

LA MEDIACIÓN Y LOS *DISPUTE RESOLUTION*
BOARDS (DRB), EN MATERIA DE CONSTRUCCIÓN
EN CHILE: UNA PERSPECTIVA JURÍDICA DESDE EL
EFECTO DE LAS OBLIGACIONES

THE MEDIATION AND THE DISPUTE RESOLUTION
BOARDS (DRB), *IN THE CONSTRUCTION MATTER IN*
CHILE: A LEGAL PERSPECTIVE FROM OBLIGATIONS
EFFECTS

Santiago Zárate González*

Resumen

El presente trabajo indaga sobre la posibilidad de que la mediación, y en especial los *Dispute Resolution Boards*, como mecanismos alternativos de resolución de conflictos en el área de la contratación inmobiliaria, pueda ser utilizada como una herramienta por el acreedor en caso de incumplimiento de contrato. Esto, sobre todo en aquellos casos de cumplimiento diferido que involucran grandes cantidades de dinero e inversión. Las hipótesis de cumplimiento imperfecto podrían pensarse desde la perspectiva de la solución alternativa que entregan dichas herramientas como una consecuencia o efecto de las obligaciones.

Palabras claves: mediación, paneles de expertos, cumplimiento imperfecto, efecto de las obligaciones

Abstract

This paper investigates about possibilities that mediation, an especially the *Dispute Resolution Boards*, as alternative dispute resolution mechanisms around real estate contracting, can be used as a tool by the creditor in the event of non-compliance with the contract, especially in cases of deferred performance that involve large amounts of money and investment. The hypotheses of imperfect compliance could be through from the perspective of the alternative solution provided by said tools as one consequence of obligations effects.

Key words: mediation, expert panels, imperfect compliance, effect of obligations

* Docente de la Facultad de Derecho y Humanidades de la Universidad Central de Chile; Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile; Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso; Postgrado en la Universidad Carlos III de Madrid. Dirección postal: 8320000 Lord Cochrane 417 A, Centro, Santiago de Chile. Fono: (56 2) 2 405 8334. Correo electrónico: santiago.zarate@uccentral.cl

I. Introducción

En términos generales, todo acreedor espera que su deudor cumpla *in natura* con los términos acordados en el contrato, como si estuviere cumpliendo con la ley (principio *pacta sunt servandas*).

Solo en caso de que el deudor no pueda o simplemente no quiera cumplir, se abre una pléyade de posibilidades al acreedor de presionar al deudor para que cumpla, compulsivamente.

La primera de ellas es el cumplimiento forzado de la obligación. Luego, le sigue la indemnización de perjuicios (cumplimiento por equivalencia), y los denominados derechos auxiliares de los acreedores, entre los que figura la resolución del contrato (por aplicación de la condición resolutoria tácita presente en todos los contratos bilaterales), y varias acciones de antigua data: la acción subrogatoria u oblicua, o la acción pauliana o revocatoria.

En todos estos escenarios; sin embargo, es posible que el acreedor no logre obtener lo que desea, que es el cumplimiento íntegro y oportuno de la obligación, ya que estas herramientas parten de la hipótesis de incumplimiento y la necesidad de hacer cumplir lo pactado, pues de ello depende también el bienestar de los acreedores, en el amplio sentido de la palabra.

Tratándose de contratos de cumplimiento diferido, la cuestión es aun más complicada, pues a la complejidad técnica de los contratos mismos se une la circunstancia del tiempo, que siempre juega en contra del acreedor.

Imaginemos por un instante que debemos construir un edificio y sucede que el desborde de un río cercano provoca una inundación que detiene las obras justo cuando había que entregar los primeros pisos o que una pandemia provoca una serie de actos legales de parte de la autoridad sanitaria que impiden el logro de los objetivos, generalmente presentes en la planificación inicial de un proyecto inmobiliario. Una verdadera debacle, una hecatombe.

Entonces, ¿qué se hace? La inundación es, obviamente, un imprevisto de la naturaleza; las medidas de los ministerios de salud o salubridad, por su lado, representan hipótesis de caso fortuito. En ambas situaciones, sin embargo, se trata de escenarios que no fue posible resistir o prever.

Frente al incumplimiento de la empresa que debía terminar las obras contra estados de pago por lo general pendientes, ¿pueden las partes no hacer nada más que lamentarse?

El acreedor tiene todas las herramientas que mencionamos, pero ninguna soluciona el problema de continuidad de las obras. Es más, si al acreedor se le ocurriera demandar, su acción no tendrá muchas chances de prosperar en un escenario de pandemia. De hecho, en nuestro país hay medidas legislativas que se tomaron para suspender las ejecuciones y lanzamientos, de modo que al primer golpe se suman otros más dolorosos.

¿Qué pueden hacer, entonces, tanto el acreedor como el deudor para continuar con el contrato a pesar del notable deterioro de las condiciones de cumplimiento del mismo?

La historia práctica del derecho ha entregado algunas formas de solucionar los problemas distintas de la judicialización: la transacción, el arbitraje, la conciliación, la mediación y, en el último tiempo, los llamados *dispute resolution boards* (DRB), o panel de resolución de disputas, o panel de expertos, como se les llama brevemente.

Respecto de los tres primeros, es sabido que es posible que representen una salida alternativa al conflicto, pero que claramente aumenta los costos del proyecto, que a esas alturas serán gastos no reembolsables. En efecto, el pago de honorarios de expertos y de asesores jurídicos, aparte de los árbitros mismos, excede los confines financieros del contrato original.

En el mundo, los sistemas de mediación y de DRB, existen desde antes de finalizar el siglo XX, y con más fuerza a partir de inicios del siglo XXI. Por lo general, están asociados a las áreas de la industria y la minería, y, en la última década, a la construcción.

Como datos de aquello, la American Arbitration Association (AAA) tiene una regulación de los DRB desde el año 2000, y el International Center for ADR, de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), desde el año 2004. Asimismo, la Japan International Cooperation desde el año 2012; y, en el Perú el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, que elaboró un reglamento de DRB en el 2014 (Cámara de Comercio de Santiago, 2019).

A nivel macro, existe una fundación mundial de promoción de los DRB, unida a la Federación Internacional de DRB, denominada Dispute Resolution Board Foundation, entidad con la que el Centro de Arbitraje y Mediación (CAM) de la Cámara de Comercio de Santiago (CCS), firmó un convenio de cooperación técnica en el 2014.

En septiembre de 2014, el CAM suscribió asimismo un convenio con la Cámara Chilena de la Construcción (CCHC), con la finalidad de implementar y sociabilizar la cultura de los DRB en nuestro país.

Por último, en mayo de 2020, y a propósito de la pandemia del COVID-19, el CAM amplió la cobertura de su convenio a aquellas empresas socias del área de la construcción (tamaño PYME), cuyos contratos no excedan de las UF. 3000 (aproximadamente 86 millones de pesos chilenos). Esta iniciativa, impulsada por el Ministerio de Economía de Chile, permitiría que estas empresas pudieran negociar sus incumplimientos por el COVID-19, sin el costo que significa contar con un panel de expertos. Es decir, el convenio hace aplicable el mecanismo de los DRB *pro bono*, sin costo para la empresa (Cámara de Comercio de Santiago, 2019).

Por ello, consideramos que tanto la mediación como los DRB se presentan como posibilidades de alcanzar acuerdos que eviten los inconvenientes y gastos que significa un arbitraje u otras formas judiciales más disruptivas, alcanzando las partes acuerdos que las acerquen a los fines que desearon en el contrato, desde su suscripción: su cumplimiento.

II. Arbitraje y mediación

Como hemos señalado, el arbitraje en sí mismo presenta el problema de lo engorroso que suele volverse.

Puede suceder que, en una cláusula del contrato, se establezca una salida arbitral a cualquier conflicto suscitado entre las partes, expresada, sin embargo, de forma muy general. Esta generalidad se manifiesta en la extensión que las partes otorgan al árbitro para dar solución a problemas de aplicación o interpretación de las cláusulas contractuales.

Así, es evidente que se sigue un itinerario más bien legal desde que las normas sobre interpretación de los contratos se encuentran establecidas de manera natural, aunque no hubiesen sido así estipuladas. Es decir, todas las cláusulas de un contrato son interpretables a la luz de las reglas que la ley entrega a las partes para ello (Código Civil de Chile, art. 1560 al 1566).

Una cláusula compromisoria importa la designación *ex ante* de un juez árbitro que zanje cualquier problema que sea previsible en el tiempo. No obstante, es el mismo contrato el que establecerá un mecanismo de nombramiento del árbitro que generará gastos para las partes, que, por general, pagará aquella que pierda en el litigio.

Entonces, se suele designar al árbitro de dos formas conocidas: señalando expresamente el nombre del profesional que hará las veces de juez y del o los sustitutos en caso de que el primero no pueda o se excuse, y señalando las características y pertenencia que deberá tener quien solucione el conflicto. Esto es que, al menos, el árbitro debe ser un exministro de Corte de Apelaciones o de la Corte Suprema, o, en el peor de los casos, un abogado de notorio prestigio. En ambas situaciones son sacados de una lista que usualmente se encuentra en poder de las cortes, de la CCS o de la CCHC. Se podrá inferir que los honorarios de exministros o abogados de prestigio no son para nada nimios.

En este estadio de cosas, puede que las partes no quieran optar por la cláusula compromisoria, caso en el cual asiste la posibilidad de solicitar a un tribunal la designación de un juez árbitro, con lo cual igualmente el asunto termina judicializándose. En tal sentido, el camino que se quiera tomar queda radicado obviamente en la decisión de las partes.

En el primer caso, la judicialización es obvia. En el segundo caso, la idea de mediar aparece como una herramienta de eficacia posible, en una hipótesis de cumplimiento imperfecto, no esperada ni querida originalmente por las partes; esto si es que lo que el acreedor busca no es intimidar a su deudor con el despliegue de armas de ejecución letal que lo ejecuten sin piedad y que, por el contrario, desee que su deudor cumpla, aunque sea de manera imperfecta. Esta idea es muy simple y podría significar que el *pacta sunt servandas* no se toque, y que el desequilibrio inicial de las prestaciones se corrija.

La ley del contrato suele ser un gran impedimento al momento de cumplir con lo acordado, de tal manera que un procedimiento de mediación que obste al arbitraje (que parte de la idea matriz de romper con el pacto a fin de solucionar el conflicto), puede implicar que el equilibrio de las prestaciones no deba ser tocado.

Si al momento de pensar en exigir al deudor el cumplimiento de una obligación, o su resolución, en ambos casos con resarcimiento de los perjuicios, comunicadas las dos situaciones o de manera autónoma, la hipótesis de cumplimiento imperfecto puede representar una alentadora salida (art. 1489 CC).

Desde la perspectiva del efecto de las obligaciones, consideramos razonable pensar que una revisión de las condiciones originales del contrato a raíz de eventos no previstos por las partes, como es el caso de la pandemia, a través de la mediación y no del arbitraje, puede generar resultados mejores que los esperados. A veces, las reglas no ayudan a dar soluciones razonables a problemas derivados de la ejecución de las obligaciones.

¿Qué es la mediación? En general, se entiende por mediar la acción de “intervenir en una discusión, o en un enfrentamiento entre dos partes, para encontrar una solución” (Real Academia Española, s.f.). Puede entenderse, en general, como una actividad tendiente a alcanzar acuerdos de cumplimiento, sin necesidad de recurrir a un proceso judicial.

En el primer concepto, la idea matriz implica que un sujeto ajeno a la relación original intervenga con una finalidad clara y definida: dar solución a un conflicto. En el segundo, mediar es una actividad que requiere de una acción de parte del sujeto externo a la relación cuya finalidad es alcanzar acuerdos de cumplimiento, evidentemente, de un contrato, evitando su judicialización. No es posible una mediación si solo hay una parte o voluntad. Es decir, la mediación no se da en ausencia de conflicto y este solo se genera cuando existen dos o más personas.

También se puede ver como “un mecanismo de resolución de conflictos, en el cual un tercero imparcial busca facilitar la comunicación para que las partes sean capaces de resolver un conflicto” (García Villaluenga y Vázquez de Castro, 2015, pp. 21-36), de modo que ese sujeto, ajeno al conflicto, llamado tercero imparcial, busque facilitar la comunicación entre las partes. Claramente, la finalidad de dicha acción radica en el simple hecho de que sean ellas mismas las que alcancen la solución del conflicto.

Se dice que es un sistema alternativo, porque se aplica en lugar de otros mecanismos, judiciales o extrajudiciales, menos benignos en términos de rapidez y eficacia.

III. El arbitraje y la mediación en materia de construcción en Chile

En nuestro país no existe un órgano gubernamental que brinde este tipo de asesoría, salvo —como se explica más adelante— la mediación en casos de negociación colectiva, en materia laboral, en que es la inspección del trabajo la que puede operar los llamados ‘buenos oficios’.

Asimismo, en materia familiar, cuando se trata de una demanda de divorcio, en que, presentada aquella, el juez debe, obligatoriamente, generar un procedimiento de mediación, remitiendo los antecedentes a mediadores especializados en esa materia. Sin perjuicio de ello, las partes pueden concurrir a un mediador, antes de demandar.

Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, existe una entidad privada que desde hace varios lustros brinda asesoría en materia de arbitraje y mediación a las empresas: el Centro de Arbitraje y Mediación (CAM), dependiente de la Cámara de Comercio de Santiago (CCS) (Cámara de Comercio de Santiago, 2019).

Esta entidad sin fines de lucro fue fundada bajo la CCS, en el año 1992, con la misión de prestar servicios de administración en arbitrajes, tanto nacionales como internacionales, que sean sometidos a su conocimiento, procediendo a la designación de árbitros y mediadores cuando las partes así lo hayan pactado, según reza el artículo 1 de sus estatutos (Cámara de Comercio de Santiago, 2019) vigentes recién a partir del año 2012 (Cámara de Comercio de Santiago, 2019).

En consecuencia, el CAM es un centro que presta servicios de arbitraje, tanto nacional (1992) como internacional (2006), de mediación (1998) y de DRB a partir del año 2015 (Cámara de Comercio de Santiago, 2019).

Desde el 2013, el CAM tiene un sistema de tramitación digital para los procesos de arbitraje y mediación, el *e*-CAM Santiago (Cámara de Comercio de Santiago, 2019). Asimismo, en el año 2017 firmaron un convenio de interconexión junto con el Poder Judicial de Chile, con lo cual, tal vez sin querer, se preparó para el escenario de pandemia que vivimos hoy (Cámara de Comercio de Santiago, 2019).

En materia de construcción, como dijimos, el CAM ofrece, desde mayo de 2020 y *pro bono*, sus servicios de mediación mediante el sistema de DRB, en concomitancia con el Ministerio de Economía de Chile (Informativo CAM, 2020). Se trata de un total de 1,000 mediaciones a través del sistema de DRB para sus empresas socias, y cuyos contratos no excedan de las UF. 3,000 (86 millones de pesos chilenos, o 115 mil dólares americanos) (Portal Innova, 01 de abril del 2020).

IV. Del sistema de *dispute resolution boards* en los contratos de construcción

En el mundo, los *dispute resolution boards*, o paneles de expertos, son, según Juan Eduardo Figueroa “órganos establecidos para solucionar disputas contractuales tan pronto ellas se producen” (Figueroa Valdés, 2010, p. 10).

En el mismo sentido, el CAM señala, en su página web, que se trata de

[...] es un sistema adecuado de resolución pacífica de controversias, en virtud del cual un panel de expertos independiente, constituido normalmente al inicio de la ejecución del contrato, ayuda a las partes a resolver sus desacuerdos a través de la asistencia informal y la emisión Recomendaciones o Decisiones, según el modelo que se adopte (Cámara de Comercio de Santiago, 2019).

Por su naturaleza, continúa la definición del CAM, “opera en contratos con cierto contenido técnico, que son de ejecución diferida a mediano o largo plazo, y en los que la solución oportuna de alguna desavenencia presenta un provecho especialmente atractivo para las partes (Cámara de Comercio de Santiago, 2019).

El Reglamento del CAM (que sigue los lineamientos de la Cámara de Comercio Internacional sobre DRB) ha dispuesto lo siguiente: el DRB es

[...] aquel panel técnico compuesto por uno o tres miembros, destinado a prestar apoyo informal a las partes frente a los desacuerdos o desavenencias que

se presenten durante la vigencia del Contrato, como asimismo a emitir Determinaciones en conformidad al presente Reglamento. (Cámara de Comercio de Santiago, 2019)

Se trata, por tanto, de una modalidad colegiada de resolución de conflictos que se establece en los contratos de ejecución diferida, como el de construcción, desde el principio de la ejecución.

En un primer acercamiento, consideramos que funciona como un sistema de control coetáneo a la ejecución, de modo que en todo momento el panel acompaña a las partes, haciendo recomendaciones o tomando decisiones que eviten el conflicto.

El control no es un aspecto menor, ya que las actividades modernas se caracterizan por la existencia de un sistema de ejecución permanente de los grandes contratos de construcción. En efecto, los esposos Gilbreth sostuvieron, a principios del siglo XX, que el trabajo humano responde al principio de la ergonomía aplicada a la administración de las empresas. El predicado fundamental de esa teoría era que el mejor método de trabajo es el que permite al operario ejecutar las tareas en el menor tiempo, con mayor facilidad y satisfacción. El hecho de ‘controlar el trabajo’ es necesario para cerciorarse de que está ejecutándose de acuerdo con las normas establecidas y según el plan previsto (Gilbreth y Gilbreth Carey, 1948).

Según Herfried Wöss, el DRB es “un órgano colegiado compuesto por tres personas que conocen ampliamente las estipulaciones contractuales y la ejecución del contrato y acompañan el proceso hasta la finalización” (2006, p. 2). Si se aprecia, para Wöss un panel de expertos, amén de tener una estructura colegiada, está siempre compuesta de tres personas como mínimo. Por lo general, lo componen un abogado y dos ingenieros.

Para González de Cossio,

[...] se trata de órganos sui géneris que navegan junto con una obra —de hecho, son parte de la misma— y se activan exclusivamente si surge una controversia. Dado que están enterados de —e involucrados con— la obra, pueden resolverse en forma inmediata, sin necesidad de incurrir en tiempo para educar a un tribunal ex novo, y con el beneficio de que —enterados de las peculiaridades de la obra— pueden resolver “bien”, además de rápido. (2013, p. 455)

Nótese que la resolución de los conflictos puede ser inmediata, lo cual se adecúa al concepto de control coetáneo antes mencionado.

Por otro lado, y según el mismo autor, existen tres especies de DRB (2013, p. 455):

- a) Los paneles de revisión (*dispute review boards*), mediante los cuales se emiten por el panel “recomendaciones que no son inmediatamente obligatorias”. A veces, señala el autor, “lo que se necesita es adoptar una solución temporal que permite reducir los efectos negativos del statu quo, sujeto a lo que determine en definitiva el tribunal arbitral” (González de Cossio, 2013, p. 455). Es un mecanismo que funciona como un interdicto, si se quiere. La ejecución es revisada por el panel a medida que avanza su ejecución.

- b) Los paneles de adjudicación (*dispute adjudication boards*). Estos paneles “emiten decisiones que son inmediatamente obligatorias” (González de Cossio, 2013, p. 455), lo que permite obtener, según González de Cossio, soluciones temporales y sustantivamente adecuadas.
- c) Los paneles combinados (*combined dispute boards*). Estos paneles pueden “decidir emitir una decisión o una recomendación. Al hacerlo, tomará en cuenta las circunstancias de la disputa. Esta facultad da el valor (adicional a las anteriores dos) que permite adoptar una mejor solución no sólo de fondo, sino de forma”, y continúa el autor, “si la solución de la disputa es mejor lograda mediante el vehículo de una ‘recomendación’ no vinculatoria, así se hará”. (González de Cossio, 2013, p. 455)

Nótese que, en todos estos casos, el acompañamiento del panel de expertos es permanente, de modo que toda controversia, por muy pequeña que sea, provee a las partes la posibilidad casi inmediata de solucionarla. Es decir, las recomendaciones o las decisiones son tomadas sobre la marcha, no deteniéndose el impulso o continuidad del contrato.

Asimismo, se puede apreciar que el contrato se va adaptando poco a poco a la dinámica de los eventos. Una adaptabilidad que en términos normales no se daría en virtud del incumplimiento factual de las obligaciones.

Jurídicamente, no se trata de una destrucción *a posteriori* del principio *pacta sunt servandas*, sino más bien de una tenue revisión de los detalles que las partes no pudieron prever al momento de contraer sus obligaciones (*in obligatione*).

Tampoco se trata de una revisión *a posteriori* del equilibrio de las prestaciones (*rebus sic stantibus*), puesto que el control de los acontecimientos es congruente con los fines establecidos en el contrato. No existe la posibilidad ni de volatilidad ni de imprevisión.

La adaptación del contrato (o *contract adaptation*), nos señala González de Cossio, es una “facultad que se da a un tercero para colmar lagunas que el contrato pueda presentar durante su vigencia” (2013, p. 456); lagunas que tienen relación con esos detalles que no fue posible prever *in obligatione*.

Recordemos que en los contratos de ejecución diferida es evidente que las partes no pueden prever todo lo que ocurrirá en el futuro, de modo que un mecanismo como el planteado en los DRB parece una mejor alternativa en términos de cumplimiento.

Sin embargo, y he ahí el problema, en Chile somos medio reacios a aplicar mecanismos extraños, o de procedencia extranjera, por raro que ello suene.

En los Estados Unidos de América, por ejemplo, existen firmas legales que se dedican completamente a estos asuntos, con resultados inmejorables (1974-2007) (Rádovic, 2017).

¿Cuáles son, a nuestro entender, los problemas de aplicar este tipo de herramientas de solución de controversias en nuestro país?

Primero, y sin duda, es nuestra idiosincrasia o cultura. En nuestra construcción cerebral de abogados, siempre está presente que, ante cualquier incumplimiento, lo mejor es pegar el primer golpe y luego conversar; es decir, demandar y

luego conciliar o llegar a acuerdos que muchas veces son pésimos. Algunos deben recordar el antiguo refrán jurídico: más vale un mal acuerdo que un buen juicio.

Como ya dijimos, los instrumentos con que cuenta el acreedor van desde la conciliación, pasando por los avenimientos (judiciales y extrajudiciales), las transacciones (judiciales y extrajudiciales) y los arbitrajes (judiciales y extrajudiciales) con efectos de cosa juzgada. El problema: luego de obtener un resultado positivo en el litigio, ¿qué hacemos con un papel (sentencia), si no tenemos dónde cobrarlos?

Segundo, la falta de información y difusión de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, como son la mediación y los DRB. Esta falta de conocimiento se debe a que no existen tantos centros de mediación ni mediadores especializados en materias como las que tratamos en esta ponencia. De hecho, han sido el CAM y la CCHC los organismos gremiales que han innovado en esta materia; por lo tanto, no existe un mecanismo legal o una política pública tendiente a aplicar los sistemas de resolución alternativa de conflictos en materia de construcción, pues, como hemos mencionado, no está en su ADN.

Los autores nacionales, Alcalde y Valdés, señalan que en materia de concesiones de obras públicas, el legislador se ha desmarcado de la tendencia a no establecer paneles de expertos como una política pública, en la Ley N° 20.410 de 20 de enero de 2010.

En nuestro país, el mecanismo de la mediación es obligatorio en materia de familia, solo tratándose de juicios de divorcio. Por su parte, en materia laboral, a propósito de la negociación colectiva, existen los llamados 'buenos oficios', que no son otra cosa que la intermediación de un funcionario del Estado (inspector del trabajo), cuya finalidad es acercar posiciones entre las partes (empleador y sindicato).

Tercero, que los expertos no sean tan expertos, y que el grupo de personas que compongan un panel no tengan los conocimientos técnicos para solucionar los problemas que acaezcan, sobre todo pensando que se trata de contratos de construcción mega millonarios.

En el caso de la mediación, esa posibilidad de desconocimiento es gravitante desde que se trata de una sola persona. En el caso del panel de expertos, es menos probable que haya desconocimiento, pues se trata de un grupo de tres o más personas.

La existencia del CAM y de los estatutos y reglamentos que lo rigen es una muestra de la preocupación de que las personas que componen el grupo de árbitros, mediadores y de expertos tengan la experiencia y los conocimientos necesarios para afrontar los retos que impone la actividad de la construcción.

En cuarto y último lugar, un problema que también puede acontecer es lo referido al ámbito de aplicación de los DRB, o su extensión en términos legales, ya que los mega contratos generalmente están suscritos por empresas transnacionales que invierten sus recursos en proyectos muy interesantes desde la perspectiva de sus tasas de retorno de la inversión y, por ende, se ven enfrentados a legislaciones bastante heterogéneas.

Debemos tomar en cuenta el hecho de que las legislaciones sean diversas y muchas veces traten los problemas técnicos desde una perspectiva distinta a lo que ocurre en otras latitudes, de modo que las empresas deben, primero, cerciorarse de que las condiciones legislativas no sean volátiles o imprevisibles, como para que su inversión produzca la rentabilidad esperada (el caso de China).

Por ello, estas empresas suelen asociarse con empresas nacionales para que todos los conflictos legales sean advertidos antes de su ocurrencia, y de esa manera las ganancias futuras no se esfumen antes de comenzar las obras.

V. Conclusiones

En nuestro país, los DRB aún no son mecanismos muy aceptados por los contratantes en conflicto, dado que no existe —a nuestro entender— una política pública que los regule, lo que hace que sean entidades gremiales las que hayan tenido que operar desde lo privado, a fin de evitar que los conflictos mermen la actividad económica, que en el caso de la construcción es de gran importancia para el PIB.

Por su parte, y como es sabido, los mecanismos de resolución que podríamos llamar clásicos (arbitraje y mediación) son sistemas de aplicación *a posteriori* y normalmente allegados a la judicialización de los conflictos, de modo que las posibilidades de arreglo entre las partes pasan por el incumplimiento de las obligaciones, y por tanto, por la aplicación de las normas sobre responsabilidad civil contractual, y de toda una pléyade de remedios asociados.

Por el contrario, en las hipótesis de cumplimiento imperfecto, las partes están más cerca del cumplimiento, y, por tanto, de una solución, que aquellas que optan por la ejecución judicial del incumplimiento.

Es una cuestión temporal, evidentemente, pero que tiene enorme importancia, puesto que, una vez incumplido un contrato, los ejércitos de asesores se movilizan para tratar de compeler a la parte que ha incumplido, obligándola judicialmente a cumplir en estadios poco auspiciosos.

Por ello, consideramos que el DRB es un buen remedio contractual, pero no en el tiempo del incumplimiento, *a posteriori*, sino en el marco de una hipótesis de cumplimiento imperfecto (*in executione*), en la que aún es posible salvar el contrato porque hay tiempo de hacerlo.

Dado que también lo podemos ver como un sistema de control coetáneo —a nuestro entender—, los conflictos posibles son más previsibles que en una situación en que aquel no existe. Un control permanente durante la ejecución del contrato reduce la probabilidad de conflictos. Esto, de todas formas, es sin perjuicio de la existencia de inspectores técnicos de obra (ITO), los cuales realizan un control permanente desde el punto de vista técnico, pero no jurídico-contractual, de modo que, si bien puede un ITO servir para alertar sobre problemas técnicos que redunden en conflictos de cumplimiento jurídico del contrato, siguen siendo controladores técnicos. Sin embargo, trabajar a la par con ellos es tremendamente relevante.

De esta manera, el panel, enfrentado a un conflicto, actuará recomendando o decidiendo sobre el particular, poniendo toda su experiencia al servicio de los

contratantes, quienes deben confiar en esas acciones, muy ligadas a la comunicación entre las partes y a la confianza, y entenderán que la opción de la ejecución judicial será siempre muy costosa.

Ahora bien, las partes deben estar en igualdad de condiciones, pues de no darse ese equilibrio, ninguna recomendación ni decisión tendrá la fuerza necesaria y obligatoria para que las partes la cumplan. Un desequilibrio en este estadio de cosas podría ser la ruina del mecanismo.

Finalmente, los costos de los DRB son bastante más bajos que los de un arbitraje o incluso que los de una mediación, por lo que su aplicación trae beneficios a las partes que de otra forma no se darían.

Finalmente, como no existen cifras recientes acerca de la aplicación, en Chile, de este mecanismo, sobre todo ahora en pandemia, deberemos esperar los resultados de esos 1,000 casos que tanto el CAM como la CCHC y el Ministerio de Economía han dispuesto para sus asociados.

BIBLIOGRAFÍA

- Alcalde Ross, C. y Valdés Gabrielli, F. (2020) . Dispute Boards en Chile: experiencia ante el panel técnico de concesiones de obras públicas. Recuperado de https://www.camsantiago.cl/minisites/informativo-online/2020/ABR/docs/2020-04_Alcalde-Valdes.pdf
- Cámara de Comercio de Santiago. (s.f.). Reglamento de DRB del CAM. Recuperado de <https://www.camsantiago.cl/servicio/dispute-boards/>
- Cámara de Comercio de Santiago (s.f.). “Dispute Boards”. En Cámara de Comercio de Santiago, recuperado de <https://www.camsantiago.cl/servicio/dispute-boards/>
- Cámara de Comercio de Santiago (s.f.). Estatutos del CAM Santiago”. En Cámara de Comercio de Santiago, recuperado de <https://www.camsantiago.cl/estatutos-cam-santiago/>
- Código Civil de Chile [CC]. (s.f.). Artículos 1560-1566. Mayo de 2000 (Chile). Recuperado de <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=172986&idParte=8717776>
- Figueroa Valdés, J. E. (2010). Los Dispute Boards o paneles técnicos en los contratos internacionales de construcción, *Gaceta Jurídica* 364, pp. 9-17.
- García Villaluenga, L. y Vázquez De Castro, E. (2015). La mediación a debate en Europa: ¿hacia la voluntariedad mitigada? *Anuario de mediación y solución de conflictos*, (3), 21-36.
- Gilbreth, F.J. y Gilbreth Carey, E. (1948). *Cheaper by the Dozen*. Editorial Generic.
- González De Cossio, F. (2013). El arbitraje como solución al dilema de las obras de infraestructura. *Revista de Derecho Privado del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM* 4, pp. 441-458.
- Informativo CAM Santiago (2020). Con 1000 Mediaciones probono, el CAM Santiago, el Ministerio de Economía y el Colegio de Mediadores, apoyana a las PYMES y personas naturales para solucionar conflictos contractuales. *Boletín N° 1/2020*. Recuperado de <https://www.camsantiago.cl/minisites/informativo-online/2020/ABR/noticia01.html>
- Rádovic C. M. (2017). Dispute Resolution Boards. Prevención y resolución experta de conflictos en la industria de la construcción. Recuperado

de <https://www.camsantiago.cl/minisites/informativo-online/2016/07/docs/DB-herramientaexperta.pdf> (sin páginas).

Real Academia Española. (s.f.). Mediar. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado de <https://dle.rae.es/mediar?m=form>

Wöss, H. (2006). Los Dispute Boards de la Cámara de Comercio Internacional. *Boletín de Asuntos Internacionales*, 100, pp. 1-10.