÑO, Aldo. 2005. La desnacionalización del derecho y la formación de regímenes globales de gobierno. En: MARTINIC, María Dora y TAPIA, Mauricio (eds.), Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: pasado, presente y futuro de la codificación, Tomo II, Lexis Nexis, Santiago, 2005, pp. 1402.
- MORALES MORENO., Antonio M., “El “propósito práctico” y la idea de negocio jurídico en Federico Castro (Notas en torno a la significación de la utilidad de la cosa en negocios del tráfico), en Anuario de Derecho Civil 36 (1983), pp. 1529-1530.



- OMOTO, Toshiko. 2009. Dispute boards: resolution and avoidance of disputes in construction contracts. Japan Commercial Arbitration Association Newsletter, 23: 1.
- ORDOQUI, Gustavo. 2005. Buena fe contractual. Ediciones del Foro, Universidad Católica del Uruguay, Montevideo.
- ORDOQUI, Gustavo. 2008. Desequilibrio de los contratos (privados y públicos). Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, Montevideo.
- ORTEGA MEDINA, Claudia. La función jurisdiccional del estado [en línea] [www.derecho.unam.mx](http://www.derecho.unam.mx) (consulta 19 agosto 2017).
- OVIEDO ALBAN, Jorge. 2003. Aplicación de los principios Unidroit a los contratos comerciales internacionales. Revista Criterio jurídico, Colombia, 3: 7.
- PAREDES CARBAJAL, Gustavo. 2014. Dispute boards y arbitraje en construcción: ¿compiten o se complementan?, En: HERNANDEZ GARCIA, Roberto (Coord.) Dispute boards en Latinoamérica: experiencias y retos. Biblioteca Mario Frey Castillo, Pontificia Universidad Católica del Perú, Vol. 23 Lima, Perú.
- PEÑATE GUZMAN., Carlos. 2014. Las mesas de resolución de disputas como mecanismo que viabiliza la continuidad en los proyectos de construcción: la experiencia en El Salvador. En: HERNANDEZ G., R., Dispute Boards en Latinoamérica: experiencias y retos. Biblioteca Mario Castillo Freyre, Vol. 23, Lima, Perú.
- PHILLIPI I., J. 1973. Notas sobre el juicio ante arbitradores. Revistas Estudios Jurídicos, Revista de Derecho Universidad Católica de Chile, 2(1&2): 8.
- PINSENT MASONS LLP. 2017. The Construction Act and its amendments [en línea] <https://www.out-law.com/en/topics/projects--construction/adjudication/the-construction-act-and-its-amendment--adjudication/>, (consultado 22 de Julio de 2017).
- PRADO PUGA, Arturo. 2014. El contrato general de construcción y en especial la modalidad EPC y sus principales características. Revista de Derecho Privado 41 (2): 2-3.
- RADOVIC CORDOVA., Marcela. 2015. Los dispute board como mecanismo para construir y fortalecer confianza en proyectos de construcción en Chile [en línea] <http://www.construccionminera.cl/los-dispute-boards-como-mecanismo-para-construir-y-fortalecer-confianza-en-proyectos-de-construccion-en-chile/>, (consultado 27 de noviembre de 2017).
- RADOVIC CORDOVA, Marcela. 2016. Dispute Resolution Boards: Prevención y resolución experta de conflictos en la industria de la construcción [en línea] <<http://www.camsantiago.cl/informativo-online/2016/07/docs/DB-herramientaexperta.pdf>,> (consulta: 06 de julio de 2017)
- RAMANI GARIMELLA., Sai y AHMAD SIDDIQUI., Nizamuddin. 2016. The enforcement of multitiered dispute resolution clauses: contemporary judicial opinion. IIUM Law Journal, 24(1): 161.

- RAMIREZ N., M. 1999. Curso de Derecho Internacional Privado. LOM Ediciones, Santiago de Chile.
- RAMIREZ N., M. 2009. Curso de Derecho Internacional Privado. Editorial Legal Publishing, Santiago de Chile.
- REIG FABADO., Isabel. 2003. Régimen jurídico del contrato internacional de ingeniería. Memoria para optar al grado de doctor en derecho. Valencia, Universitat de Valencia, Facultad de Derecho. 197-198p.
- RESTREPO SOTO, Daniel. 2014. La arbitrabilidad objetiva en el derecho de arbitraje. EAFIT, Journal of International Law, 5(1).
- RIOS SALAS, Víctor. y MOLINA ZALDIVAR, Carlos. 2016. Derecho de la construcción. O'Print Impresores, Santiago de Chile. 337p.
- RIPERT, Georges. 1949. La regle morale dans les obligations civiles. Paris.
- RIVERA, Gustavo. 2011, El deber de cooperación como corolario del principio de buena fe [en línea] [http://www.academia.edu/11488368/El Deber de Cooperaci%C3%B3n como corolario del Principio de Buena Fe](http://www.academia.edu/11488368/El_Deber_de_Cooperaci%C3%B3n_como_corolario_del_Principio_de_Buena_Fe) (consultado el 21 de octubre 2017).
- RODRIGUEZ FERNANDEZ., Maximiliano. 2006. “El contrato internacional de construcción: aspectos generales. Revista e – Mercatoria, 5(1): 6.
- RODRIGUEZ HERNANDEZ., Aurora. 2014. Los contratos internacionales de construcción llave en mano. Cuadernos de Derecho Transnacional, 6 (1): 198.
- RODRIGUEZ PINTO, María. Sara. 2014. Responsabilidad por incumplimiento de servicios. La protección del consumidor y del cliente por prestaciones defectuosas. Revista Chilena de Derecho, Valparaíso, Chile, 41(3): 9.
- SANCHEZ LORENZO., Sixto. 2010. Estado democrático, postmodernismo y el derecho internacional privado. Revista de Estudios Jurídicos, Universidad de Jaén, España, 10: 3 y ss.
- SANDOVAL, Ricardo. 2003. Contratos mercantiles. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- SEPPALA, Christopher R. 2012. How not to interpret the FIDIC dispute clauses: The Singapore Court of Appeal judgement in Persero. The International Construction Law Review, 29(1): 4.
- SEPPALA, Cristopher. 2000. Letter to the editor – The International Construction Law Review. International Construction Law Review, 3: 2.
- SHAMIR, Yona. 2003. Alternative dispute resolution approaches and their application [en línea] <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001332/133287e.pdf> (consulta 08 de julio de 2017).
- SPOORENBERG, Frank y FRANCHINI, Daniela. 2016. Failure to comply with mandatory pre-arbitration requirement. International Law Office, Arbitration and ADR, Suiza.
- THOMAS, David. 2011. “Do time bars bite? Construction Law International, 6 (3).

- VALDES QUNITEROS, Diego. 2012. Algunas consideraciones sobre el deber de información en las tratativas preliminares: un análisis desde el Código Civil chileno. Revista Estudios Jurídicos Democracia y justicia, 1.
- VASQUEZ PALMA, María Fernanda. 2011. Relevancia de la sede arbitral y criterios que determinan su elección. Revista Chilena de Derecho Privado, 16: 83.
- VERDUGO BRAVO, Ismael. 2011. La relación entre autonomía privada y los contratos atípicos [en línea] <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/7-Verdugo.pdf>. (consulta: 12 de julio 2017)
- VIDAL OLIVARES., Álvaro. 2007. El incumplimiento de las obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado. Una relectura de las disposiciones del “Código Civil” sobre incumplimiento.
- WAGEMANN, Alex, “La confianza necesaria para construir un EPC [en línea] <http://www.construccionminera.cl/la-confianza-necesaria-para-construir-un-epc/> (consulta 16 de julio de 2017).