ÍNDICE

www.librotecnia.cl

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) Contratos Design-Bid-Build (DBB) 13

B) Contratos Design-Build (DB) 14

C) Contratos Engineering Procurement and Construction (EPC) 15

2.3. Problemas de los modelos tradicionales 16

A) Dificultades en la asignación de riesgos y la atribución de la culpa 17

B) Precios fijos desincentivan el trabajo adicional de los participantes 18

C) Asimetría de información 18

D) Dificultad para administrar los cambios en las condiciones de ejecución del proyecto 19

E) Obligación de cooperar no es tal 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) Managing Contractor (CM) 21
B) Contractor Manager / General Contractor (CMGC) y Construction Management At Risk (CMR o CMAR) 22
C) Engineering Procurement and Construction Management (EPCM) 23
D) Delivery Partner 25
E) "Alliancing" o "Integrated Project Delivery" (IPD) 26

4. Contrato de alianza en materia de construcción en el derecho comparado 27

4.1. Contrato de alianza: aspectos generales 27
A) Fases clave del contrato de alianza 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) Principios propios del contrato de alianza 31
C) Concepto de contrato de alianza 33

4.2. Características y cláusulas propias del contrato de alianza en materia de construcción 35
A) Estructura de remuneración 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) Distribución de los riesgos 39
C) Gobierno de la alianza 41
D) Cláusula "no blame, no dispute": características, limitaciones y variantes 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) Régimen de absoluta transparencia: "open book" 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

www.librotecnia.cl

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 (*Rainbow Suit 1999*) 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 contrato por el constructor 78

3.8. Seguros. Fuerza mayor 79

3.9. Régimen de cambios 79

4. Los contratos FIDIC (*Cherry Suit* 2017) 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

www.librotecnia.cl

CAPÍTULO III. *DISPUTE BOARDS* 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 Nº 20.410 114

A) El Panel Técnico (o dispute board) 115

B) Las comisiones arbitrales 117

2.3. Enseñanza de la transición al sistema actual 118

A) Efectos clave de la creación del Panel Técnico 118

B) Efectos clave de las modificaciones a la integración y facultades de las comisiones arbitrales 120

3. Los *dispute boards* 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

www.librotecnia.cl

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 *opt-out* 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

www.librotecnia.cl

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 contratus" 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 contratus" 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 *dispute Adjudication boards* 221

www.librotecnia.cl

2.1. Posibilidad de pactar DRB, DAB y DCB, así como también que sea *ad hoc* 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 *Rainbow Suit* (1999) 227

3.2. Situación normativa bajo el *Cherry Suit* (2017) 230

4. Institución de los *time bars* 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 *time bars,* 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 *Rainbow Suit* 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 *Cherry Suit* 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

www.librotecnia.cl

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 *Rainbow Suit* 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 281

1. Introducción 283

2. ¿Cómo manejar la prueba? 284

2.1. El uso del Modelo BIM 285

2.2. El uso del *Critical Path Network* (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 *Redfern Schedule* 289

2.5. El uso del *Scott Schedule* 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 303

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

www.librotecnia.cl

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 corrupción 320

6. Contratos celebrados en base a hechos de corrupción y sus efectos 323

Anexo 1 capítulo X. Subcláusulas *Fidic Rainbow Suit* 1999. Modificadas por el *Cherry Picking* 2017 327

Anexo 2 capítulo X. Cláusula ICC contra la corrupción 340

BIBLIOGRAFÍA 343

www.librotecnia.cl