

Administración contractual preventiva y *dispute boards* en proyectos de infraestructura

Los contratos administrativos de infraestructura no sólo representan una importante forma de satisfacción de intereses nacionales, sino que también son generadores de actividad económica en un país. De aquí que cualquiera que tenga una mínima relación o conocimiento de dichos contratos sabe que todo elemento que impida su consecución en forma efectiva y satisfactoria tendrá un alto costo para las partes contratantes y la sociedad en general.

Un elemento que en los últimos años ha sido cuestionado en relación con el éxito de los proyectos de infraestructura es el de la alta litigiosidad en la que se desarrollan, aunado a mecanismos de solución de controversias consideradas en el contrato, las que siendo completamente antagonistas impiden una visión positiva hacia la realización del proyecto. En otros términos, las partes contratantes regularmente se enfrentan a disputas

derivadas de los proyectos las cuales no se desarrollan en el ámbito de mecanismos pensados para la efectiva y oportuna solución del proyecto en cuestión, pues tales mecanismos están diseñados para generar un ganador o un perdedor en forma lisa y llana, con los nefastos efectos que esto conlleva.

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

Por esto, en México es necesario que modifiquemos nuestra visión en dos sentidos: establecer mecanismos de administración contractual preventiva e implantar medios de solución de controversias en "tiempo real" y con carácter efectivo.

Administración contractual preventiva (ACP)

La ACP es una forma nueva de ver el desarrollo de proyectos en nuestro país. Mediante esta figura, las partes contratantes deben, por separado y en forma conjunta, activar mecanismos para cumplir con sus derechos y obligaciones en forma ordenada y prevenir las controversias, o bien solucionar con medidas efectivas que busquen la finalización de los proyectos en tiempo y firma.

ROBERTO HERNÁNDEZ GARCÍA
 Presidente del Comité de Solución de Controversias en Construcción (Comité de Dispute Boards) de la International Chamber of Commerce México. Presidente del Comité Anticorrupción de ICC México y covepresidente del Comité Anticorrupción de la IBA. Socio director de COMAD, S. C.

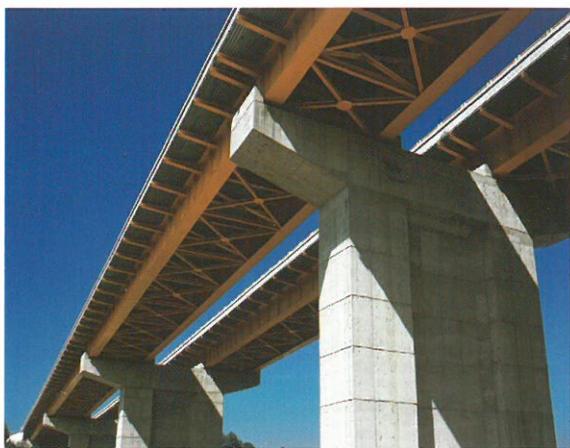


FOTO: SCT

Con los *dispute boards* se puede evitar incluso la corrupción en los proyectos.

El problema que hemos tenido en México es que las relaciones contractuales en el ámbito de la construcción y la infraestructura se han basado en amiguismos y sentimientos. En pocas palabras, en lugar de exigir derechos se piden favores, y en lugar de cumplir con obligaciones se acuerdan beneficios. Así, llegado el momento de requerir el cumplimiento de obligaciones, las partes se limitan por temor a que el otro "se sienta" o amenace, y dejan las relaciones en un ámbito casi instintivo e intelectualmente nulo.

Lo cierto es que existen múltiples mecanismos para la ACP, tanto en campo como en relaciones conjuntas proactivas (el caso del *partnering*). Sin embargo, en este artículo nos referiremos solamente a una de ellas, la implantación de los paneles de solución de disputas o *dispute boards* como medios de solución de controversias en forma contemporánea con el desarrollo del proyecto.

Dispute boards

Los paneles de solución de disputas o mesas de resolución de controversias no son nuevos; sin embargo, en los últimos cinco a siete años han visto un gran florecimiento gradual en América Latina.

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



Si el contratista solicita reconocer trabajos adicionales, se puede activar el mecanismo.

Entre sus particularidades se encuentra el hecho de que la persona o los integrantes de la mesa se nombran desde el principio de un proyecto para que lo conozca, visite el sitio regularmente y sepa de su desarrollo día a día. No tiene que estar en el sitio, pero las partes se obligan a hacerle notar los elementos importantes de la

ejecución al grado que le permita saber efectivamente qué está sucediendo.

Cuando surge una disputa, la parte interesada activa el mecanismo, que tiene un procedimiento flexible para encontrar la verdad de los hechos y permitir una solución efectiva en un plazo corto en beneficio del proyecto. La solución puede tener como efecto, por ejemplo, el reconocimiento o no de un trabajo adicional o extraordinario, el reconocimiento o no de una extensión de plazo, el reconocimiento o no de un incumplimiento, y el reconocimiento o no de un cambio de ley.

► La ACP es una forma nueva de ver el desarrollo de proyectos en nuestro país. Mediante esta figura, las partes contratantes deben, por separado y en forma conjunta, activar mecanismos para cumplir con sus derechos y obligaciones en forma ordenada y prevenir las controversias, o bien solucionar con medidas efectivas que busquen la finalización de los proyectos en tiempo y firma.

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

Peligros que acechan al proyecto

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

- El contratista presenta un reclamo determinado y, por tanto, amenaza con el hecho de que, de no ser atendido a tiempo, lo dejará sin flujo y, por tanto, tendrá que detener el proyecto, con las consecuencias en costo y tiempo que implica.
- El contratista presenta una solicitud de extensión de tiempo que no cuadra con los intereses políticos del proyecto, lo que genera una tensión grave entre las partes y concluye con una negociación desbalanceada.
- El contratista presenta una solicitud de reconocimiento de trabajos adicionales o extraordinarios que, de no poderse conciliar, técnicamente impide la realización de los trabajos considerados desde el comienzo, lo que retrasa el proyecto.
- El dueño de la obra solicita al contratista que realice ciertos trabajos, a los cuales éste se opone por razones desconocidas para el contratante, lo que entorpece el desarrollo de los trabajos.
- El dueño de la obra alega un incumplimiento que, si bien es causa de rescisión, se requiere un tercero que determine si el incumplimiento se generó o no.

Estos son sólo algunos ejemplos que se pueden vivir, y si pensáramos en que cada uno de estos temas se plantea en los tribunales o en el arbitraje, claramente sabemos que el proyecto será afectado en tal forma que:

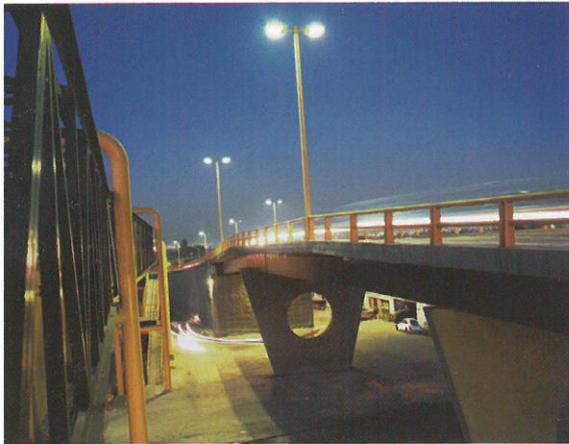


FOTO: SGT

Con los *dispute boards* la solución se dicta dentro del plazo de ejecución del proyecto.



FOTO: SACR GOBIERNO DEL ESTADO DE MÉXICO

Desde el principio se nombra a una persona para visitar el sitio regularmente.

a) no se realizará en el tiempo y en la forma requeridos, b) implicará costos desmedidos para su solución, o c) incluso puede generar soluciones fuera del ámbito legal y de la integridad (en pocas palabras, generará corrupción).

Ahora bien, en los contratos administrativos pende encima de los funcionarios públicos una gran espada de Damocles: la responsabilidad administrativa. Esto implica que los funcionarios tienen que hacer exactamente lo que está considerado en la ley y lo que en pocas palabras "está bien", entendiendo por esto algo tan sencillo como que las cosas estén bien hechas conforme a la ley y a la lógica. En caso contrario, los órganos fiscalizadores tienen la natural tarea de observar y sancionar sus conductas con la brutalidad de una indiscriminada tala de árboles. De aquí que los servidores públicos usualmente no resuelvan con mucho gusto asuntos como los de los supuestos que hemos planteado, pues en caso de que la solución que proveen resulte, a los ojos de los órganos fiscalizadores, fuera de la ley y de la lógica, prefieren simplemente no hacerlo *motu proprio* y decirle

a su contraparte que los demande por la vía judicial o arbitral, según sea el caso, con las consecuencias de tiempo, costo y, sobre todo, falta de atención al proyecto que tanto hemos mencionado. Entonces no hay salida, más que iniciar un largo litigio o arbitraje, mientras el proyecto espera a ser justamente analizado.

Y podemos cuestionarnos: ¿es esto lo que queremos en nuestros proyectos administrativos, que tienen incluso una importante carga política?

Solución real o ficticia

¿Son las mesas de resolución de controversias una solución real o ficticia a los conflictos en los proyectos de infraestructura? Esta pregunta ciertamente es provocativa, ya que para algunos no son sino una instancia más entre los mecanismos de solución de controversias que se pueden incorporar en un contrato de infraestructura, mientras que para otros (sobre todo para quienes hemos vivido la figura en carne propia) resulta claramente una solución real y efectiva a una problemática que cada vez aqueja más a los proyectos.

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

- a. ¿Qué mecanismo de solución de controversias distinto a éste prevé la participación activa y el conocimiento de los proyectos de parte de quienes resolverán las disputas, para que la solución dictada en su momento se base en la realidad de los hechos y no en la mejor defensa o argumentación de las partes en conflicto?
- b. ¿Qué otro mecanismo prevé la solución de controversias durante la ejecución del proyecto y no a *posteriori*, con el propósito claro de que los temas que surjan en él sean resueltos en forma oportuna para el beneficio del proyecto?
- c. ¿Qué mecanismo prevé la posibilidad de que quienes resolverán las controversias puedan ser consultados informalmente por las partes para conocer opiniones que pueden guiar a las partes a una negociación exitosa?

► En los contratos administrativos pende sobre los funcionarios públicos una gran espada de Damocles: la responsabilidad administrativa. Esto implica que los funcionarios tienen que hacer exactamente lo que está considerado en la ley y lo que en pocas palabras "está bien", entendiendo por esto algo tan sencillo como que las cosas estén bien hechas conforme a la ley y a la lógica.

- d. ¿Qué mecanismo tiene opciones distintas para las resoluciones que dicte, tomando en cuenta lo que las partes requieren en cada caso?
- e. ¿Qué otro mecanismo tiene reglas claras y precisas universalmente aceptadas, como el caso de las reglas de la ICC (Cámara Internacional de Comercio),

que permitan una seguridad jurídica tanto de las partes como de la propia mesa de resolución de controversias, con las características que se evidencian de las preguntas a), b) y c) anteriores?

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

Consideraciones para su implantación

Si bien es clara la figura de las mesas de resolución de controversias, cuando se llega al ámbito administrativo es cuando más objeciones aparentes se presentan. Sin embargo, esto sucede porque –como en todos los momentos críticos de la vida– cuando se tienen que tomar decisiones que se enfrentan a los paradigmas, la posición más fácil es seguir el camino andado y no modificar las conductas, aunque parezca la mejor solución.



FOTO: SGT

Se prevé la participación activa y el conocimiento de los proyectos de parte de quienes resolverán las disputas.

En el caso que nos ocupa, muchas voces consideran que las mesas de resolución de controversias no se pueden adaptar claramente en contratos públicos en ambientes sumamente "administrativos" y "fiscalizados", como los que vivimos en América Latina, pero considero que siguiendo diversos pasos concretos esto se puede superar.

- En primer lugar, la figura tiene que reconocerse, pero no regularse, en las legislaciones de las que emanen los contratos de infraestructura. Es decir, los servidores públicos tienen que saber que ésta existe en la ley y que consecuentemente pueden utilizarla con certeza. La regulación, por su parte, debe dejarse a las reglas aceptadas nacional o internacionalmente.
- En segundo lugar, debe existir una amplia capacitación y entrenamiento de las dependencias y

entidades de la administración pública, así como de órganos fiscalizadores, que permitan el cabal conocimiento y entendimiento de la figura y sus alcances.

- En tercer lugar, debe comprenderse simultáneamente que, si bien la implantación de la figura no implica la eliminación de los tribunales judiciales o arbitrales, sí debe utilizarse como una forma de filtrar los temas que no deberían llegar a estas últimas instancias en forma automática. Dicho de otra forma, muchos temas se resolverán mediante esta figura y serán aceptados por las partes, y muchos otros, por su gran relevancia, deberán ser objeto de revisión judicial o arbitral.
- En cuarto lugar, los organismos fiscalizadores deben modificar sus criterios de revisión para evitar que se insista en el hecho de que la administración pública debe luchar hasta el final, aun sabiendo que el caso está perdido, ya que esto, además de atentar contra la lógica, definitivamente pervierte y vicia la posibilidad de solucionar las controversias en forma oportuna y efectiva, y obliga al Estado a desangrarse en forma innecesaria.
- En quinto lugar, deben crearse centros de capacitación de adjudicadores (*dispute boards*) que además de capacidades técnicas y legales sean entrenados para actuar con alta integridad y responsabilidad, so pena de ser sancionados severamente por su falta de ética.

Todo lo anterior será difícil de lograr, pero valdrá la pena hacerlo.

Conclusiones

Los *dispute boards* son una realidad que llegó para quedarse. El hecho de que en tantos proyectos en América Latina ya estén implantados, sean una realidad y hayan generado posiciones efectivas y positivas no debe tomarse como una mera coincidencia, sino como la señal de que sus beneficios son claros y directos.

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

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

 ¿Desea opinar o cuenta con mayor información sobre este tema? Escríbanos a ic@heliosmx.org