

“Dispute Board” en Colombia para contratos APP, ¿por qué no?

Este es un mecanismo ágil, ilustrado y garantista para solucionar las disputas contractuales en proyectos de infraestructura de larga duración.

ÁLVARO MAURICIO DURÁN LEAL

Socio de Durán & Osorio Abogados Asociados

Un contrato de APP –como cualquier relación a largo plazo– requiere de un ambiente de permanente entendimiento entre los

dos integrantes de esta “asociación”: el público y el privado. Nada atenta más contra esta finalidad que un permanente “tono litigioso” en donde las controversias –en sí mismas naturales en tanto siempre puede haber interpretaciones divergentes– se magnifican y se someten a largos y desgastantes procesos de solución.

Aunque es malo, ese ambiente litigioso no es –sin embargo– la peor consecuencia de procedimientos largos e ineficientes de solución de controversias. Para un proyecto de APP, la peor noticia es la afectación del flujo de caja, en tanto, financieramente, ese flujo es el oxígeno del proyecto.

Un ejemplo para ilustrar: como bien se sabe, uno de los hitos más importantes en la ejecución de un proyecto por APP es la terminación a satisfacción de las obras de cada unidad funcional. De su reconocimiento depende, ni más ni menos, que se desate el derecho del asociado privado de recibir la contraprestación, que es vital para repagar la deuda del proyecto y recuperar la inversión hecha en las obras.



FOTO: Bigstock

¿Qué ocurre si surge una discrepancia sobre si las obras cumplen o no con las exigencias contractuales y que esa discrepancia sea sometida al tradicional mecanismo arbitral? ¿Cuánto tiempo, en la práctica, tomaría un trámite de este tipo? Y peor, si, como suele ocurrir, se acumulan múltiples controversias para ser tramitadas en el mismo escenario. Un caso reciente ilustra lo anterior: el tribunal de arbitramento convocado para dirimir las controversias entre la Agencia Nacional de Infraestructura y el concesionario de la carretera Bogotá–Girardot fue convocado el 24 de octubre del 2012, y el laudo fue expedido el 13 de enero del 2016. ¡Más de 3 años de trámite!

Además de la evidente afectación de la tasa interna de retorno, la peor consecuencia es la ausencia de la caja necesaria para que el asociado privado atienda sus compromisos contractuales, entre ellos, el servicio de la deuda. Aunque siempre se podrá tomar más deuda o acudir a capitalizaciones por parte de

los *sponsors* del proyecto, es evidente que eso tiene un costo y, claro, un límite.

Entonces, ¿qué alternativa existe?

Como el arbitramento no garantiza la agilidad necesaria para que no se afecte el flujo de caja –no solo por los largos procedimientos típicos de la figura, sino por su característica de temporalidad que hace necesario que, en cada proceso, los árbitros deban comenzar de cero a entender el proyecto–, se ha hecho necesario explorar otras alternativas. Una de ellas se basa en aprovechar la figura de la “amigable composición” para incorporar prácticas que han venido demostrando su conveniencia en otros países –e incluso en Colombia.

En el mundo, cada vez más, se están utilizando los “Dispute Board, DB” como mecanismo ágil, ilustrado y garantista para solucionar las disputas contractuales en proyectos de infraestructura de larga duración. Aunque en sus primeros años, los DB

no incluían la posibilidad de tomar decisiones obligatorias –por lo que se les conoció como “Dispute Review Board, DRW”–, pronto la figura derivó en otras tipologías, incluyendo el “Dispute Adjudication Board, DAB”, cuya característica fundamental es que sus decisiones sí son vinculantes para las partes.

La concesión del Aeropuerto El Dorado (2006) fue uno de los primeros proyectos en Colombia que –usando la figura del “amigable componedor”– incorporó las principales características de los DAB a un proyecto de infraestructura en Colombia.

Durante el tiempo en que estuvo vigente, la figura produjo dos decisiones que evidencian las diferencias entre este tipo de mecanismos y los arbitrales.

La primera de ellas solucionó una discrepancia sobre el cálculo de la contraprestación a favor de Aerocivil. La disputa se resolvió en apenas 37

días desde que el panel fue convocado. Aunque el privado se reservó el derecho a cuestionar la decisión ante el tribunal de arbitramento, cumplió la decisión de inmediato, con lo cual el flujo de caja –esta vez a favor de la entidad contratante– no sufrió afectación. Tres años después de la decisión, el tribunal arbitral confirmó que el amigable componedor había actuado conforme a la ley.

La segunda disputa fue resuelta a favor del privado, quien solicitó un cambio de ubicación de la zona de prueba de motores por razones técnicas. En este caso, fue necesario practicar complejos dictámenes técnicos, lo que implicó un tiempo mayor. Así, y con todo eso, la decisión fue tomada en menos de tres meses desde que fue solicitada la intervención del amigable componedor.

Las experiencias de los DAB, en Colombia y en el mundo, deben servir para alimentar una discusión siempre vigente sobre la regulación de los mecanismos de solución de controversias en los contratos que han venido siendo –y que serán– estructurados. El interés que debe primar en el diseño de esos mecanismos es la mejor ejecución –más barata y eficiente– de los proyectos de infraestructura en nuestro país.



**CUBEROS
CORTÉS
GUTIÉRREZ**

DE SU LADO

ÁREAS DE SERVICIOS

- DERECHO COMERCIAL Y CORPORATIVO
- DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL
- ARBITRAJE Y LITIGIOS
- INFRAESTRUCTURA
- DERECHO URBANO E INMOBILIARIO
- DERECHO TRIBUTARIO Y CAMBIARIO
- INSOLVENCIA

Entorno, tierras y contratación ...

►► PÁG. 18

habiendo sido el enfoque principal del decreto en mención.

Por otro lado, el Estatuto General de Contratación Estatal está siendo sujeto a reforma, de la cual se espera que este cambio sea consistente con la apertura económica y la dinámica que hoy exige la contratación pública. Quitar el miedo a que las entidades implementen contratos atípicos, estandarización de formatos, liberación en los modelos de asociación privada para la

presentación de ofertas, mayor claridad en la subsanación de las ofertas, entre otros aspectos que permitan contratar a los realmente idóneos y no a empresas que solo en el papel cumplen, serían deseables en este momento.

Todo lo anterior, y a pesar de los recientes esfuerzos por cubrir vacíos olvidados, ha contribuido a las coyunturas que hoy atraviesan los proyectos de infraestructura en su ejecución, pues, por un lado, las comunidades demandan vías, gas, combustible, comunicaciones y electricidad,

pero se oponen rotundamente al paso de las líneas de transporte por sus predios y, por el otro, el olvido del gobierno en tan importantes regulaciones le está pasando factura, llevándolo a la improvisación en temas que habrán de requerir la paciencia e iniciativa que no se tuvo en su momento.

Conciencia social y verdadero interés general es lo que ambas partes deben comenzar a construir, aterrizándolo en un marco legal claro, eficiente, efectivo y eficaz para todos.

Carrera 12 No. 71 - 33 • Bogotá - Colombia
PBX (571) 210 2915 • FAX (571) 210 2902
info@cggabogados.com
cggabogados.com

