

Dispute Boards en Contratos Administrativos de Infraestructura: un reto necesario

Por: Mtro. Roberto Hernández García¹



I. Introducción

Para nadie es un secreto que los contratos administrativos de infraestructura representan no solo una importante forma de satisfacción de intereses nacionales, sino que también son un importante generador de actividad económica en un país.

De ello que cualquiera que tenga una mínima relación o conocimiento de dichos contratos, sabe que todo elemento que impida su consecución en forma efectiva y satisfactoria tendrá un alto costo, no solamente para las partes contratantes sino para la sociedad en general.

En este contexto, uno de los elementos que en los últimos años ha sido cuestionado en relación con el éxito de los proyectos de infraestructura es el de la alta litigiosidad en la que se desarrollan, aunado a mecanismos de solución de controversias contemplados en el contrato que siendo completamente adversariales impiden una visión positiva hacia la realización del proyecto. Dicho en otras palabras, las partes contratantes regularmente sufren disputas derivadas de los proyectos, pero dichas disputas no se desarrollan en el ámbito de mecanismos que estén pensados en la efectiva y oportuna solución del proyecto en cuestión,

¹ Socio Director de COMAD, S.C., Firma de Abogados. Ha actuado en diversos proyectos de infraestructura como Dispute Board en Latinoamérica y ha dado pláticas y cursos de entrenamiento en diversos países de la región. Presidente del Comité de Solución de Controversias en Construcción (Comité de Dispute Boards) de la International Chamber of Commerce México (ICC México); Ex Co-Presidente del Comité de Proyectos Internacionales de Construcción de la International Bar Association (IBA); Representante para Latinoamérica del Dispute Board Federation. Reconocido en las publicaciones independientes Chambers and Partners; WhosWhoLegal; Euromoney y BestLawyers como uno de los prestigiosos abogados en Derecho de la Construcción y la Contratación Pública. En el ámbito anticorrupción se desempeña como Presidente del Comité Anticorrupción de ICC México y Co- Vicepresidente del Comité Anticorrupción de la IBA.

sino que están diseñados para generar un ganador o un perdedor en forma lisa y llana con los nefastos efectos que ello conlleva.

Lo cierto es que la experiencia ha mostrado que esta visión es absolutamente miope, pues en un proyecto nacional en el que solamente se piense en el dinero que las partes reclaman o defienden, sin atender al proyecto en sí mismo, resulta finalmente en tres perdedores: las dos partes contratantes y la sociedad en su conjunto.

II. Los Dispute Boards

Los Dispute Boards, conocidos en español también como “Páneles de Solución de Disputas” o “Mesas de Resolución de Controversias”, no son nuevos, mas sin embargo en los últimos 5 a 7 años, han visto un importante florecimiento gradual en Latinoamérica.

La figura es muy interesante, pues se trata de un mecanismo de solución de controversias, en el que, una persona o un panel compuesto por 3 o hasta 5 miembros independientes, son nombrados por ambas partes de un contrato (particularmente nos referiremos a infraestructura, pero no está limitado a ello), para que dicha persona o panel resuelva durante la ejecución del proyecto las controversias que se susciten.

Entre sus particularidades se encuentra el hecho de que tales miembros se nombran desde el principio de un proyecto para que lo conozca, visite el sitio regularmente y sepa de su desarrollo día a día. No tiene que estar en el sitio, pero las partes se obligan a hacerle notar los elementos importantes de la ejecución, al grado que permita saber efectivamente qué está sucediendo.

Cuando una disputa surge, la parte interesada activa el mecanismo que tiene un procedimiento flexible y poco rígido, tendiente a encontrar la verdad de los hechos que permita una solución efectiva en un plazo corto, que permita la solución del tema en beneficio del proyecto.

La solución puede tener como efecto, como meros ejemplos, el reconocimiento o no de un trabajo adicional o extraordinario, el reconocimiento o no de una extensión de plazo, el reconocimiento o no de un incumplimiento, o el reconocimiento o no de un cambio de ley.

¿Cuál es la gran ventaja? Que la solución se dicta dentro del plazo de ejecución del proyecto y no a posteriori con los beneficios que ello conlleva.

III. De Proyectos “abandonados”, presupuestos inaplicables, responsabilidades administrativas, fiscalización administrativa, y otros monstruos que acechan al proyecto.

Pensemos por un momento en algunos supuestos que pueden amenazar un proyecto derivado de un contrato administrativo cuando una controversia se genera:

- a. El Contratista presenta un reclamo determinado, y consecuentemente amenaza que, de no ser atendido en tiempo, lo dejará sin flujo y por lo tanto tendrá que detener el proyecto, con las consecuencias en costo y tiempo que ello implica.
- b. El Contratista presenta una solicitud de extensión de tiempo que no cuadra con los intereses políticos del proyecto, y que genera una tensión grave entre las partes que concluye con una negociación desbalanceada.
- c. El Contratista presenta una solicitud de reconocimiento de trabajos adicionales o extraordinarios que de no poderse conciliar, técnicamente impiden la realización de los trabajos originalmente contemplados, retrasando el proyecto.
- d. El Dueño de la Obra solicita al Contratista que realice ciertos trabajos, a los cuales el Contratista se opone por razones desconocidas para el Contratante, entorpeciendo el desarrollo de los trabajos.
- e. El Dueño de la Obra alega un incumplimiento que si bien es causa de rescisión, esta última medida no es la más conveniente, con lo cual requiere de un tercero que determine si el incumplimiento se generó o no.

Estos son solamente algunos de los ejemplos que se pueden vivir, y si pensáramos en que cada uno de estos temas se plantea en los tribunales o arbitraje, claramente sabemos que el proyecto será afectado en tal forma que (i) no se realizará en el tiempo y en la forma requeridos; (ii) implicará costos desmedidos para su solución, o inclusive (iii) puede generar soluciones fuera del ámbito legal y de la integridad (en pocas palabras generará corrupción).

Ahora bien, dentro de los contratos administrativos, los funcionarios públicos tienen una gran espada de Damocles: La responsabilidad administrativa. Ello implica que los funcionarios tienen que hacer exactamente lo que está contemplado en la ley y lo que en pocas palabras "está bien", entendiéndolo por ello una cosa tan sencilla como: que las cosas estén bien hechas conforme a la ley y a la lógica. En caso contrario, los órganos fiscalizadores tienen la natural tarea de observar y sancionar sus conductas con la brutalidad de una indiscriminada tala de árboles. De ello que los servidores públicos usualmente no resuelven con mucho gusto asuntos como los de los supuestos que hemos planteado, pues en caso de que la solución que proveen resulte fuera de la ley y de la lógica, o inclusive dentro de la ley y de la lógica, a los ojos de los órganos fiscalizadores, prefieren simplemente no hacerlo motu proprio y simplemente decirle a su contraparte "demándame por la vía judicial o arbitral" según sea el caso, con las consecuencias de tiempo, costo y sobretodo, falta de atención al proyecto que tanto hemos mencionado.

Y entonces no hay salida más que iniciar un largo litigio o arbitraje, mientras el proyecto espera a ser justamente analizado.

Y podemos cuestionarnos: ¿Es esto lo que queremos en nuestros proyectos administrativos que inclusive tienen una importante carga política?

IV. Dispute Boards: ¿una solución real o ficticia a los conflictos en los proyectos de infraestructura?

La pregunta que encabeza este apartado, ciertamente es provocativa ya que para algunos, los Dispute Boards, no son sino una “instancia más” dentro de los mecanismos de solución de controversias que se pueden incorporar en un contrato de infraestructura, mientras que para otros (sobre todo aquellos que hemos vivido la figura en carne propia), resulta claramente una solución real y efectiva a una problemática que cada vez aqueja más a los proyectos.

Sin embargo, para ser objetivos y concretos formulo al lector las siguientes preguntas:

- a. ¿Qué mecanismo de solución de controversias distinto al Dispute Board prevé la participación activa y conocimiento de los proyectos por aquellos que resolverán las disputas, para que la solución dictada en su momento se base en la realidad de los hechos y no en la mejor defensa o la mejor argumentación de las partes en conflicto?
- b. ¿Qué mecanismo de solución de controversias distinto al Dispute Board, prevé la solución de controversias durante la ejecución del proyecto y no a posteriori, con el propósito claro de que los temas que surjan en el mismo sean resueltos en forma oportuna para el beneficio del proyecto?
- c. ¿Qué mecanismo de solución de controversias distinto al Dispute Board prevé la posibilidad de que aquellos que resolverán las controversias puedan ser consultados informalmente por las partes para saber opiniones que pueden guiar a las partes a una negociación exitosa?
- d. ¿Qué mecanismo de solución de controversias distinto al Dispute Board, tiene opciones distintas para las resoluciones que este dicte, tomando en cuenta lo que las partes requieren en cada caso?
- e. ¿Qué mecanismo de solución de controversias distinto al Dispute Board tiene reglas claras y precisas universalmente aceptadas, como es el caso de las reglas de ICC, que permiten una seguridad jurídica tanto de las partes como del propio Dispute Board, con las características que se evidencian de las preguntas a), b) y c) anteriores?

Sinceramente, me parece que todas las preguntas llevan a virtudes de la figura tendientes a su entendimiento y aceptación, pero todavía falta un elemento importante: su inclusión en el ámbito administrativo.

V. Consideraciones para la implementación de la figura de los Dispute Boards en el ámbito administrativo.

Si bien es clara la figura, cuando se llega al ámbito administrativo, es a donde, como decimos en México, “la puerca torció el rabo”, es decir, donde más objeciones aparentes se presentan.

Sin embargo, me parece que ello sucede porque como en todos los momentos críticos de la vida, cuando se tienen que tomar decisiones que se enfrentan frontalmente a los paradigmas, la posición más fácil es seguir en el camino andado y no modificar las conductas, aunque ello parezca la mejor solución.

En el caso que nos ocupa, muchas voces consideran que los Dispute Boards no se pueden adaptar claramente en contratos públicos en ambientes sumamente “administrativos” y “fiscalizados” como los que vivimos en Latinoamérica, pero sin embargo, considero que tomando diversos pasos concretos, ello se puede superar. He aquí mis sugerencias:

En primer lugar, la figura tiene que reconocerse, pero no regularse, en las legislaciones de las que emanen los contratos de infraestructura. Es decir, los servidores públicos tienen que saber que la figura de Dispute Boards existe en la Ley y que consecuentemente pueden utilizarla con certeza. La regulación, por su parte, debe dejarse a las reglas aceptadas nacional y/o internacionalmente.

En segundo lugar, debe de existir una amplia capacitación y entrenamiento de las dependencias y entidades de la Administración Pública, así como órganos fiscalizadores, que permitan el cabal conocimiento y entendimiento de la figura y sus alcances.

En tercer lugar, debe de comprenderse simultáneamente que si bien la implementación de la figura no implica la eliminación de los tribunales judiciales o arbitrales, lo cierto es que si debe de utilizarse como una forma de filtrar los temas que no deberían de llegar a estas últimas instancias en forma automática. Dicho de otra forma, muchos temas se resolverán mediante los Dispute Boards, y serán aceptados por las partes, y muchos otros por su gran relevancia, deberán de ser objeto de revisión judicial o arbitral.

En cuarto lugar, los organismos fiscalizadores deben de modificar sus criterios de revisión para evitar que se insista en el hecho de que la administración pública debe de “luchar hasta el final, aun sabiendo que el caso está perdido”, ya que ello, además de atentar contra la lógica, definitivamente pervierte y vicia la posibilidad de solucionar las controversias en forma oportuna y efectiva, obligando al Estado a desangrarse en forma innecesaria.

En quinto lugar, deben de crearse centros de capacitación de adjudicadores (Dispute Boards) que además de capacidades técnicas y legales, sean entrenados para actuar con alta integridad y responsabilidad, so pena de ser sancionados severamente por su falta de ética.

Todo lo anterior será difícil de lograr, pero a juicio del autor valdrá la pena. No obstante lo anterior, existe una última postura que insiste en la no implementación de la figura: aquellos árbitros y abogados que se aferran al arbitraje como único medio alternativo efectivo de solución de controversias.

VI. ¿Amantes del Arbitraje, o defensores acérrimos de su trabajo?

Aunque metodológicamente este apartado no debería quedar al final, lo he incluido en este lugar por la falta de seriedad con la que se ha manejado.

Me refiero a todos los juristas que, sin una posición científica objetiva, han criticado a los Dispute Boards, por el simple hecho de ser, a su juicio, una amenaza a su trabajo y a su coto de influencia. Es decir, aquellos que simplemente señalan que si los dispute boards se implementan disminuirán los casos y el trabajo para abogados y árbitros.

Lo cierto es que esta resulta ser una postura mezquina y poco seria, pues lo cierto es que en nuestros países latinoamericanos donde los recursos económicos son escasos y las necesidades de infraestructura base a intereses particulares. Ahora bien, debemos de señalar que todos aquellos que hemos estado en contacto directo con los Dispute Boards, no lo vemos como la muerte del arbitraje, sino el florecimiento de un arbitraje basado en casos reales, relevantes y necesarios, y no como el mecanismo automático en el que deben de haber todas las soluciones por el simple hecho de una cláusula arbitral o compromisoria.

En este contexto, es necesario una redefinición del arbitraje como la instancia necesaria y profunda que permita, en casos que lo ameriten de verdad, solucionar los temas que las partes, en una forma ineludible, e inclusive con la intervención de figuras como los Dispute Boards, no hayan podido resolverse. En ese sentido, yo vislumbro con el desarrollo de los Dispute Boards, un arbitraje más sano, más reconocido y más prestigioso que nunca antes.

VII. Conclusiones

Los Dispute Boards son una realidad que llegó para quedarse. Definitivamente, el hecho de que en tantos proyectos ya se estén implementado, sean una realidad y haya generado posiciones efectivas y positivas, no debe de tomarse como una mera coincidencia, sino como la señal de que sus beneficios son claros y directos.

En el caso de los contratos administrativos, el reto es mayor pero no imposible. La posibilidad de que este mecanismo permita soluciones más prontas y oportunas en beneficio del interés general, no solamente es una gran oportunidad para las naciones, sino "el camino amarillo" que debemos de seguir para buscar el sueño anhelado: proyectos exitosos.

Debemos de tomar acciones claras y concretas para que lleguemos a buen fin. La semilla ya se convirtió en raíz y muy pronto se verá el tronco de los esfuerzos. Es mejor tomar los pasos correctos para ir adelante, y no esperar a que el destino nos alcance cuando ya sea demasiado tarde.