



**INSTITUCIONALIDAD Y GESTIÓN DE PROYECTOS
DE INFRAESTRUCTURA PÚBLICA**

UN DESAFÍO DE PRODUCTIVIDAD

PROPUESTA DEL CONSEJO EMPRESARIAL

ALIANZA DEL PACÍFICO

2020

I. La infraestructura como herramienta de desarrollo.

Se ha reconocido a nivel internacional que la inversión en infraestructura tiene un impacto positivo en el crecimiento de la economía y en la calidad de vida de las personas. La importancia de la infraestructura en el desarrollo y competitividad de un país es indiscutible. Según el *Informe Global de Competitividad del Foro Económico Mundial, WEF*, el primer pilar para medir la competitividad de un país son las instituciones y el segundo es precisamente la infraestructura.

Frente a crisis de la magnitud de la pandemia mundial que estamos viviendo actualmente, la inversión en infraestructura constituye una medida eficaz para reactivar la economía. En el contexto actual, países como Alemania, Australia, Japón, Vietnam, Corea del Sur, Estados Unidos, Tailandia y España han tomado medidas de este tipo, materializándolas a través de inversión pública directa y mediante la adopción de asociaciones público - privadas para abordar diversas temáticas, tales como banda ancha, ayuda financiera para mejorar la eficiencia energética de viviendas y/o edificios públicos, e inversión con énfasis verde, entre otros proyectos.

De acuerdo al índice de competitividad del *World Economic Forum*, nuestros países han venido sostenidamente perdiendo posiciones. Chile se encuentra en promedio en el lugar 33°; México 48°, Colombia 57° y Perú 65°, todo ello muy lejos de los países de la OCDE, que ocupan a nivel internacional el puesto 25 en promedio.

Por su parte, la inversión en infraestructura pública y privada en los países de la Alianza sigue siendo deficitaria. Las cifras de inversión requeridas en infraestructura superan la disponibilidad presupuestaria de los Estados miembros. En Chile alcanza actualmente un 2,2% del PIB anual, debiendo elevarse dicha tasa a un 3,5% como objetivo deseable, de la cual el

Estado debiera sostener una inversión del orden del 2% y los privados el 1,5% restante. En México 3,1%; en Colombia 2,3%. Por su parte, en el Perú, cerrar la brecha de infraestructura productiva¹ requiere una inversión anual entre 2.1% y 2.6% del PIB por los próximos 20 años.

Resulta necesario mejorar la infraestructura relacionada con el comercio exterior, tanto caminera, ferroviaria como portuaria (incluyendo puertos marítimos y aéreos), así como de acceso e infraestructura intermodal, que en la cadena de valor juegan un importante papel en la productividad, especialmente en lo que se refiere a la comunicación vial transversal, que permite acercar las fuentes de producción con los lugares de embarque de productos, ya sea marítimo o aéreo. De igual modo, se requiere un mayor desarrollo de los terminales interiores de carga que permiten optimizar el proceso logístico.²

Es también relevante reimpulsar el sistema de concesiones de infraestructura, desarrollado principalmente a través de asociaciones público-privadas, como un factor clave para aumentar la productividad y competitividad de nuestros países. Sin embargo, este avance requiere también simplificar trámites, agilizar los procesos e incorporar tecnología en todos los ámbitos de control, debiendo para ello abordarse los desafíos asociados a las actualizaciones en los contratos de concesión³, especialmente respecto de los

¹ La estimación no considera en sus cálculos la inversión requerida en infraestructura social. Fuente: BID: Brecha de Infraestructura en el Perú: Estimación de la brecha de infraestructura en el Perú 2019-2038. <https://publications.iadb.org/es/brecha-de-infraestructura-en-el-peru-estimacion-de-la-brecha-de-infraestructura-de-largo-plazo-2019>

² En materia logística, los Estados miembros debiesen contar con una política clara sobre proyectos que incluyan la terminación de los corredores logísticos “origen – destino”, como meta para la competitividad y conectividad.

³ En algunos de nuestros países, en los que el sector de ferrocarril y tráfico fluvial requiere de grandes inversiones de entes internacionales, cuya infraestructura tiene una vida útil superior a los 50 años (v.gr. túneles, viaductos o vías férreas), debe evaluarse conceder mayores plazos de duración de los contratos de concesión que tienen por objeto servicios intermodales de transporte.

métodos formales que permitan controlar avances y anticipar oportunamente las necesidades de inversión.⁴

Desde hace ya un tiempo a la fecha, se puede apreciar que la gestión de los proyectos de infraestructura pública, ejecutadas por los diferentes Estados, se ha visto afectada por una combinación de factores que le ha restado eficiencia y productividad al sector.

II. Principales inconvenientes y desafíos.

Si bien la inversión en infraestructura normalmente ha sido un objetivo prioritario, actualmente se hace incluso más necesaria y urgente, por su importancia para impulsar el desarrollo y competitividad de nuestros países, en momentos de crisis internacional.

En los países de la Alianza es bastante usual apreciar que, desde que un Gobierno decide impulsar una obra pública y hasta que ésta se materializa - sea por el mecanismo de obras públicas directas o vía concesiones, - transcurren más años que los deseables y necesarios, mediando plazos extraordinariamente excesivos.

Existen diversas causas y factores que contribuyen a que en nuestros países no tengamos una gestión verdaderamente eficiente de los proyectos de infraestructura pública. La falta de planificación de largo plazo; la existencia de marcos normativos desactualizados y poco modernos; el nivel de

⁴ Los contratos de concesiones de infraestructura muchas veces son estructurados con un marco jurídico rígido, lo cual se contrapone a ciertos proyectos que, por su naturaleza, son propensos a sufrir modificaciones por cambios en las condiciones, impidiendo con ello internalizar la incertidumbre, y dificultando además la búsqueda de fórmulas de solución de discrepancias. Si bien la experiencia en asociaciones públicas privadas ha evidenciado ciertos avances en materia de flexibilidad contractual, aún la rigidez contractual es percibida como uno de los principales riesgos de este tipo de proyectos, percibiéndose un estancamiento en la incorporación de mejores prácticas. A su vez, esta rigidez, dificulta su adaptación en el tiempo a las demandas de usuarios y comunidades, a cambios en las tecnologías y al surgimiento de nuevas necesidades.

conflictividad en el desarrollo de proyectos de obras públicas, son factores que usualmente afectan la productividad y eficiencia de este importante sector de la economía.

Ello se explica, primeramente, en la falta de una institucionalidad que planifique la infraestructura con mirada de largo plazo, que defina - o al menos proponga - los planes y obras públicas que se deben desarrollar en el tiempo, más allá de la duración de los gobiernos de turno. El desarrollo de la infraestructura de un país no es posible ni menos es eficiente si no se cuenta con una institucionalidad adecuada para sostener su impulso y desarrollo.

En efecto, sin perjuicio de lo legítimo de que cada gobierno defina para su período las inversiones prioritarias en infraestructura social, según lo que estime más adecuado, existen diversos ejemplos de decisiones a veces contradictorias y antagónicas que se van dando entre uno y otro gobierno, lo que históricamente se ha traducido en demoras sustantivas en la oportunidad en que dichos proyectos se concretan y están finalmente disponibles para la comunidad.

En el contexto de la crisis ocasionada por la pandemia, enfrentar estas falencias es un elemento clave en el proceso de recuperación de nuestros países. Es una oportunidad para que los Estados implementen - con sentido de urgencia - los ajustes internos necesarios que permitan mejorar la eficiencia en la gestión de proyectos públicos.

Ello permitirá contar con proyectos de infraestructura social en menor tiempo y a un menor costo, constituyéndose en un pilar fundamental de la reactivación económica de nuestras naciones.⁵

⁵ Se destaca el cambio de prioridad hacia obras de infraestructura que están financiadas, anticipándose el cronograma cuando la relación empleo competitividad es prioritaria.

III. Propuesta de Mejoras Institucionales en Infraestructura.

En el contexto antes mencionado, resulta necesario dotar a los países de mayor fortaleza institucional para diseñar y ejecutar Políticas de Infraestructura con una mirada de Largo Plazo, para lo cual se formula la siguiente propuesta a los países de la Alianza.

A) Antecedentes

1. Los países de la Alianza del Pacífico reconocen la importancia de la infraestructura para asegurar su desarrollo inclusivo y de largo plazo, lo cual se ha consignado en los propios documentos del CEAP y de los diferentes organismos asesores a los que se ha recurrido: BID, CAF, OCDE
2. De igual forma, hay un reconocimiento de que hasta ahora las políticas de infraestructura que se han llevado a cabo por parte de los países requieren un reimpulso que permita sostenerlas en el largo plazo y reducir las brechas que se develan permanentemente en relación a diferentes países de referencia (Nueva Zelanda, Australia, OECD)
3. La dificultad de sostener políticas de largo plazo en infraestructura es el resultado de los siguientes factores:
 - a. La constante tensión entre el Gasto Corriente y la Inversión en el manejo de los presupuestos públicos en los países de la región (BID 2018). En general hay un desbalance a favor del Gasto Corriente en cualquier circunstancia: ante una disminución de la actividad económica, el ajuste fiscal inmediato se realiza reduciendo inversión; ante un aumento de la actividad, el mayor gasto se destina a Gasto Corriente por el mayor impacto político

que este tiene. Esta tendencia corre el riesgo de agudizarse si no se diseña una institucionalidad que permita equilibrar gasto corriente e inversión.

- b. Las políticas de infraestructura se insertan en la lógica de “dar respuestas” a las demandas ciudadanas, focalizándose prioritariamente en las urgencias, sin que necesariamente estas se inscriban en una visión de largo plazo.
- c. Las políticas de infraestructura, al ser el resultado de decisiones tendientes a resolver urgencias, se diseñan en forma parcial en diferentes esferas de los gobiernos nacional, regionales y locales.
- d. Al obedecer prioritariamente a decisiones parcializadas, las iniciativas en el campo de la infraestructura son, en general poco eficientes, de escasa complementariedad y de impacto limitado.
- e. En general en los países hay una dispersión institucional que dificulta la coordinación y agudiza los problemas anteriores.

B) Propuesta

1. Acogiendo las recomendaciones antes mencionadas, se requiere avanzar en la creación de una “institucionalidad” que “permita contar con un Plan Nacional de Infraestructura Estratégica (PNIE) para cada país de la Alianza del Pacífico, que priorice y ordene la cartera de proyectos a nivel nacional, regional y departamental; y que cuente con una visión integral de largo plazo”. Ello requiere de institucionalidad en el sector público y en el sector privado.
2. Reconociendo los avances sustantivos que han mostrado los países de la Alianza en la ejecución de proyectos y en el desarrollo de buenas prácticas, como consecuencia de las dificultades que han debido

enfrentar en los últimos años, se sugiere avanzar en la creación de una Agencia Nacional de Infraestructura que:

- a. Se constituya como asesora de la “máxima autoridad política del país” (experiencia neozelandesa). Esta podría tener las siguientes características:
 - i. Integrada por personas (7) de reconocida trayectoria en el campo de la infraestructura de dedicación exclusiva y excluyente.
 - ii. Con un declarado y explícito equilibrio político y de género.
 - iii. Con renovación parcial que supere y se superponga a los períodos gubernamentales.
 - iv. Con mecanismos explícitos de resolución de controversias internas que no paralicen la realización del trabajo y obliguen a los acuerdos.
 - v. Con financiamiento propio y autónomo, asignado en el presupuesto de la nación que le permita funcionar y contratar los estudios necesarios para el desempeño de sus tareas.
 - vi. con metas definidas

- b. Identifique las carencias de infraestructura en una perspectiva estratégica. Se sugiere convenir como primera aproximación el año 2030 en función de los Objetivos de Desarrollo Sustentable (ODS) de las Naciones Unidas, pero necesariamente debe tener un horizonte mayor que ese. Se debe promover la inversión en infraestructura de carácter sostenible, que contemple la ejecución y operación en cumplimiento con los estándares ambientales.

- c. El ámbito de asesoría debe ser amplio:

- i. infraestructura de transportes de carga y de personas, urbana e interurbana, para asegurar una cadena logística nacional e internacional de buen funcionamiento y el transporte de personas que asegure una calidad de vida acorde con las expectativas ciudadanas
 - ii. Infraestructura social, como hospitales, edificios educacionales, soporte a los sistemas de justicia, tratamiento de residuos y otros.
 - iii. infraestructura para asegurar la disponibilidad de recursos hídricos para el consumo humano y las actividades productivas que el país aspire a promover
 - iv. Infraestructura eléctrica que se adecúe a las nuevas exigencias de la matriz energética por la que cada país opte y asegure la transmisión y distribución de acuerdo a los usos y compromisos ambientales que se hayan adquirido.
 - v. Infraestructura de conectividad a través de la cual los países de la región se incorporen a la era digital en condiciones competitivas. Para alcanzar una adecuada transformación digital, primero se necesita reducir las brechas de infraestructura de conectividad existentes en los países, de lo contrario, no se contará con la plataforma que de soporte a la transformación digital.
- d. Su rol fundamental es el diseño y monitoreo de un Plan Nacional Integrado de Infraestructura Estratégica a partir de los planes de las distintas agencias o ministerios existentes en cada país, para alcanzar metas de inversión de carácter estratégico en los diferentes dominios de la infraestructura, que contribuyan con un mayor bienestar de la población y un aumento de la productividad país, en una perspectiva inclusiva y ambientalmente sustentable.

- e. Para el desarrollo inicial del Plan Nacional Integrado de Infraestructura Estratégica (PNIIE) se sugiere llevar a cabo un Plan de Trabajo inicial de 2 años, que, en coordinación con los ministerios y agencias existentes en cada país, contemple:
 - i. Identificación de necesidades tanto urgentes como de carácter estratégico (la infraestructura en su doble rol de resolver problemas existentes y en su condición de generadora de oportunidades).
 - ii. Complementariedades nacionales e internacionales.
 - iii. Propuestas priorizadas de soluciones.
 - iv. Matriz de ideas proyectos de carácter estratégico a nivel general, sustentables ambientalmente.
 - v. Validación institucional y social de las propuestas.
 - vi. Identificación en cada caso de las agencias o ministerios ejecutores, y asignación de metas a cada uno de ellos.
 - vii. Sistemas de seguimiento y evaluación en la concreción del PNIIE
 - viii. Recomendaciones a la autoridad política.
 - f. Respecto del monitoreo, se sugiere revisión del PNIIE cada 2 años.
 - g. Respecto de fuentes de financiamiento, le corresponde la evaluación y sugerencia de diferentes fuentes de financiamiento, en el entendido que las alternativas de APP deberán cumplir un rol fundamental.
3. Desde el punto de vista del sector privado, se requiere constituir o fortalecer Consejos Nacionales de Infraestructura (oferentes de servicios de infraestructura y representantes de la demanda de servicios de infraestructura) que puedan acompañar a la Agencia

Nacional de Infraestructura con sugerencias, apoyo en las investigaciones, validación privada por la oferta y la demanda del PNIE, su socialización en la comunidad, evaluación y modificaciones que se le deban incorporar.

IV. Propuesta de Modelos Contractuales Colaborativos. Un desafío de productividad.

Además de las propuestas institucionales, nuestros países deben avanzar decididamente en mejorar los marcos normativos y los sistemas de gestión de los proyectos de infraestructura social, con miras a lograr una mayor productividad.

Los inconvenientes que surgen a partir de relaciones contractuales tensionadas y desequilibradas se traducen en demoras, atrasos y sobrecostos que afectan severamente la gestión de la infraestructura de nuestros países, en su perspectiva de política pública necesaria para el desarrollo social y económico de los Estados miembros.

a) Actuales inconvenientes

Nuestros Estados poseen sistemas de contratación y de gestión de proyectos poco modernos y no siempre eficientes, con normas usualmente ambiguas, lo cual alienta largas discusiones interpretativas entre Mandantes y Contratistas, sobre múltiples aspectos técnicos y contractuales, aumentando la conflictividad, con marcos normativos en ocasiones rígidos, que no permiten adaptarse a tiempo a las dificultades que se encuentran durante la ejecución de los proyectos, lo cual extiende los plazos y encarece sus costos, creándose de paso un escenario propicio para que surjan malas prácticas y eventualmente conductas de corrupción, como medios ciertamente ilícitos para destrabar las controversias técnicas.

Existe asimismo una premisa normativa errónea que condiciona fuertemente los proyectos: se asume normativamente que la ingeniería entregada por el mandante público en fase de licitación es correcta y completa, y que por tanto sólo caben obras extraordinarias o aumentos de cantidades, por lo que no resultan admisibles modificaciones significativas del proyecto, a pesar de que muchas veces dichas modificaciones son necesarias para adaptarse a una realidad de terreno distinta de la prevista e informada en el proyecto entregado durante la licitación.

Ello hace que los modelos de contratación de nuestros países supongan - normativamente - una asignación estática de riesgos, trasladando al contratista la casi totalidad de las responsabilidades, en vez de permitirse un análisis dinámico, en función de la realidad de terreno que se descubra posteriormente de forma objetiva.

Además, en aquellos casos en los que es necesario efectuar ajustes, adaptaciones y cambios relevantes, la eventual responsabilidad funcionaria por llevar adelante dichos cambios, especialmente cuando éstos se justifican por una ingeniería licitada incompleta, provoca una severa aversión de la autoridad a materializarlos - o en el mejor de los casos una larga demora en concretarlos - por temor a incurrir en dicha responsabilidad, y también por estar dichos cambios teñidos de una supuesta ilegalidad o favorecimiento al contratista, prefiriéndose muchas veces no efectuar cambio alguno, arriesgando incluso que el proyecto fracase por dicho inmovilismo, afectando de ese modo el interés público del proyecto.

A ello, debe agregarse una cierta desnaturalización de las facultades de auditoría de los órganos de control externo, quienes terminan inmiscuyéndose en el mérito técnico de las decisiones de la autoridad competente, provocando de paso un condicionamiento a las potestades públicas de la autoridad, en sus aspectos técnicos, afectando la toma oportuna de decisiones.

Uno de los aspectos que provoca mayor improductividad e ineficiencia en la gestión de contratos públicos, es la falta de decisión oportuna de los funcionarios públicos para resolver aquellas materias o inconvenientes técnicos que ordinariamente se presentan durante la ejecución de una obra, lo cual hace que las obras se demoren más de lo razonable, y al no haber definiciones a tiempo, se generen sobre costos que podrían evitarse con una actuación conjunta, más oportuna y balanceada.

Ese balance, que debe ser el reflejo de una natural y sana colaboración de todas las partes de un proyecto, propio de una industria madura, debe ser siempre una cuestión central y del máximo interés de nuestros Estados miembros, para lo cual también se requiere la colaboración de los contratistas, pero existiendo reglas claras y ciertas, de manera que los conflictos se resuelvan a tiempo, se evite que los plazos se extiendan innecesariamente y las obras se posterguen, encarezcan o judicialicen.

b) El deber de colaboración como herramienta para una mejor y más eficiente gestión de los proyectos de infraestructura pública.

La dificultad que actualmente enfrenta la gestión de proyectos de infraestructura pública no se origina verdaderamente en los inconvenientes e imprevistos que usualmente surgen en las obras, pues dichos inconvenientes en mayor o menor medida siempre existirán. El verdadero desafío es poder solucionarlos a tiempo, mediante mecanismos y prácticas oportunas y colaborativas, para intentar evitarlos o al menos mitigarlos de manera significativa.

De ese modo se resguardará mejor el interés público que conlleva cada proyecto, preservando a la vez el interés privado de quienes colaboran como proveedores, suministradores, trabajadores, contratistas y subcontratistas, dando mayor sostenibilidad a la relación pública privada y a toda la cadena de valor.

Una mayor productividad en la gestión de infraestructura pública proviene precisamente de la implementación de conductas de activa colaboración entre las partes, pública y privada, acompañadas de un marco normativo que así lo incentive y así lo contemple. La colaboración de ambas partes y la confianza recíproca deben ser en consecuencia los elementos centrales de una nueva mirada para este sector, que permitan disminuir las discrepancias, bajar los sobrecostos y los mayores plazos que muchas veces se generan en el ámbito de los proyectos de infraestructura, mejorando de paso su productividad y la eficiencia de los recursos y plazos comprometidos. Todo ello, en sintonía con las tendencias y experiencias internacionales ya probadas.

Una conducta de cooperación, cuyos mecanismos e incentivos se reflejen en el marco normativo contractual, tiene en consecuencia la mayor importancia, si se considera que la gran mayoría de las discrepancias que surgen durante la ejecución de un proyecto, se derivan precisamente del abandono que las partes hacen de su deber de lealtad y activa colaboración, orientada a salvar el contrato en los momentos en que surgen situaciones que lo ponen en riesgo, como expresión del deber de buena fe contractual.

El cambio que hace falta, en todo caso, no es solo normativo o contractual, debe ir necesariamente acompañado de un cambio cultural en la forma de entender las relaciones entre mandantes y contratistas, que justamente anteponga la colaboración al conflicto.

Con el objeto de avanzar en esta materia, y considerando la necesidad de reactivar la economía a través de medidas que requieran priorizar recursos y plazos, parece necesario considerar los modelos contractuales que ya están probados en el ámbito internacional que tengan por objeto promover y priorizar una buena gestión de proyectos.

Dichos contratos adoptan el enfoque de “*partnering*” o asociatividad, y al mismo tiempo imponen un fuerte énfasis en una administración de proyectos proactiva, lo que promueve un espíritu colaborativo entre las partes, para alcanzar los objetivos del proyecto en beneficio mutuo.

Los modelos contractuales colaborativos, por excelencia, corresponden a los denominados “*New Engineering and Construction Contracts*”⁶, más usualmente conocidos por sus siglas “NEC”, los cuales fueron desarrollados en Gran Bretaña por el Instituto de Ingenieros Civiles, modelos de uso internacional, al igual que los contratos FIDIC⁷, JCT, ICC, entre otros.

Los contratos NEC presentan en efecto una buena alternativa para promover el desarrollo de proyectos de obra pública, ya que establecen mecanismos para que las partes vayan identificando y mitigando los riesgos en forma conjunta y oportuna mediante: (i) un sistema de alertas tempranas recíprocas que les sirva para identificar contingencias y buscar soluciones en forma conjunta como parte de sus obligaciones; (ii) asignación de roles a los distintos intervinientes, de manera de privilegiar la continuidad de las labores a través de la promoción de decisiones ágiles; (iii) flexibilidades para ir ajustando la organización de la obra a la realidad del terreno y a los posibles cambios e imprevistos que puedan ir encontrando durante el avance de las tareas; (iv) establecimiento de mecanismos de resolución de controversias durante la ejecución de la obra, que constituye una valiosa herramienta para

⁶ Los contratos NEC han resultado ser una excelente alternativa, tal como lo demuestra la construcción de la Villa Olímpica e instalaciones deportivas para los últimos Panamericanos de Lima, Perú en donde se utilizó esta herramienta contractual con notable éxito.

⁷ FIDIC ofrece contratos-tipo con Condiciones Generales y sugerencias de redacción de Condiciones Particulares adaptables a la realidad social, económica y normativa del país donde se desarrolla el proyecto constructivo. Basado en 20 cláusulas sobre las que se estructuran las Condiciones Generales, los contratos FIDIC ofrecen invaluable ventajas para la ejecución de proyectos. La primera de ellas es que contemplan toda la recopilación de los mejores usos y costumbres mundiales de la contratación internacional, lo que los hace imparciales con respecto al Cliente y Contratista, son claros y concisos en la identificación y asignación de los riesgos del proyecto, lo que otorga seguridad a las partes y a la vez predictibilidad en la solución de sus posibles y futuras controversias. La flexibilidad y capacidad de adaptación es otra de sus ventajas y se fundamenta en el conocimiento previo de las Condiciones Generales permitiendo que las partes se concentren en regular las Condiciones Particulares de conformidad con la naturaleza específica del proyecto, lo cual se traduce en una mayor agilidad en la estructuración de los contratos, facilidad para mantener las relaciones comerciales y eficacia en el cierre, la administración y la solución de controversias.

ir destrabando las indefiniciones e inconvenientes que puedan surgir durante la misma; y (v) la posibilidad de fijar incentivos económicos al contratista en caso de que termine la obra en un plazo anterior al inicialmente pactado, o bien ejecute las obras generando ahorros autorizados en el presupuesto de la obra. Contemplan, asimismo, una serie de cláusulas claves y mecanismos para que las partes puedan avanzar en soluciones de forma oportuna.⁸

c) Propuesta de incorporar modelos de contratos o cláusulas colaborativas.

Habida cuenta de la estrecha relación entre cooperación y productividad, y dada la urgencia de reactivar las economías de nuestros países producto de la Pandemia, se propone a los Estados miembros de la Alianza, de forma excepcional, adoptar las medidas necesarias para suscribir acuerdos o convenios de cooperación internacional, “Gobierno a Gobierno”, con el objeto de recibir la asistencia técnica e implementar, en base a programas piloto, modelos de contratos NEC o similares, a diversas obras públicas en los países de la Alianza.⁹

⁸ A modo de ejemplo algunas de las cláusulas colaborativas que se contemplan en los contratos NEC: Clause 10.2: General *‘The Parties, the Project Manager and the Supervisor act in a spirit of mutual trust and cooperation’*; Core Clause 15.1: Early Warning: *‘The Contractor and the Project Manager give an early warning by notifying the other as soon as either becomes aware of any matter which could increase the total of the Prices, delay Completion...’*; Clause 15.2: Early Warning Register: *‘The Contractor and the Project Manager issue and Early Warning Register within one week of starting date.’*; Clause 31.1: Programme submitted to PM for acceptance within the agreed period; Clause 31.3: treated as acceptance if PM does not notify acceptance or non-acceptance within 3 weeks; Clause 13.4: In respect of non-acceptance the PM must state reasons in sufficient detail *to enable the Contractor to correct the matter*. Up to date accepted programme used to manage change. Compensation Events: Clause 60.1: 21 compensation events identified; Clause 61.1: Obligation on PM to notify Compensation Events; Clause 61.3: Contractor to notify CE within 8 weeks. PM to reply within 1 week. Acceptance deemed if no response from PM within 3 weeks. Clause 63.5: Impact assessed on the current Accepted programme.

⁹ Si bien la modalidad “Gobierno a Gobierno” es una herramienta con ventajas para una inmediata ejecución, se debe acudir a ella solo de manera temporal, por la ventaja que dichos Convenios ofrecen como herramientas para aplicar modelos colaborativos y reactivar la economía, obteniendo las experiencias necesarias a través de los programas piloto que sirvan de base para efectuar las reformas normativas que se estimen necesarias. Sin embargo, el objetivo de la reforma institucional que se propone en el presente documento es establecer una gobernanza que permita a nuestros países contar con mecanismos propios y gestores de proyectos públicos eficientes, no dependiendo de esquemas que puedan ser insostenibles en el tiempo. Dicho eso, los esquemas de “Gobierno a Gobierno” que se adopten deberían incluir la construcción, operación y mantenimiento de las infraestructuras, así como la preparación y entrega de las concesiones correspondientes, de manera que se dé una atención integral a la brecha de servicios que enfrenta la población de nuestros países.

Como alternativa de lo anterior, adaptar bases tipo de licitación conforme a dichos modelos colaborativos, requiriendo las autorizaciones locales y administrativas correspondientes para poder aplicarlos en programas piloto.

En una segunda etapa, contando con la información necesaria para evaluar la mejor forma de recoger las lecciones y conclusiones aprendidas, iniciar una decidida modernización de los sistemas de contratación de obras públicas, incorporando dichos principios colaborativos a los marcos normativos, sea mediante la incorporación íntegra de dichos modelos o bien mediante la inclusión de las cláusulas y orientaciones más relevantes que se han reseñado en este documento, con el objeto de hacer más eficiente la gestión de proyectos de infraestructura pública.

V. Propuesta de incorporar Buenas Prácticas a la gestión de proyectos de infraestructura pública.

Además de la importancia que para la productividad tienen los contratos colaborativos, debe agregarse la aplicación de Buenas Prácticas en la gestión de los proyectos, como un factor adicional de suma relevancia en esta materia.

Resulta altamente aconsejable que los marcos normativos de los Estados miembros incentiven conductas que no solo pongan énfasis en la ética de las partes de un contrato - y en regular los posibles conflictos de interés entre los diversos actores de la construcción - sino también en el deber de las partes de gestionar los proyectos de infraestructura conforme al principio de buena fe y lealtad contractual, motivando una interpretación razonable, justa y equitativa de las normas y cláusulas de un contrato, conforme a la

naturaleza y alcance de sus respectivas obligaciones, evitando interpretaciones arbitrarias y abusivas, en toda la cadena de valor, incluyendo mandantes, contratistas, subcontratistas y proveedores, permitiendo con ello dar permanencia y sostenibilidad a las relaciones de largo plazo, basadas en la confianza y recíproca colaboración.

Mientras más equilibradas y justas sean las relaciones contractuales, más alineadas estarán las partes con la eficiencia, la productividad, y por ende con el interés público de sacar adelante un proyecto de infraestructura social. De no aplicarse Buenas Prácticas, irremediablemente se seguirán produciendo conflictos y controversias innecesarias, por causa de interpretaciones abiertamente incorrectas de ciertos conceptos técnicos y contractuales elementales, lo cual alentará las controversias de manera artificial, produciendo relaciones desbalanceadas y tensionadas, que tarde o temprano terminan afectando la marcha y la productividad de los proyectos de infraestructura pública, llegando incluso a poner en riesgo la terminación de las obras. De ahí la importancia de promoverlas.¹⁰

En efecto, es bastante usual encontrar en las jurisdicciones de los Estados miembros, especialmente durante la fase de ejecución de las obras, algunas prácticas que no están precisamente alineadas con un cumplimiento equitativo de las obligaciones contraídas, alterándose las respectivas cargas y riesgos tenidos a la vista al contratar, lo que se traduce en interpretaciones que en ocasiones son arbitrarias y no se condicen con el interés del proyecto, todo lo cual termina alterando la ecuación económica del contrato y el alcance de las obligaciones asumidas, sus plazos y costos.

¹⁰ Ello es consecuente con la actividad de colaboración del privado para con el Estado en la satisfacción de necesidades públicas. El contrato administrativo, constituye y debe ser el reflejo de lo siguiente: una relación dinámica; una constante adaptación a las necesidades que se debe satisfacer en forma eficaz; una colaboración leal en el fin perseguido más que una contraposición de intereses, y una adecuación permanente (justicia contractual) en las prestaciones recíprocas. Estos principios deben resguardarse por ambas partes durante todo el iter contractual.

Conforme al principio de igual reparto de las cargas públicas¹¹, no es procedente que un Estado exija o establezca cargas a un particular más allá de aquellas que el ordenamiento jurídico le impone. Así, por ejemplo, es una mala práctica imponer al concesionario o contratista que se haga cargo de un sobre costo incurrido en la construcción de la obra por un hecho que no le sea imputable y que no se haya previsto en el alcance original, pues ello implica que el privado tendría que financiar la obra pública en beneficio de la sociedad. Lo mismo ocurre si le exige asumir los defectos del proyecto licitado; en aquellos casos en los que se debe extender el plazo por razones no atribuibles al contratista, sin que se le reconozca el pago de gastos generales por dicha extensión, entre muchas situaciones en los que el mandante público en ocasiones impone cláusulas o prácticas abiertamente abusivas. En dichos casos, la ecuación económica-financiera del contrato se puede ver alterada o modificada por diversas causas que en definitiva son ajenas al contratista.¹²

En atención a dichas razones, resulta prioritario que los Estados miembros actualicen y modernicen sus marcos contractuales y normativos, así como sus prácticas en gestión de proyectos, de manera que las materias técnicas y los principios contractuales más elementales queden correctamente tratados, reduciendo con ello el riesgo de que las partes presenten interpretaciones abiertamente erradas y sin fundamento, alejadas del alcance de las obligaciones de cada cual.

En la medida que dichas materias estén tratadas de manera orgánica y sistemática, evitando ambigüedades, menos controversias y efectos adversos debieran presentarse, y por tanto menos improductividad y costos

¹¹ En derecho público la igualdad ante las cargas públicas es un principio rector que rige toda la materia referida a la responsabilidad de la Administración. La traslación de riesgos en materia de grave onerosidad sobreviniente encuentra en él su más clara justificación.

¹² En general causas imputables a la Administración en cuanto no se cumpliera con lo pactado; hechos o actos del Estado que introducen una modificación imprevista en la ejecución del contrato, ejerciendo legítimamente sus poderes o prerrogativas, generando el derecho de la contraparte a ser indemnizada; trastornos que se originan fuera de la Administración, fundamentalmente por juego de leyes económicas y factores similares que escapan al control de la Administración provocando una excesiva onerosidad que no fue previsible al momento de contratar; y también producto de hechos de la naturaleza o del hombre, ajenos a las partes, conocidos como "caso fortuito" o "fuerza mayor".

adicionales, de forma que los contratos y normas administrativas sean el reflejo de reglas claras y ciertas, a través de un tratamiento de sus materias más relevantes de forma justa y equilibrada.

Muy por el contrario, la falta de claridad en la regulación de las materias que se tratan en los marcos normativos de los Estados miembros, con la consecuente interpretación, muchas veces discrecional y arbitraria, es fuente de discrepancias y demoras innecesarias en las definiciones que se requieren para la marcha de las obras, postergando el avance de los proyectos y elevando sus costos de manera exponencial, afectando además la productividad.

En la industria y experiencia internacional, existen una serie de criterios y conceptos generales que debieran servir de guía para conformar una especie de *Código de Buenas Prácticas en materia de Gestión Contractual*, con miras a obtener una mayor productividad en los proyectos de infraestructura pública.

Dichos conceptos básicos debiesen recogerse por los marcos contractuales y normativos de los países de la Alianza, de forma prioritaria.

A continuación, haremos un planteamiento general en aquellas materias que resultan más relevantes, sin perjuicio de otras que pudieran incluirse con mayor detalle.

a. Gestión oportuna de los proyectos de infraestructura pública.

Una gestión eficiente de un proyecto de infraestructura supone la carga para ambas partes de advertir oportunamente cualquier inconveniente encontrado durante la marcha de las obras. Incurre en una mala práctica, aquella parte que oculta información a su contra parte, o bien, habiéndola advertido, dilata o demora innecesariamente la gestión de su solución. Es

bastante usual que, ante la necesidad de gestionar cambios a los proyectos, la parte pública no gestione dichos cambios con la prontitud que se requiere, demorando su definición y formalización por los medios contractuales y administrativos requeridos, con lo cual se provocan efectos adversos adicionales, al afectarse la marcha de otra, sus costos y plazos.

Muchas veces la exigencia normativa no es flexible e impone la necesidad de esperar la completa tramitación técnica y contractual de los cambios, mediante una secuencia de trámites y aprobaciones de múltiples entidades del respectivo Estado. Resulta aconsejable que, una vez otorgada la aprobación de la contraparte pública más inmediata, se entienda aprobado el cambio, sin tener que esperar toda la tramitación administrativa interna del Estado, con el objeto de permitir una mayor rapidez en las definiciones, en beneficio de los plazos y costos del proyecto.

b. Defectos en los diseños de ingeniería.

Si bien es deseable que la ingeniería con la que los Estados licitan obras públicas directas sea correcta y completa, es usual que en muchas ocasiones ello no sea así, y que por tanto el proyecto, a pesar de los esfuerzos, deba ser finalmente modificado durante la ejecución de las obras, para adaptarse a la realidad encontrada en terreno. En dichos casos, una buena práctica es que el contratista informe a la brevedad dichos defectos de proyecto, apenas tome conocimiento de ellos, y que, por otra parte, el mandante público - en ese supuesto - no responsabilice al contratista de tales defectos, debiendo el mandante público corregirlo y actualizarlo a la mayor brevedad, compensando al contratista por las demoras que dichos defectos provoquen en los plazos y otros efectos de la obra.

No es tampoco una buena práctica que el mandante introduzca modificaciones por la vía de una complementación o actualización del respectivo proyecto de ingeniería, disimulando modificaciones sustantivas,

para intentar evadir o evitar responsabilidades. En caso de que el proyecto de ingeniería requiera ser adaptado a una nueva realidad, ambas partes deben colaborar activamente entre ellas, en los roles y responsabilidades que a cada una de ellas les corresponde, con el objeto de diligenciar prontamente la nueva versión del proyecto, y en el intertanto, convenir la reorganización de los recursos humanos y materiales para que la obra, sus plazos y costos se vea afectada lo menos posible. En ese tipo de contratos, al mandante le debiese corresponder actualizar el proyecto y compensar por las demoras que ello signifique.

c. Errada interpretación del concepto de suma alzada.

Es bastante usual poder apreciar una errada aplicación y entendimiento del concepto de “suma alzada”, que hace necesario una mejor determinación en los marcos normativos de los países de la Alianza, para aquellos proyectos públicos que se licitan y contratan bajo esa modalidad.

En efecto, en ocasiones existe la creencia, por cierto, equivocada, de que todas las obras y actividades constructivas, previstas y futuras, están incluidas en el alcance de la suma alzada, y que éstas son todas de cargo del contratista. Ello no es así, pues el contratista ha asumido en este tipo de contratos la ejecución completa de una obra, pero únicamente en relación al proyecto de ingeniería entregado por el mandante, de modo que, si por cualquier razón el proyecto cambia o es modificado, de igual manera se modifica el alcance de lo contratado.¹³

Una cuestión similar ocurre con las denominadas partidas globales, que en ocasiones deben ser obligatoriamente presupuestadas como globales,

¹³ Resulta claro que, en los contratos a suma alzada, será obra extraordinaria aquella obra que no se encuentra contemplada en el proyecto original entregado por el mandante y que sirvió de base para que el licitante presentara su oferta y se fijara el precio del contrato. Sin embargo, la discusión suele darse más allá de la obra contratada, extendiéndola a los métodos constructivos y a la actividad constructiva necesaria para ejecutar la obra contratada. En efecto, puede ocurrir que la obra en sí misma y como un todo resultante del proceso constructivo, no experimente variaciones en relación a aquella proyectada originalmente, pero que sí deban ser modificados los métodos o procedimientos constructivos necesarios para ejecutar la obra, así como la actividad constructiva que deba desplegar el contratista para su materialización.

según los formatos de la licitación, no obstante que por su naturaleza pueden ser medidas por avance. Constituye una estipulación abusiva obligar a cotizar como globales partidas que verdaderamente no lo son, posponiendo de ese modo su pago oportuno.

d. Determinación de mayores plazos.

Un elemento fundamental en todo contrato de construcción es el plazo, el cual tiene además estrecha relación con el costo de la obra.¹⁴

En línea con las tendencias internacionales, se hace necesario que los marcos normativos de los Estados de la Alianza regulen de mejor manera, en forma sistemática, las causales por las que los mandantes públicos deben otorgar aumentos de plazo, y cuando corresponda, concedan el pago de los gastos generales y costos asociados.

Esta materia, por su importancia, debiese regularse de un modo orgánico, en el que no solo se establezcan, clara y sistemáticamente, las causales de aumento de plazo, sino también su forma de determinación, de un modo preciso.

En este sentido, por ejemplo, una dificultad que suele verse en la práctica dice relación con la determinación de los mayores plazos asociados a las obras adicionales y extraordinarias. Un primer plazo dice relación con el tiempo en que el mandante tardará en definir la obra extraordinaria.¹⁵ Un

¹⁴ El plazo se refleja en un programa de obras o "Carta Gantt", siendo usual y costumbre que deba ser elaborado por el contratista, sin perjuicio de su obligación de actualizarlo durante el avance de la obra, conforme a su avance efectivo. Tanto el Programa Oficial como los sucesivos programas que se presenten, deberán ser igualmente emitidos conforme al Método de Ruta Crítica.

¹⁵ Este primer plazo podrá afectar o no la ruta crítica del programa, en la medida que la actividad que la determina, por sobre la cual pasa la ruta crítica, se paralice o suspenda a la espera de la definición de ingeniería de dicha obra extraordinaria. Si ese efecto se produce, entonces el contratista debiese tener derecho a extensión de plazo, y al pago de los costos de paralización y de mayor permanencia en obra, más gastos generales. Esos sobre costos son indirectos, producto de la paralización del proyecto a causa de la espera por la definición de la obra extraordinaria, pero también podrán afectar la producción de los costos y recursos directos, al afectarlos por paralización o hacerlos más improductivos.

segundo plazo, distinto al anterior, tiene relación con el plazo de ejecución de la obra extraordinaria, esto es, el tiempo en que se demora su ejecución propiamente tal.¹⁶ En ocasiones se confunden ambos impactos o mayores plazos, y por ende la clasificación de los recursos asociados a su pago, existiendo la tendencia de asociar la totalidad de ellos a la ejecución de la obra extraordinaria propiamente tal, lo cual es incorrecto e incompleto.¹⁷

Junto con las posibles causas de extensión de plazo, uno de los aspectos más controvertidos se refiere a determinar si el mayor plazo resulta imputable al propietario de la obra o bien al contratista, y en consecuencia si existe obligación del mandante público de indemnizar los perjuicios causados y/o del contratista de pagar las multas por atraso.

En términos generales, y conforme a la práctica internacional mayoritaria, las normas locales debiesen regular claramente que cuando las causas del retraso son imputables al propietario, no solo le corresponde otorgar un aumento del plazo de ejecución del proyecto, sino que también éste debe asumir y pagar los costos que el aumento del plazo conlleva, por cualquier causa, inclusive por Fuerza Mayor.¹⁸ En dicha regulación debiese también incluirse, de un modo expreso, la procedencia de indemnizar al contratista por la pérdida de productividad, por causas que no le sean atribuibles, debidamente comprobadas, mediante los documentos de prueba y

¹⁶ Dicho plazo, que también generará un costo indirecto al que tendrá derecho el contratista, se producirá en la medida que la ejecución de una obra extraordinaria en particular provoque un impacto en el programa de trabajo contractual y desplace sus fechas asociadas al plazo general de la obra.

¹⁷ En efecto, los sobre costos por extensión del plazo del programa por causa de la indefinición de la obra extraordinaria, corresponden a una indemnización por mayor plazo y permanencia en obra por causa de una modificación del proyecto; en tanto que los segundos corresponden al pago de sobre costos asociados a la ejecución de la obra extraordinaria.

¹⁸ En efecto, si por ejemplo, los terrenos no son entregados a tiempo; el proyecto tiene defectos que deben ser corregidos; se instruye la ejecución de obras extraordinarias; se ordena el empleo de materiales distintos; se decreta una paralización de trabajos por decisión del mandante; y tales hechos afectan el plazo del contrato, según el análisis que se haga del programa de trabajo, y por tanto afectan la ruta crítica, entonces el mandante tendrá derecho a la extensión de plazo correspondiente y a ser indemnizado de las consecuencias de dicha extensión de plazo, es decir, al pago de los costos indirectos y gastos generales relacionados con ese aumento de plazo por mayor permanencia en obra.

respaldos que correspondan. Si además se le exige al contratista una aceleración de trabajos, para intentar recuperar los retrasos causados por acción u omisión del mandante, entonces el contratista también debiera ser indemnizado por los mayores gastos directos que le provoque dicha aceleración, debiéndosele pagar todos los mayores recursos humanos y materiales aportados a obra para tales efectos.¹⁹

Asimismo, debe regularse un aspecto muy controvertido y poco normado: los denominados atrasos concurrentes, siguiendo el criterio de la doctrina internacional mayoritaria en esta materia, en cuanto a señalar que, de haber atrasos concurrentes, el contratista tendrá derecho a extensiones de plazo, pero no al pago de gastos generales.

Finalmente, debiese incorporarse una clarificación normativa, en cuanto a que la compensación económica, por gastos generales y/o costos directos, a la que el contratista pueda tener derecho por aumentos de plazo, se deberá evaluar en aquel período de tiempo del programa de obras en el que los efectos económicos del aumento de plazo se perciban y manifiesten materialmente en la obra, y no necesariamente en el agregado de plazo al final de ella, siguiendo en esta materia los lineamientos de la doctrina internacional especializada.

VI. Propuesta en materia de Mecanismos de Resolución de Controversias.

Como es sabido, la construcción genera un alto índice de controversias. Todo conflicto genera ineficiencia y ésta trae, a su vez, la materialización de

¹⁹ Por otra parte, si las causas del retraso ya no son atribuibles al mandante, sino que, al contratista, ya sea que su atraso provenga de un acto, hecho u omisión culpable o negligente, el contratista no tendrá derecho a un aumento de plazo, y deberá terminar la obra asumiendo los mayores costos provocados por el mayor plazo, sin perjuicio del derecho del mandante de aplicarles las multas que correspondan. Incluso más, debiese quedar establecido como una buena práctica, que el contratista está obligado a acelerar los plazos, mediante la incorporación de recursos adicionales, humanos y materiales, a su costo y cargo, y a maximizar la eficiencia de su organización para evitar mayores perjuicios al propietario de la obra.

riesgos que en muchas ocasiones han sido mal previstos y, luego, mal gestionados.

Tratándose de las obras públicas, ya sean de ejecución directa o de obras concesionadas, la importancia de contar con mecanismos de resolución eficiente y temprana de las controversias es aún más crítico, puesto que dichas controversias afectan obras que son necesarias para satisfacer necesidades públicas.

Los mecanismos tradicionales de resolución de controversias, tales como el arbitraje y la litigación ante la justicia ordinaria, han sido reputados como inapropiados para la resolución de disputas en proyectos de construcción, porque sólo intervienen después de que la disputa se ha generado, exacerbando la actitud conflictiva entre las partes de un proyecto y porque resultan altamente costosos en tiempo y dinero.

Conscientes de la baja efectividad de los mecanismos más legalistas y tradicionales, los expertos de la industria de la construcción han venido estudiando y desarrollando nuevas y diferentes estrategias para prevenir conflictos y para entregar una solución temprana a aquellas disputas que surjan durante el proceso de ejecución del respectivo contrato.²⁰

Se estima necesario profundizar en la incorporación de diversos mecanismos de diálogo que vayan operando, de manera coherente e integrada, durante toda la vida de un proyecto de obra pública, para disminuir los altos niveles de litigiosidad existentes en este ámbito en nuestros países.

²⁰ Actualmente, en las diversas administraciones del contexto latinoamericano, en aras de mejorar la administración, se implementan Programas de Modernización Institucional y fortalecimiento de las capacidades técnicas, para una defensa legal de los intereses del Estado/Fisco, a fin de mantener elevados estándares judiciales, lo que implica el rediseño de los procesos de trabajo, sin embargo, muchas veces esta "Modernización", no considera "Nuevas Herramientas en materia de resolución de conflictos", lo que implica solo la estandarización y optimización de los procesos ya existentes, pero no la incorporación de mecanismos colaborativos de resolución.

Los principales mecanismos de gestión de los conflictos que deberían adicionarse a los litigios y a los arbitrajes son la mediación y los denominados “*Dispute Boards*”, especialmente en aquellos países que nos los contemplan o los establecen de manera parcial, para algunos de sus proyectos.

a) Mediación.

La incorporación de la mediación permitiría conectar el resultado de la resolución del conflicto jurídico, en el que se encuentran involucrados intereses fiscales, con la prevención de situaciones similares. La mediación se visualiza como una herramienta virtuosa, ya que las partes involucradas podrán sentarse a conversar, dentro del marco de confidencialidad, y escuchar a la contraparte y su versión de los hechos. El representante del Estado que asiste a una mediación puede retroalimentar al Servicio en cuyo nombre comparece de forma directa, a fin de que situaciones similares no vuelvan a ocurrir. Los mecanismos colaborativos, al alejarse del binomio “ganador-perdedor”, permiten recoger las enseñanzas del proceso de resolución e introducir mejoras concretas y próximas en el tiempo, a fin de que no se repitan conflictos similares.

El proceso de mediación debe ser gratuito, porque es parte de los servicios de acceso a la justicia. Ella debe radicarse en un órgano con la independencia necesaria y suficiente para ser un tercero imparcial, que pueda intervenir un conflicto y lograr que se genere diálogo entre las partes. Evidentemente, la labor no puede ser realizada por el mismo órgano contra el que se reclama.²¹

Los principios que regirían esta mediación son la voluntariedad, igualdad, confidencialidad, imparcialidad y en base a ellos deberán resolverse

²¹ Distinto será, la posibilidad que cada servicio, dentro de sus competencias y conflictos pueda negociar directamente, acudiendo posteriormente a una mediación ante un tercero independiente, si los intentos de comunicación directa fracasaron. Muy ligado a lo anterior, es necesario determinar que materias podrán ser mediables, excluyendo quizás aquellas relativas a derechos indisponibles para las partes y/o vinculadas a temas penales que no admiten salidas alternativas al proceso.

aquellas posibles colisiones que pudieran producirse, en cuanto al tipo de conflicto de que se trate; a la labor propia de la administración (confidencialidad e investigación sumaria); y/o a los mecanismos contenciosos que prosperarán en caso de que fracase la mediación.²²

Un aspecto importante es precisar cómo se utilizaría la información que se levante de los procesos de mediación en aras de la resolución virtuosa de los conflictos, de manera tal que las causas que generaron las diferencias entre el Estado/Fisco y el contratista no se reiteren en el tiempo y los aprendizajes sean internalizados por el servicio que participa en el proceso.

Es necesario, sin vulnerar la confidencialidad, retroalimentar a la entidad de la administración que media, acerca de los casos y medidas de prevención que se podría adoptar para que no se repitan en el tiempo conflictos de la misma índole.

Finalmente, una normativa en este ámbito debe considerar que se capacite a los intervinientes, para resolver un conflicto desde la colaboración y no desde el enfrentamiento (lo que se encuentra arraigado en nuestra cultura, dado los altos niveles de desconfianza y controversia).

b) Dispute Boards

Dentro de la industria de la construcción, y como una reacción a las altas tasas de conflictividad tan características de este sector, los denominados Dispute Boards²³ surgen internacionalmente²⁴ y luego en Latinoamérica²⁵.

²² Además, sería necesario determinar en cada caso si existen principios propios de esta área de la mediación (conflictos con la administración del Estado/Fisco), considerándose quizás la probidad pública o la buena fe.

²³ Definiremos Dispute Board como aquél: *“Medio de solución de controversias que tiene origen en un acuerdo contractual contenido en un acuerdo de construcción o acuerdo independiente, en el que una o más personas denominadas panelistas o adjudicadores (El panel), tiene la obligación de conocer física y documentalmente el proyecto de construcción durante el tiempo de su ejecución, y en base a las solicitudes expresas de las partes contratantes y a las reglas escogidas por El Panel emitir (i) una consulta informal que*

Desde entonces, muchos proyectos en Latinoamérica se han visto beneficiados en menor o mayor medida con este sistema y en fechas recientes su conceptualización formal, su implementación en proyectos específicos y su difusión han tomado un camino sin precedente.²⁶

A modo de ejemplo, varios proyectos en Honduras, Panamá, El Salvador y Chile han ya contado con la participación de los Dispute Boards como mecanismos eficientes para solución de controversias in situ y en forma contemporánea a la realización de los proyectos.

En este contexto, aunque los Dispute Boards no sean aún conocidos por la generalidad, tal y como es el caso del arbitraje, son una realidad que

procure resolver la controversia; (ii) una recomendación y/o (iii) una decisión que permitan resolver la controversia durante la ejecución del proyecto con el objetivo de que el proyecto continúe con dicha discrepancia resuelta.”

²⁴ En 1974 la Academia Nacional de Ciencias de los Estados Unidos de América, a través de su Informe “*Better Management of Major Underground Construction Projects*”, expuso algunos de los problemas que la industria de la construcción debe enfrentar, destacando la importancia de estar conscientes sobre los altos costos asociados a los reclamos y a los procesos litigiosos, no sólo para la industria sino también para el público en general. En 1978 en un informe posterior, la mencionada academia propuso una serie de recomendaciones para mejorar los proyectos de construcción de líneas de metro. Una de las propuestas consistía en que los mandantes establecieran y utilizaran un panel de revisión para favorecer la consecución de acuerdos, cuando las partes no pudieran arribar a consenso a través de los procedimientos contractuales vigentes. En 1990 el Banco Mundial, basándose en un contrato “modelo” de la organización FIDIC (Federación Internacional de Ingenieros Consultores) propuso un modelo contractual que incluía un procedimiento para resolver controversias, basado en un Dispute Board. Estos conceptos se propagaron internacionalmente de manera muy rápida, y así en 1994, la FIDIC lo propuso como una opción en su Libro Naranja y luego en 1996, también como opción, en el Libro Rojo, estableciéndolo como normas a respetar en todos sus modelos de contratos, a partir de la edición del año 1998. En la versión del año 2017 de los contratos FIDIC, se incorporaron los DAAB, para enfatizar la labor preventiva de los DBs de estos paneles, lo que los hace mucho más efectivos.

²⁵ Uno de los primeros casos reconocidos por haber utilizado un Dispute Board en Latinoamérica con éxito es el Proyecto Hidroeléctrico de El Cajón, en Honduras, que inició su construcción en 1980 con un contratista italiano, una ingeniería desarrollada por una empresa suiza y el financiamiento provisto por el Banco Mundial, entidad que exigió que en el contrato se estipulara la participación de un Dispute Review Board (DRB), que acompañara su desarrollo desde el inicio.

²⁶ Asimismo, conscientes de que el tema requiere formalidad y presencia, diversas asociaciones latinoamericanas han redactado y publicado diversas regulaciones sobre la materia, tales como son, en forma ejemplificativa: el Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción (CAIC); la Pontificia Universidad Católica de Perú (PUCP). El Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago de la Industria de la Construcción de Chile, en el año 2015 emitió un Reglamento de Dispute Boards.

verdaderamente está beneficiando el desarrollo oportuno de proyectos en nuestros países, y ello sumado al impulso institucional que se ha visto acrecentado, sin duda hará que, en los próximos años, sea un mecanismo no solamente plenamente conocido, sino seguramente aceptado por sus bondades y ventajas.²⁷

El uso de los DB promueve la colaboración y el entendimiento entre las partes basado en opiniones técnico-profesionales, emitidas por expertos reconocidos, lo que permite resolver las desavenencias de manera rápida y oportuna, antes de que ellas escalen a instancias más complejas y costosas, en todo sentido.

Dado que los paneles técnicos acompañan el desarrollo del contrato desde sus inicios, las recomendaciones para resolver las disputas son oportunas, lo que además minimiza los impactos de potenciales retrasos por controversias no resueltas a tiempo.²⁸

El costo del uso del sistema de DB durante la ejecución del contrato fluctúa usualmente entre 0,05% y 0,5% del total del valor del contrato, siendo su costo y su plazo de muy inferior valor al arbitraje o a los tribunales, además del ahorro en tiempo.

²⁷ De acuerdo a las estadísticas que se ha reunido, desde 1982 al 2017, la organización internacional que promueve la adopción de estos mecanismos para prevenir las controversias, "Dispute Resolution Board Foundation" la figura del DB ha sido empleada internacionalmente en al menos 2.700 proyectos de ingeniería y construcción, con un monto total agregado de inversión que supera los 270 billones de dólares de EE.UU. Dicha estadística también muestra que las recomendaciones de los DB han sido acogidas por las partes en más del 95% de los casos, y que, menos del 3% de los contratos que contemplan la figura del DB terminan en arbitrajes o litigios.

²⁸ Existen dos modalidades principales en cuanto a lo que se refiere al carácter vinculante o no-vinculante de las recomendaciones que emite el Panel o "Board" de expertos. Así entonces se define Dispute Review Board (DRB) al panel cuyas recomendaciones no son vinculantes para las partes, es decir estas pueden adoptarlas o desecharlas. Y se define como Dispute Adjudication Board (DAB) al panel cuyas recomendaciones son obligatorias para las partes, a menos que la decisión sea sometida a arbitraje por alguna de ellas ("pay now, argue later").

Con el objeto de que dichos mecanismos puedan ser bien implementados, los Estados miembros debieran considerar al menos los siguientes elementos:

1) Conocimiento y difusión de la figura.

Resulta imprescindible que la figura de Dispute Board y su concepto, sea plenamente entendido por gobiernos, contratistas, abogados, asesores y todas las partes involucradas en los sectores de la infraestructura y la construcción, con el propósito de que no se confunda o malentienda con otras figuras. Ciertamente los Dispute Boards, no son mediadores, ni conciliadores, ni árbitros, ni asesores técnicos, ni asesores legales, ni auditores, toda vez que la función preventiva, de seguimiento y de decisión de disputas que tienen los Dispute Boards, ciertamente genera confusiones sobre sus funciones y alcances.²⁹

2) Capacitación de las partes.

Siendo la figura de Dispute Boards sumamente particular, es necesario que se concientice, capacite y entrene a todas las partes involucradas para que este mecanismo sea bien utilizado y las controversias no se judicialicen, arbitralicen, hiper-legalicen. En otras palabras, que se permita que la figura pueda funcionar debidamente con un solo objetivo: evitar las controversias mediante la oportuna intervención de uno o más terceros a los que las partes les tienen confianza, y/o la resolución oportuna de controversias en un proyecto.

²⁹ La presencia de organizaciones tales como ICC, el Dispute Board Federation, y la Dispute Resolution Board Foundation, ciertamente son positivos en la región, aunque lo importante es que, atendiendo a las particularidades de Latinoamérica, pero sin perder su filosofía, los Dispute Boards se implementen con toda su fuerza y ventajas, pero respetando su filosofía y sus reglas, para no desvirtuarlos. Ello lo puede lograr aliado de Gobiernos, Universidades, instituciones, empresas y firmas que estén involucradas. Un importante reto es que los Estados (Gobiernos) contratantes de infraestructura, no solamente conozcan la figura, sino la acepten y usen con el propósito de disminuir riesgos de falta de ejecución oportuna, incumplimientos y controversias.

3) Fortalecimiento de la ética.

Lamentablemente, nadie puede negar que nuestra región Latinoamericana tiene problemas de ética y corrupción, y que, tanto en los jueces, como en los árbitros, se han visto casos en los que los principios de integridad no son atendidos con la seriedad suficiente. Los Dispute Boards no están ajenos a esta problemática, y, en consecuencia, si este medio de solución de controversias se quiere fortalecer, se debe capacitar, entrenar y elegir a miembros que cumplan con los más altos estándares de ética.

VII. Conclusiones.

La infraestructura es una herramienta adecuada y necesaria para el desarrollo de nuestras naciones, especialmente en estos tiempos de crisis económica internacional, producto de la pandemia que afecta severamente a nuestros países y a su gente.

No obstante, se requiere formular urgentemente ajustes relevantes en nuestros Estados, con el objeto de que los proyectos de infraestructura pública tengan una implementación eficiente, que impulse el crecimiento en un entorno de mayor productividad. Las ineficiencias y trabas en la gestión de los proyectos de infraestructura social terminan postergando las obras, en perjuicio del interés público comprometido.

Son muchas las causas y factores que hace ya tiempo están afectando la productividad en los proyectos de infraestructura pública.

Desde luego, la falta de una institucionalidad que promueva políticas públicas de largo plazo, más allá de los gobiernos de turno, incide directamente en la concreción oportuna de la inversión pública y privada en este sector de la economía. Se hace urgente y necesario implementar una institucionalidad como la propuesta.

Por su parte, deben ajustarse los marcos normativos, adoptando modelos contractuales colaborativos, cuya productividad ya se encuentra probada internacionalmente, sumando a ello las buenas prácticas en gestión contractual que se proponen en este documento. En el intertanto, deberían implementarse - como dispositivos de urgencia que sirvan para la reactivación económica de nuestros países - planes piloto, que permitan aplicar modelos del tipo NEC, de cuyas lecciones y conclusiones empíricas podrán adoptarse cambios normativos y contractuales permanentes aplicables a cada uno de los países de la Alianza del Pacífico.

Finalmente, como se ha visto en el documento, se requiere avanzar en mejores mecanismos de resolución temprana de controversias, especialmente en aquellos que puedan operar durante la marcha de los proyectos. Mientras antes podamos avanzar en soluciones oportunas a las posibles discrepancias, más y mejor inversión pública se podrá concretar a tiempo en nuestras naciones.