

**ANÁLISIS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS INTERNACIONALES EN MATERIA  
DE INFRAESTRUCTURA RESUELTOS POR MECANISMOS SIMILARES A LA  
AMIGABLE COMPOSICIÓN**

**PRESENTADO POR:  
JACOBO DÍAZ BLANDÓN  
LAURA CRISTINA MONTENEGRO SARMIENTO  
SOFÍA HELENA SOTO RUEDA**

**DOCENTE:  
HARBEY PEÑA**

**MÓDULO: MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS**

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA SEDE BOGOTÁ  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
MAESTRÍA EN DERECHO - PROFUNDIZACIÓN DERECHO PROCESAL  
BOGOTÁ ABRIL 2018**

# **ANÁLISIS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE INFRAESTRUCTURA RESUELTOS POR MECANISMOS SIMILARES A LA AMIGABLE COMPOSICIÓN**

## **Introducción.**

Este documento pretende presentar un análisis de cómo la amigable composición debe ser la apuesta por resolver los conflictos en materia de infraestructura no solo en Colombia sino en América latina. Para ello el documento realiza una introducción a los medios alternativos de resolución de conflictos, a la amigable composición. A continuación, se utilizarán algunos conceptos de la teoría del profesor Jürgen Habermas, para articular las experiencias internacionales de resolución de conflictos por medio me MASC distintos a la amigable composición y observar el potencial legitimador del derecho que puede tener y por tanto su necesidad.

### **1. Qué es la amigable composición:**

“La amigable composición es un mecanismo de solución de conflictos de tipo eminentemente contractual, por medio del cual las partes deciden delegar en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de decidir, con fuerza vinculante entre ellas, el estado y la forma de cumplimiento de una relación jurídica sustancial susceptible de transacción. Dicho amigable componedor puede sea nombrado directamente por las partes o a través de un tercero designado por éstas.” (Sentencia C-330, 2012)

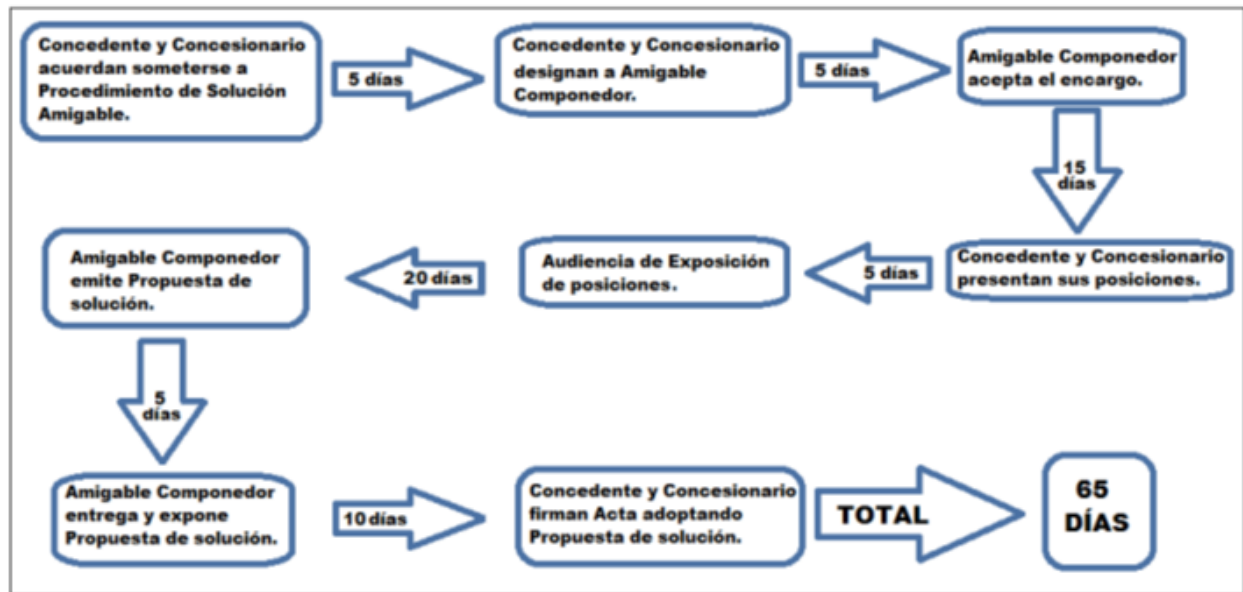
La particularidad de dicha figura recae en el hecho de que la fuerza vinculante de la misma no se deriva de la facultad jurisdiccional. El amigable componedor da fórmulas de arreglo en virtud del contrato de mandato mediante el cual se le ha delegado esta capacidad, que en principio estaba en cabeza de las partes. Si estas las aceptan, lo allí decidido hace tránsito a cosa juzgada, como consecuencia del acuerdo al que han llegado con ayuda del tercero.

Conforme la clasificación propuesta por Jorge Hernán Gil Echeverri (2003) Puede ser de tres tipos: (i) en derecho, cuando las reglas a tener en cuenta por el amigable componedor son extraídas de las normas jurídicas sustanciales y procesales, sean nacionales o internacionales, y los principios generales; (ii) en equidad, cuando el tercero está llamado a resolver “el asunto en conciencia o en equidad, aplicando sus propios razonamientos, principios y convicciones” (Gil, 2003, págs. 365-366); siempre y cuando respete las normas de orden público; y técnica, cuando lo que se “resalta es el conocimiento y el convencimiento técnico, la experiencia, la profesionalidad del componedor, su especialidad” (Gil, 2003, pág. 366)

Tal y como lo anotan María Constanza Contreras Jagua y Diana Patricia Medina Acevedo, históricamente su uso había estado supeditado casi siempre a las disputas entre particulares como ocurre en España, Uruguay, Argentina e Italia e incluso, era común que se le llegare a confundir con el arbitraje en equidad (2015). Sin embargo, hoy por hoy, se ha extrapolado a la esfera de la contratación con el Estado, haciendo presencia en los litigios derivados de los contratos de infraestructura.

En el ámbito internacional vale la pena rescatar el caso ecuatoriano, que recientemente incluyó dicha institución en el marco de las alianzas público privadas, mediante el decreto supremo N° 127-2014-EF, que en su título VI (artículos 37 al 51) regula su aplicación en la etapa de arreglo directo de controversias, estableciendo que, en principio, podrá emplearse para todos los contratos, salvo los que por norma especial deban someterse a arbitraje u otro tipo de solución.

Así mismo, dispone los términos de cada etapa (ver cuadro), la forma de designación del tercero, los requisitos de idoneidad que debe acreditar aquel, las causales de recusación, etc.



(Mori, 2014, pág. 566)

México tampoco ha sido ajeno a la desjudicialización de los conflictos emanados de los pactos de infraestructura, pues, con la reforma introducida a la Ley De Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público proferida por el Estado Mexicano en el año 2000 “la amigable solución de controversias [...] hoy en día puede ser utilizada en todos los contratos federales de obra y adquisición sin la necesidad de disposiciones generales de la Secretaría de la Función Pública” (Wöss, 2012, pág. 186). Como lo anota la Cámara Internacional de Comercio de México en su boletín No. 54, la introducción de esta figura pretende brindar una alternativa más rápida que la justicia ordinaria y el arbitraje, lo cual redunde en el abaratamiento de costos litigiosos. (Estavillo, 2007, págs. 28-29)

Pese a que la amigable composición en materia de contratos de infraestructura está consagrada en, al menos, estos dos ordenamientos, dado que principalmente, se restringe a la etapa de arreglo directo, no fue posible evidenciar casos en los cuales se evidenciara su aplicación. El único Contrario sensu ocurre con el arbitraje, que por tratarse de un escenario adversarial la difusión de sus fallos es amplia.

La única situación a la que tuvimos acceso en la cual se intentó tramitar una disputa derivada de un contrato de infraestructura es el de la Entidad Binacional Yacyretá (EBY), la cual fue “creada por el “Tratado de Yacyretá”, celebrado entre la República Argentina y la República del Paraguay, con la finalidad de estudiar, dirigir y ejecutar las obras que tiendan al aprovechamiento del Río Paraná a la altura de las islas de aquel nombre, ponerlas en funcionamiento y explotaras” (Medida Cautelar: Entidad Binacional Yacyretá V. Eriday y Otros, 2004).

En el clausulado elaborado el 20 de octubre de 1983 se estableció “que las controversias entre las partes serían resuelta por árbitros amigables componedores, a designar en un número de tres, uno por cada parte y el tercero, a falta de acuerdo entre las partes sería establecido por el Secretario General de la OEA; c) que el arbitraje se realizaría de una sola vez y a la terminación del contrato” (Medida Cautelar: Entidad Binacional Yacyretá V. Eriday y Otros, 2004).

No obstante, debido a las constantes prórrogas en los plazos, los elevados costos y las constantes reclamaciones por parte de los contratistas causaron que el 04 de julio de 2001 se firmara un nuevo acuerdo en el cual se disponía que dichas inconformidades se tramitarían por intermedio de un tribunal arbitral. A la fecha tras múltiples recusaciones a los árbitros, medidas cautelares por parte de la jurisdicción estatal y otra serie de actuaciones judiciales, la situación no se ha decidido de fondo.

La aparente desconfianza ante el uso de la amigable composición en temas de contratos de infraestructura podría deberse a que no tiene el elemento coercitivo propio de la jurisdicción y, en este sentido, pues, en últimas al tratarse de una especie de transacción asistida, las partes conservan la disposición de sus derechos, lo que no ocurre en el arbitraje, por lo cual, al parecer, resulta más atractivo a la hora de resolver este tipo de litigios.

**La potencia de legitimación del derecho por medio del amigable componedor.**

Jürgen Habermas en el segundo momento de análisis del Derecho, lo observa con una doble cara: el Derecho tiene la naturaleza de instrumento movido por una razón instrumental social que funge como una forma de acuerdo sobre cuestiones básicas de la convivencia social; por la otra cara el derecho es un subsistema en el que se construye la concepción de “lo justo”, bajo una consecuencia de la razón comunicativa como un reto de legitimación mediante razones. Es de esta doble cara del Derecho de donde emana la tensión entre lo que es el derecho y lo que lo valida o justifica (Facticidad y validez).

Ahora bien, Habermas en su teoría describe como el sistema y el mundo de la vida se desacoplan en el desarrollo de la sociedad capitalista. El proceso es el siguiente: en un primer momento, el sistema y el mundo de la vida se articulan y se asemejan; en el segundo momento que Habermas describe como tradicional en transición (racionalización capitalista), se genera descoordinación y disentimiento, potencializando la necesidad de asumir medios de comunicación entre la forma de vida y las instituciones. El tercer momento, contingente, que observa Habermas es el momento donde el mundo de la vida (relación de las personas con las personas y el mundo que le rodea) y el sistema (las instituciones) no solo dejan de coincidir, sino que el segundo determina el primero. En ese desacoplamiento se desarrolla de un modo más fuerte la crisis de legitimidad, y dado que el sistema no se corresponde con el mundo de la vida nace una necesidad de legitimación normativa que se puede dar por medio del derecho. (Mejía Quintana, 2013).

Establecido lo anterior. Habermas plantea que la acción social se distingue de la acción individual porque la primera requiere que sea común, en términos que existe un acuerdo intersubjetivo vinculante o una convicción compartida. Esta acción presupone entre los participantes un consenso valorativo de la situación. De esta acción social se crea la acción comunicativa en la que los actores sociales inician un discurso que debe ser reconocido por el derecho y positivado por el Derecho actualizando normativamente la legitimidad del sistema mismo (Habermas, 1982).

En esto Habermas, hace un giro del Derecho hacia la desjuridización, en tanto propone lograr la legitimidad por medio de la racionalidad de los procedimientos institucionalizados (jurídicos).

[...] la legitimación es posible mediante la legalidad, en tanto, los procedimientos para la producción de las normas jurídicas son practicados racionalmente también en el sentido de una racionalidad procedimental moral-práctica. La legitimidad de la legalidad se debe a una interconexión de procedimientos jurídicos con una argumentación moral. (Habermas citado por Mejía Quintana, 2013)

Llegados a esto, es importante hacer la relación con la institución de amigable componedor. En el ámbito internacional, acerca de conflictos de inversión en infraestructura, existe una clara tendencia a resolver los conflictos por medio del arbitraje (por lo general CIADI). Estos fallos como se leerá a continuación tiene como característica que se aplica el derecho estricto, haciendo que en un fallo resulte un ganador y un perdedor, creando una situación no consensuada ni con ánimo de consenso.

El amigable componedor, por el contrario, en la interpretación de la controversia contractual o extracontractual, por medio del criterio de equidad, tiene la potencia de establecer puntos medios que permiten romper la lógica tradicional de vencedor y vencido del proceso judicial o arbitral.

Rompiendo tal lógica, se construye un nuevo discurso del conflicto, destinado a la justicia y no hacia la victoria. Esto tiene la potencia que, en la realidad social, exista una aceptación y pacificación de la recepción de los fallos, relegitimando el sistema, estableciendo y construyendo socialmente los criterios de lo justo.

En la materialidad, lo que cambiaría es que el derecho legitimado por la equidad de sus fallos, construye razones de lo justo que

## **2. RECUENTO DE FIGURAS SIMILARES DE AMIGABLE COMPONEDOR EN OTROS PAÍSES**

### **ARBITRAJE: ADR TRASCENDENTAL EN LA INFRAESTRUCTURA**

La lentitud y complejidad de los procesos judiciales ha llevado a la industria de la construcción e infraestructura a fomentar lo que se denomina los métodos alternativos de resolución de controversias o ADR's, que están demostrando gran eficacia, ayudando a que las disputas se resuelvan de forma más rápida, barata, y con mayor satisfacción de los usuarios, que por vía judicial. Dentro de éstos, el más conocido es el Arbitraje, institución de gran tradición en todos los sistemas jurídicos, y de especial uso en relaciones internacionales (Sasiambarrena, 2011, p. 5)

Además de las características genéricas de este mecanismo de resolución de conflictos, el arbitraje es un procedimiento contractual que debe considerar, al menos, una mención adecuada de: (i) la institución arbitral a cuyo reglamento se sometan las partes o a la ley de arbitraje que resulte de aplicación procedimental (con la finalidad de evitar cláusulas arbitrales patológicas), el (ii) número de árbitros intervinientes –determinado en función de la previsible complejidad de la controversia- y (iii) la identificación de una sede arbitral neutral, familiarizada con el funcionamiento del arbitraje y dotada, en consecuencia, de jueces de apoyo y control razonablemente efectivos. La finalidad última de esta fase pre-conflictual es evitar la remisión a juzgados locales favorables a una de las partes y permitir a las partes centrarse la resolución sustantiva de la eventual controversia (Stampa, 2011, p. 32).

Asimismo, es un procedimiento privado porque solamente las partes y los árbitros pueden participar en el mismo, excluyendo –salvo acuerdo en contrario de las partes- terceros ajenos a la controversia. De hecho, a su turno, deviene estratégico en tanto puede facilitar el acercamiento de posturas divergentes durante la disputa arbitral, sin mermar la vigencia de la relación contractual o comercial existente entre las partes (Stampa, 2011, p. 32).



También, implica la dedicación y la especialización de todos los intervinientes en su desarrollo. Las disputas se centran en: i) la aceptación provisional y definitiva de las obras contratadas, a (ii) la calidad de los materiales utilizados en la fabricación, construcción y montaje de los componentes y su influencia en el adecuado funcionamiento de las plantas, a (iii) la utilización –en ocasiones, indebida- de los anticipos, de las garantías de buen fin o de buen uso del dinero y de las garantías finales de la obra, a (iv) los retrasos existentes en las entregas de las obras, a (v) los impactos de las órdenes de cambio – con la utilización de los denominados programas primavera- y su influencia tanto en la entrega de las actuaciones en plazo, como en la aplicación de las penalidades oportunas por el cliente y a (vi) la eventual exigencia de responsabilidades a subcontratistas por diferentes motivos surgidos durante la ejecución de los trabajos subcontratados (Stampa, 2011, p. 33).

Respecto a la materia en infraestructura, el arbitraje versa sobre discusiones técnicas y en las que se requiere especialización y conocimiento profundo del área por parte de sus intervinientes, ya sean los abogados especialistas o los técnicos propiamente. Los primeros, radican en su capacidad de seleccionar la prueba a utilizar (sea documental, testifical o pericial), en identificar otras fuentes probatorias adicionales y de simplificar sus contenidos mediante alegaciones estructuradas y sistematizadas, dirigidas a optimizar la comprensión de sus complejos argumentos por sus destinatarios finales: el árbitro. Los segundos, por su parte, aportan su conocimiento técnico, derivado de la gestión diaria del proyecto litigioso, siempre y cuando exista una empatía suficiente con los Letrados designados por el cliente (Stampa, 2011, p. 33).

## **TIPOS DE ARBITRAJE INTERNACIONAL**

En las controversias que versan sobre construcciones e infraestructura, suele entrecruzarse dos tipologías de acuerdos arbitrales: el institucional o en derecho y el ad hoc.

En el primero, las partes defieren a una institución arbitral la facultad de determinar las reglas a las cuales habrá de someterse al arbitraje y el árbitro debe conocer las normas

acordadas por los contendientes como derecho sustantivo y velar por su correcta aplicación a la controversia; los cuales son requisitos indispensables para valorar la calidad del arbitraje. Mientras que el segundo, son las partes las que configuran en todos sus aspectos el procedimiento y las reglas a las que habrá de someterse, lo que requiere de una negociación más detallada y pormenorizada de la “cláusula arbitral” (Iscar, 2011, p. 35).

Sin embargo, vale hacer algunas precisiones en sus diferencias: i) en el institucional, el convenio o cláusula arbitral con sus determinadas reglas ya están preestablecidas mientras que en el Ad Hoc, se definen hasta que se pacta; ii) en el institucional, disponen de un órgano de decisión o comité de garantías para identificar los árbitros más idóneos a diferencia al Ad Hoc, que en caso de no haber acuerdo sobre el árbitro a designar, es preciso acudir a los tribunales para que procedan a la formalización judicial del arbitraje; iii) en el institucional, ya están regulados los honorarios mediante el reglamento establecido mientras que en el Ad Hoc se requiere el acuerdo de las partes y los mismos árbitros; iv) en el institucional, se prevé futuras dilataciones, se prestan servicios administrativos de secretaría y herramientas claves para las audiencias, a diferencia del Ad Hoc donde el árbitro asume todo per se (Iscar, 2011, p. 36-37).

## **DISPUTE BOARDS: ADR QUE SE ESTÁ POPULARIZANDO**

Dentro de los ADR o Mecanismos Alternativos de Resolución de Disputas encontramos el concepto de las Dispute Boards (DB), que se están convirtiendo en el mecanismo más utilizado en proyectos internacionales. Una Dispute Board se puede definir como un panel de expertos independientes (normalmente 1 ó 3 miembros) con experiencia en el sector (preferentemente en proyectos similares), nombrados generalmente de común acuerdo entre las partes, y que tienen como función principal la de resolver u opinar en plazos muy breves sobre cualquier cuestión o reclamación que se le someta a consideración. Estas surgen como reacción desde la propia industria de la construcción a la excesiva complejidad y coste de los procedimientos judiciales y arbitrales, con la intención de proporcionar un mecanismo rápido y eficaz en tiempo real, es decir, según

fuesen surgiendo, sin necesidad de esperar a que las obras se terminasen (Laorden, 2011, p. 40).

A su turno, se pueden distinguir dos modelos de Dispute Boards (DB). La Dispute Review Board (DRB), la cual emite recomendaciones que no son de obligado cumplimiento, pero en la práctica suelen ser aceptadas sin grandes problemas, bien íntegramente, o bien como base para alcanzar un acuerdo amistoso. La Dispute Adjudication Board (DAB), método utilizado por FIDIC, tiene carácter decisorio y debe emitir una decisión con relación a la controversia que se ha sometido a consideración, que es de obligado cumplimiento para las partes en tanto en cuando no haya sido revocada por un tribunal judicial o arbitral (Laorden, 2011, p. 41).

Aunque las decisiones de las Dispute Boards no tienen la fuerza y eficacia jurídica de una sentencia o un laudo arbitral, en la práctica las partes acatan esa decisión sin acudir a una instancia superior. Asimismo, se puede destacar: i) se convierte en un marco de resolución de controversias fiable, rápido y de bajo coste, ii) resuelve los problemas en un plazo corto y por un tercero, lo que evita conflictos entre los participantes, iii) se visita la obra con regularidad dándole conocimiento real del proyecto, clima de confianza y buenas relaciones, y iv) suele actuar como freno de posturas infundadas ante la toma de decisiones y/o reclamaciones. No obstante, sigue es un proceso en expansión y formación que se está dando a niveles internacionales (Laorden, 2011, p. 41).

## **DISPUTE BOARDS EN LOS PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA CHILENOS:**

Se están empezando a incorporar en el desarrollo de proyectos de infraestructura en Chile los dispute boards o ("DBs"), los que fueron creados como un mecanismo pre-arbitral para enfrentar precisamente este tipo de riesgo durante la ejecución de proyectos de largo plazo en la industria de construcción. Recientemente se ha incorporado el uso de los DBs en la industria de construcción en dos contextos distintos: obras públicas (específicamente, en los contratos de concesiones entre el FISCO, representado por Ministerio de Obras Públicas, y las empresas concesionarias) y en los contratos privados

de obras de infraestructura. Tratándose de los contratos de concesiones de obras públicas, el establecimiento de los DBs, y su competencia se encuentra establecida en la Ley 20.410 y en su Reglamento respectivo. Por su parte, en lo que respecta a la contratación privada de obras de infraestructura, el uso de los DBs es algo voluntario, flexible, y definido según los principios generales de la ley del contrato (Figueroa & Schubert, 2007, p. 56).

Los DBs en obras públicas, se encuentra regulado el Decreto 20410 de 2010 mediante el cual se constituyó el panel técnico. Éste no emite decisiones con un carácter vinculante y tampoco con carácter no jurisdiccional. Hay un solo Panel Técnico a nivel nacional con una competencia que cubre todos los contratos de concesiones celebrados en Chile. Se encuentra compuesto de cinco profesionales. De ellos, dos deben ser abogados, dos ingenieros, y el quinto un profesional con especialización en las ciencias económicas o financieras. Los miembros del Panel Técnico son nominados por el Consejo de la Alta Dirección Pública. El mandato de cada miembro tiene una duración de seis años, sin la posibilidad de reelección (Figueroa & Schubert, 2007, p. 59).

En la actualidad se encuentran 17 contratos de concesiones de obras públicas, por un valor total equivalente a 3.800 millones de dólares, sometido a este nuevo mecanismo de solución temprana de controversias. Estas concesiones están referidas especialmente a infraestructura aeroportuaria, hospitales, puentes, y autopistas urbanas e interurbanas. De acuerdo al informe emitido recientemente por el presidente del Panel de Concesiones, señor Erwin Stagno Rojas, el nuevo mecanismo de solución de controversias muestra un bajo nivel de conflictividad de los contratos nuevos y pocas renegociaciones de contratos, habiéndose recibido la primera discrepancia planteada por una concesionaria en el mes de septiembre de 2015, emitiéndose una recomendación dentro del plazo de 30 días de presentada. Bajo el sistema antiguo, se encuentran 52 contratos de concesiones, habiéndose planteado durante sus años de vigencia un total de 40 controversias y 57 renegociaciones de contratos (Figueroa & Schubert, 2007, p. 60).

Los DBs en contratos privados de infraestructura, son parecidos al arbitraje y la mediación. Sin embargo, los DBs son únicos, y ellos han disfrutado de su popularidad notablemente en la industria de construcción, gracias a una característica crítica: su habilidad de operar contemporáneamente con la ejecución del contrato como un mecanismo para prevenir las disputas, antes que estas se produzcan. Típicamente, el mandato del DB exige que los miembros visiten el sitio de construcción regularmente, que observen en forma pro-activa temas que potencialmente podrían resultar en disputas entre las partes, o que pudieran significar que los acuerdos contractuales de obra y plazos se vean comprometidos, y que creen una instancia privilegiada de conversación entre las partes, con el objetivo de resolver diferencias de opinión de antemano (antes de la formación de una genuina disputa) También, un DB debe la adopción de decisiones (o recomendaciones) escritas sobre cuestiones sometidas por los partes (Figueroa & Schubert, 2007, p. 63).

Los DBs en Chile, en materia de obras de infraestructura privada, aún se encuentra en una etapa incipiente, las experiencias que han existido han sido muy positivas, reduciendo sus costos transaccionales y evitando conflictos de una manera proactiva, todo lo cual ha permitido que la ejecución de los proyectos de obra haya sido más eficiente, y con mayor seguridad jurídica y sin sorpresas. Una historia de éxito en cuanto al uso de los DBs en Chile, se refiere a las experiencias de la empresa estatal de minería Codelco. Hace casi una década (en el año 2007), Codelco incorporó, en las bases de licitación, el uso de los DBs como un requisito para celebrar contratos de construcción de obras civiles de galerías subterráneas para la explotación de mineral de algunos yacimientos mineros. La utilidad de los DRBs queda predominantemente en su habilidad de prevenir disputas entre los partes. Dentro de las labores habituales desempeñadas por miembros del DB se incluyen visitar el sitio de la obra y mantenerse informado respecto al avance de la obra el cumplimiento del cronograma o programa de trabajo, desde su inicio hasta el término de las obras. Además, los miembros del DB pueden dar opiniones informales (Figueroa & Schubert, 2007, p. 64).

#### **OTRO CASO DE INFRAESTRUCTURA EN CHILE:**

La Costanera Norte es la primera autopista urbana con peaje que se construirá en Chile. Unirá el centro de Santiago con tres municipios de altos ingresos en el sector oriente de la ciudad. Tras varias postergaciones y negociaciones prolongadas entre las empresas constructoras, el MOP y el Ministerio de Hacienda, que duraron casi tres años, la obra se licitó a fines de 1998.

El proyecto, cuyo costo estimado es de 400 millones de dólares, se realizó con arreglo a un contrato MVPI. El concesionario recibiría una garantía de tráfico equivalente al 80% del costo estimado del proyecto y un reembolso del 85% de todos los ingresos por concepto de peajes que los usuarios dejen de pagar (en las concesiones urbanas, los sistemas de peaje electrónicos hacen que el no pago adquiera suma importancia). Sólo hubo una empresa oferente, pero se la descalificó porque la oferta no cumplía con las condiciones establecidas por el MOP.

Los demás oferentes potenciales no participaron, argumentando que el proyecto no era atractivo ya que la garantía fijada era demasiado baja. Aparentemente, el problema más importante es que si bien el diseño inicial hubiera tenido un costo de 180 millones de dólares, el mismo aumentó considerablemente en razón de que las presiones de los grupos ambientalistas obligaron al MOP a establecer normas más exigentes y modificar la traza original.

Las empresas plantearon, además, que los riesgos eran mucho mayores en una autopista urbana, en especial debido a que: i) la existencia de rutas alternativas libres de peaje dificultan aún más los pronósticos de la demanda; además, este hecho limita el valor del peaje que puede cobrarse sin alentar la sustitución por alternativas libres de peaje; ii) las medidas de política adoptadas por las municipalidades y otros organismos de gobierno pueden afectar los flujos de tráfico; iii) los sistemas de peaje electrónicos facilitan la elusión del pago de los peajes; iv) los que se oponían al proyecto (como los grupos ambientalistas y los vecinos) pueden recurrir a los tribunales y retrasarlo.

La Cámara Chilena de la Construcción hizo lobby para lograr garantías más altas y un seguro que cubriera las faltas de pago del peaje. Uno de los motivos por los cuales la licitación se postergó tantas veces fue que el Ministerio de Hacienda se resistía a proporcionar las garantías y a subsidiar el proyecto. El Ministerio señalaba que los riesgos pueden reducirse considerablemente si la licitación se realiza mediante el sistema MVPI. El segundo motivo de retraso fue que las organizaciones de base y los grupos ambientalistas convinieron en organizar una campaña de opinión pública en contra del proyecto.

Tras negociaciones prolongadas, el MOP finalmente aceptó licitar con el sistema MVPI. Sin embargo, las empresas argumentaron que un contrato de plazo variable no proporcionaba seguridad suficiente y la Cámara amenazó con que sus miembros no participarían, a menos que se modificaran las reglas de modo que el proyecto fuera financieramente atractivo. De hecho, la única empresa oferente en la fallida licitación de 1998 no era miembro de la Cámara. Una interpretación de este fracaso es que el sistema MVPI resultó eficiente para detectar un elefante blanco, lo que es perfectamente posible habida cuenta de que el costo proyectado aumentó en más de un 100%.

En mayo de 1999, el Ministerio de Obras Públicas anunció varios cambios que harían más atractivo el proyecto. Entre ellos, cabe señalar los siguientes: i) el Estado invertirá 80 millones de dólares en puentes, defensas ribereñas y parques, restituyendo los subsidios a los que se había negado inicialmente el Ministerio de Hacienda; ii) las garantías de tráfico mínimo no dependerán del número de automóviles que utilicen la autopista sino del número de vehículos que paguen efectivamente el peaje, debilitando de esta manera los incentivos del concesionario para cobrar peajes; iii) las empresas participantes pueden proponer cambios al diseño del proyecto. Se espera que se licite a fines de 1999 (Engel, Fischer & Galetovic, s.f., p. 225).

**“ADJUDICATION” COMO ADR EN EL REINO UNIDO:**

La Adjudicación es un proceso legal introducido en el Reino Unido por el Gobierno a través de la ley "Housing Grants Construction and Regeneration Act 1996", para obtener una decisión rápida en los conflictos de la construcción. El uso de la Adjudicación se ha convertido ahora en un proceso bien establecido desde que la ley se implementó en mayo de 1998 y procesos similares han sido adoptados en otras jurisdicciones como Nueva Zelanda, Australia y Singapur. Este procedimiento es una opción, no una obligación. El primer requisito para iniciar es que debe existir una disputa, notificar a la otra parte, y después puede solicitar el nombramiento de un Adjudicador. En el Reino Unido, el Adjudicador frecuentemente es seleccionado por un "grupo proponente", que normalmente será una de las Instituciones Profesionales que mantienen listas de Adjudicadores (que a su vez han superado los exámenes y/u otros requisitos necesarios para obtener dicha calificación). Sin embargo, es posible que las partes del contrato lleguen a un acuerdo sobre el Adjudicador, ya sea de antemano, nombrando un Adjudicador en el contrato, o una vez que se origine la disputa (Miers, 2011, p. 42).

Generalmente el Adjudicador es un profesional experto en construcción con una formación legal o un abogado con experiencia en la construcción. Muchos profesionales de la construcción y abogados han recibido formación adicional y se han calificado para entrar en la Lista de Adjudicadores que mantiene su Instituto profesional. Los Institutos conocen los campos de especialización de cada Adjudicador, lo que les permite asignar una controversia a un Adjudicador especializado cuando es necesario. A nivel internacional FIDIC también mantiene una lista de Adjudicadores (FIDIC's President's List) de profesionales altamente experimentados y calificados, que han superado un proceso de formación y evaluación riguroso antes de ser admitidos en dicha lista (Miers, 2011, p. 42).

La parte que inicia la Adjudicación debe presentar su petición o demanda al Adjudicador en un plazo de 7 días desde que ha tomado la decisión de someter la disputa a la Adjudicación; y el Adjudicador debe emitir una decisión en un plazo de 28 días desde ese momento. Se puede fijar una prórroga de hasta 42 días con la aprobación de la parte que inicia el proceso, o incluso de más días con el acuerdo de ambas partes. La mayoría



de las Adjudicaciones siguen un procedimiento estándar que requiere la presentación de la contestación en un máximo de 7 días después de recibir la petición o demanda. Lo anterior, porque se parte de la premisa de que la controversia es del conocimiento de ambas partes y al recibir la petición la parte demandada no es sorprendida por dicha petición. El Adjudicador tiene libertad para determinar cómo llevar el proceso de la Adjudicación, respetando los procedimientos contractuales, y siempre respetando ciertas reglas de Justicia Natural (“Natural Justice”) por las que el proceso debe de ser transparente y cada parte debe tener oportunidad razonable para presentar sus argumentos y responder los de la otra parte. Una vez que la contestación se formaliza el Adjudicador puede convocar a las partes a una reunión, visitar la obra, solicitar información adicional, documentos o argumentos legales, o tomar cualquier otra medida dentro de los plazos disponibles (Miers, 2011, p. 43).

La decisión del Adjudicador es provisionalmente ejecutiva, es decir que las partes deben cumplir con esta decisión en tanto no sea revocada por un proceso judicial o arbitral posterior; las partes tienen muy limitada la posibilidad de incumplir dicha decisión. La experiencia está mostrando que en la gran mayoría de las disputas las partes aceptan la decisión del Adjudicador y no llevan el asunto a la Corte o a un Tribunal Arbitral, por lo que en general el proceso de Adjudicación resuelve definitivamente la controversia. Las decisiones de los Adjudicadores han contado con el apoyo de los Tribunales, que generalmente dictan disposiciones que obligan al acatamiento de la decisión del Adjudicador; es por ello por lo que las partes tienen muy pocas posibilidades de no hacer los pagos decididos por el Adjudicador o de no acatar la decisión. No obstante, debido a su rapidez, no permite en ocasiones un análisis detallado de todas las cuestiones y problemas, a menos de que las partes amplíen el plazo (Miers, 2011, p. 44).

### **ARBITRAJE EN INGLATERRA:**

En conflictos de la construcción el árbitro será normalmente un profesional de la construcción: un ingeniero, arquitecto o surveyor, o un abogado especializado en temas de construcción. Sin embargo, la mayoría de los árbitros tendrán larga experiencia en

estos temas y habrán obtenido la calificación de Fellow of the Chartered Institute of Arbitrators ([www.ciarb.org](http://www.ciarb.org))– letrado del Instituto de Árbitros – calificación que se obtiene tras un proceso que incluye formación y exámenes en derecho arbitral (Johnson, 2014, p. 48).

La formación de ingenieros y arquitectos como árbitros para conflictos en la construcción, y su gran implicación en estos temas, es quizás una de las causas que han contribuido a que el arbitraje de construcción se haya desarrollado tanto en la cultura anglosajona, a diferencia de sistemas en los que los árbitros son siempre abogados sin conocimientos técnicos. La presencia de ingenieros y/o arquitectos en el tribunal arbitral garantiza, en general, un mejor análisis de los aspectos técnicos. Se debe resaltar que el laudo del árbitro, con independencia de la cualificación de quien lo dicte, siempre tiene el mismo efecto sobre las partes, y es equivalente a la sentencia de un tribunal (Johnson, 2014, p. 48).

La ley vigente es el Arbitration Act 1996. Esta ley se caracteriza por su flexibilidad: los tres principios fundamentales del arbitraje, según el primer párrafo de la ley, son: (i) el objeto del arbitraje es la resolución justa del conflicto, sin demoras y gastos innecesarios; (ii) las partes pueden libremente pactar como se resuelve el conflicto, pero respetando siempre las salvaguardas necesarias para proteger al interés público; (iii) los tribunales solo intervendrán en las circunstancias dictadas por la misma ley (Johnson, 2014, p. 49).

El propósito de estas iniciativas es acelerar el arbitraje y, al mismo tiempo, reducir los gastos. Por ejemplo, el Joint Contracts Tribunal ha publicado unas reglas modelo para el arbitraje (Construction Industry Model Arbitration Rules). Estas incluyen reglas modelo para tres tipos de proceso: (i) el arbitraje basado solamente en las alegaciones por escrito, sin audiencia, para conflictos simples, o donde la cuantía es baja y no justifica el coste de una audiencia; (ii) el arbitraje con audiencia corta, de un día solamente, donde el conflicto se decidirá en gran parte por la inspección de la obra por el árbitro; (iii) el arbitraje de pleno proceso, con alegaciones por escrito, presentación de documentos, y audiencia con participación de testigos y abogados (Johnson, 2014, p. 49).

Otra iniciativa ha sido el arbitraje de cien días (100 day Arbitration Procedure) de un grupo especialista, el Society of Construction Arbitrators ([www.constructionarbitrators.org](http://www.constructionarbitrators.org)). Bajo este proceso, el laudo tiene que dictarse un plazo máximo de 100 días desde la entrega de la contestación del demandado. Se sigue un proceso muy controlado, y las alegaciones escritas, el descubrimiento de documentos, la participación de testigos y las alegaciones orales en la audiencia se permiten solamente bajo límites muy estrictos (Johnson, 2014, p. 49).

### **CASOS DE INFRAESTRUCTURA EN INGLATERRA:**

El asunto del túnel del Canal de la Mancha –conocido como Channel Tunnel o Eurotunnel- se presenta como un fenómeno cuya trascendencia económica, política, técnica y jurídica lo han convertido en un proyecto conocido. Así, desde la perspectiva técnica, se trata de un túnel de 50 Km de longitud, de los que 39 Km. están por debajo del mar –la vía submarina más extensa del mundo-. Y desde el plano comercial, el transporte de pasajeros, entre 1994 y 2000, había alcanzado la cifra de 57 millones de personas (cifra equivalente a la población de Reino Unido) (Reig, 2008, p. 134).

Se trata de un proyecto de infraestructura de obra pública bajo financiación privada, que cuenta con un contrato internacional de ingeniería en el que se utiliza el contrato modelo de la asociación internacional profesional más importante en el ámbito de la ingeniería: la Fédération Internationale des Ingenieurs Conseils (FIDIC). La realización de un túnel subterráneo que uniese Francia e Inglaterra por debajo del Canal de la Mancha, respondía a una larga historia (Reig, 2008, p. 134).

COMITÉ DE EXPERTOS DEL EUROTÚNEL: la cláusula 67 del contrato de ingeniería establecía la formación de un Comité de expertos con el objeto de resolver, con rapidez y con carácter previo a recurso al arbitraje, las controversias surgidas. En caso de no alcanzar una solución satisfactoria a través de este mecanismo prearbitral –y bajo la condición de su utilización previa- se preveía el recurso al arbitraje de la CCI. La función

de este Comité o “Panel” de resolución de controversias consistía en ofrecer una cobertura ininterrumpida para la solución de disputas a lo largo de la ejecución de las obras, intentando no paralizar el desarrollo de las mismas y mostrándose disponible en todo momento. El “Panel” quedaba constituido desde el principio del contrato y su duración se prolongaba a lo largo del desarrollo del mismo y hasta el momento último de la expedición del certificado de final de obra –maintenance certificate-. Además de su constitución permanente, el Comité debía estar informado regularmente de la marcha de las obras y realizar visitas al lugar de ejecución para completar esta información (Reig, 2008, p. 145).

Esta particularidad se presentaba como una ventaja, dado que una de las dificultades que presentaba la ejecución del contrato de ingeniería del asunto Eurotúnel era la falta de concreción del proyecto en el momento de la firma. Dada la complejidad técnica del mismo, algunas cuestiones no aparecían especificadas y, por ello, procedía la existencia de un órgano que pudiera mediar en las negociaciones de las partes sobre estos aspectos y que tuviera una potestad decisoria que actuara con rapidez y eficacia (Reig, 2008, p. 145).

El “Panel” de expertos y el tribunal arbitral trabajaban de forma conjunta. Las controversias eran resueltas, sucesivamente, por los dos órganos – arbitral y prearbitral- y las obras no se paralizaron o retrasaron por razón de discrepancias comerciales o legales. Las partes mostraron su disconformidad con algunas de las decisiones adoptadas, pero debe tenerse en cuenta que para que las decisiones del “Panel” fueran obligatorias tenían que ser emitidas por unanimidad y que, pese a la cláusula de arbitraje de la CCI, todas las disputas se resolvieron con anterioridad a la terminación de la obra. El “Panel” decidió sobre 20 disputas por unanimidad, se dictaron dos laudos arbitrales de la CCI y se obtuvieron dos medidas provisionales –interim measures-, una de los tribunales franceses y otra de los tribunales ingleses (Reig, 2008, p. 145 -146).

El procedimiento para el arreglo de diferencias contenido en la citada cláusula 67 establecía un sistema escalonado con dos instancias. Así, obligaba, como primer paso,

a someter todo tipo de disputa a un Comité de resolución de litigios –el “Panel” de expertos-. Para ello debía procederse a su composición que, en este caso, tenía la condición de un Comité con carácter permanente, que contaba con toda la información sobre el contrato, la obra y su desarrollo y que debían emitir una decisión con carácter previo a la posibilidad de acudir al arbitraje (Reig, 2008, p. 146)

Este “Panel” se componía de cuatro ingenieros –dos titulares y dos suplentes y un presidente que era un catedrático de derecho de nacionalidad francesa. Cada vez que surgía una disputa se sometía a un comité compuesto por dos ingenieros –el titular de cada parte- y el presidente. Los miembros del panel eran de nacionalidad inglesa y francesa y se designaban después de la firma del contrato y durante la duración del mismo, realizando visitas periódicas a la obra durante su realización<sup>34</sup>. Si las decisiones eran unánimes se convertían en finales y obligatorias para las partes –sin perjuicio de poder recurrirlas en arbitraje-, así que se veían obligados a dictar decisiones unánimemente, según se exigía en la cláusula 67.2 del contrato (Reig, 2008, p. 146).

Este Comité de resolución contaba con un plazo de 90 días para la emisión de una decisión prearbitral que pusiera fin a la controversia surgida, como hemos dicho ya. Si alguna de las partes no estaba de acuerdo con la decisión, podía someterla al procedimiento arbitral. Si, por el contrario, ninguna de ellas se oponía, se convertía en firme y obligatoria para las partes. El recurso al arbitraje también procedía, según la cláusula 67.3 del contrato, en caso de incumplimiento de la decisión por alguna de las partes o, cuando transcurrido el plazo previsto el Panel no hubiera emitido una decisión (Reig, 2008, p. 147).

En cualquiera de estos tres casos, las partes cuentan, de nuevo, con un periodo de 90 días para acudir al arbitraje y se exige la notificación a la otra parte de esta intención. Se cumple, de esta suerte, la exigencia de un procedimiento prearbitral como requisito previo para poder acudir al arbitraje que establece la FIDIC en sus modelos contractuales (Reig, 2008, p. 147).

ARBITRAJES EUROTÚNEL: La cláusula contractual remitía al arbitraje de la CCI y determinaba como sede del arbitraje la ciudad de Bruselas. La norma aplicable al procedimiento arbitral era el Reglamento de arbitraje de la CCI de 1988, y en caso de lagunas, la ley elegida por las partes o, en su defecto, por el tribunal arbitral, con referencia o no, a una ley interna de procedimiento aplicable al arbitraje. El derecho aplicable al fondo del asunto se constituía, como ya se ha comentado, por los principios comunes del Derecho francés e inglés, y en su defecto, por los principios generales del Derecho del comercio internacional, aplicados por los tribunales nacionales e internacionales (Reig, 2008, p. 148).

Las disputas que llevaron a las partes a dos procedimientos arbitrales se referían a la instalación de equipos de refrigeración en el interior del túnel que no estaban previstos originariamente. Y con ello al precio de los equipos. El tribunal arbitral dictó una primera sentencia parcial el 30 de septiembre de 1992, en la que invalidaba parcialmente algunos aspectos de las decisiones del Panel relativas a los procedimientos para la determinación del precio de los equipamientos. Además, estableció que las sumas entregadas por Eurotúnel a TML podían ser retenidas por esta última como cantidades a cuenta hasta el momento de la determinación del precio<sup>43</sup>. El 23 de abril de 1992 se sometió la disputa al arbitraje de la CCI y el laudo arbitral se dictó el 30 de septiembre de 1992. El 25 de marzo de 1993, el tribunal arbitral dictaba una segunda sentencia parcial en la que establecía que las cláusulas de precios à forfait se aplicaban a los equipamientos fijos, de modo que la determinación del precio de los mismos debía hacerse de acuerdo con lo establecido en el contrato (Reig, 2008, p. 148-149).

INTERVENCIÓN TRIBUNALES ESTATALES: Cómo la parte contratista consideró que Eurotúnel había incurrido en incumplimiento contractual por varias razones, entre las que se encontraba el establecimiento de un precio para la modificación del contrato que no resultaba, a su parecer, razonable y apropiado. Con base en ello, los contratistas decidieron paralizar las obras de instalación del sistema de refrigeración del túnel considerando que estaban legitimados por el incumplimiento contractual de la contraparte (Reig, 2008, p. 151).

El cliente –Eurotúnel- solicitó ante los tribunales ingleses –en concreto, la High Court of Justice of England- una medida cautelar –interim injunction- dirigida a evitar la paralización por parte de los contratistas de la instalación de los equipos de refrigeración el túnel, con base en que, contractualmente, quedaban obligados a continuar las obras. La parte contratista solicitó la suspensión del proceso. El tribunal denegó la solicitud con base en el acuerdo previo de los contratistas de no interrumpir el desarrollo de las obras y la imposibilidad de acudir al arbitraje por incumplimiento del requisito de dirigirse previamente al Panel de expertos. No concedió la medida cautelar por cuanto existía una cláusula de sumisión a arbitraje a desarrollarse fuera del Reino Unido y la disputa era arbitrable. El juez no dudó de la necesidad de que la jurisdicción estatal refuerce el procedimiento arbitral dictando medidas cautelares en función de arbitrajes, pero no le parece que sea este el caso. Y no le pareció porque concluyó que dictar una medida cautelar en el contexto de este supuesto resultaría un acto contrario al tenor literal del contrato y al espíritu del arbitraje internacional (Reig, 2008, p. 152-153).

### **ARBITRAJE EN MÉXICO:**

A mediados y finales de los años 90, derivado de la participación formal de la industria extranjera en México y la celebración de acuerdos internacionales de comercio tales como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), comenzaron a implementarse las primeras medidas para reconocer el arbitraje como medio de solución de controversias. Como consecuencia de ello, las dos grandes paraestatales mexicanas, Petróleos Mexicanos y Comisión Federal de Electricidad, los clientes públicos más importantes generadores de proyectos de infraestructura, no solamente incluyeron en sus estatutos orgánicos dicha posibilidad, sino que efectivamente implementaron sin miramientos, cláusulas de solución de controversias consistentes en peritajes independientes para aspectos técnicos y administrativos, y cláusulas arbitrales ICC en sus contratos de obra pública, pasos fortalecidos por el hecho de que los grandes contratos de energía y petróleo, se manejaron bajo esquemas de financiamientos

internacionales en los que el arbitraje se exigía como requisito para hacer bancables los proyectos (Hernández, 2011, p. 45).

Desde aquellos años han pasado ya muchos arbitrajes en el sector, y los resultados han sido favorables en términos generales y amargos en menor medida. En términos positivos, tanto las entidades como los contratistas vieron al arbitraje con buenos ojos, confiados en que resolverían importantes problemas de tiempo y costos. Mientras que la parte negativa es que en algunos casos, los vicios (que no son ajenos en otras latitudes) se dejaron ver: árbitros con poca vocación y transparencia; desconocimiento de algunos laudos inclusive a nivel público, y procedimientos arbitrales sumamente largos y costosos, que no representaron los beneficios esperados por el tradicional discurso de los beneficios del arbitraje (Hernández, 2011, p. 46).

Sin embargo, indudablemente el efecto positivo ha sido mayor, y lo anterior se confirma con el hecho de que a la fecha existen varias e importantes instituciones arbitrales en México, entre ellas y a la cabeza, la International Chamber of Commerce (ICC), seguidas por CANACO; el Centro de Arbitraje de México y el nuevo centro de arbitraje de la Cámara Mexicana de la Industria de la Construcción, que representan importantes alternativas arbitrales para los actores del mundo de la ingeniería y la construcción, haciendo ver que la confianza del arbitraje en la construcción en México está en auge, aunque existe la preocupación de que aún continúan los vicios señalados, y por supuesto, existen más interesados en el arbitraje que arbitrajes que atender (Hernández, 2011, p. 46-47).

Por su parte, la Dispute Boards fue primeramente muy aceptada a nivel teórico, más sin embargo, la realidad no le ha permitido una implementación eficiente. Como ejemplo de ello podemos citar que el contrato mas importante en el que se ha incluido una cláusula de dispute Boards (cláusula ICC) fue en un contrato de un billón de dólares americanos para la construcción de una importante obra de infraestructura de drenaje, no habiendo podido las partes, dos años después de su inicio, instalar el dispute board, por la falta de confianza en este “nuevo” sistema, amén de situaciones vinculadas con aspectos



presupuestales, responsabilidades de servidores públicos y algunos otros aspectos de administración pública que no han sido solventados (Hernández, 2011, p. 47).

## **CASO CHINA: PROYECTO HIDROELÉCTRICO ERTAN**

El Proyecto Ertan es un proyecto hidroeléctrico situado en la provincia de Sichuan de la República de China estuvo en fase de planificación por alrededor de 40 años y pudo ser ejecutado con un costo aproximado de dos billones de dólares, lo que incluía construir la represa que contenga al río Yallo, con 6 unidades que producían 550 MW cada una construidas en una casa de máquinas subterránea. Su fuente de financiamiento provino del Banco Mundial, entidad que garantizó la ejecución de las etapas preliminares de este proyecto. El mismo Banco Mundial es el que con la influencia de los abogados incluyó un Dispute Review Board como un procedimiento previo al arbitraje, sin perjuicio de lo dispuesto en el modelo de contrato del Libro 4to de la FIDIC. El interés del Banco Mundial era contar con asistencia especializada en la negociación y administración del contrato para ejecutar este proyecto que tomó nueve años aproximadamente (Escobar, 2014, p. 72).

Es así que el DB llevó a cabo su misión y realizó 20 visitas al sitio en este contrato multilateral en el que participó una firma de ingeniería china, otra de diseño china, una firma italiana que se encargó de construir la represa, una firma alemana para la perforación y otras tres firmas internacionales para dar soporte contractual, así como otros subcontratistas y proveedores, en el que el Dispute Review Board constituido por un sueco, un inglés y un colombiano, conoció 40 controversias. Este DB tuvo un gran éxito debido a que todas las recomendaciones que emitió, ya que fueron aceptadas o arregladas entre las partes; y, cuando faltaba 6 meses para que el Proyecto se acabe, no existía ninguna controversia pendiente y no acudieron a arbitraje. Este fue el primer DB que se utilizó en China, teniendo un éxito rotundo (Escobar, 2014, p. 72).

En comparación con el Proyecto COCA CODO SINCLAIR, es importante destacar que el DB en el Proyecto Ertan se constituyó de manera temprana por lo que su misión de

ayudar a solventar las controversias fue prestada desde el primer día; al contrario que en el caso de estudio, que se constituyó varios años después cuándo estaban pendientes 10 controversias aproximadamente. Por lo que se evidencia que la temprana conformación da ventajas comparativas, y permite resolver los conflictos en etapas tempranas y no cuando ya se encuentran las desavenencias en un estado avanzado. Es importante este ejemplo internacional, porque demuestra que a pesar de su inmensa magnitud pudo salir adelante con la asistencia del DB y cumplieron con el objetivo de resolver de forma temprana los conflictos y no acudir a resolverlos en arbitraje (Escobar, 2014, p. 73).

### **CASO ÁFRICA: PROYECTO DE LA PRESA KATSE**

Este caso también es relevante de analizar, debido a que se trata de la construcción de una presa de arco que contiene agua para riego y que después de a través un túnel de 5 km produce energía eléctrica, características similares a la del Proyecto COCA CODO SINCLAIR. Este proyecto se encuentra ubicado en Lesotho, al Sur de África, y su duración fue de 5 años aproximadamente, con un costo de USD. \$ 2.500 millones de dólares, fue desarrollado bajo el esquema del modelo de contrato del libro 4to de FIDIC, conteniendo como mecanismo de solución de controversias un Dispute Review Board y los contratistas fueron asociaciones internacionales de compañías con asociados nacionales (Escobar, 2014, p. 73).

El DB estuvo compuesto por personas seleccionadas en conjunto por las partes, y las visitas al sitio fueron alrededor de 6; emitieron 12 recomendaciones que finalmente no fueron vinculantes y obligatorias, de las cuales solamente 1 controversia fue a arbitraje y la misma fue ratificada por los árbitros. Este caso de análisis también tiene una experiencia exitosa en proyectos de gran escala y relacionado con el caso de COCA CODO SINCLAIR, en el que se han remitido 12 a la JCD y se ha presentado 8 desacuerdos, y hasta ahora no se ha elevado ninguna controversia a arbitraje (Escobar, 2014, p. 74).

## CONCLUSIONES:

- La potencialidad de legitimación del derecho y del sistema jurídico en su completitud a partir de la figura del amigable componedor lo sitúa como la apuesta hacia la que debe tender la legislación internacional.
- Si bien no evidenciamos la resolución de controversias a través de la amigable composición, dado que por regla los contratos de infraestructura implican relaciones contractuales largas, lo deseable sería que las partes pudieran resolver sus controversias por sí mismas a través de aquella y, en lo posible, llegar a un acuerdo Win-Win; el cual no es ofrecido por el arbitraje, escenario en el que siempre se existe un perdedor. Esto a fin de lograr una mejor canalización del conflicto, que permita mantener un ambiente adecuado para las relaciones entre contratantes, que, por las particularidades de ese sector del mercado, tienden a ser pocos y, por ende, la probabilidad de que los extremos en el negocio sean los mismos, son bastante altas.
- No debemos apartar la mirada de las preocupaciones internacionales en materia de arbitraje y Dispute Boards. En la reunión anual de la International Bar Association en 2010, en la sesión denominada: "International Arbitration in Construction: is it broken or can it be fixed?" (Arbitraje Internacional en Construcción: ¿está descompuesto o puede repararse?), en el que salió a la luz los problemas genéricos: Árbitros sobrecargados de procedimientos arbitrales que no atienden con diligencia los asuntos; árbitros con desconocimiento en los aspectos de construcción; Falta de ética y honradez en los árbitros; falta de cumplimiento en tiempos y costos, entre muchos otros aspectos, y que simple y sencillamente están haciendo que las empresas empiecen a dudar del arbitraje internacional de construcción, y ya sea que voltean su mirada a los dispute Boards o simplemente al litigio.
- En cuanto a los dispute Boards, el análisis internacional también ya está influyendo en las decisiones de incluirlo en los contratos. En un reciente estudio del mismo ICP se cuestionó la ejecución de las decisiones (adjudications) de los miembros de un dispute board, y la problemática que deriva de la falta de esta atribución en las respectivas decisiones, así como el rol de abogados e ingenieros y que depara para el sector.



## Bibliografía

- CONTRERAS, M & MEDINA, D. (2015). *Amigable composición como mecanismo alternativo de solución de conflictos en los contratos estatales a partir del artículo 68 de la ley 80 de 1993* (Tesis de Pregrado en derecho). Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia. Recuperadode:<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere7/DEFINITIVA/TESIS%2020.pdf>
- CORTE CONSTITUCIONAL (Corte Constitucional 09 de Mayo de 2012) Sentencia C-330. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Engel, E. Fischer, R. & Galetovic, A. (s.f.). El programa chileno de concesiones de infraestructura: evaluación, experiencias y perspectivas. *La transformación Económica de Chile*.
- Escobar, A. (2014). *Dispute Board como mecanismo alternativo de solución de controversias contractuales en obras de infraestructura*. (Tesis de maestría con profundización en derecho procesal). Universidad Andina Simón Bolívar. Sede Ecuador.
- ESTAVILLO, F. (2007). Otros mecanismos de solución de controversias utilizados en proyectos de construcción. *100 México Pauta: Pauta Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio* (54), 15-29.
- Figueroa, J. & Schubert, W. (2007). Dispute Boards en los proyectos de construcción de infraestructura en Chile. *Arbitraje PUCP*. P. 56-66.
- GIL, J. (2003). *La Conciliación Extrajudicial y la Amigable Composición*. Bogotá D.C.: Temis.
- Habermas, J. (1982). *La acción comunicativa*. Inglaterra.
- Hernández, R. (2011). Solución de controversias en construcción en México y Centroamérica: Avances y retos. En: *Revista de la ingeniería española. Arbitraje y resolución de controversias*. TECNIBERIA. No. 29. p 45-47.
- Íscar, J. (2011). Las cortes de arbitraje como medio ideal de gestionar los arbitrajes. En: *Revista de la ingeniería española. Arbitraje y resolución de controversias*. TECNIBERIA. No. 29. p 35-37.

- Johnson, D. (2011). El arbitraje, una perspectiva inglesa. En: *Revista de la ingeniería española. Arbitraje y resolución de controversias*. TECNIBERIA. No. 29. p. 48-49.
- JUZGADO 1° INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ADMINISTRATIVO FEDERAL N° 3 (7 de septiembre de 2004) Medida Cautelar: Entidad Binacional Yacyretá V. Eriday y Otros.
- Laorden, P. (2011). Las Dispute Boards como medio de Resolución de Controversias. En: *Revista de la ingeniería española. Arbitraje y resolución de controversias*. TECNIBERIA. No. 29. p. 40-41
- Mejía Quintana, O. (2013) Curso de filosofía política. Universidad Nacional de Colombia.
- Miers, C. (2011). El uso de la adjudicación (Adjudication) en el Reino Unido. En: *Revista de la ingeniería española. Arbitraje y resolución de controversias*. TECNIBERIA. No. 29. p. 42-44.
- MORI, P. (2014). El Amigable Componedor en Perú, nuevo mecanismo para la solución eficiente de conflictos en Contratos de APP's. Beneficios y temas pendientes. En BULLARD, A, *Litigio arbitral: El arbitraje desde otra perspectiva* (págs. 561-568). Lima: Palestra Editores.
- Reig, I. (2008). Obras de infraestructura bajo financiación privada: La experiencia europea del proyecto Eurotúnel frente al proyecto Argentino-Boliviano del Gasoducto. DIALNET. p. 133-154.
- Sasiambarrena, B. (2011). Ingenieros, especialistas en resolver retos y problemas, y la crisis de la ingeniería. En: *Revista de la ingeniería española. Arbitraje y resolución de controversias*. TECNIBERIA. No. 29. p. 28-31.
- Stampa, G. (2011). El arbitraje en proyectos complejos de ingeniería y construcción. En: *Revista de la ingeniería española. Arbitraje y resolución de controversias*. TECNIBERIA. No. 29. p. 32-34.
- WÖSS, H. (2012). Solución de Controversias al amparo de la Nueva Ley Mexicana. *Lima Arbitration*(5), 185-194