

Mg

Monografías

Construcción y arbitraje

Juan Eduardo Figueroa Valdés

ediciones
DER

DER EDICIONES es una Editorial Jurídica creada por un grupo de Editores de larga trayectoria.

Estamos en la búsqueda de publicaciones de innegable valor científico. Nuestra propuesta pone énfasis en una cuidada elaboración técnica, colocando nuestra experiencia al servicio de la comunidad jurídica.

Nuestro catálogo editorial está compuesto por las siguientes colecciones: Ensayos Jurídicos, Monografías, Manuales, Cuadernos Jurídicos, Coediciones, Revistas y Obras prácticas.

Invitamos a aquellos profesores, investigadores o abogados en ejercicio, que hayan escrito una tesis de maestría, monografía, ensayo, manual u otra obra de interés práctico, a publicar con nosotros.

Para mayor información, escribanos a info@derediciones.com o visite nuestra página web www.derediciones.com

CONSTRUCCIÓN Y ARBITRAJE

© Juan Eduardo Figueroa Valdés

2019 DER EDICIONES LIMITADA

Manuel Barros Borgoño 110, oficina 504, comuna de Providencia, ciudad de Santiago, Chile

Teléfono +56 22 402 96 66

www.derediciones.com

Registro de Propiedad Intelectual N° 307334

ISBN 978-956-9959-47-9

Primera edición, agosto de 2019 DER Ediciones Limitada

Tiraje: 500 ejemplares

Impresores: Editora e Imprenta Maval SpA

Impreso en Chile / Printed in Chile

ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor.

El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento de la presente publicación queda expresamente prohibido.

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| ABREVIATURAS..... | XI |
| INTRODUCCIÓN..... | 1 |
| CAPÍTULO I. LOS CONTRATOS COLABORATIVOS INTERNACIONALES DE CONSTRUCCIÓN Y EN ESPECIAL EL CONTRATO DE ALIANZA..... | 7 |
| 1. INTRODUCCIÓN | 9 |
| 2. LOS MODELOS TRADICIONALES DE CONTRATACIÓN EN MATERIA DE CONSTRUCCIÓN INTERNACIONAL | 10 |
| 2.1. El proceso de construcción: aspectos generales | 10 |
| 2.2. Modelos contractuales tradicionales en materia de construcción: características, ventajas y desventajas | 12 |
| A) <i>Contratos Design-Bid-Build (DBB)</i> | 13 |
| B) <i>Contratos Design-Build (DB)</i> | 14 |
| C) <i>Contratos Engineering Procurement and Construction (EPC)</i> | 15 |
| 2.3. Problemas de los modelos tradicionales..... | 16 |
| A) <i>Dificultades en la asignación de riesgos y la atribución de la culpa ...</i> | 17 |
| B) <i>Precios fijos desincentivan el trabajo adicional de los participantes</i> | 18 |
| C) <i>Asimetría de información</i> | 18 |
| D) <i>Dificultad para administrar los cambios en las condiciones de ejecución del proyecto</i> | 19 |
| E) <i>Obligación de cooperar no es tal</i> | 19 |
| 3. NUEVAS FORMAS DE CONTRATACIÓN EN MATERIA DE CONSTRUCCIÓN: UNA APROXIMACIÓN AL CONTRATO DE ALIANZA..... | 19 |
| 3.1. Los contratos colaborativos: principales características | 19 |

| | |
|---|----|
| 3.2. Clases de contratos colaborativos | 21 |
| A) <i>Managing Contractor (CM)</i> | 21 |
| B) <i>Contractor Manager / General Contractor (CMGC) y Construction Management At Risk (CMR o CMAR)</i> | 22 |
| C) <i>Engineering Procurement and Construction Management (EPCM)</i> | 23 |
| D) <i>Delivery Partner</i> | 25 |
| E) <i>“Alliancing” o “Integrated Project Delivery” (IPD)</i> | 26 |
| 4. CONTRATO DE ALIANZA EN MATERIA DE CONSTRUCCIÓN EN EL DERECHO COMPARTADO | 27 |
| 4.1. Contrato de alianza: aspectos generales | 27 |
| A) <i>Fases clave del contrato de alianza</i> | 27 |
| a. Elección del modelo de alianza..... | 27 |
| b. Selección de los NOPS | 27 |
| c. Desarrollo de la alianza..... | 30 |
| d. Ejecución del proyecto..... | 31 |
| B) <i>Principios propios del contrato de alianza</i> | 31 |
| C) <i>Concepto de contrato de alianza</i> | 33 |
| 4.2. Características y cláusulas propias del contrato de alianza en materia de construcción | 35 |
| A) <i>Estructura de remuneración</i> | 35 |
| a. Primer componente: reembolso de costos | 36 |
| b. Segundo componente: tasa de remuneración o tarifa | 37 |
| c. Tercer componente: ganancias y pérdidas compartidas o “gain-share, pain-share” | 38 |
| B) <i>Distribución de los riesgos</i> | 39 |
| C) <i>Gobierno de la alianza</i> | 41 |
| D) <i>Cláusula “no blame, no dispute”: características, limitaciones y variantes</i> | 42 |
| a. Cláusula “no blame, no dispute” | 42 |
| b. Resolución de problemas y unanimidad: el “Alliance Leadership Team” (ALT)..... | 44 |
| c. Limitaciones y problemas de la cláusula “no blame, no dispute” | 45 |
| E) <i>Régimen de absoluta transparencia: “open book”</i> | 48 |
| 5. ¿QUÉ MODELO DE CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN ES PREFERIBLE UTILIZAR? PROYECTOS ADECUADOS PARA LA ALIANZA | 49 |
| 5.1. ¿Qué modelo resulta más adecuado utilizar? | 49 |
| 5.2. ¿En qué tipo de proyectos se recomienda utilizar la alianza? | 53 |
| 5.3. Motivaciones para utilizar la alianza | 56 |
| 6. LOS CONTRATOS COLABORATIVOS EN EL MODELO CHILENO Y ESPECIALMENTE EL CONTRATO DE ALIANZA | 56 |

| | |
|--|-----|
| CAPÍTULO II. LOS CONTRATOS DE CONSTRUCCIÓN FIDIC FRENTE AL DERECHO CHILENO | 61 |
| 1. INTRODUCCIÓN | 63 |
| 2. LOS CONTRATOS FIDIC. UNA EXPLICACIÓN PRELIMINAR | 64 |
| 3. LOS CONTRATOS FIDIC (<i>RAINBOW SUIT 1999</i>)..... | 68 |
| 3.1. Disposiciones generales y funcionamiento del contrato FIDIC | 69 |
| 3.2. Obligaciones del Comitente, del constructor y del ingeniero..... | 70 |
| 3.3. Subcontratistas, personal, proveedores y materiales empleados por el constructor | 74 |
| 3.4. Plazo de ejecución de la obra. Inicio, demora y suspensión de la obra..... | 74 |
| 3.5. Recepción de la obra y reparación de fallas | 76 |
| 3.6. Variaciones del contrato y ajustes de precio | 76 |
| 3.7. Rescisión del contrato por el comitente y suspensión o rescisión del con- trato por el constructor | 78 |
| 3.8. Seguros. Fuerza mayor | 79 |
| 3.9. Régimen de cambios..... | 79 |
| 4. LOS CONTRATOS FIDIC (<i>CHERRY SUIT 2017</i>)..... | 81 |
| 4.1. Disposiciones generales y funcionamiento del contrato FIDIC..... | 81 |
| 4.2. Las obligaciones del mandante, ingeniero y del contratista | 84 |
| 4.3. Subcontratistas, personal, proveedores y materiales empleados por el constructor | 87 |
| 4.4. Plazo de ejecución de la obra. Inicio, demora y suspensión de la obra..... | 88 |
| 4.5. Variaciones del contrato y ajuste de precios..... | 88 |
| 4.6. Rescisión del contrato por el comitente o mandante | 89 |
| 4.7. Suspensión y rescisión por el constructor o contratista..... | 91 |
| 4.8. Riesgos y responsabilidades | 92 |
| 4.9. Eventos excepcionales..... | 93 |
| 4.10. Los seguros..... | 93 |
| 4.11. Reclamaciones del contratista y del mandante | 94 |
| 4.12. Disputas y arbitraje..... | 95 |
| 5. LA RESPONSABILIDAD Y LA DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL CONTRATO FIDIC..... | 96 |
| 6. LOS CONTRATOS FIDIC FRENTE AL DERECHO CHILENO | 99 |
| 7. LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LOS CONTRATOS FIDIC..... | 102 |

| | |
|--|---------|
| CAPÍTULO III. <i>DISPUTE BOARDS</i> EN LOS PROYECTOS DE CONSTRUCCIÓN DE INFRAESTRUCTURA EN CHILE | 109 |
| 1. INTRODUCCIÓN | 111 |
| 2. LOS PANELES TÉCNICOS O DBs EN LOS CONTRATOS DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS | 113 |
| 2.1. Sistema antiguo: Comisión Conciliadora / Comisión Arbitral | 114 |
| 2.2. Las modificaciones de la Ley N° 20.410 | 114 |
| A) <i>El Panel Técnico (o dispute board)</i> | 115 |
| B) <i>Las comisiones arbitrales</i> | 117 |
| 2.3. Enseñanza de la transición al sistema actual | 118 |
| A) <i>Efectos clave de la creación del Panel Técnico</i> | 118 |
| B) <i>Efectos clave de las modificaciones a la integración y facultades de las comisiones arbitrales</i> | 120 |
| 3. LOS <i>DISPUTE BOARDS</i> EN CONTRATOS PRIVADOS DE INFRAESTRUCTURA | 121 |
| CAPÍTULO IV. EL ARBITRAJE DE EMERGENCIA: SU UTILIDAD Y PERSPECTIVAS FUTURAS | 127 |
| 1. INTRODUCCIÓN | 129 |
| 2. UTILIDAD Y VENTAJAS DEL ARBITRAJE DE EMERGENCIA Y TIPO DE MEDIDAS QUE SE PUEDEN OTORGAR | 130 |
| 2.1. Utilidad y ventajas de optar por un árbitro de emergencia | 130 |
| 2.2. Tipo de medidas que se pueden otorgar | 131 |
| 3. INCORPORACIÓN DEL ÁRBITRO DE EMERGENCIA EN LOS DIVERSOS REGLAMENTOS INSTITUCIONALES | 132 |
| 3.1. Regulación del árbitro de emergencia en los principales centros de arbitraje a nivel mundial | 132 |
| 3.2. Regulación del árbitro de emergencia en centros de arbitraje de América Latina y el Caribe | 135 |
| 4. LA UTILIZACIÓN POR CENTROS ARBITRALES: CRECIMIENTO DEL ARBITRAJE DE EMERGENCIA | 137 |
| 5. CARACTERÍSTICAS COMUNES DEL PROCEDIMIENTO DE LOS ÁRBITROS DE EMERGENCIA | 138 |
| 5.1. Contenido mínimo de la solicitud, concepto de emergencia y estándares para conceder las medidas | 138 |
| 5.2. En cuanto a la notificación de la solicitud | 141 |
| 5.3. Sobre la designación del árbitro de emergencia y su nacionalidad | 141 |
| 5.4. Plazo para la designación del árbitro | 142 |

| | |
|--|------------|
| 5.5. Procedimiento de emergencia..... | 142 |
| 5.6. Acerca de la naturaleza de la decisión del árbitro de emergencia | 143 |
| 5.7. Plazo para dictar la decisión | 143 |
| 5.8. Terminación anticipada del arbitraje y/o caducidad de la decisión | 144 |
| 5.9. Modificación de la decisión una vez constituido el tribunal arbitral..... | 144 |
| 5.10. Árbitro de emergencia no puede ser el mismo que conozca sobre el fondo | 144 |
| 5.11. Respecto al <i>opt-out</i> | 144 |
| 6. LA OPCIÓN POR EL ÁRBITRO DE EMERGENCIA EN LOS CASOS DE CONTRATOS DE CONSTRUCCIÓN FIDIC..... | 145 |
| 7. EXIGIBILIDAD DE LA DECISIÓN DEL ÁRBITRO DE EMERGENCIA..... | 146 |
| 7.1. La Convención de Nueva York y la Ley Modelo de la UNCITRAL | 146 |
| 7.2. Exigibilidad establecida por algunas jurisdicciones..... | 149 |
| 7.3. Disposiciones sobre Exigibilidad a nivel Reglamentario | 149 |
| 7.4. Lo que ha demostrado la experiencia | 150 |
| 8. EL ROL DE LAS CORTES..... | 151 |
| CAPÍTULO V. DEBER DE REVELACIÓN DEL ÁRBITRO EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL..... | 155 |
| 1. INTRODUCCIÓN | 157 |
| 2. RELEVANCIA DEL DEBER DE REVELACIÓN EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL. IMPLICANCIAS | 159 |
| 3. EXTENSIÓN DEL DEBER DE REVELACIÓN | 160 |
| 4. CONTENIDO DE LA REVELACIÓN, ¿QUÉ SE DEBE REVELAR?..... | 162 |
| 5. PARÁMETROS ESTABLECIDOS POR LOS REGLAMENTOS DE INSTITUCIONES DE ARBITRAJE INTERNACIONAL. CRITERIOS OBJETIVO Y SUBJETIVO | 165 |
| 6. OPORTUNIDAD DEL DEBER DE REVELACIÓN..... | 167 |
| 6.1. ¿Cuándo se debe llevar a cabo la revelación? | 168 |
| 6.2. Obligación continua de revelar..... | 168 |
| 7. LAS DIRECTRICES IBA SOBRE CONFLICTOS DE INTERESES EN ARBITRAJE INTERNACIONAL 2014. | 169 |
| 7.1. Creciente influencia de las Directrices IBA en la materia..... | 170 |
| 7.2. Aplicación de las Directrices en el arbitraje comercial internacional. Casos..... | 171 |
| 8. INFRACCIÓN AL DEBER DE REVELACIÓN. EFECTOS | 173 |
| 8.1. Recusación e inhabilidad del árbitro | 174 |

| | |
|--|-----|
| 8.2. Reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, la omisión del deber de revelación y la transgresión al orden público | 175 |
| CAPÍTULO VI. BUENAS PRÁCTICAS PARA LA MEJOR CONDUCCIÓN DEL PROCEDIMIENTO EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL | 179 |
| 1. INTRODUCCIÓN | 181 |
| 2. CORRECTO DESEMPEÑO COMO ÁRBITRO | 182 |
| 3. CORRECTO DESEMPEÑO COMO ABOGADO | 187 |
| 4. CORRECTO DESEMPEÑO COMO PARTES | 192 |
| 5. CORRECTO DESEMPEÑO COMO SECRETARIO ARBITRAL | 193 |
| CAPÍTULO VII. EL CONVENIO ARBITRAL, LA LEY DE FONDO Y LA APLICACIÓN EN PARTICULAR DE LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT | 197 |
| 1. GENERALIDADES | 199 |
| 2. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES EN LA ELECCIÓN DEL DERECHO APLICABLE AL FONDO | 200 |
| 3. LIMITACIONES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES | 202 |
| 4. LAS ALTERNATIVAS EN LA ELECCIÓN DEL DERECHO DE FONDO APLICABLE | 204 |
| 5. LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT COMO LEY DE FONDO APLICABLE POR DE LOS ÁRBITROS | 206 |
| 5.1. La aplicación de los principios UNIDROIT como “lex contractus” al estar expresamente pactados | 207 |
| 5.2. La aplicación de los principios de UNIDROIT al pactarse los principios generales de derecho, principios transnacionales, la “lex mercatoria” o usos | 209 |
| 5.3. La aplicación de los principios de UNIDROIT frente a la omisión de las partes de señalar la ley aplicable al contrato | 210 |
| 5.4. La aplicación de los principios de UNIDROIT para complementar e interpretar la “lex contractus” | 212 |
| 5.5. La aplicación de los principios de UNIDROIT frente a otro tipo de casos y a los arbitrajes de equidad | 214 |
| CAPÍTULO VIII. LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LA NUEVA GENERACIÓN DE CONTRATOS FIDIC | 217 |
| 1. INTRODUCCIÓN | 219 |
| 2. CONSTITUCIÓN Y OPERATIVIDAD DE LOS <i>DISPUTE ADJUDICATION BOARDS</i> | 221 |

| | | |
|-------|--|-----|
| 2.1. | Posibilidad de pactar DRB, DAB y DCB, así como también que sea <i>ad hoc</i> o permanente. Efectos atribuibles a la elección..... | 221 |
| 2.2. | Impacto de la elección de las partes respecto de la implementación del efecto preventivo | 225 |
| 3.1. | Situación normativa bajo el <i>Rainbow Suit</i> (1999)..... | 227 |
| 3.2. | Situación normativa bajo el <i>Cherry Suit</i> (2017)..... | 230 |
| 4. | INSTITUCIÓN DE LOS <i>TIME BARS</i> EN EL EJERCICIO DE LAS RECLAMACIONES CONTRACTUALES DEDUCIDAS POR EL CONTRATISTA Y MANDANTE AL AMPARO DE LA NUEVA CLÁUSULA 20..... | 231 |
| 4.1. | Naturaleza jurídica de los efectos atribuibles a los <i>time bars</i> , en relación al procedimiento de reclamación del contratista | 233 |
| 4.2. | Objetivo principal del mecanismo | 237 |
| 5. | PROBLEMAS EN LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA 20.1 BAJO EL FIDIC <i>RAINBOW SUIT</i> DE 1999..... | 239 |
| 5.1. | Improcedencia de reclamo por falta de notificación oportuna de este por parte del contratista..... | 240 |
| 5.2. | Falta expresa de recurso al DAB..... | 241 |
| 6. | MODIFICACIONES INTRODUCIDAS A PARTIR DEL <i>CHERRY SUIT</i> 2017 | 242 |
| 7. | ASPECTOS QUE REQUIEREN PERFECCIONARSE | 244 |
| 7.1. | Determinación del alcance de los efectos atribuibles a la falta de fundamentación de la reclamación por parte del contratista | 244 |
| 7.2. | Forma de computar el plazo | 245 |
| 8. | EJECUCIÓN EFECTIVA DE LAS DECISIONES DICTADAS POR EL DAB A PARTIR DEL ANÁLISIS DE LAS MODIFICACIONES ESTABLECIDAS EN LAS SUBCLÁUSULAS 21.4 Y 21.7..... | 248 |
| 9. | MODIFICACIÓN DE LA SUBCLÁUSULA 21.4 | 252 |
| 9.1. | Aclaración del rol atribuible al NOD | 252 |
| 9.2. | Remedios convencionales ante incumplimiento de decisión del DAB y posibilidad de solicitar resolución del contrato | 254 |
| 10. | MODIFICACIÓN DE LA SUBCLÁUSULA 21.7 | 255 |
| 10.1. | Implicancias de la modificación: efectos decisión DAB y ámbito de competencia en relación al tribunal arbitral | 258 |
| 10.2. | Otros aspectos relevantes | 260 |
| | A) Referencia a la subcláusula 21.6 en la subcláusula 21.7..... | 260 |
| | B) Amplio margen de flexibilidad otorgado al Tribunal Arbitral en la aplicación del procedimiento sumario y en el otorgamiento de las decisiones o laudos de carácter provisional..... | 260 |

| | |
|---|-----|
| 11. AUSENCIA DE CONSTITUCIÓN Y/O OPERATIVIDAD DEL DAAB BAJO LA SUBCLÁUSULA 21.8..... | 263 |
| 12. COOL OFF PERIOD: ANÁLISIS INSTANCIA NEGOCIADORA DE CLÁUSULA 21.5. | 265 |
| 12.1. Análisis pormenorizado de la cláusula bajo <i>Rainbow Suit</i> de 1999 | 266 |
| 12.2. Obligatoriedad aparente de la instancia negociadora | 267 |
| 12.3. Falta de procedimiento supletorio aplicable | 270 |
| 12.4. Oportunidad de la instancia negociadora | 271 |
| 12.5. Análisis de la modificación de la cláusula 21.5 | 272 |
| 13. ANÁLISIS DE FACTIBILIDAD JURÍDICO-ECONÓMICA EN TORNO A LA IMPLEMENTACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS FIDIC EN LOS CONTRATOS DE OBRA PRIVADA DE CHILE | 273 |

CAPÍTULO IX. LA PRODUCCIÓN DE LA PRUEBA EN LOS ARBITRAJES DE CONSTRUCCIÓN

| | |
|---|-----|
| 1. INTRODUCCIÓN | 283 |
| 2. ¿CÓMO MANEJAR LA PRUEBA? | 284 |
| 2.1. El uso del Modelo BIM | 285 |
| 2.2. El uso del <i>Critical Path Network</i> (CNP) | 286 |
| 2.3. El empleo de las Reglas de la IBA sobre Producción de la Prueba y breves comentarios sobre las Reglas de Praga | 287 |
| 2.4. El uso del <i>Redfern Schedule</i> | 289 |
| 2.5. El uso del <i>Scott Schedule</i> | 289 |
| 2.6. La división o bifurcación del caso | 290 |
| 3. LA PRODUCCIÓN DE DOCUMENTOS | 291 |
| 4. LOS TESTIGOS DE HECHOS | 294 |
| 5. LOS TESTIGOS EXPERTOS | 295 |
| 6. EL MANEJO DE LAS AUDIENCIAS DE CONTRAINTERROGATORIOS | 298 |
| 7. EL EXAMEN DE LA PRUEBA FRENTE A “GLOBAL CLAIMS” | 299 |

CAPÍTULO X. EL ARBITRAJE INTERNACIONAL FRENTE A LA CORRUPCIÓN

| | |
|--|-----|
| 1. INTRODUCCIÓN | 305 |
| 2. MARCO NORMATIVO DE LA REGULACIÓN INTERNACIONAL APLICABLE A LA CORRUPCIÓN | 306 |
| 3. JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL PARA JUZGAR ASUNTOS QUE ENVUELVEN CORRUPCIÓN | 310 |

| | |
|---|-----|
| 4. INVESTIGACIÓN DE OFICIO EN CASO DE SOSPECHA DE CORRUPCIÓN Y PRUEBA DE ELLA | 313 |
| 5. DENUNCIA A LA AUTORIDAD PÚBLICA COMPETENTE FRENTE A INDICIOS DE CO- RRUPCIÓN..... | 320 |
| 6. CONTRATOS CELEBRADOS EN BASE A HECHOS DE CORRUPCIÓN Y SUS EFECTOS | 323 |
| ANEXO 1 CAPÍTULO X. SUBCLÁUSULAS <i>FIDIC RAINBOW SUIT</i> 1999. MODIFICA- DAS POR EL <i>CHERRY PICKING</i> 2017 | 327 |
| ANEXO 2 CAPÍTULO X. CLÁUSULA ICC CONTRA LA CORRUPCIÓN..... | 340 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 343 |