

Experiencias DB en programas G2G y Proyectos emblemáticos en el Perú en los últimos 5 años", por Augusto Gutiérrez y Katherine Quiroz

Las anécdotas y las experiencias

Año 2019, Contrato NEC Opción F para el Diseño y Construcción de las sedes de Lima y Callao, dentro del G2G para los Juegos Panamericanos Lima 2019. La primera vez que acudí a una reunión de una Dispute Board (DB) fue como el Project Manager (PM) del NEC. Para esto, el contrato y la obra ya estaban en su último tercio de ejecución y en esta etapa ingresé al Proyecto en reemplazo del anterior PM. Mi primera impresión fue que el trio de personas que no eran ni el Contratista ni mi equipo, escuchaban con atención las descripciones, quejas, dolores y reclamos del Contratista para luego escuchar mis descargos como PM, y acto seguido yo realizar mas o menos la misma mecánica. Antes que pronunciaran alguna palabra o hicieran alguna pregunta los miembros de DB, sus rostros ya mostraban (aunque algunos jugaban al Pocker) signos para entender cuál de las quejas, reclamos, afirmaciones o declaraciones iban a tener algún eco en ellos. Las preguntas que hacían eran buenas y en general complementarias, permitían entender cuáles podrían ser sus opiniones sin aún decirlas, y de esa manera disminuir los ímpetus de quien al reclamar creía que sus argumentos eran sólidos equivocadamente.

Año 2020, Contrato FIDIC Silver Book, para el Diseño, Construcción e Implementación de la Exposición, mantenimiento y componentes de la operación del Pabellón de Perú para la Expo 2020 en Dubái.

La Expo Universal 2020 en realidad se llevó a cabo el 2021 debido a la pandemia, así que fue nuestro primer DB on line, en idioma inglés, y con un solo miembro, y en este caso ejecuté de facto muchas de las funciones del Asistente del Representante del Contratante de este FIDIC. A pesar de las explicaciones y recomendaciones realizadas a la Entidad para que el DB se constituyera desde el inicio del contrato, el ADN de la gestión pública y el poco entendimiento de un proyecto de infraestructura por un ente que no tenía como *core business* ejecutar diseños y construcciones, además de los cambios que se ejecutaron en el Sector Público debido a la pandemia, hicieron que el Dispute Board se constituyera casi un año después firmado el contrato con el contratista.

Año 2021 a la fecha, Programas ARCC y Escuelas Bicentenario, que en conjunto son probablemente los portafolios de proyectos más grandes de la historia de la república peruana, con más de 7,000 millones de dólares de inversión.

En estos programas se han firmado más de 45 contratos estándar con Contratistas principales (NEC Opciones A, C, E y F), por consiguiente, la demanda y cantidad de Dispute Boards constituidos es superior a lo que probablemente exista en la región latinoamericana en una ventana de tiempo de unos 3 años hasta la fecha. ¿Qué anécdotas, enseñanzas y oportunidades de mejora vienen generándose?

Una primera idea propia y particular a compartir es que los Dispute Boards son una especie de **"médicos de cabecera"**, si las comparamos con los Árbitros que son "médicos forenses" o quienes hacen la autopsia, debido a que, normalmente los arbitrajes entran en el momento en que el "cuerpo" (el proyecto, el trabajo o la obra) está detenido, o "muerto". Una excepción a esto podrían ser los árbitros de emergencia. Una Dispute Board debe estar acompañando al "cuerpo" para que sus partes funciones adecuadamente (El Representante del Cliente, el Contratista, el Supervisor o Ingeniero, etc) y de esa manera viva hasta cumplir su objetivo de vida. Cuando el "cuerpo" ha "muerto", lo más probable es que ya solo quedara la medicina

forense, la autopsia. Por eso es tan importante constituir la Dispute Board desde el primer día de vida del Proyecto y del Contrato.

Una segunda idea que va más allá de la Dispute Boards, pero que creemos sirven mucho para entenderlas y entender la naturaleza de los proyectos y contratos de infraestructura, y que el Sector Público como Cliente poco a poco está entendiendo, es que lo que se compra no es un televisor, un auto, o un departamento terminado. Es decir, un producto que se compra y se recibe casi en el acto. Cuando los clientes contratan un servicio de diseño, de construcción, de diseño y construcción, u otros de alcances similares y combinados, están “casándose” por una temporada con un proveedor o contratista. Es decir que tendrán que llevar una relación en los mejores términos para llegar a un buen puerto, para lograr el objeto de dicha relación: la edificación o la infraestructura. Los Dispute Boards son esos “**mediadores matrimoniales**” que, si están desde el inicio de la “relación” podrían bajar los sesgos y posiciones que separan a las partes y no las llevan a por lo menos terminar el tiempo de relación pactada, y menos a entregar lo construido que es la razón de ser del “matrimonio” (contrato).

Un marco gremial

Hace poco, la Dispute Resolution Board Foundation (DRBF) ha publicado el Manual de Dispute Board: Una Guía de buenas prácticas y procedimientos (en adelante, el Manual de la DRBF), que está disponible para su descarga gratuita en la página web de la DRBF¹.

Los autores de este artículo utilizaremos el Manual de la DRBF como base para revisar desde nuestra experiencia en los proyectos en los que hemos participado, el grado de cumplimiento y de conocimiento de estas buenas prácticas; dejando constancia que nuestra opinión es estrictamente personal y tiene como finalidad coadyuvar al fortalecimiento de las mejores prácticas para la implementación y ejecución de un DB y/o DAAB en el Perú.

Respecto del costo de la implementación de un DB en un proyecto

En el Manual de la DRBF se ha afirmado que, el proceso de Dispute Boards puede proporcionar un medio de bajo coste y gran eficacia para ayudar a las partes de un proyecto, no sólo a resolver los litigios con rapidez, sino también, lo que es más importante, a evitarlos.

Sobre el particular, durante la evaluación para la implementación de un DAAB o DB, somos testigos de que ambas partes han pensado en un primer momento que implementarlo es muy caro. Uno de los cuestionamientos tanto del Contratante/Cliente como del Contratista la ilustramos con la siguiente pregunta: ¿Por qué pagar un honorario mensual, si la función del DB es mediar o resolver controversias?

Nuestra respuesta ha sido, porque se paga para que un tercero imparcial estudie los documentos contractuales y esté al tanto del día a día del proyecto, revisando los documentos que las partes entreguen, y de esa manera pueda intervenir al menor costo cuando las partes lo requieran.

En general, desde nuestra experiencia es menos costoso para ambas partes tener un DB/DAAB designado y en funciones para un Proyecto. Para los autores cuando las partes discrepan sobre el alcance contractual, dicha discrepancia puede estar presente por meses, impidiendo el avance del diseño, por ejemplo y con ello obviamente el retraso de la procura y la construcción. O, en un afán de levantar observaciones reiterativas formuladas en el marco de la revisión del diseño, comprometen al Contratista en la inclusión de alcances adicionales que no le corresponden, y

¹ Documento descargado en el siguiente enlace:

https://drbf.memberclicks.net/index.php?option=com_mcform&view=ngforms&id=2069260#!/,

revisado el 02/09/2023 a las 19:49 pm.

que inclusive en ciertos casos se encuentran fuera del alcance del Proyecto. Esto último puede sonar inverosímil, pero es completamente cierto, pues un equipo técnico sin un gestor contractual que haga el seguimiento del día a día con la finalidad de avanzar en el Proyecto puede tomar todo tipo de decisiones poniendo en riesgo el costo y tiempo del Proyecto, modificando la procura, la programación y la ejecución de la obra. Todas estas consecuencias de la discrepancia respecto del alcance pueden resolverse en menos de 1 mes cuando se cuenta con un DB a medida para el Proyecto en el Proyecto.

Como nota adicional en este extremo en experiencia de los autores ni el Contratista y menos la Entidad han terminado de comprender la importancia de un gestor de contrato para el seguimiento del Proyecto. A la fecha se sigue pensando que el área de contratos es un área residual, a la que acudir cuando el asunto sale de las manos del equipo técnico.

Respecto de la cantidad de integrantes de un DB

En el Manual de la DRBF se ha afirmado que, seleccionar un Dispute Board unipersonal por la percepción de ahorro de costes puede comprometer la eficacia de la Dispute Board en proyectos grandes y/o complejos, que se benefician de la diversidad de experiencia que se consigue con una Dispute Board de al menos tres personas.

Efectivamente, la cantidad de miembros del DB no debe elegirse por el ahorro de costos para las partes, debe elegirse por la complejidad del Proyecto. Por ejemplo, en el diseño y construcción de un aeropuerto es recomendable que las partes elijan 3 integrantes del DB, en cambio en un proyecto pequeño y especializado como la Construcción de un Pabellón para una Exposición Universal podría ser suficiente designar a 1 solo miembro del DB, eso sí, con la mayor experiencia posible en ese tipo de proyecto.

Selección de los miembros del DB/DAAB

En el Manual de la DRBF se ha afirmado que, para garantizar que la Dispute Board se constituya como un equipo adecuado y debidamente cualificado, las partes deben considerar criterios que van desde las competencias y la experiencia hasta la disponibilidad, imparcialidad e independencia. Han indicado que, en el caso de los contratos multinacionales, la nacionalidad y los conocimientos lingüísticos serán importantes, y para muchos proyectos la inclusión de un abogado y/o un especialista en resolución de controversias con experiencia también será una consideración a tener muy en cuenta.

Al respecto, es muy importante resaltar que, tanto para un proyecto pequeño como para un proyecto grande, una de las mejores recomendaciones desde la experiencia es contar con profesionales con experiencia en la materia o el propósito del Proyecto (de ser posible profesionales que hayan sido ejecutores o gestores directos, y no simplemente representantes legales o políticos), y no es menos importante, contar con al menos un profesional con experiencia en el tipo de contrato suscrito (de ser posible con años de gestión contractual o gerencia de proyecto directa en el tipo de contrato elegido, o con certificaciones en el caso de contratos estándar) para la ejecución de un proyecto.

Así para prevenir y resolver las controversias de un aeropuerto es recomendable solicitar expertos con experiencia en aeropuertos. Las controversias del diseño y construcción de un Pabellón para una exposición universal pueden ser encomendadas a un arquitecto con experiencia por ejemplo en diseño de exposiciones. El grado de especialización en el propósito del Proyecto constituye para las partes un gran ahorro de tiempo, ya que el equipo técnico no debe invertir mucho tiempo en la explicación e ilustración de los conceptos o estructuras básicas del Proyecto.

Es realmente valioso, y tiene un ahorro de costo extraordinario, el que los miembros o integrantes del Dispute Board tengan experiencia en el tipo de contrato suscrito por las partes. Por ejemplo, un Dispute Board con experiencia en gestión o ejecución de contratos FIDIC o NEC (para un proyecto que se lleva a cabo con estos contratos estándar) puede saber si las partes están identificando y mitigando sus riesgos, cumpliendo con su alcance, cumpliendo con sus obligaciones, procesos y plazos, o si alguna de las partes está tratando de trasladar a la otra un riesgo que no le corresponde. Esta experiencia previa por el tipo de contrato elegido por el Cliente para el proyecto, le puede permitir a los miembros Dispute Board realizar un diagnóstico casi inmediato del estado de avance del Proyecto, y con esto aplicar las medidas que se deben tomar a solicitud de cualquiera de las partes, para lograr la culminación oportuna del Proyecto.

Adicionalmente, en un proyecto con un entorno internacional y multicultural, es importante que por lo menos uno de los miembros (sería bueno el Presidente) del Dispute Board domine el idioma del contrato y el idioma de las comunicaciones (en el caso del Pabellón del Perú existía un idioma diferente al del Contrato para las comunicaciones). Esto permitirá que los expertos internacionales de ambas partes puedan expresarse con la máxima claridad.

Cuando el cliente es el Estado Peruano, es valioso para el Proyecto y para la trazabilidad de decisiones que se toman con el Cliente principal de la obra pública, que el Dispute Board colegiado esté integrado por un Abogado y por profesionales expertos en gestión de controversias además de los otras habilidades y conocimientos ya mencionados. La presencia de un experto con conocimiento del marco jurídico local permitirá advertir claramente cuando las partes están vulnerando una norma legal en la ejecución del contrato (aunque el contrato no lo haya advertido en su elaboración). Un ejemplo es la caducidad, la misma que no puede pactarse por las partes según el Código Civil Peruano.

Organización sobre la forma de actuación de los miembros del DB

Conforme se ha indicado en el Manual de la DRBF, es recomendable para las partes, programar las reuniones con el Dispute Board (pactar si estas deben ser semanales, mensuales o trimestrales) esto va a depender de la complejidad y tiempo de ejecución del proyecto. Respecto de un aeropuerto que debe construirse en 3 o 4 años son recomendables reuniones mensuales. Respecto de un proyecto que debe entregarse en 6 meses o un año se recomiendan reuniones quincenales o más frecuentes dependiendo de la cantidad de las dudas o discrepancias que tengan las partes.

Sobre las visitas al sitio, estas deben estar debidamente programadas a efectos de que las partes calculen adecuadamente sus costos y además planifiquen adecuadamente el recorrido y finalidad de cada visita. Por ejemplo, y sin que sea una inspección ocular, las partes pueden pactar que previo a una audiencia de sumisiones formales o informales el Dispute Board visite la obra y el avance o situación exacta de los asuntos en discusión.

Asimismo, durante la visita al Sitio, el DB no debería permitir a las partes discutir contractualmente o hacer bromas. Discutir en el sitio durante la visita o bromear implica riesgos de seguridad para todas las partes, y la discusión contractual debe reservarse para las oficinas. Esto consideramos es una importante oportunidad de mejora para los Dispute Boards constituidos.

Por último, de la experiencia de los suscritos no es una práctica del Dispute Board la emisión de informes sobre las visitas, lo cual como ya ha identificado la DRBF las partes deberían incluir como parte de las funciones del DB al negociar el contrato tripartito.

Recomendaciones y/o conclusiones

- Desde la experiencia de los suscritos, en promedio y en general, las recomendaciones de la DRBF se vienen implementando en los proyectos que se están ejecutando con contratos FIDIC y contratos NEC.
- Mientras más se usen los contratos estándar internacional, mejores prácticas se implementarán en la designación y ejecución de los Dispute Board. En el Perú a la fecha no solamente se está difundiendo el uso de estos contratos estándar por los acuerdos de Estado a Estado (G2G) suscritos, o por los que están en la planificación del Gobierno actual, sino que el uso de estos contratos está siendo impulsado por la Ley N° 31841, Ley que crea la Autoridad Nacional de Infraestructura (ANIN), la cual por primera vez, y de manera explícita, da la posibilidad de la utilización de los contratos estándar internacional sin necesariamente un acuerdo Estado a Estado, o sin el uso de algún otro marco de excepción como es el caso de las procuras realizadas por un organismo internacional (UNOPS por ejemplo) o porque una multilateral (Banco Mundial, BID, JICA, etc.) prestó dinero al Perú y determinó dentro de las condiciones del préstamo el modelo de contrato a utilizar.
- Ahora bien, y de manera particular, en el caso de las multilaterales podríamos mencionar que por ejemplo en los contratos FIDIC que se están utilizando en los financiamientos del JICA, la organización FIDIC ha incluido cláusulas generales específicas para el JICA, y en estos casos ya no se podría hablar de un libro FIDIC estándar (como el de color plata, amarillo, etc.), sino que podríamos denominarlo como un “contrato FIDIC del JICA” o a pedido del JICA.
- Como oportunidades de mejora hemos ubicado las siguientes:
 - i) Evitar la práctica de las Entidades del Estado que son clientes, de proponer como integrantes del DB a los mismos profesionales designados por dichas Entidades, por ejemplo, como árbitros en otros proyectos y en contrataciones a las que se le aplica la ley de contratación estatal, repetitivamente.
 - ii) Sobre la designación de los miembros del DB, de eliminarse la posibilidad de que las partes puedan discutir indefinidamente sin un plazo o condición límite establecidos previamente. Para los suscritos, deberían ser suficientes un máximo de 4 reuniones, y después de no haberse puesto de acuerdo las partes en dichas reuniones, debe activarse inmediatamente el procedimiento de designación residual pactado por las partes.
 - iii) Eliminar la práctica de aceptar candidatos para DB bajo la presión de que la otra parte acepte el candidato de su contraparte, pues lo primero es que el miembro del DB elegido debe estar adecuadamente calificado. Pensemos que el éxito del Proyecto en tiempo y costo va a depender en gran manera de que las dudas y controversias entre las partes sean resueltas con celeridad por estos profesionales adecuadamente calificados, y con base en las obligaciones y derechos establecidos en el contrato.
 - iv) Los contratos deben establecer la Entidad nominadora en caso de designación residual para proyectos, y deben establecer el plazo para la emisión de decisiones, ya que posteriormente el DB preferirá que las partes acaten los plazos que se encuentran en los reglamentos, lo cual no siempre es favorable para el Proyecto (esto último por que los plazos establecidos en los reglamentos muchas veces son muy extendidos para la urgencia de la resolución de las controversias).

Recomendamos a las partes dejar constancia en el intercambio de comunicaciones para la designación del DB, los requisitos que deben cumplir los profesionales para ser designados. Creemos que la transparencia en el intercambio de comunicaciones de estos requisitos profesionales, permitirán a las partes tomar mejores decisiones o repensar las decisiones que podrían tener impacto en la gestión del contrato y del proyecto.

Finalmente, después de abordar sobre la integración de los Dispute Boards, tenemos grandes expectativas sobre las decisiones que están emitiendo los DB en el Perú. En ese sentido, es una tarea pendiente hacer un análisis sobre las mismas.