

Legal |
Opinión | Artículo 1 de 1

Los "dispute boards" para los contratos de infraestructura minera

"...Para evitar la 'judicialización' de esta instancia es clave que las normas de procedimiento sean pocas, sencillas y transparentes. Somos partidarios de que las partes no estén obligadas a ser representadas por abogados (sí pueden ser asesoradas por ellos), que toda la prueba sea presentada conjuntamente con el reclamo, que el Dispute Board tenga las más amplias facultades para solicitar más antecedentes..."

Miércoles, 31 de agosto de 2022 a las 9:12



A⁻ A⁺ Imprimir Enviar



Pedro Zelaya

Con ocasión de las ideas expresadas por el director ejecutivo del [Centro de Arbitraje y Mediación Minero](#) respecto de la conveniencia de establecer algún tipo de Dispute Board en los contratos de infraestructura en el sector minero, me parece interesante agregar algunas ideas o sugerencias al respecto.

Usualmente los problemas, diferencias y/o reclamaciones que se producen entre las partes de un contrato de infraestructura complejo se producen después de la adjudicación del mismo, durante la etapa de ejecución de las obras, por el surgimiento de condiciones distintas a las previstas inicialmente, respecto de múltiples aspectos, por ejemplo, la aparición de condiciones del terreno que exigen ejecutar obras o labores no previstas; el surgimiento de condiciones que no estaban contempladas en los proyectos de ingeniería o, lo estaban, pero de forma insuficiente; la ausencia de una completa asignación de riesgos respecto

de los mayores costos derivados de medidas de mitigación ambiental exigidas por la autoridad competente, etc. Además, en este tipo de proyectos es usual que la ejecución de las obras y/o la prestación de los servicios pactados no pueda detenerse ni suspenderse, pues los perjuicios de hacerlo serían mucho mayores que los que son objeto de la controversia.

Asimismo, y aunque conceptualmente se pueden distinguir, por un lado, los problemas, disputas y soluciones puramente "técnicas y económicas", y, por otro, los problemas, disputas y soluciones propiamente "jurídicas", la verdad es que, en la práctica, la mayoría de las diferencias y reclamaciones constructivas tienen un marcado componente jurídico (legal o contractual), sobre todo cuando se pretende exigir la extensión de plazos y/o el pago de compensaciones por obras adicionales o extraordinarias, junto al pago de los mayores costos, gastos, desembolsos y/o pérdidas sufridas por una o ambas partes con ocasión del problema.

Un ejemplo puede ayudar a ilustrar el punto anterior: un contratista alega que debió realizar obras adicionales o extraordinarias, no previstas en los proyectos de ingeniería licitados, y que, habiendo informado al propietario o mandante, este negó que fueran obras adicionales o bien, nada dijo al respecto, pues entendió que dichos sobrecostos eran de cargo y riesgo del contratista; de esta forma, el contratista se vio obligado a reclamar el pago del precio de dichas nuevas obras, la obtención de mayores plazos para terminar las obras sin incurrir en multas, la compensación de los costos y gastos adicionales debido a las aceleraciones, pérdidas de rendimiento de maquinaria y personal, mayores gastos generales, etc. Por su lado, el mandante alega que los proyectos licitados estaban completos, que el contratista adjudicatario tuvo tiempo más que suficiente no solo para estudiar dichos proyectos, sino para visitar los terrenos donde se realizarían las obras, que los riesgos de mayores costos y gastos producto del caso fortuito estaban claramente asignados al adjudicatario contratista, etc.

Es indudable que en esta hipotética disputa existen elementos técnicos y económicos, pero, en el fondo, para resolverlos es necesario acudir a los elementos, reglas y principios jurídicos aplicables a dicho contrato; no basta, por tanto, lo técnico y lo económico, sino que debe existir una labor jurídica de interpretación del contrato. En efecto, en nuestro ejemplo no solo cabe definir, desde un punto de vista técnico, si las obras, tareas y labores realizadas por el contratista estaban bien definidos en los proyectos licitados, sino que debemos acudir a elementos y principios esencialmente jurídicos, por ejemplo: (i) qué tipo de contrato se pactó y quién debía desarrollar la ingeniería de detalle (un simple contrato de obra, EPC, BOT, etc.); (ii) cómo se pactó el precio de las obras y labores encomendadas (a suma alzada, a precios unitarios, por administración delegada, una mezcla de todos los anteriores, etc.); (iii) a quien se asignó los riesgos de mayores costos por insuficiencia de proyectos o por caso fortuito o fuerza mayor, etc.

A nuestro juicio, y para resolver esta controversia en forma oportuna, eficiente y al menor costo posible, creemos que, en primer término, el contrato debería establecer —como primer mecanismo de solución alternativa de controversia— la obligación que tienen las partes de presentar sus problemas, argumentos y posibles soluciones por escrito a los gerentes técnicos de cada parte (si es de una cuantía bajo cierto umbral predeterminado en el contrato) o a los gerentes generales (si la cuantía es superior a la cifra anterior), quienes deberán negociar en un breve plazo y sin forma de juicio, para intentar llegar a un arreglo satisfactorio.

Si dentro del breve plazo establecido en el contrato los gerentes no llegan a un acuerdo, total o parcial, la o las partes deben acudir al Dipute Board o Panel de Resolución de Conflictos.

Siendo las reglas jurídicas y contractuales —y no las puramente técnicas y económicas— las que, en definitiva, deciden una reclamación como la descrita en el ejemplo, creemos conveniente que los Dispute Boards de los contratos mineros sean órganos colegiados, integrados por tres profesionales independientes, con prestigio y experiencia en proyectos mineros, designados al inicio del contrato y que permanecen en sus funciones durante toda la ejecución de las obras, hasta el término del contrato. Convendría que cada parte

pueda nombrar o designar libremente a un miembro no abogado del DB y que, ambas partes, de común acuerdo o, en subsidio el propio Cammin, designe al presidente, el cual sí debería ser un abogado calificado para cumplir dicha función. El panel, como órgano permanente de solución de controversias, decide por mayoría de votos y su decisión tiene carácter vinculante o fuerza obligatoria.

Para evitar la "judicialización" de esta instancia es clave que las normas de procedimiento sean pocas, sencillas y transparentes. En esta línea, somos partidarios de que las partes no estén obligadas a ser representadas por abogados (sí pueden ser asesoradas por ellos), que toda la prueba sea presentada conjuntamente con el reclamo, que el Dispute Board tenga las más amplias facultades para solicitar más antecedentes o pruebas de todo tipo y para apreciar libremente la prueba rendida.

De las decisiones que adopte este panel solo se podría reclamar ante el árbitro designado en el contrato si la decisión conlleva que una de las partes deba asumir o pagar valores iguales o superiores a cierto monto, ojalá, bastante alto. De lo contrario, se entiende que la parte renunció a acudir al arbitraje y solo podría acudir a los tribunales ordinarios de justicia, con todo lo que esto significa.

Creemos que la existencia de un Dispute Board que tenga alguna de las características señaladas en este documento podría ser un excelente instrumento para dirimir, en forma rápida, económica y conforme a derecho, las disputas que vayan surgiendo durante la ejecución de contratos de infraestructura, evitando la dilación del conflicto y la consiguiente pérdida de recursos para todas las partes.

* Pedro Zelaya Etchegaray es doctor en Derecho por la Universidad de Navarra, profesor de Derecho Civil de la Universidad de Chile y socio de Larrain y Asociados Abogados.

EL MERCURIO

Términos y condiciones de la Información © 2002 El Mercurio Online