

PANELES DE EXPERTOS

LAURA CARMONA ALVAREZ

DIRECTOR: DR. CARLOS H. MAYORCA ESCOBAR

Presentado para optar al título de Abogada

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

BOGOTÁ D.C.

2014

NOTA DE ADVERTENCIA

La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por qué las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia.

PANELES DE EXPERTOS

CONTENIDO

Resumen	4
Introducción	5
1. Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias	7
1.1. Definición y objetivos	7
1.2. Fundamento Jurídico de los MASC	8
1.3. Características y generalidades	10
1.4. Ventajas	13
2. Paneles de Expertos	15
2.1. Historia	15
2.2. Definición y características generales	17
2.3. Clases de Paneles de Expertos	20
2.4. Fundamento jurídico para la constitución y funcionamiento del Panel	25
2.5. Miembros	26
2.6. Visitas al Sitio de la Obra	32
2.7. Asistencia Informal	35
2.8. Asistencia Formal: Remisión de disputas al Panel, Audiencias y procedimiento.	36
2.9. Decisión	39
2.10. Casos de Éxito	43

3. Colombia	45
3.1. Figuras Jurídicas del Ordenamiento Colombiano aplicables al procedimiento de Paneles de Expertos	46
3.2. Aplicación de la Autonomía de la Voluntad Privada y de los Contratos de Mandato y Transacción en las relaciones entre Particulares	49
3.3. Aplicación de la Autonomía de la Voluntad y de los Contratos de Mandato y Transacción al Estado como entidad contratante	50
3.4. Consideraciones en relación con la implementación de los Paneles de Expertos en Colombia	57
3.5. Situación actual en Colombia de los Paneles de Expertos	58
4. Conclusiones	62
4.1. Ventajas	63
4.2. Discusiones y Retos de Implementación	65
5. Bibliografía	69
6. Notas Finales	75

RESUMEN

La necesidad de una resolución pronta, eficiente y satisfactoria de los conflictos surgidos en las relaciones entre particulares, o entre estos y el Estado, ha despertado, a nivel mundial, el interés por la creación e implementación de diversos mecanismos alternativos de solución de controversias. Colombia no ha sido ajena a esta tendencia, impulsando el desarrollo de estos mecanismos mediante regulaciones actualizadas, en consonancia con los lineamientos internacionales.

Considerando la situación actual del país en materia de desarrollo, particularmente el impulso a la construcción de grandes obras de infraestructura, en este documento se analizará un mecanismo alternativo de solución de controversias, denominado Paneles de Expertos, ampliamente utilizado a nivel mundial en el desarrollo de proyectos de infraestructura, que reúne las herramientas necesarias para resolver los diferendos en la ejecución de estas obras, procurando siempre evitar la parálisis del contrato, garantizando el cumplimiento y ejecución de los contratos dentro de los términos inicialmente pactados.

Palabras Claves

Paneles de Expertos, mecanismos alternativos de solución de controversias, infraestructura.

INTRODUCCIÓN

Son diversos los mecanismos alternativos de solución de controversias que se han creado e implementado a nivel mundial, permitiendo, de forma paralela a la función jurisdiccional del Estado, resolver conflictos con prontitud, eficiencia y altos niveles de satisfacción para las partes en disputa. En este sentido, el legislador colombiano, siguiendo la tendencia mundial y en ejercicio de su amplio margen de configuración normativa, incluyó dentro del ordenamiento jurídico colombiano la posibilidad de utilizar los mecanismos alternativos para la solución de controversias, en parte, como garantías de acceso a la justicia para todos los ciudadanos, entendiendo acceso a la justicia como *“el derecho de toda persona o grupo de personas, sin discriminación alguna, a que existan mecanismos adecuados y sencillos del sistema de justicia para la resolución de necesidades jurídicas y sobre las cuales se adopte una decisión mínimamente satisfactoria, oportuna, y a la que se le dé cumplimiento”* (La Rota, Lalinde, & Uprimny, 2013). A su vez, se considera que *“un sistema de resolución de conflictos es eficiente cuando cuenta con numerosas instituciones y procedimientos que permitan prevenir o resolver las controversias de los asociados al menor costo posible tanto para las partes como para el mismo sistema”* (Cámara de Comercio de Bogotá, 2012).

A continuación se analizará una figura jurídica desarrollada en el derecho comparado, denominada Paneles de Expertos, estructurada como un mecanismo alternativo de solución de controversias para grandes obras de infraestructura. El principal objetivo de este

documento es determinar su aplicabilidad en Colombia, definiendo la estructura jurídica más adecuada para su inclusión dentro de la oferta de mecanismos alternativos de solución de controversias existentes en el ordenamiento jurídico colombiano, así como su aplicación práctica y utilidad en el contexto social y cultural del país.

Recientemente, el país ha decidido priorizar su desarrollo en materia de infraestructura, lo cual, indiscutiblemente, busca consolidar su competitividad y desarrollo económico. Pero, a pesar de ser una gran oportunidad de desarrollo y proyección hacia el futuro, los recientes acontecimientos en el desarrollo y la construcción de las obras, en las que la dilación en su ejecución han acarreado costos inimaginables para toda la población, se hace necesario optar por un mecanismo de solución de controversias que reúna las herramientas necesarias para resolver los diferendos, procurando siempre evitar la parálisis del contrato, garantizando el cumplimiento y ejecución de las obras dentro de los términos inicialmente pactados.

Para comenzar se realizará una breve contextualización en relación con los mecanismos alternativos de solución de controversias, luego se estudiará el funcionamiento de los Paneles de Expertos en el derecho comparado, y finalmente se analizará su inclusión en el ordenamiento jurídico colombiano.

1. MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Como respuesta a las necesidades de los ciudadanos de una pronta y eficaz resolución de sus conflictos, se han desarrollado diversos instrumentos jurídicos con el objetivo de otorgar soluciones ágiles, eficaces, integrales y eficientes, en contextos menos adversariales de los que ofrece la jurisdicción permanente del Estado, garantizando siempre el acceso a la justicia, al debido proceso y todos aquellos derechos inherentes a la administración de justicia. Estos instrumentos jurídicos han sido denominados Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, en adelante MASC.

1.1. Definición y objetivos:

En palabras de Vittone (2010, p. 24) los MASC son *“la manera como dos o más partes resuelven sus diferencias de forma pacífica con la intervención de un tercero neutral que los asiste, donde la decisión adoptada puede ser obligatoria o no, para las partes intervinientes en dicho trámite”*. Asimismo, para Álvarez y Highton (Citado en Cámara de Comercio de Bogotá, 2012, p.9), dentro del concepto de mecanismos alternativos de solución de controversias *“se incluye bajo este nombre toda forma de resolución de conflictos que no pase por la sentencia judicial, uso de la fuerza o el abandono del conflicto.”* El elemento común y característico de los MASC, en la mayoría de estos, es su carácter pacífico y no adversarial, por el contrario, su uso implica y requiere una actitud conciliadora entre las partes en conflicto.

Como objetivos primordiales de los MASC, se encuentran la prevención de la ocurrencia de litigios futuros, la terminación rápida y anticipada de litigio preexistentes y la solución de controversias sin necesidad de recurrir a instancias judiciales (Colombia - Ministerio del Interior de Colombia, S.f). En este sentido, los MASC constituyen herramientas idóneas para garantizar el acceso a la administración de justicia y la participación de la comunidad en la solución de sus conflictos. En palabras de la Corte Constitucional de Colombia en Sentencia C – 1195:

“(…) Dentro del conjunto de medidas dirigidas a corregir las condiciones de tiempo, modo o lugar que han limitado el acceso a la justicia, la lentitud de los procesos, el excesivo formalismo, o su carácter excesivamente adversarial, se encuentran los mecanismos en la negociación, la conciliación, la mediación y el arbitraje como instrumentos complementarios de la justicia formal para la resolución de conflictos. Estos y otros instrumentos han sido adoptados en diversos países en un proceso sucesivo de reformas, calificado por distintos doctrinantes como “olas de acceso a la justicia”.” (2001, p. 18)

1.2. Fundamento Jurídico de los MASC:

En Colombia, la incorporación en el ordenamiento jurídico de este tipo de mecanismos se ha desarrollado a través de su consagración en la Constitución Política y en diversas normas legales.

Desde la lectura del texto del preámbulo de la Constitución Política colombiana es posible identificar la intención de los constituyentes de otorgar a los ciudadanos las herramientas necesarias para participar en la construcción del país, de ahí que se haya consagrado la obligatoriedad de un marco jurídico participativo que garantice la vinculación de todos los ciudadanos a su desarrollo desde diferentes perspectivas. Una de estas perspectivas es la

posibilidad otorgada a los particulares para participar en la resolución de los conflictos. Incidentalmente, en el artículo 116 de la norma superior, el constituyente estableció: “*Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.*”. Dicho de otro modo, el constituyente, al dejar plasmado, explícitamente, la posibilidad que tienen los particulares de administrar justicia en casos específicos, además de permitir la participación de los ciudadanos en el desarrollo social del país, consagró la posibilidad de acceder a diferentes mecanismos alternativos de solución de controversias en los que los particulares desempeñan un papel primordial al momento de resolver de fondo los conflictos.

De la misma manera, los artículos 1 y 2 de la Carta Política reiteran como principio fundamental del Estado la participación de los ciudadanos en el sistema jurídico, económico y social, y, finalmente, el artículo 95 consagra como deber de las personas “7. *Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia;*”.

Por otro lado, dentro de las normas que consagran los MASC en el ordenamiento jurídico colombiano, en primer lugar, se encuentra la ley 270 de 1996, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que en su artículo 8 establece: “*Mecanismos Alternativos. La ley podrá establecer mecanismos alternativos al proceso judicial para solucionar los conflictos que se presenten entre los asociados y señalará los casos en los cuales habrá lugar al cobro de honorarios por estos servicios. (...)*”.

En igual sentido fue promulgado el Decreto 1818 de 1998, Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, recientemente modificado por la ley 1563 de 2012 en relación con las normas aplicables al Arbitraje Nacional e Internacional y la Amigable Composición.

El Código Civil y el Código de Procedimiento Civil regulan instrumentos jurídicos que han sido clasificados por la doctrina como MASC, particularmente el contrato de transacción, y consagran además diversas normas que regulan el funcionamiento de estos mecanismos.

Finalmente, en relación con la interpretación de las normas anteriormente citadas, existen diversos pronunciamientos jurisprudenciales emitidos por cada uno de los órganos de cierre de las jurisdicciones, a saber, la Corte Constitucional de Colombia, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, que se han encargado de aplicar las normas regulatorias y definir el ámbito de aplicación, la forma de funcionamiento y los límites de los MASC.

1.3. Características y generalidades de los procesos desarrollados a través de los MASC:

En los procesos desarrollados a través de los mecanismos alternativos de solución de controversias, además de las partes en conflicto, compuestas por uno o varios individuos, se cuenta con la intervención de un tercero neutral quien tiene una participación más o menos activa en la resolución del conflicto, dependiendo tanto del grado de injerencia como del control en el proceso.

La doctrina ha definido dos grandes sistemas para la clasificación de los MASC, dependiendo del grado de intervención del tercero neutral. Así pues, en el primero de ellos, denominado “*Autocomposición*”, se incluyen aquellos mecanismos mediante los cuales las

partes logran un acuerdo sin la intervención decisoria de terceros en la decisión adoptada, es decir, es posible que en este tipo de mecanismos haya participación de un tercero neutral pero únicamente como facilitadores del diálogo o como proponentes de formulas de arreglo. La decisión es adoptada por las partes en conflicto en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada.

El segundo sistema es el denominado “*Heterocomposición*” que se caracteriza principalmente por la intervención decisoria de un tercero neutral a lo largo del proceso, en palabras de la Corte Constitucional, “*las partes enfrentadas someten la solución de sus conflictos a terceros que se encargan de resolverlos independientemente de la autonomía de la voluntad de las partes.*” (2001, p. 20)

La intervención de los terceros en cada uno de estos sistemas puede clasificarse de la siguiente manera:

“(...) intervención inquisitiva aquella en la que el tercero maneja completamente el proceso con muy poca intervención de las partes en conflicto. Esta forma de intervención es típica de los sistemas de heterocomposición. Por el contrario la intervención es dispositiva, cuando son las partes en controversia las que manejan el proceso, como ocurre en la mediación o la conciliación. Finalmente puede existir una intervención mixta, cuando tanto las partes como el tercero, en diferente grado y distinta forma, participan y controlan el proceso de búsqueda de soluciones.” (Colombia, Corte Constitucional, 2001, p. 20).

En Colombia, legalmente se han consagrado los siguientes mecanismos alternativos de solución de controversias:

- Arreglo Directo
- Conciliación
- Mediación

- Amigable Composición
- Arbitraje
- Transacción

A nivel mundial existen múltiples mecanismos alternativos de solución de controversias que se han estructurado de acuerdo a las necesidades y características de cada una de las culturas, así como de su conflictividad y recursos legales disponibles. A continuación se mencionan algunos de los MASC que existen alrededor del mundo:

- Mini Juicio
- Evaluación de un tercero
- Mediación-Arbitraje (Med-Arb)
- Evaluación Neutral Previa
- Peritaje
- Paneles de Expertos (Dispute Boards)
- DocDex
- Online Dispute Resolutions
- Descubrimiento de los hechos
- Defensor de usuarios, consumidores o empleados
- Proceso Abreviado ante Jurado
- Administración del proceso
- Arbitraje no vinculante
- Última Oferta (Baseball Arbitration)

1.4. Ventajas:

Son diversas las ventajas que se obtienen al utilizar los mecanismos alternativos para la solución de controversias. En primer lugar, la agilidad en los procesos debido a la voluntad de las partes de resolver rápidamente sus controversias, sumado al hecho de existir términos máximos establecidos en la ley para desarrollar el procedimiento, ejemplo de esto es el término máximo establecido en las normas para proferir un laudo arbitral. En segundo lugar, la alta probabilidad de satisfacción con la decisión obtenida, puesto que, si la decisión fue acordada por las partes, la misma se adoptó con base en sus propias expectativas; o, si la decisión ha sido adoptada por un tercero, fueron las partes quienes lo designaron en razón a sus conocimientos y capacidades, para dirimir el conflicto de la mejor manera posible.

En tercer lugar, la calidad en las decisiones adoptadas en procesos heterocompositivos es altamente satisfactoria, toda vez que, por regla general, quienes adoptan la decisión son profesionales con amplios conocimientos y experiencia en los asuntos objeto de decisión.

Por otro lado se considera que los mecanismos alternativos de solución de controversias son medios idóneos para eliminar barreras de acceso a la administración de justicia y corregir problemas específicos de justicia. De acuerdo a lo enunciado en la Sentencia C – 1195 de 2001 (Colombia, Corte Constitucional)

“Figuras tales como los jueces itinerantes –para garantizar el acceso a la justicia en lugares remotos-; la administración judicial de los tiempos de un proceso –para garantizar un acceso a la justicia más expedito al permitir la reducción de los tiempos procesales de común acuerdo con las partes-; la evaluación neutral previa del proceso –para restringir el litigio a los

asuntos esenciales-; o la provisión de asesores legales neutrales –para que sectores débiles o marginados de la población superen sus temores a negociar y sus desventajas frente a organizaciones privadas particularmente poderosas, son algunos ejemplos de este tipo de medidas.”

Del mismo modo, Linda R. Singer (1996, p. 13), al analizar el procedimiento judicial corriente, concluye: *“El procedimiento judicial distorsiona la realidad, no sólo va en detrimento de una solución más rápida y económica de los conflictos, sino que no resuelve la auténtica raíz del conflicto y la comunicación entre las partes permanece en manos de profesionales especializados en el tema y escapa al control de los litigantes”*.

En conclusión, son múltiples las ventajas que otorga la utilización de mecanismos alternativos de solución de controversias, *“no existe un consenso sobre si las principales ventajas de la utilización de dicho sistema residen en el ahorro de tiempo y de dinero, en una mayor participación de los litigantes, o en la obtención de mejores resultados”* (Singer, 1996, p. 20). Aun así, de lo que sí se tiene certeza en relación con la implementación de los MASC en los sistemas jurídicos, es que esto coincide con el logro de objetivos comunes que facilitan el acceso a la justicia, proveen una forma más efectiva de solución de conflictos, mejoran la capacidad de la comunidad para participar en la resolución de los conflictos y alivian la congestión, la lentitud y los costos de la justicia estatal formal (Colombia, Corte Constitucional, 2001).

2. PANELES DE EXPERTOS

Dentro del amplio grupo de herramientas jurídicas para la solución de controversias, alternativas al proceso judicial, se encuentran los Paneles de Expertosⁱ, que proporcionan una solución rápida y económica a los conflictos surgidos en contratos o proyectos de construcción e infraestructura, permitiendo la continuidad de la obra sin retrasos o incrementos en los costos.ⁱⁱ (Chern, 2013, p. 1).

Los Paneles de Expertos son un mecanismo alternativo de solución de controversias, utilizado especialmente en grandes obras de infraestructura, el cual consiste en la designación, desde el comienzo de la ejecución del contrato, de uno o varios expertos en el tema objeto del mismo, que se encargarán de resolver todas aquellas cuestiones sobre las que se presenten discrepancias entre las partes, limitados por la competencia otorgada por quienes los designaron. El Panel será constituido desde el inicio de la ejecución del proyecto, y dentro de las principales funciones se encuentra la de realizar visitas regulares al lugar de ejecución de las obras con el fin de involucrarse de manera directa en el desarrollo del proyecto y conocer de primera mano los pormenores de su ejecución. Las decisiones adoptadas por el Panel serán vinculantes y de obligatorio cumplimiento inmediato o condicionado a la aceptación de ambas partes, como se expondrá mas adelante.

2.1 Historia:

Atendiendo las necesidades de la industria de la construcción, surge en Estados Unidos el mecanismo denominado “Dispute Boards”, traducido al español como “Paneles de

Expertos”. De acuerdo al autor Peter Chapman (2012, p. 3), este mecanismo surgió por las necesidades de la industria de la construcción de contar con un medio de resolución de conflictos ágil, informal, imparcial y con una buena relación costo-beneficio.

En los Estados Unidos el concepto de Paneles de Expertos ha sido usado por más de 40 años como un medio para evitar y resolver disputas en materia de ingeniería civil, particularmente en temas relacionados con presas, proyectos para la administración de recursos hídricos y contratos para construcciones subterráneas. (Chern, 2008, p. 8).

El primer caso, del cual se tiene reporte, en el que se constituyó un Panel de Expertos para la resolución de conflictos, fue en la construcción de la represa “Boundary” en el Estado de Washington, en los Estados Unidos, durante los años sesenta. Luego, en los inicios de la década de los setenta, se realizó en el mismo país un estudio con el fin de mejorar las practicas en materia de construcción, en el que se hizo especial énfasis en los altos costos que representaban los pleitos legales para los constructores. Como consecuencia del anterior estudio, y buscando alternativas a esa problemática, se constituyó un Panel de Expertos para el proyecto de túnel denominado *Eisenhower* en el Estado de Colorado, Estados Unidos. Los beneficios fueron reconocidos por la comunidad de la construcción y en adelante se continuó con la propuesta y uso de este mecanismo.

Posterior a la implementación de los Paneles de Expertos en los Estados Unidos, en la década de los ochenta, el Banco Mundial extendió su uso a los contratos internacionales financiados por dicha entidad, que superaran los cincuenta millones de dólares (Crivellaro, 2011). Latinoamérica fue el escenario donde tuvo lugar la primera experiencia con un Panel de Expertos, desde que este mecanismo fue acogido por el Banco Mundial. Al respecto el autor Antonio Crivellaro afirma:

“Es interesante notar que el primer dispute board fue creado en relación con un contrato para la ejecución de una planta hidroeléctrica en Honduras (proyecto de “El Cajón”). El fenómeno nació, entonces, en América Latina. En el caso hondureño, el board fue creado por iniciativa del Banco Mundial, que se reservó el derecho de nombrar el Presidente del board, Comitente y Contratista nombrando respectivamente los restantes miembros.” (Crivellaro, 2011).

Fue hasta 1995 que el Banco Mundial estableció los Paneles de Expertos como mecanismo obligatorio para la resolución de controversias, en todos los contratos financiados, que superaran los cincuenta millones de dólares.

Además del Banco Mundial, otros organismos en diferentes regiones del mundo empezaron a incentivar el uso de los Paneles de Expertos como mecanismo de resolver controversias en materia de ingeniería civil, con resultados económicos y ágiles. Es el caso del FIDIC (Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils) en Ginebra, Suiza; Bancos de desarrollo de diferentes lugares del mundo; ICE (Institution of Civil Engineers) en el Reino Unido, entre otros.

2.2 Definición y Características generales:

De acuerdo al *“Reglamento Relativo a los Dispute Boards”* de la Cámara de Comercio Internacional (2004), los Paneles de Expertos se definen como *“ (...) órganos permanentes, compuestos por uno o tres miembros, que normalmente se establecen al comienzo de un contrato para ayudar a las partes a resolver las desaveniencias y controversias que pudieran surgir posteriormente durante su ejecución”*.

La diferencia más significativa entre los Paneles de Expertos y otros mecanismos alternativos de solución de controversias, radica en que el Panel de Expertos se constituye desde el inicio de la ejecución del contrato, por lo tanto antes del surgimiento de cualquier disputa, y se desarrolla a través de visitas regulares al sitio de la obra, lo que le permite a los expertos designados por las partes involucrarse directamente con la ejecución del proyecto (Chern, 2008, p. 2)ⁱⁱⁱ. Es un proceso al interior del lugar de trabajo que busca evitar y resolver controversias por el conocimiento directo de los miembros del Panel.

Los principales objetivos del Panel de Expertos son, en primer lugar, evitar el surgimiento de controversias, y de no ser esto posible, le corresponderá resolver las mismas de manera pronta y eficaz con el fin que dichos diferendos no afecten la ejecución del contrato, ni el cumplimiento del mismo.

Un Panel de Expertos debe ser considerado un mecanismo flexible e informal pero con la capacidad de convertirse en un mecanismo formal y obligatorio. En este sentido la labor del Panel se desarrolla en dos etapas: La primera de ellas consiste en una asistencia informal, en la que el Panel podrá, por solicitud de las partes, emitir consejos generales sobre un tema particular. Los expertos podrán revisar documentos o, incluso, visitar el sitio de la obra. Generalmente los consejos son entregados a las partes de forma oral durante la visitas al sitio de ejecución del proyecto, y serán las partes quienes decidan si los adoptan o no. De no ser aceptadas estas recomendaciones informales, el Panel procederá a emitir una recomendación formal, normalmente por escrito, siguiendo el procedimiento establecido, el cual implica el intercambio y revisión de documentos, sumado a la celebración de audiencias. (Gould, 2006).^{iv}

En otras palabras, de acuerdo al autor Pierre M. Genton (2011), la asistencia de los expertos usualmente se desarrolla en dos etapas: La primera de ellas denominada Asistencia Informal, en la cual las partes conjuntamente remiten al Panel la información sobre un posible conflicto, quien realiza una opinión preliminar. El segundo se denomina Asistencia Formal, donde los expertos, una vez han recibido un informe corto sobre la posición de cada una de las partes y posterior a la celebración de una audiencia con las mismas, emite una recomendación o una decisión final respecto a la diferencia.

Los Paneles de Expertos han sido diseñados principalmente para resolver disputas en grandes proyectos de infraestructura de largo plazo, con un componente internacional significativo, por ejemplo, con la intervención de sujetos de diferentes nacionalidades, y proyectos que requieren la suscripción de contratos sucesivos, verbigracia la construcción de obras para el transporte masivo (Chern, 2008). Esto, debido a la complejidad técnica, financiera y logística que implica el desarrollo de estos grandes proyectos.

Es un mecanismo de carácter inquisitivo, en el que los expertos se encuentran facultados para indagar sobre los aspectos que consideren relevantes, interrogar los testigos y obtener una conclusión, sin la intervención de los abogados de parte o expertos, excepto por solicitud expresa del Panel. (Chern, 2008, p. 23)

Los Paneles de Expertos se han convertido en una solución altamente eficiente y económica pues no solo resuelve las desavenencias de forma rápida, eficiente y a bajo costo, sino que pueden evitar el surgimiento de las mismas mediante el agotamiento de la asistencia informal.

2.3. Clases de Paneles de Expertos:

La obligatoriedad de las decisiones emitidas dentro de la asistencia formal, dependerá de la clase de Panel de Expertos elegido por las partes. La doctrina ha enunciado la existencia de dos grandes clases de Paneles de Expertos: los Paneles de Expertos permanentes y Paneles de Expertos *Ad-Hoc*. Al Respecto, Crivellaro (2011) expone:

“En relación con la amplitud del mandato, los tipos de dispute board son: el Standing Board, y el Ad hoc Board.

El Standing Board es nombrado por las partes al momento de concluir el contrato y recibe el mandato para resolver todas las controversias que puedan derivar durante su ejecución. Tiene por misión la de visitar periódicamente el sitio de las obras para familiarizarse con los problemas del proyecto específico, y así estar listo a recibir y pronunciarse sobre reclamos de una u otra parte a medida que surgen desacuerdos entre ellas.

Tiene la gran ventaja de mantener la resolución de las controversias, desde el inicio de las obras y hasta su acabamiento, frente a las mismas personas, que conocen la historia del proyecto, su evolución, la conducta de las partes y del Ingeniero y los documentos técnicos y contractuales de referencia. De esta manera, ellas adquieren un know-how único, que les permite decidir con celeridad y conocimiento de todos los elementos necesarios.

Trátase de la principal peculiaridad de los Standing Boards, calidad que no puede poseer ni un Ad hoc Board ni un Tribunal de Árbitros. Siendo nombrados después de los acontecimientos, y tal vez después de la terminación de las obras, ellos tendrán dificultades mucho mayores y necesitarán mucho más tiempo para familiarizarse con los hechos controvertidos.

El Ad hoc Board se constituye para la resolución de controversias específicas después de que los acontecimientos que la originaron ya ocurrieron. No tiene, entonces, las mismas ventajas del board permanente. Usualmente, el board ad hoc está previsto para proyectos de menor duración y de menor valor.”

Adicionalmente, en relación con los Paneles de Expertos permanentes, existen tres clasificaciones, dependiendo del carácter obligatorio o no de la decisión emitida por los expertos:

- Panel de Recomendación: ¹

Constituyen la forma tradicional de funcionamiento de los Paneles de Expertos. En virtud de un acercamiento consensual entre las partes, el Panel de Recomendación emite consejos, inicialmente, no vinculantes para la solución de la controversia. Pero, si ninguna de las partes expresa su desacuerdo con la decisión, esta recomendación se convierte de obligatorio cumplimiento. (Gould, 2006).

Las recomendaciones se formulan con base en la información remitida por las partes y la información adquirida durante las visitas al sitio de la obra. En principio, no son vinculantes, pero se espera que las partes, en cumplimiento del acuerdo contractual, acojan las recomendaciones, pues de lo contrario la utilidad del Panel como mecanismo para la solución de controversias sería inocuo.

Si alguna de las partes no está de acuerdo con la recomendación emitida, deberá presentar una “Nota de Desacuerdo” dentro del término establecido para ello. Para Cyril Chern (2008, p. 22), la consecuencia de no aceptar la recomendación es la remisión de la controversia a un Tribunal de Arbitramento para su resolución, si así fue acordado por las partes, o seguir el procedimiento judicial tradicional. Hasta tanto la decisión es adoptada por el Tribunal Arbitral o el juez competente, las partes podrán, voluntariamente, cumplir con las recomendaciones, no obstante no estar obligadas a hacerlo. ^v

¹ Dispute Review Board (DRB). Traducción propia.

El reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, define los Paneles de Recomendación de la siguiente manera:

“Artículo 4: Dispute Review Boards (DRB)

1 Los DRB emiten Recomendaciones relativas a las Desavenencias.

2 Al recibir una Recomendación, las Partes pueden acatarla voluntariamente pero no están obligadas a hacerlo.

3 Si ninguna de las Partes ha notificado por escrito a la otra parte y al DRB su desacuerdo respecto de una Recomendación en un plazo de 30 días contados a partir de su recepción, la Recomendación será obligatoria para las Partes. Las Partes deben cumplir la Recomendación sin demora y acuerdan no impugnarla, siempre y cuando un acuerdo de esta naturaleza sea válido.

4 Si una de las Partes no cumple una Recomendación obligatoria en virtud de este artículo 4, la otra Parte puede someter este incumplimiento a arbitraje, si las Partes lo han pactado, o, a falta de acuerdo, a cualquier tribunal competente.

5 Una Parte en desacuerdo con una Recomendación debe, dentro de un plazo de 30 días contados a partir de su recepción, enviar a la otra Parte y al DRB una notificación escrita mediante la cual manifieste su desacuerdo. Para mayor información, esta notificación puede precisar las razones que motivan el desacuerdo de esa Parte.

6 Si una de las Partes envía dicha notificación escrita manifestando su desacuerdo con la Recomendación, o bien si el DRB no emite su Recomendación en el plazo previsto en el artículo 20, o bien si el DRB queda disuelto conforme al Reglamento antes de la emisión de una Recomendación relacionada con una Desavenencia, ésta se resolverá definitivamente mediante arbitraje, si las Partes lo han pactado, o a falta de acuerdo, por cualquier tribunal competente.”

- **Panel de Decisión:**²

Las Decisiones emitidas por los expertos son de obligatorio cumplimiento para las partes, que deberán cumplirlas de forma inmediata.

Si alguna de las partes expresa su desacuerdo con la Decisión adoptada dentro del término establecido, está deberá ser remitida a un Tribunal de Arbitraje o al juez competente, dependiendo de lo pactado por las partes, para ser resuelta de forma definitiva. En todo caso, mientras se adopta la decisión final, las partes están contractualmente obligadas al cumplimiento de la Decisión, es decir, si quien no está de acuerdo con la Decisión emitida por el Panel se abstiene de cumplirla, incurrirá en incumplimiento contractual, con todas las consecuencias que esta situación le puede acarrear.

El artículo 5 del reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, establece:

“Artículo 5

Dispute Adjudication Boards (DAB)

1 Los DAB emiten Decisiones relacionadas con las Desavenencias.

2 Una Decisión es obligatoria para las Partes desde el momento de su recepción. Las Partes deben cumplirla sin demora aun cuando exista una manifestación de desacuerdo conforme al presente artículo 5.

3 Si ninguna de las Partes envía notificación escrita a la otra Parte y al DAB manifestando su desacuerdo con la Decisión, en el plazo de 30 días contados a partir de su recepción, la Decisión seguirá siendo obligatoria para las Partes. Las Partes deben seguir cumpliendo la Decisión y acuerdan no impugnarla, siempre y cuando un acuerdo de esta naturaleza sea válido.

4 Si una Parte no cumple una Decisión obligatoria en virtud del presente artículo 5, la otra Parte puede someter este incumplimiento a arbitraje, si las Partes lo han pactado, o, a falta de acuerdo, a cualquier tribunal competente.

² Dispute Adjudication Board. (DAB). Traducción propia.

5 Una Parte en desacuerdo con una Decisión debe, dentro de un plazo de 30 días contados a partir de su recepción, enviar a la otra Parte y al DAB una notificación escrita mediante la cual ponga de manifiesto su desacuerdo. Para mayor información, esta notificación puede precisar las razones que motivan el desacuerdo de dicha Parte.

6 Si una de las Partes envía una notificación escrita manifestando su desacuerdo con la Decisión, o bien si el DAB no emite su Decisión en el plazo previsto en el artículo 20, o bien si el DAB se disuelve conforme al Reglamento antes de la emisión de una Decisión relacionada con una Desavenencia, ésta se resolverá definitivamente mediante arbitraje, si las Partes lo han pactado, o a falta de acuerdo, por cualquier tribunal competente. Hasta tanto la Desavenencia no haya sido resuelta definitivamente mediante arbitraje u otro medio, o salvo que el tribunal arbitral o el juez decidan de otro modo, la Decisión debe ser cumplida por las Partes.”

- Paneles Mixtos:³

Por regla general emiten Recomendaciones, pero es posible que formulen Decisiones cuando alguna de las partes así lo solicita y la otra no se opone.

Es posible que una parte solicite la emisión de una Decisión, y la otra se oponga, en este caso el Panel deberá elegir si emite una Recomendación o una Decisión, teniendo en cuenta:

- a. Razones de urgencia u otras consideraciones pertinentes. Una decisión puede facilitar la ejecución del contrato o impedir un daño o un perjuicio importante para cualquiera de las partes.
- b. Si una Decisión permite prevenir la interrupción del contrato.
- c. Si una Decisión es necesaria para conservar elementos de prueba.

³ Combined Dispute Board (CDB). Traducción propia.

En palabras de Chern (2008, p. 22), un Panel Mixto es, en ocasiones, un escenario mas agradable, particularmente en situaciones en las que las partes acuden a los Paneles de Expertos por primera vez.^{vi}

2.4. Fundamento jurídico para la constitución y funcionamiento del

Panel:

El contenido del contrato es el elemento fundamental para quienes deciden establecer un mecanismo alternativo a la jurisdicción estatal para resolver sus disputas. En este sentido, el primer elemento que se debe tener en cuenta como fundamento jurídico para el funcionamiento del Panel de Expertos es la cláusula de resolución de disputas plasmada en el contrato, que para el caso concreto deberá contener como elementos básicos el número de expertos que se pretenden designar, el mecanismo de designación, la clase de Panel de Expertos que se pretende y la obligatoriedad o no de la decisión. Sin embargo, el contrato no puede ser considerado de forma aislada, pues la ley sustantiva que lo rige establecerá las reglas básicas para la interpretación del mismo, y, particularmente, el procedimiento para la resolución de las controversias. (Gould, 2012)^{vii}.

En palabras de Antonio Crivellaro (2011):

“Las fuentes de la jurisdicción y funcionamiento de los dispute boards son las siguientes. La fuente primaria es el contrato mismo, en la cláusula de resolución de disputas. Dicha cláusula debe prever que la controversia, antes de ser sometida al arbitraje, debe ser decidida por un dispute board y debe disciplinar su composición, funcionamiento y poderes. Segundo, una reglamentación suplementaria del funcionamiento del board se encuentra en el acuerdo “tripartito” entre las partes y los miembros del board. Por ejemplo, los contratos modelo FIDIC contienen un modelo estándar de contrato

“tripartito”, en el cual los miembros del board son designados expresamente y su remuneración es determinada con el acuerdo de las partes.”

Ahora, en relación con las reglas de funcionamiento, es posible que las partes decidan establecer sus propias reglas, caso en el cual se retorna al contrato como fundamento jurídico del funcionamiento. Pero, es posible que las partes decidan acoger alguno de los reglamentos suplementarios a los que hace referencia Crivellaro en la cita anterior, esto es, reglamentos elaborados por entidades como la Cámara de Comercio Internacional, FIDIC, DBF (Dispute Board Federation), entre otros, convirtiéndose este en el fundamento jurídico para el funcionamiento del Panel.

Es importante prestar especial atención al acuerdo y su redacción en el contrato toda vez que será este el documento que obligue a las partes a cumplir con la decisión adoptada por el Panel y el fundamento de su jurisdicción (Gould, 2006, p. 7).

2.5 Miembros: Designación; Número de expertos; Calidades; Deberes

La adecuada elección de los miembros del Panel constituye un elemento fundamental para el éxito del procedimiento.

En primer lugar, la designación de los expertos deberá realizarse con anterioridad al inicio de la ejecución del contrato, con el fin de surtir la instalación del Panel simultáneamente con el inicio de las obras, es decir, una vez se inicien, el Panel deberá estar debidamente integrado y presto a iniciar con el cumplimiento de sus deberes. Algunas instituciones internacionales de crédito establecen en los acuerdos de préstamos disposiciones en virtud

de las cuales, hasta tanto no se haya integrado el Panel de Expertos y hayan iniciado las visitas al sitio de ejecución del proyecto financiado, no realizará el desembolso.

Normalmente las disposiciones contractuales establecen un límite de tiempo dentro del cual las partes deberán designar los miembros del Panel. Aun así, se debe determinar un mecanismo de designación alternativo en caso de presentarse un desacuerdo en el nombramiento. (Gould, 2006, p. 8)^{viii}. Es posible que las partes acudan para la designación de los miembros a una de las instituciones que prestan el servicio de administración del procedimiento de Paneles de Expertos (FIDIC, ICC, ICE o DBF)⁴.

El número de expertos designados para integrar el Panel dependerá, inicialmente, de la voluntad de las partes. De igual manera, la magnitud del contrato constituye otro de los criterios a tener en cuenta para definir la cantidad de expertos. Por regla general, el Panel se compone de uno o tres miembros; para pequeños proyectos en los que no se justifica el costo de tres expertos, el panel estará compuesto por un solo miembro.

No obstante existir la regla general mencionada, se han presentado situaciones excepcionales en las que se ha omitido su aplicación. Es el caso de los paneles constituidos para el proyecto de concesión del enlace ferroviario con el túnel del Canal de la Mancha, en el Reino Unido⁵. En esa ocasión dos paneles fueron constituidos: un Panel Técnico, compuesto por ingenieros, que decidirían todas las disputas en relación con temas de construcción, y un Panel Financiero, que tomaría las decisiones en relación con las disputas financieras del acuerdo de concesión. (Chern, 2008, p. 11).^{ix} Por otra parte, en relación con los Paneles de Expertos compuestos por dos miembros, Cyril Chern (2008, p. 65) expresa

⁴ Todas por sus siglas en inglés.

⁵ CTRL por sus siglas en inglés “*Channel Tunnel Rail Link*”.

que puede ser viable, especialmente, cuando los expertos pertenecen a diferentes disciplinas, por ejemplo, un ingeniero y un abogado, un constructor y un contador. En estos casos es preferible que las partes conjuntamente designen ambos expertos y definan la forma mas adecuada para adoptar la decisión en caso de presentarse desacuerdo entre los expertos. Para esto, las partes podrán establecer desde un principio cual de los dos expertos podrá tomar la decisión final en caso de no existir consenso.

Asimismo, existe la posibilidad de constituir paneles con varios miembros, variables a lo largo de la ejecución del contrato, dependiendo de los requerimientos y momento de ejecución del mismo.

Sobre este punto el Banco Mundial exige que el Panel se encuentre compuesto por tres miembros cuando el valor del proyecto supere los cincuenta millones de dólares, de lo contrario podrá estar compuesto por uno o tres miembros a elección de las partes.

En segundo lugar, en cuanto a las aptitudes y conocimientos requeridos, es sumamente importante que las personas designadas para integrar el Panel ostenten profundos conocimientos en los temas objeto del contrato, tanto técnicos en materia de ingeniería, como jurídicos para garantizar un adecuado desarrollo del procedimiento.

Al respecto, el autor Antonio Crivellaro (2011), expone:

“La primera ventaja de un board es su composición, que normalmente comprende dos o aún tres ingenieros. Personalmente, aconsejo una composición mixta, por ejemplo dos ingenieros y un jurista. Es notorio que los ingenieros tienen menor sensibilidad y aptitud para la redacción y sobre todo para la motivación puntual de las determinaciones colegiales, mientras que el jurista no tiene los conocimientos técnicos que son propios de los ingenieros. Es la suma o la combinación de las dos competencias la que determina el éxito de este mecanismo, calidad ésta mucho más rara en los arbitrajes, donde

prácticamente prevalece el monopolio de los juristas, con la consecuencia que cuando el experto técnico es indispensable, el Tribunal debe buscarlo en un perito tercero.”

Para que un Panel de Expertos sea eficiente, es absolutamente necesario que los miembros tengan la experiencia profesional y los conocimientos para entender rápidamente las situaciones técnicas del objeto contractual.

En los proyectos de construcción, la mayoría de situaciones controversiales remitidas al Panel, poseen un contenido técnico. En esos casos, un miembro sin los suficientes conocimientos y aptitudes para comprender la situación objeto de disputa, fallará en la apreciación de la dimensión de la controversia, y en consecuencia no podrá aportar al procedimiento. Adicionalmente, los miembros deberán tener conocimientos en la administración de contratos, además de asegurar sus habilidades para entender e interpretar disposiciones contractuales. (Chern, 2008, p. 12)^x. El éxito del procedimiento dependerá de la confianza de las partes en la experticia de los miembros designados que resuelven sus controversias.

Por otro lado, la independencia de los expertos respecto a cada una de las partes, es absolutamente relevante, toda vez que demuestra seriedad en el procedimiento y en consecuencia el cumplimiento voluntario de las decisiones es aún más probable.

Los expertos, en cumplimiento de sus deberes, deberán informar cualquier situación que pueda afectar su imparcialidad o independencia y deberán cumplir con las siguientes obligaciones:

- No tener interés financiero o de otro tipo con los contratantes.

- No haber sido consultor de ninguno de los contratantes. (Excepto si así lo ha hecho saber a las partes desde el principio).
- Hacer saber a las partes, por escrito, cualquier relación profesional o personal con alguno de los participantes.
- No podrá ser contratado por ninguna de las partes durante la vigencia del Panel.
- Cumplir con las reglas de procedimiento.
- No aconsejar a ninguna de las partes.
- Estando el Panel en funcionamiento, deberá evitar negociaciones con cualquiera de las partes en relación con un posible empleo.
- Asegurar la disponibilidad para cumplir con las visitas al sitio de la obra y las audiencias.
- Involucrarse con el contrato y el progreso de las obras.
- Mantener toda la información del contrato y del procedimiento de Panel de Expertos, incluidas las audiencias, en privado y confidencial.
- Estar disponible para resolver las solicitudes de las partes. (Gould, 2006)^{xi}

Adicionalmente, los expertos deberán observar siempre un comportamiento neutral, imparcial, independiente y confidencial.

En tercer lugar, el mecanismo de designación dependerá del número de expertos a elegir. De acuerdo a Nicholas Gould (2006), cuando el panel se encuentra constituido por tres personas, cada una de las partes podrá nombrar uno de los miembros, que deberá ser aprobado por la otra parte. Luego las partes conjuntamente deberán designar al tercer miembro quien será el presidente del Panel.^{xii} En la práctica es más común que una de las partes proponga tres (3) candidatos para constituir el panel, permitiendo a la otra parte

elegir uno de ellos, para que, una vez dos de los tres miembros han sido seleccionados, sean estos quienes elijan al tercer miembro, con la aprobación de las partes, quien será el presidente del Panel si así lo deciden estas. No existe restricción alguna para que la presidencia del Panel la ejerza cualquiera de los miembros.^{xiii}

Otro mecanismo de designación exige que las partes elijan al presidente del Panel, otorgándole la competencia para elegir los otros dos miembros que actuarán con él, lo que garantiza una adecuada elección de los miembros, dependiendo de las necesidades técnicas del contrato. Asimismo, es posible que una vez elegido el presidente del Panel, sean las partes en conjunto con el presidente quienes eligen los otros miembros.

Alguno de los límites que se han establecido para la designación de los expertos son:

- Prohibición de designar personas que hayan trabajado anteriormente con alguna de las partes del contrato.
- En algunas ocasiones se prohíbe que los expertos tengan la misma nacionalidad que los contratistas.

Las partes garantizan la inmunidad de los miembros del Panel en relación con cualquier acción u omisión durante el desempeño de sus funciones, excepto si esas acciones u omisiones fueron realizadas de mala fe.

Finalmente, es importante que las disposiciones contractuales también establezcan un mecanismo de reemplazo de los miembros del Panel, y un mecanismo alternativo en caso de no lograr el reemplazo por medio de un acuerdo.

2.6 Visitas al sitio de la obra:

Como se ha mencionado anteriormente, el elemento diferenciador mas importante de los Paneles de Expertos en relación con otros mecanismos alternativos de solución de controversias, radica en el hecho que, además de constituirse desde el inicio de la ejecución del contrato, lleva a cabo visitas regulares al sitio de ejecución de la obra, lo que permite a los expertos un amplio conocimiento de la ejecución del contrato, en tiempo real y de primera mano.

El número de visitas dependerá del tipo de contrato y la extensión del mismo. Por regla general se realizan mínimo tres visitas por año al sitio de la obra, y para algunos proyectos mas complejos y extensos, es posible que se realice una visita cada mes.

Las partes pueden solicitar una visita por motivos de urgencia. En estos casos, una vez elevada la solicitud al Panel, la fecha de realización de la visita dependerá del tiempo mínimo establecido en el reglamento para este tipo de solicitudes. Generalmente se puede llevar a cabo dentro de los treinta días siguientes a la solicitud, o incluso en un lapso de tiempo mas corto.

El panel podrá realizar las visitas programadas, incluso en ausencia de las partes.

El principal objetivo de las visitas al sitio de la obra es que los expertos se cercioren del cumplimiento del contrato, las condiciones en las que se está desarrollando y el progreso en las obras. Incluso es el momento adecuado, anterior a la remisión formal de una controversia, durante el cual los expertos pueden cumplir con la asistencia informal, analizando aquellas situaciones que consideran pueden ocasionar el surgimiento de una controversia.

En relación con el calendario de visitas, usualmente es propuesto por el contratista, de acuerdo a los avances que se esperan en el proyecto. Antes de la primera visita, el contratista enviará la propuesta de calendario de visitas tanto al Panel como al contratante para los respectivos comentarios.

Las visitas no son el espacio indicado para presentar argumentos o defender posiciones en relación con situaciones en controversia. El propósito de las visitas es evaluar el estado de ejecución del proyecto e indicar a los expertos situaciones específicas sobre las que existe alguna discrepancia entre las partes. En muchas ocasiones es recomendable que el recorrido de la visita sea liderado por un ingeniero quien tendrá, por regla general, una posición objetiva en relación con lo que se está mostrando.

Los miembros del Panel deberán tener presente el alcance de la competencia que les fue otorgada y se abstendrán de emitir conceptos relacionados con todos aquellos temas que la exceden, verbigracia, la forma de realizar una determinada labor, el rediseño de las obras, la técnica utilizada en la construcción, entre otros. Los expertos únicamente podrán actuar por fuera de su competencia, entregando advertencias o conceptos no solicitados por las partes, cuando identifiquen situaciones que podrían poner en riesgo la vida de las personas involucradas en el proyecto. De presentarse esta situación, el Panel deberá informar inmediatamente a los representantes de las partes para que corrijan esas situaciones.

Los expertos deberán presentar un reporte de cada una de las visitas que realizan, el cual podrá ser entregado inmediatamente finaliza la visita, es decir, los expertos permanecerán en el sitio de la obra hasta tanto se expida el reporte, o podrá ser enviado a las partes dentro de un plazo prudencial subsecuente a la visita, fijado en el reglamento. De acuerdo al autor Cyril Chern (2008, p. 168), el contenido del reporte deberá incluir:

- Una Introducción, estableciendo los detalles respecto a como se desarrolló la visita.
- Una Tabla de Contenido, que permite una fácil consulta, especialmente para los reportes extensos.
- Una descripción del Itinerario y las Actividades desarrolladas, que exponga lo ocurrido durante la visita.
- Descripción del Estado del Proyecto, que ha ocurrido desde la última visita, que obras se encuentran dentro del términos planeados, cuales no, y el porcentaje de cumplimiento de ser posible.
- Una sección que exponga los Temas de Interés y las observaciones del Panel.
- Relación de cualquier otro asunto relevante y los detalles de la próxima reunión.

El reporte debe ser de fácil entendimiento y lectura, no deberá contener opiniones de los expertos, sino la documentación de lo que ocurre en el sitio de la obra. La suscripción del reporte será por voluntad de las partes, no es obligatorio.

Lo que se busca con este reporte es mantener documentada toda la evolución de la obra, facilitando la consulta de la información.

El reglamento de la CCI, en relación con las visitas al sitio de la obra, establece:

“Artículo 12

Reuniones y visitas al sitio

1 Al inicio de sus actividades, el DB deberá, después de haber consultado a las Partes, fijar un calendario de reuniones y, si la naturaleza del Contrato lo exige, visitas al sitio. Las reuniones y visitas al sitio deben ser lo suficientemente frecuentes con el fin de que el DB se mantenga informado de la ejecución del Contrato y de cualquier desacuerdo. Salvo acuerdo en contrario de las Partes y del DB, cuando la naturaleza del Contrato exija que se realicen visitas al sitio, éstas tendrán lugar al menos tres veces por año.

Las Partes y el DB participarán en todas las reuniones y las visitas al sitio. En caso de ausencia de una de las Partes, el DB puede, sin embargo, decidir que procede la reunión o visita. En caso de ausencia de un Miembro del DB, el DB puede decidir que procede la reunión o la visita si las Partes están de acuerdo o si el DB así lo decide.

2 Las visitas al sitio se realizan en el lugar o lugares de ejecución del Contrato. Las reuniones pueden celebrarse en cualquier lugar pactado por las Partes y el DB. En caso de desacuerdo sobre el lugar de la reunión, ésta se llevará a cabo en el lugar fijado por el DB previa consulta de las Partes.

3 Durante las reuniones o las visitas al sitio programadas, el DB deberá analizar con las Partes la ejecución del Contrato y, en caso de cualquier desacuerdo, puede facilitar una ayuda informal según lo establecido en el artículo 16.

4 Cualquiera de las Partes puede solicitar una reunión o visita urgente al sitio, adicionales a las reuniones y visitas al sitio programadas. Los Miembros del DB deben acceder a esta solicitud con prontitud y hacer lo posible por estar disponibles para tales reuniones o visitas urgentes al sitio dentro de los 30 días contados a partir de la solicitud.

5 Después de cada reunión o de cada visita al sitio, el DB redactará un informe, incluyendo la lista de personas presentes.”

2.7 Asistencia Informal:

El principal objetivo de esta etapa inicial denominada Asistencia Informal, es que los expertos desarrollen una función de mediación entre las partes, con el fin de acercarlas y alentarlas a obtener una solución concertada de la disputa.

Para desarrollar la Asistencia Informal de manera exitosa, se parte de la base que la controversia mantiene un nivel de posible resolución por las partes y no ha adquirido tal magnitud que deba ser resuelto por los expertos, toda vez que las negociaciones entre las partes para resolver la situación ha fallado.

La función primordial del Panel durante esta etapa es procurar que las partes entablen un dialogo para aclarar y resolver el conflicto, pero la intervención debe ser sumamente

prudente toda vez que al tener conocimiento del objeto de la disputa, no pueden los expertos emitir pronunciamientos de fondo, mucho menos incurrir en pre-juzgamiento de la situación, porque el conflicto puede no ser solucionado entre las partes y en consecuencia será remitido al panel como una solicitud formal de resolución de disputa.

La Asistencia Informal se desarrolla durante las visitas regulares al sitio de la obra, en las que las partes ponen en conocimiento de los expertos los detalles de la situación objeto de controversias.

Usualmente, la Asistencia Informal es bien recibida y aceptada por las partes, y es un medio muy valioso para evitar que las disputas alcancen altos niveles de complejidad.

2.8 Asistencia Formal: Remisión de disputas al Panel, Audiencias y procedimiento

La labor principal del Panel de Expertos se concentra en la denominada Asistencia Formal, en virtud de la cual los expertos emiten una decisión obligatoria respecto de las diferencias puestas bajo conocimiento por las partes.

La Asistencia Formal inicia con la remisión al Panel del escrito contentivo de la reclamación o “*exposición de la demanda*”. El documento deberá contener la posición de quien lo suscribe respecto de la controversia, su percepción y entendimiento de la situación, incluyendo consideraciones de hecho y de derecho; expresará las razones por las cuales considera que su posición es la correcta. Igualmente, podrá enunciar disposiciones contractuales aplicables a la disputa y podrá referir documentos relevantes relacionados con la controversia. En el mismo se debe evitar el lenguaje adversarial de ataque-defensa frente a la contraparte, evitando confrontaciones que desvíen la atención del fondo de la disputa a

controversias procedimentales. (Chern, 2008, p. 16). La otra parte deberá presentar un escrito de contestación, dentro del término establecido, que deberá contener la misma información descrita anteriormente para la reclamación.

Una vez recibidos los documentos suscritos por las partes, el presidente del Panel remitirá toda la documentación a los miembros restantes. Para el desarrollo adecuado del Panel, es necesario tener certeza que todos los miembros han recibido la totalidad de la documentación y que todos poseen la misma información. En este sentido es fundamental la labor del presidente, pues de acuerdo a Cyril Chern (2008, p. 186), la practica ha demostrado que entre mayor es el control ejercido y mantenido por el presidente del Panel, el procedimiento logra mayores niveles de eficiencia.^{xiv} En general, las labores del presidente del Panel se asemejan a las labores de los secretarios en los tribunales de Arbitraje colombiano, es decir, con el fin de garantizar el correcto desarrollo del procedimiento, deberán mantener un registro de todos los documentos presentados por las partes, bien sean reclamos, documentos anexos, o cualquier comunicación enviada al Panel; establecer el orden en el que se desarrollarán las audiencias; entre otras.

Una vez la información ha sido recibida por todos los miembros del Panel, el presidente deberá programar una audiencia, la cual, dependiendo de la complejidad del asunto, se deberá desarrollar en varios días. Por regla general, dependiendo de la necesidad o urgencia en la solución de la controversia, la audiencia se programará para el mismo día en que se encuentra programada la siguiente visita regular al sitio de la obra. De ser necesario, la audiencia podrá programarse con antelación a la visita. El presidente procurará definir una fecha por consenso entre las partes y todos los miembros del Panel, pero, de no ser posible el consenso, la fijará arbitrariamente. La fecha será informada vía fax, mail, o en la forma

que se considere mas expedita. Así mismo, el presidente deberá organizar el orden en el que se desarrollará la audiencia, y lo hará saber a las partes con la debida antelación, asegurándose que todos los temas sean cubiertos durante la misma.

Las partes deben estar presentes en la celebración de las audiencias y el panel no podrá recibir información confidencial en relación con la disputa de ninguno de los contratantes, ambas partes deberán tener acceso en igualdad de condiciones a la información. (Chern, 2008)

El uso de peritos es inusual, toda vez que los miembros del Panel son profesionales en temas de ingeniería que aportan amplia experiencia al proyecto. No obstante, los expertos de cada una de las partes pueden ser incluidos dentro del procedimiento y pueden, en algunas circunstancias, agregar valor al procedimiento. (Chern, 2008, p. 17)^{xv}

Una vez la audiencia ha finalizado, los expertos deliberarán sobre el tema objeto de controversia, antes de emitir su decisión por escrito. Es posible que la decisión sea presentada inmediatamente, es decir, estando aún en el sitio en que se celebró la audiencia. No obstante, algunas decisiones requieren un tiempo de análisis mayor debido a la complejidad de la disputa, al involucrar temas relativos al tiempo y costo de la obra, pero, por regla general, las controversias se deciden con prontitud. La mayoría de reglamentos bajo los que operan los Paneles de Expertos, establecen un término máximo de tiempo dentro del cual se deberá expedir la decisión una vez se ha surtido el trámite descrito. Por ejemplo, en el reglamento de FIDIC el tiempo máximo es de ochenta y cuatro días, pero podrán las partes pactar un lapso de tiempo que consideren adecuado y razonable para que los expertos adopten una decisión. El tiempo empezará a correr una vez el Panel ha recibido todos los documentos y escritos necesarios para adoptar la decisión, lo cual evitará el

transcurso del tiempo sin que los expertos tengan la totalidad de la información necesaria para adoptar una decisión de fondo.

La labor del Panel de Expertos es investigar a ciencia cierta que ocurrió, las causas y las posibles soluciones. En este sentido, los miembros del panel poseen la libertad para preguntar sobre todos los temas que consideren necesarios, para revisar todos los documentos, bien sea en la audiencia o no, para solicitar la revisión o exposición de aspectos en el sitio de la obra, y pedir a los testigos la colaboración con el panel, no con las partes. (Chern, 2008, p. 189)^{xvi}

2.9 Decisión:

La adopción de la decisión, como en cualquier proceso de resolución de controversias, implica un análisis detallado de las pruebas, interpretación de las disposiciones contractuales y el examen de los temas legales que puedan afectarla. La decisión deberá ser, preferiblemente, unánime. En todo caso, existe la posibilidad de emitir decisiones mayoritarias, a pesar de no ser lo usual ni satisfactorio. Las discrepancias que se puedan presentar al interior del Panel, pueden ser puestas de presente en el escrito contentivo de la decisión, pero esto no es óbice para que la decisión final sea unánime. Decisiones unánimes generan confianza en el proceso e incrementan la probabilidad de cumplimiento. En algunos reglamentos, únicamente las decisiones que no son unánimes, podrán ser debatidas nuevamente en arbitraje.

La decisión debe ser clara, especialmente para quien ha resultado vencido, explicando detalladamente las razones por las cuales su posición no fue la correcta. En cuanto a la

forma y contenido, no existe diferencia alguna entre una Recomendación (no obligatoria) o una Decisión (obligatoria), lo realmente importante es que la controversia sea resuelta, otorgando a las partes la información suficiente que fundamenta la decisión.

Teniendo en cuenta la facultad inquisitiva que tiene el Panel a lo largo del proceso, no son aceptables decisiones en las que los expertos argumenten falta de información o de pruebas, para abstenerse de emitir un pronunciamiento de fondo, toda vez que dentro de sus deberes se encuentra el de indagar lo suficiente para conocer la verdad del asunto objeto de controversia.

La decisión deberá contener: En primer lugar una breve introducción o contextualización que le permita a cualquier lector identificar el fundamento de la competencia del Panel y qué lo condujo a conocer de la reclamación; En segundo lugar explicará el objeto de la controversia y la posición de cada una de las partes al respecto; En tercer lugar expondrá el análisis y conclusión de los hechos, para finalmente presentar las consideraciones del Panel y publicar la decisión final. Si alguno de los miembros del Panel expresa su desacuerdo con la decisión adoptada, seguidamente se enunciará esta circunstancia. (Chern, 2008, p. 209)

Como ya se mencionó anteriormente, el término otorgado al Panel para adoptar la decisión una vez ha sido remitida la correspondiente solicitud, dependerá de la voluntad de las partes o de lo establecido en el reglamento adoptado. En el reglamento de FIDIC el Panel deberá adoptar la decisión en un término máximo de ochenta y cuatro días. La Cámara de Comercio Internacional permite que la decisión se adopte dentro de los noventa días posteriores a la remisión de la solicitud.

Si alguna de las partes expresa su desacuerdo con la decisión adoptada, deberá hacerlo por escrito, mediante comunicación dirigida tanto al Panel como a su contraparte, denominada

“Nota de Desacuerdo”⁶, en la que enunciará los argumentos que fundamentan su inconformidad. Esta manifestación deberá realizarse dentro de los veintiocho días subsiguientes al conocimiento de la decisión. (De acuerdo al reglamento de FIDIC). Si dentro de los veintiocho días siguientes a conocer la decisión, ninguna de las partes expresa su inconformidad con la misma, entonces la decisión será final y obligatoria.

Presentada la Nota de Desacuerdo, el Panel deberá desempeñar una labor de mediación en virtud de la cual las partes lleguen a un acuerdo amistoso para el cumplimiento de la decisión. De no ser posible la obtención del acuerdo, podrán acudir a un Tribunal de Arbitramento para que solucione finalmente la desavenencia.

En palabras de Cyril Chern (2013, p. 2), únicamente se acude a arbitraje o al proceso judicial cuando alguna de las partes no acepta una decisión de un Panel de Decisión. Cuando esto ocurre, la parte inconforme puede emitir una Nota de Desacuerdo, lo que genera que la decisión deba ser revisada en arbitraje. Hasta tanto la decisión no sea reformada en un laudo arbitral, será obligatoria, lo que generalmente significa que el cumplimiento es exigible, por lo tanto podrá ejecutarse hasta tanto no se expida el laudo.

Las estadísticas han demostrado que en los últimos 20 años, el número de decisiones de un Panel de Expertos anuladas en arbitraje es mínimo debido especialmente a que las decisiones, al haber sido adoptadas por expertos con amplios conocimientos y experiencia en la materia objeto de controversia, pueden y son usadas en cualquier procedimiento posterior como prueba de lo ocurrido y adquiere la calidad de dictamen pericial de las pretensiones elevadas.^{xvii} De acuerdo a investigaciones adelantadas por la Dispute Resolution Board Foundation (Citado en Chern, 2008), alrededor del 98% de las disputas

⁶ Traducción propia del término “Note of Dissatisfaction”.

referidas para su solución a un Panel de Expertos, han sido resueltas de forma satisfactoria y han sido adoptadas por las partes. Únicamente el 2% de las decisiones han sido remitidas a arbitraje o a las cortes. De este 2%, en la mitad de los casos la decisión del Panel ha sido confirmada. Únicamente el 1% de las decisiones revisadas en otra instancia han sido revocadas.

El reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, en su artículo 21, establece una situación particular en virtud de la cual la decisión adoptada por los expertos podrá ser revisada por el Centro de Resolución de Controversias. El citado artículo establece:

“Artículo 21

Examen de las Decisiones por el Centro

Quando las Partes hayan optado someter las Decisiones de un DAB o de un CDB a examen de la CCI, el DB someterá su Decisión al Centro en forma de proyecto antes de firmarla. Cada Decisión irá acompañada del derecho de registro previsto en el Apéndice 3. El Centro solamente puede ordenar modificaciones en cuanto a la forma de la Decisión. Los Miembros del DB no pueden firmar ni comunicar a las Partes Decisiones sometidas al examen del Centro antes de su aprobación por el mismo.”.

Existen discusiones en cuanto al efecto de las decisiones adoptadas por los Paneles de Expertos pues si bien se alude a ellas como obligatorias, no se definen como finales. Al respecto, Francisco González de Cossío (González de Cossio, S.f) afirma:

“Las Decisiones y las Recomendaciones carentes de Notificación de Desacuerdo⁴ son obligatorias. (Por facilidad, aludiré a ambas como “Determinación Obligatoria”). El significado y efecto de una Determinación Obligatoria es objeto diferencia. Hay quien ha entendido que ello significa que tienen fuerza de res iudicata. (Después de todo, ¿cómo entender el adjetivo ‘obligatorio’?) Otros difieren explicando que su única fuerza es ‘contractual’. Y de entre éstos existen matices y diferencias de apreciación sobre lo que significa.”

Para el autor citado, no es correcto atribuirle efecto de cosa juzgada a ninguna de las decisiones emitidas por el Panel, y fue esa precisamente la finalidad buscada, *“De allí que se usara el término ‘obligatoriedad’ y no ‘finalidad’—dos conceptos con un contenido jurídico diverso.”* (González de Cossio, S.f).

La obligatoriedad de la decisión se fundamenta en el acuerdo contractual. Para algunos no es posible hablar de cosa juzgada, toda vez que no hubo un proceso para obtenerla.

2.10. Casos de Éxito:

Alrededor del mundo existen diversos casos que ejemplifican el éxito que ha alcanzado la utilización de los Paneles de Expertos en la construcción de grandes obras de infraestructura. Dentro de los proyectos que han contado con la presencia de expertos para la resolución de sus conflictos a través del mecanismo de Paneles se encuentran:

1. **Hidroeléctrica “Ertan” (China):** Es la central eléctrica subterránea más grande de Asia. En su construcción participaron varios contratistas, toda vez que su estructuración se logró por medio de un Joint Venture entre socios nacionales e internacionales. Cada uno de los socios eligió un experto para hacer parte del Panel y entre ambos designados eligieron al presidente. Se acordó que las visitas al sitio de la obra se realizarían tres veces al año. Durante el tiempo de construcción de la obra se realizaron un total de veinte visitas. Los expertos designados podían emitir Recomendaciones. Cerca de cuarenta disputas fueron remitidas al Panel. Ninguna de las Recomendaciones fue discutida en arbitraje o en las cortes. (Chern, 2008, p. 58)

2. **Eurotúnel:** Ha sido uno de los proyectos Europeos de infraestructura más grandes jamás construido. Es un corredor ferroviario que atraviesa el Canal de la Mancha, uniendo a los países de Francia y el Reino Unido. Su importancia radica no sólo en ser el segundo túnel submarino más largo del mundo, sino en el reto de ingeniería que implicó su construcción. Con un valor total aproximado de catorce billones de dólares, únicamente surgieron trece controversias, de las cuales doce fueron resueltas satisfactoriamente por el Panel de Expertos y únicamente una de las decisiones fue remitida a otras instancias. (Chern, 2008, p. 59).

3. **Aeropuerto de Hong Kong:** Uno de los más grandes proyectos en la industria de la construcción aeroportuaria que involucró cuatro grandes promotores, diez proyectos separados, doscientos veinticinco contratos de construcción y más de mil fases críticas; Con un costo aproximado de quince billones de dólares. Este proyecto contó con un Panel de Expertos compuesto por seis miembros más un coordinador. El amplio número de expertos se justificó en la medida en que se pretendía abarcar todos los probables temas técnicos sobre los que se pudiese originar una disputa. El grupo de expertos se reunió cada tres meses, y el total de visitas al sitio de la obra fue aproximadamente de diez y seis visitas. Durante la construcción, un total de seis disputas fueron remitidas formalmente al Panel de Recomendación. Sólo una de las Recomendaciones no fue adoptada por las partes y en consecuencia fue remitida a arbitraje, donde finalmente se confirmó la Recomendación emitida por los expertos. (Chern, 2008, p. 60)

3. COLOMBIA

La implementación de nuevas herramientas jurídicas para la solución pronta y eficaz de controversias genera beneficios, no sólo para quienes hacen uso directo de estas herramientas, sino, en el caso particular de los Paneles de Expertos, para la sociedad en general, pues permite una ejecución más eficiente de los proyectos al evitar la suspensión de las obras durante la resolución de los conflictos, entre muchos otros beneficios ya descritos.

No son desconocidos los serios problemas que afronta el país en materia de congestión judicial, falta de idoneidad y conocimiento de quienes administran justicia para temas especializados, así como los grandes costos que puede acarrear la utilización de otros mecanismos alternativos para la solución de controversias existentes. De ahí que los Paneles de Expertos constituyan una opción más económica y eficiente para resolver disputas, no solo entre particulares, sino también en aquellas relaciones contractuales en las que participa el Estado, teniendo en cuenta que es este último el mayor contratante de grandes obras de infraestructura.

Definir la forma mas adecuada para la utilización de los Paneles de Expertos en Colombia implica el análisis de diversas figuras jurídicas, principios, limitaciones y reglas de contratación. En este documento se propone la implementación práctica de este mecanismo sin necesidad de regulación normativa particular, es decir, se plantea su utilización a través de instrumentos jurídicos ya existentes con el fin de evitar el engorroso, y en muchas ocasiones inútil trámite legislativo ante el Congreso de la República.

3.1 Figuras Jurídicas del Ordenamiento Colombiano aplicables al procedimiento de Paneles de Expertos:

En el ordenamiento jurídico colombiano existen tres herramientas que posibilitan el uso del procedimiento de Paneles de Expertos sin necesidad de consagración legal específica. Se considera que la adecuada utilización de estos elementos, garantizará el éxito del procedimiento.

El primero de los elementos que legitima legalmente la opción de pactar el procedimiento de Paneles como mecanismo para la resolución de controversias, es el principio denominado “*Autonomía de la voluntad privada*”, definido como “*(...) el poder de las personas, reconocido por el ordenamiento positivo para disponer con efecto vinculante de los intereses y derechos de los que son titulares y por ende crear derechos y obligaciones, siempre que respete el orden público y las buenas costumbres.*” (Colombia, Corte Constitucional, 2008). Como se mencionó en el primer capítulo relativo a los MASC, por ser estos procedimientos eminentemente dispositivos, en los que su uso dependerá, por regla general, de la voluntad de las partes de resolver sus controversias mediante mecanismos paralelos a la jurisdicción estatal, el principio de la autonomía de la voluntad privada se convierte en el fundamento jurídico básico que le permite a las partes elegir, dentro de las múltiples opciones existentes, el mecanismo que consideren mas adecuado para resolver sus controversias, siempre bajo el supuesto de respeto al orden público. Para la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia C-014 de 2010) “*si los sujetos de derecho, según las regulaciones legales, tienen la capacidad de gobernar sus derechos según les plazca, siéndoles posible adquirirlos, gozarlos, gravarlos, transferirlos, o extinguirlos,*

posible también les es acordar la solución de los conflictos que comprometen sus derechos subjetivos”.

El segundo elemento es el “*Contrato de Mandato*”, definido por el autor César Gómez Estrada (2008, p. 391) como “*(...) el mandato es un contrato, lo que quiere decir que él supone un acuerdo de voluntades entre el comitente o mandante, de un lado, que es quien confiere el encargo, y el procurador, apoderado o mandatario, de otro, que es quien lo acepta*”. El artículo 2142 del Código Civil colombiano establece: “*El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. La persona que concede el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador y en general, mandatario*”.

De las definiciones propuestas surge un interrogante en relación con el alcance de la gestión que se encarga, al respecto Gómez Estrada (2008, p. 391) expone:

“(...) para algunos tratadistas, el objeto del mandato no puede consistir sino en negocios jurídicos, esto es, en actos que tengan por fin la creación, modificación o extinción de derechos u obligaciones; no puede ser objeto suyo, pues la ejecución de actos de otra clase, ya que, según este criterio, la ejecución de ellos puede constituir materia de contratos distintos, como el de trabajo, el de arrendamiento de obra, etc. Para otros tratadistas el objeto del mandato puede ser tanto la celebración de actos jurídicos como la ejecución de actos materiales. En relación con este problema la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha optado por el primer criterio (...)”.

A través del contrato de mandato las partes podrán delegar la resolución de una o varias controversias a un tercero, en el caso particular de los Paneles de Expertos, a un tercero experto en la materia objeto del contrato. El resultado lógico de la resolución de una

determinada situación de controversia será la creación, modificación o extinción de derechos u obligaciones, enmarcándose así la labor de los expertos dentro del alcance que se ha definido de la “gestión” del mandatario.

Finalmente, se encuentra el “*Contrato de Transacción*”, definido en el artículo 2469 del Código Civil colombiano como “*La **transacción** es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa*”.

La importancia de este contrato para el procedimiento de Paneles de Expertos radica en el hecho de ser el instrumento idóneo para otorgarle fuerza vinculante a la decisión adoptada por los expertos, es decir, las partes pactarán que la decisión adoptada por los expertos durante el procedimiento de Paneles tendrá la naturaleza y efectos del contrato de transacción, por lo tanto su obligatoriedad estará dada por los efectos vinculantes de dicho acuerdo.

En síntesis, al ser el mecanismo de Paneles de Expertos un mecanismo de solución de conflictos evidentemente contractual, en el que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, delegan en un tercero, por medio del contrato de mandato, la facultad de decidir el estado y la forma de cumplimiento de una determinada relación jurídica sustancial, con fuerza vinculante entre ellas debido al carácter transigible de la relación y la consecuente celebración del contrato de transacción, no se observa impedimento alguno que, suponiendo el adecuado uso de las tres figuras descritas, obstaculice el éxito del procedimiento.

3.2 Aplicación de la Autonomía de la Voluntad Privada y de los Contratos de Mandato y Transacción en las relaciones entre

Particulares:

Para el caso concreto de los Paneles de Expertos, el principio de la autonomía de la voluntad privada y la suscripción de los contratos de mandato y transacción entre particulares no genera mayores controversias, toda vez que el régimen por el que se regulan las relaciones entre estos, se caracteriza por un profundo respeto a la libertad contractual.

En este sentido, el autor Jorge Suescún Melo afirma:

“Se reconoce igualmente libertad para la determinación del contenido del contrato, esto es, para la auto regulación de los contratantes, dejándoles un amplio campo de maniobra limitado tan solo por unas cuantas normas imperativas o prohibitivas. Así las cosas, se reconoce a la voluntad privada un amplio poder regulador, permitiendo a los particulares definir el contenido de sus estipulaciones según sus intereses y necesidades.” (Suescún Melo, 2005).

Los particulares podrán realizar todo aquello que no se encuentre prohibido legalmente, por lo tanto, al no existir norma alguna que prohíba la designación de expertos para resolver las controversias durante la ejecución de un contrato determinado, los particulares se encuentran facultados para otorgar competencia al Panel de Expertos para resolver las controversias que surjan durante el desarrollo del contrato, siempre y cuando versen sobre temas transigibles, esto es, *“los derechos y bienes patrimoniales respecto de los cuales sus titulares tienen capacidad legal de disposición”*. (Colombia, Corte Constitucional, 2001).

3.3 Aplicación de la Autonomía de la Voluntad y de los Contratos de

Mandato y Transacción al Estado como entidad contratante:

En contraposición al presupuesto que rige la responsabilidad jurídica de los particulares, según el cual estos podrán realizar todo aquello que no está prohibido, las actividades desarrolladas por el Estado y la responsabilidad jurídica de los servidores públicos se encuentra limitada a todo aquello que les está permitido, es decir, las actuaciones del Estado se encuentran considerablemente más restringidas que las actuaciones de los particulares.

La aplicación del principio de la autonomía de la voluntad en la celebración de contratos por parte del Estado, encuentra su desarrollo en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, ley 80 de 1993, que reconoció como postulado básico de la contratación estatal dicho principio. Al respecto se lee:

“La Ley 80 de 1.993, que estableció el nuevo régimen de contratación de las entidades estatales, reconoce como principio básico al postulado de la autonomía de la voluntad privada, al cual se refiere en las disposiciones siguientes:

El Artículo 32, según el cual «son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones previstos en el Derecho Privado o en disposiciones especiales, derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad...».

El Artículo 40, que autoriza a las entidades estatales a «celebrar contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales».”

(Suescún Melo, 2005)

En palabras de la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia C - 186 de 2011), el concepto de la autonomía de la voluntad ha variado en relación con la concepción inicial que se enmarcaba dentro de una libertad absoluta. Al respecto se lee:

“Así, según ha reconocido esta Corporación actualmente la autonomía de la voluntad privada se manifiesta de la siguiente manera: (i) En la existencia de libertad contractual sujeta a especiales restricciones cuando por ejemplo están en juego derechos fundamentales^[9], se trata de servicios públicos^[10], una de las partes ocupe una posición dominante o los acuerdos versen sobre prácticas restrictivas de la competencia; (ii) se entiende que el ejercicio de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual persigue no sólo el interés particular sino también el interés público o bienestar común; (iii) corresponde al Estado intervenir para controlar la producción de efectos jurídicos o económicos, con el propósito de evitar el abuso de los derechos; (iv) el papel del juez consiste en velar por la efectiva protección de los derechos de las partes, sin atender exclusivamente la intención de los contratantes^[11].

(...)

*Ahora bien, bajo el marco normativo de la Constitución de 1991, la autonomía de la voluntad privada no se concibe como un simple poder subjetivo de autorregulación de los intereses privados, **“sino como el medio efectivo para realizar los fines correctores del Estado Social, a través del mejoramiento de la dinámica propia del mercado”.***

(Subrayas y negrillas intencionales).

De acuerdo a lo anterior, si bien se le reconoce al Estado en su papel de contratante la posibilidad de actuar de acuerdo a la autonomía de la voluntad, el alcance y la manifestación de dicha autonomía tiene límites que se deben acatar y respetar. No goza de autonomía absoluta.

Pues bien, al analizar la aplicación del postulado de la autonomía de la voluntad como fundamento legal para el pacto del procedimiento de Paneles de Expertos, teniendo en cuenta las delimitaciones desarrolladas por la Corte Constitucional en la cita precedente, no se encuentra contradicción o extralimitación alguna, es decir, el pacto de este mecanismo en los contratos celebrados por las entidades estatales como consecuencia del ejercicio de la autonomía de la voluntad del Estado se encuentra en consonancia con las manifestaciones

de dicho principio, concluyendo así que las entidades estatales se encuentran plenamente facultadas para pactar el procedimiento de Paneles.

Asimismo, además del principio de la autonomía de la voluntad como fundamento jurídico para pactar mecanismos alternativos para la solución de las controversias que llegasen a surgir con ocasión de un contrato estatal, el legislador colombiano estableció en la ley 80 de 1993 el deber de las autoridades de acordar los procedimientos necesarios para resolver de forma ágil las posibles controversias, en dicha norma se lee:

“Artículo 4: De los Derechos y Deberes de las Entidades Estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:

(...)

*9o. Actuarán de tal modo que por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Con este fin, en el menor tiempo posible, corregirán los desajustes que pudieren presentarse y **acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse.**”*

(Subrayas y negrillas intencionales).

Así las cosas, los Paneles de Expertos se presenta como un mecanismo absolutamente idóneo para cumplir con el deber del Estado de procurar una resolución pronta de los conflictos, garantizando el cumplimiento en la ejecución de las obras, lo que a su vez garantiza la consecución del bien común y el cumplimiento de los fines del Estado.

Por otro lado, respecto a la suscripción de los contratos de mandato y transacción por parte de las entidades públicas, se considera que la autorización legal para dicha celebración se encuentra en el citado artículo 32 de la ley 80 de 1993, que establece: *“De los Contratos Estatales: Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones*

que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad (...)”.

Para el caso particular del contrato de transacción, el artículo 68 de la ley 80 de 1993 consagra:

“Artículo 68.- De la Utilización de Mecanismos de Solución Directa de las Controversias Contractuales. Las entidades a que se refiere el artículo del presente Estatuto y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual.

*Para tal efecto, al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en esta ley y a la conciliación, amigable composición y **transacción**.*

Parágrafo.- Los actos administrativos contractuales podrán ser revocados en cualquier tiempo, siempre que sobre ellos no haya recaído sentencia ejecutoriada.” (Subrayas y negrillas intencionales).

En este punto es importante hacer alusión a la discusión que se ha suscitado en relación con la posibilidad que tienen o no las entidades estatales de acudir al mecanismo alternativo de la Amigable Composición, debido a las semejanzas que existen entre esta figura y los Paneles de expertos, de acuerdo a la siguiente definición de Amigable Composición:

*“Se trata de un mecanismo de solución de conflictos de tipo eminentemente contractual, por medio del cual las partes deciden **delegar en un tercero**, denominado amigable componedor, **la facultad de decidir, con fuerza vinculante entre ellas, el estado y la forma de cumplimiento de una relación jurídico sustancial susceptible de transacción**”.* (Sentencia T-017 de 2005). (Subrayas y negrillas intencionales).

La discusión se ha centrado en dos puntos: el primero de ellos en relación con la derogatoria de la norma de la ley 80 de 1993, que autorizaba su utilización por parte de las entidades estatales, por lo establecido en la ley 446 de 1998; y en segundo lugar respecto al alcance de la facultad de transigir de las entidades estatales, siendo este el punto que interesa en el presente documento por la contundencia de la posición asumida por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, que en concepto No. 1.952 del 13 de agosto de 2009, sostuvo:

“La Sala considera que la facultad que tienen las entidades estatales de transigir no es suficiente para permitirles acudir a la amigable composición, no sólo porque éste es un mecanismo público de solución de conflictos autónomo, sino porque las competencias en el derecho público deben ser expresas, con mayor razón cuando está de por medio la defensa del interés y el patrimonio público envuelto en los conflictos que se generan con la contratación estatal”.

Recientemente, el legislador colombiano dirimió el primer punto de la discusión jurisprudencial en relación con la vigencia o no de la ley 80 de 1993 en cuanto a la utilización de la amigable composición. Es así como en el artículo 59 de la ley 1563 de 2012, consagró:

*“**Artículo 59. Definición.** La amigable composición es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, por medio del cual, dos o más particulares, un particular y una o más entidades públicas, o varias entidades públicas, o quien desempeñe funciones administrativas, delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de definir, con fuerza vinculante para las partes, una controversia contractual de libre disposición.*

El amigable componedor podrá ser singular o plural.

La amigable composición podrá acordarse mediante cláusula contractual o contrato independiente.”.

Hoy en día, gracias a la norma citada, no existe discusión alguna en cuanto a la posibilidad legal de las entidades estatales de acudir a la amigable composición como mecanismo alternativo de solución de controversias. Igualmente, en reciente jurisprudencia del Consejo de Estado, se lee: “*Sin embargo, se advierte que, en concepto de 13 de agosto de 2009 – que esta Sala no comparte–, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado opinó que las entidades estatales no pueden acudir al mecanismo de la amigable composición.*” (Subrayas y negrillas intencionales) (Colombia, Consejo de Estado - Sección Tercera, 2013).

En relación con el segundo punto de la discusión se considera que si “*las competencias en el derecho público deben ser expresas*” y el legislador ha establecido, no sólo en la ley 80 de 1993, la posibilidad de las entidades estatales de acudir a los mecanismos alternativos de solución de controversias, con todo lo que ello implica, reiterándolo nuevamente en la reciente ley 1563 de 2012, no es aceptable que la interpretación de unos pocos, en un momento dado, restrinja el uso de estas importantes herramientas. De ahí que el problema con la utilización de la amigable composición en los contratos estatales, más que un tema de alcance de la facultad de transigir o no de dichas entidades, era un tema de vigencia de la norma que lo autoriza, pues el legislador al consagrar nuevamente la posibilidad de utilización de este medio en la ley 1563 de 2012, no hizo alusión, ni limitación alguna, a la facultad de transigir de las entidades estatales.

La inseguridad jurídica que generan este tipo de interpretaciones es uno de los elementos que se considera pueden obstaculizar la implementación de herramientas jurídicas tan útiles como los Paneles de Expertos en Colombia, como se concluirá mas adelante.

Finalmente, se considera que es el artículo 74 del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública el que consagra el fundamento jurídico para impulsar la implementación de los Paneles de Expertos como mecanismo alternativo de solución de controversias en los contratos estatales:

“Artículo 74º.- Del Arbitramento o Pericia Técnicos. Las partes podrán pactar que las diferencias de carácter exclusivamente técnico se sometan al criterio de expertos designados directamente por ellas o que se sometan al parecer de un organismo consultivo del Gobierno, al de una asociación profesional o a un centro docente universitario o de enseñanza superior. La decisión adoptada será definitiva.”.

En resumen, el pacto de procedimiento de Paneles de Expertos por parte de las entidades estatales en los contratos por ellas celebrados encuentra su fundamento jurídico tanto en las normas que consagran los deberes generales de la contratación pública, y en aquellas normas que las facultan para la utilización de mecanismos alternativos en la solución de sus controversias. Asimismo, la aplicación del postulado de la autonomía de la voluntad a las entidades del Estado, permite reforzar aún más el fundamento legal del pacto. Respecto a las dos herramientas fundamentales para el desarrollo del procedimiento, esto es, el contrato de mandato y de transacción, se concluye que ambos pueden ser celebrados por las entidades del Estado, teniendo en cuenta las limitaciones mencionadas.

3.4 Consideraciones en relación con la implementación de los Paneles de Expertos en Colombia:

El éxito en la implementación de la figura de los Paneles de Expertos en Colombia, dependerá, además del adecuado uso de los tres elementos descritos, de acatar los lineamientos utilizados exitosamente a nivel internacional, particularmente en relación con:

1. **Constitución del Panel:** La constitución del Panel, esto es, la designación de sus miembros, deberá ser un requisito para el inicio de la ejecución del contrato. Una vez se inicien las labores en el sitio de la obra, el Panel deberá estar debidamente integrado y presto a cumplir con su labores.
2. **Integración del Panel:** La calidad de los expertos designados por las partes es absolutamente fundamental para el éxito del procedimiento. Como se mencionó anteriormente, el cumplimiento de la decisión por las partes estará en gran parte condicionado a la confianza y respeto por quienes han adoptado la decisión. La designación de expertos internacionales, se considera sumamente provechosa para evitar la corrupción en el procedimiento.
3. **Visitas Regulares al Sitio de la Obra:** Al ser este un elemento fundamental y diferenciador de los Paneles de Expertos respecto de otros mecanismos alternativos de solución de controversias, su celebración se debe atender de forma rigurosa, es decir, cumpliendo con las fechas y cronograma establecido.
4. **Voluntad de las partes de adoptar la solución propuesta:** Si bien es un elemento que depende de las concepciones personales de cada ser humano, un cambio en la mentalidad litigiosa de los colombianos, permitirá un desarrollo más eficiente de las obras, con los evidentes beneficios para toda la sociedad.

3.5 Situación actual en Colombia de los Paneles de Expertos:

No obstante no existir en el país desarrollo académico o doctrinal alguno del procedimiento de Paneles de Expertos, no es una figura totalmente ajena al ordenamiento jurídico colombiano.

Es así como en el contrato de concesión 007 de 2010, celebrado entre el Instituto Nacional de Concesiones - INCO y YUMA Concesionaria S.A., del proyecto Vial Ruta Del Sol, en el Capítulo I, Parte General, Sección 1.01 *Definiciones*, se lee:

“(mmm)-Panel de Expertos”. Es el mecanismo de solución de conflictos previsto en el presente Contrato, al cual las Partes acuerdan acudir para dirimir aquellos conflictos que expresamente señala el presente Contrato. Los conflictos serán dirimidos por este panel, en los términos de la Sección 18.01 del presente Contrato.

(...)

CAPÍTULO XVIII

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

SECCIÓN 18.01. Panel de Expertos.

(a) Por la presente Sección, las Partes se comprometen a constituir un Panel de Expertos conforme al reglamento de la Cámara de Comercio Internacional relativo a los Dispute Boards (el "Reglamento"), el cual es considerado como parte integrante del presente Contrato. El Panel de Expertos se compone de tres (3) miembros que deberán cumplir cada uno con el siguiente perfil: (i) ser ingeniero civil graduado de universidades reconocidas en el país de grado del miembro; (ii) ser miembro de la sociedad colombiana de ingenieros o de la agremiación equivalente en el país donde ejerzan su profesión; (iii) contar con experiencia general de por lo menos veinte (20) años en estudios, proyectos y obras de carreteras, para estos efectos deberá haber sido el ingeniero responsable de la obra o el interventor de la misma; y (iv) deberá acreditar experiencia en construcción de vías y viaductos, para estos efectos deberá acreditar al menos dos (2) contratos donde haya

actuado como ingeniero responsable o interventor para vías y dos (2) de viaductos. Los expertos serán nombrados por las Partes de común acuerdo. El Panel de Expertos resolverá las desavenencias derivadas del presente Contrato que expresamente se señalan deben ser resueltas por dicho Panel de Expertos. Para cualquiera de estas desavenencias, el Panel de Expertos dictará una decisión de acuerdo con el Reglamento. Si una de las Partes no acata una decisión exigida de conformidad con el Reglamento, la otra Parte puede someter este incumplimiento a arbitraje en los términos de las Secciones 18.02 o 18.03 siguientes. Si una Parte notifica por escrito a la otra y al Panel de Expertos su desacuerdo con una decisión, según lo previsto en el Reglamento, la desavenencia será resuelta definitivamente mediante arbitramento. Los costos ordinarios de funcionamiento asociados al Panel de Expertos, tal como éstos se definen en el Reglamento serán asumidos por el Concesionario. Los costos adicionales a estos costos ordinarios en que deba incurrir el Panel de Expertos para tomar las decisiones que se sometan a su consideración, tales como la contratación de expertos adicionales, serán asumidos por la parte que resulte vencida en la decisión del Panel de Expertos y si no hubiere parte vencida, será asumida por mitades entre las Partes que participen en la solución de la controversia, a menos que en el presente Contrato se señale expresamente una distribución diferente. Si el INCO debe asumir costos adicionales a los costos ordinarios y por cuenta de su régimen presupuestal no puede efectuar el pago en el plazo señalado, el Concesionario pagará por cuenta del INCO y éste último le reconocerá la tasa de interés bancario corriente para créditos ordinarios sobre el valor pagado desde la fecha de pago por parte del Concesionario al Panel de Expertos o a quien éste indique hasta la fecha de pago del INCO. Las decisiones del Panel de Expertos solamente podrán recaer sobre aspectos técnicos. Los efectos de las decisiones del Panel del Expertos que llegaren a implicar modificaciones al presente Contrato o que impliquen la asunción por parte del INCO de sumas de dinero, deberán, para que tengan efectos, ser adoptadas en los términos y condiciones señalados en el presente Contrato y en la Ley Aplicable para la modificación del Contrato y/o para el reconocimiento por parte del INCO de sumas de dinero adicionales.

(...)

SECCIÓN 18.04. Continuidad en la Ejecución del Contrato. La intervención del Panel de Expertos o del Tribunal de Arbitramento no suspenderá la ejecución del Contrato, salvo en

aquellos casos en los cuales la ejecución dependa necesariamente de la solución de la controversia.”

Varios son los comentarios que merecen las cláusulas transcritas: En primer lugar, resulta desconcertante que a pesar de ser un tema que no ha recibido desarrollo alguno en el ámbito jurídico colombiano, sea utilizado y pactado en contratos tan importantes como el citado, sin embargo es de resaltar la intención de ambos contratistas por innovar y aprovechar las herramientas jurídicas que el derecho comparado ofrece para mejorar las practicas contractuales nacionales. Desafortunadamente no se tiene registro de la utilización práctica de los Paneles de Expertos en este caso en particular en el que fue pactado, no obstante ser de público conocimiento los inconvenientes que se han generado en la ejecución del contrato.

En segundo lugar, al analizar la cláusula en su integralidad, esto es, en cuanto a su redacción y contenido, se encuentra un modelo adecuado, que abarca la mayoría de los temas relevantes de forma precisa y clara. Al establecer el reglamento de la Cámara de Comercio Internacional relativo a los “*Dispute Boards*” como normas aplicables al procedimiento, su suplen algunas carencias que no se encuentran explícitas en la cláusula, como el momento para la designación de los expertos.

En suma, se considera que la existencia de este tipo de cláusulas, en las que se consagra el procedimiento de Paneles de Expertos para la solución de controversias en contratos de concesión viales tan importantes como el proyecto Vial Ruta del Sol y el contrato de concesión No. 008 de 2010, Proyecto Vial Transversal de las Américas – Concesionaria Vías de las Américas S.A.S., permite concluir que las entidades estatales si se encuentran

facultadas para pactar este tipo de mecanismos y que con un adecuado desarrollo puede constituir una herramienta sumamente eficiente para la solución de conflictos.

4. CONCLUSIONES

A lo largo de este documento se ha enfatizado en la importancia que para un ordenamiento jurídico implica contar con diversos mecanismos alternativos para la solución de controversias, porque, en palabras de la Corte Constitucional:

"La justicia estatal formal no siempre es efectiva, en especial cuando no se han previsto recursos judiciales idóneos y suficientes que faciliten la solución pacífica de los conflictos, o cuando la complejidad de los procedimientos o de las condiciones de tiempo, modo y lugar exigidas por el legislador restringen la capacidad de alcanzar el goce efectivo de los derechos cuya protección se busca al acudir a las instancias judiciales. Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos no representan una desconfianza hacia la justicia estatal formal, sino un reconocimiento de que procedimientos menos formales y alternativas de justicia autocompositiva complementan las opciones a las cuales pueden acudir las personas para resolver sus disputas". (Sentencia C-1195 de 2001).

En este sentido, el procedimiento de Paneles de Expertos se estructura como un mecanismo altamente eficiente y útil para el ordenamiento jurídico colombiano, no sólo por las ventajas y diferencias sobre otros mecanismos alternativos para la solución de controversias ya existentes, sino por el ámbito de aplicación preferente del mismo, esto es, el desarrollo de grandes obras de infraestructura, que se ha convertido en uno de los principales temas a promover y desarrollar por los recientes Gobiernos nacionales, que buscan impulsar el desarrollo económico y social del país a través de la construcción de grandes obras.

4.1 Ventajas:

En primer lugar, contar con un mecanismo de solución de controversias diferente a los existentes, le permite a los ciudadanos elegir, dentro de una amplia oferta, el mecanismo más idóneo para sus intereses, impulsando aún más la utilización de los mismos. Cabe recordar que *“un sistema de resolución de conflictos es eficiente cuando cuenta con numerosas instituciones y procedimientos que permitan prevenir o resolver las controversias de los asociados al menor costo posible tanto para las partes como para el mismo sistema”* (Cámara de Comercio de Bogotá, 2012).

En segundo lugar se debe mencionar que las características particulares de los Paneles de Expertos permiten obtener un procedimiento más eficiente, económico y satisfactorio: Eficiente en la medida en que la relación permanente de los expertos con la ejecución de las obras les permite tener tal claridad del desarrollo del proyecto, que al momento de solucionar un conflicto conocen los pormenores de la ejecución y en consecuencia pueden adoptar decisiones rápidas, con más elementos de juicio de los que podría tener una persona que conoce de la ejecución del proyecto por información de terceros y no de primera mano. Asimismo, la asistencia informal que hace parte del procedimiento, constituye una herramienta idónea para evitar el surgimiento de disputas o el escalamiento de las ya existentes a niveles de complejidad de difícil administración.

Económico en relación con el valor de los honorarios de los expertos, que si bien no fue un tema objeto de desarrollo en el presente documento, si existe una opinión generalizada de los autores de los textos consultados en cuanto al menor valor en comparación con lo que puede representar la constitución de un Tribunal de Arbitramento, o incluso el desgaste que implica un proceso judicial^{xviii}. Al mismo tiempo se reputa económico en el sentido que

garantiza la continuidad en la ejecución de las obras, evitando la suspensión de las mismas y los sobrecostos que evidentemente esto genera tanto monetarios, como el costo social para la población en general al no poder disfrutar a tiempo de las obras contratadas.

Y satisfactorio en cuanto a la calidad de la decisión adoptada, pues quienes la han tomado son expertos en la materia, por lo tanto la solución de los conflictos se espera sea la mejor.

Si bien es posible que no todas las controversias puedan ser resueltas por el Panel, es posible que con su intervención se reduzca el *“número o la importancia de las controversias que serán sometidas a arbitraje”*.

En relación con las ventajas de los Paneles de Expertos, en palabras de Antonio Crivellaro (2011):

“Por último, destaco el carácter simple y tal vez informal o coloquial del formato de las resoluciones de un board, sobre todo confrontadas con el formalismo y complejidad típicos de los laudos arbitrales. Las primeras son inteligibles a todos, mientras que los segundos tal vez requieren la lectura e interpretación de abogados especialistas. Ello se debe a que el lenguaje es diferente: a) lo que sirve al board es transmitir a las partes el contenido económico y técnico de su resolución, en un sentido práctico que sirve para la prosecución del contrato según los criterios dictados en la resolución; b) lo que interesa, en cambio, al Tribunal arbitral es motivar en hecho y derecho su propia decisión para asegurar la futura ejecución del laudo y protegerlo contra el riesgo de impugnaciones u oposiciones a su exequatur.”

En tercer lugar, es un mecanismo que garantiza el debido proceso en la medida en que permite a las partes exponer su posición frente a quienes han elegido para que resuelvan sus controversias, de acuerdo al procedimiento establecido y con la posibilidad de controvertir las pruebas y posiciones allegadas por la contraparte.

Finalmente, la posibilidad de utilizar herramientas existentes en el ordenamiento jurídico colombiano para la implementación y validación del procedimiento, se considera una gran ventaja, toda vez que evita tener que acudir al órgano legislativo, tantas veces ineficiente y entorpecedor en el aprovechamiento de instrumentos jurídicos proporcionados por el derecho comparado. Lo que se pretende es una solución más práctica, menos formal, que permita la utilización de los procedimientos de forma eficiente.

4.2 Discusiones y Retos de Implementación:

La implementación de nuevas herramientas en los ordenamientos jurídicos no siempre está precedida de éxitos y soluciones satisfactorias, la mayoría de las veces la práctica permite afianzar mejor la forma de utilizar estas herramientas y permite corregir los errores. Dentro de las discusiones que se han presentado respecto a la implementación de los Paneles de Expertos en el derecho comparado, Crivellaro (2011) afirma:

“Se discute si la simplicidad y celeridad del procedimiento pueda ser fuente de errores más frecuentes que en el arbitraje. La experiencia enseña que, si la composición del board es buena y si su Presidente es una figura eficiente y carismática, este riesgo se reduce. Tampoco son infalibles los árbitros, como muchos laudos lamentablemente demuestran. Hay también críticos que subrayan la inestabilidad del sistema, o sea, el hecho de que varias decisiones son impugnadas por una u otra parte, y tal vez por ambas, lo que obliga a las partes al doble recurso, primero al board y luego al arbitraje.”

Para la aplicación del procedimiento de Paneles de Expertos en Colombia, se han identificado varias situaciones que deberán superarse para lograr el éxito del procedimiento:

1. **Expertos:** Uno de los grandes retos de implementación en Colombia se relaciona con la calidad de los expertos, pues si bien se aconseja la designación de expertos internacionales para evitar la corrupción, también es necesario tener opciones nacionales para la designación. Se requieren más ingenieros con conocimientos en derecho y abogados con conocimientos en ingeniería. No obstante, es posible lograr un equilibrio mediante la designación de expertos en temas de ingeniería, como de derecho.
2. **Reglamento:** Hoy en día existen varios reglamentos internacionales que definen las reglas de procedimiento aplicables a los Paneles de Expertos, expedidos por diferentes organismos como la Cámara de Comercio Internacional, FIDIC, entre otros. Sin embargo, es deseable contar con un reglamento elaborado por alguna de las entidades que desarrollan y acompañan los procedimientos de mecanismos alternativos de solución de controversias como la Cámara de Comercio de Bogotá, la Cámara Colombiana de la Construcción – CAMACOL-, la Sociedad Colombiana de Ingenieros, o cualquier entidad que pueda estar interesada en impulsar un mecanismo tan valioso para el desarrollo eficiente de las obras de infraestructura del país. Adicionalmente, existe una norma jurídica que sustenta esta propuesta, a saber:

“Artículo 73º.- De la Colaboración de las Asociaciones de Profesionales y de las Cámaras de Comercio. Podrá pactarse acudir a los centros de conciliación y arbitramento institucional de las asociaciones profesionales, gremiales y de las cámaras de comercio para que diriman las controversias surgidas del contrato.” (Ley 80 de 1993).

3. **Inseguridad Jurídica:** Como se mencionó, esta es una situación que afecta enormemente la aplicación de muchas figuras jurídicas en el país. El cambio constante en las interpretaciones normativas genera incertidumbre frente a la aplicación de determinados instrumentos. Si bien es un problema que se sale del control de quienes están interesados en utilizar determinado mecanismo, se considera que una adecuada proyección de las situaciones de riesgo y la claridad en la determinación previa de las normas de procedimiento puede disminuir el impacto que dichos cambios interpretativos puedan ocasionar.

Finalmente:

“No se olvide que el derecho colombiano tiene una cultura de litigio muy arraigada y es común que las partes no siempre estén dadas a solucionar sus conflictos por medio de mecanismos distintos al proceso judicial.

Ejemplo de lo anterior es que, pese a las ventajas que reviste la utilización de los MASC y pese a los instrumentos jurídicos que se han utilizado para su promoción, en muchas ocasiones el Estado prefiere enfrentar costosos y demorados procesos judiciales, en lugar de obtener ahorros importantes en la solución de los conflictos.

De acuerdo con los resultados de la investigación realizada, se puede concluir que esta situación obedece a dos factores principales: 1. El desconocimiento que aun existe de los MASC y de las ventajas de su aplicación y 2. La falta de estrategias reales que permitan potencializar las medidas legislativas que se han desarrollado en torno a la promoción de estos mecanismos.” (Colombia - Ministerio del Interior de Colombia, S.f, p. 9).

El procedimiento de Paneles de Expertos es un tema que hasta ahora se empieza a desarrollar en el ordenamiento jurídico colombiano, luego son diversas las dudas, inquietudes y retos de implementación que surgen. El presente documento es una aproximación inicial al desarrollo del tema, que sin duda alguna puede llegar a ser

ampliamente provechoso para la etapa de grandes desarrollos en materia de infraestructura que atraviesa Colombia. Esta es una gran oportunidad de desarrollo y proyección hacia el futuro. Teniendo en cuenta los recientes acontecimientos en la ejecución de las obras, en las que la dilación en su ejecución han acarreado costos sociales y económicos inimaginables para toda la población, se hace ineludible considerar un mecanismo de solución de controversias que reúna las herramientas necesarias para resolver los diferendos, procurando siempre el cumplimiento del contrato y la ejecución de las obras dentro de los términos establecidos en el mismo.

Igualmente, se debe tener en cuenta que los posibles conflictos deben ser resueltos por personas idóneas, con conocimientos profundos en cada uno de los temas, pues con frecuencia se observan los inconvenientes que este tipo de contratos traen a los diversos operadores jurídicos dado los aspectos técnicos objeto de controversia. Como bien se ha plasmado en la Constitución Política el interés general debe primar y la ejecución oportuna de obras civiles, por regla general, repercute en el incremento del bienestar de la población que es el objetivo final de las mismas. *“Los mecanismos alternativos deben considerarse como parte de la cultura de una sociedad y como una imperiosa necesidad de participar en la determinación constructiva de nuestro propio destino y de una nueva noción de realidad pacífica, tolerante y participativa”* (Cámara de Comercio de Bogotá, 2012)

Fortalecer el uso de mecanismos alternativos de solución de controversias en Colombia debería convertirse en una Política de Estado, en la que sea este el principal promotor e impulsor de las soluciones concertadas, propiciando así un ambiente más favorable para la inclusión de nuevos mecanismos.

5. BIBLIOGRAFIA

Cairns, D. y Madalena I. (2006), "El Reglamento de la ICC Relativo a los "Dispute Boards" [en línea], disponible en: <http://www.cremades.com/es/publicaciones/el-reglamento-de-la-icc-relativo-a-los-dispute-boards/>, recuperado: 17 de enero de 2014.

Cámara de Comercio de Bogotá (2012), *Cartilla Diplomado en Litigio Arbitral*, Bogotá.

Cámara de Comercio Internacional (2004), *Reglamento Relativo a los Dispute Boards*. París, Francia.

Chapman, P. (2012), "Dispute Boards for Major Infrastructure Projects", Conferencia *El uso de paneles de expertos para evitar o resolver disputas*, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá.

Chemás Jaramillo, J. E. (S.f), "Restricciones al Acceso a la Justicia Arbitral en Contratos Estatales" [en línea], disponible en: <http://portal.uexternado.edu.co/pdf/Derecho/Revista%20Digital%20de%20Derecho%20Administrativo/Subir%20aqu%C3%83%C2%AD%20los%20documentos%20para%20descargar/Jorge%20Eduardo%20Chem%C3%83%C2%A1s%20Jaramillo.pdf>, recuperado: 12 de noviembre de 2013.

Chern, C. (2008), *Chern on Dispute Boards*, Oxford, UK, Blackwell.

Chern, C. (2013), "The Role of Dispute Boards in Construction, Benefits without Burden.", Londres.

Colombia, (2013), Constitución Política, Bogotá, Legis.

Colombia, Congreso Nacional de la República (1887, 15 de abril), "Ley 57 de 1887, sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional, Código Civil", Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la República (1993, 28 de octubre), "Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública", en *Diario Oficial*, núm. 41.094, 28 de octubre de 1993, Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la República (1996, 7 de marzo), "Ley 270 del 7 de marzo de 1996, por medio de la cual se expide la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia", en *Diario Oficial*, núm. 42.745, 15 de marzo de 1996, Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la República (2011, 18 de enero), "Ley 1437 del 18 de enero de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo", en *Diario Oficial*, núm. 47.956, 18 de enero de 2011, Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la República (2012, 12 de julio), "Ley 1563 del 12 de julio de 2012, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones", en *Diario Oficial*, núm. 48.489, 12 de julio de 2012, Bogotá.

Colombia, Presidencia de la República (1970, 6 de agosto), "Decreto número 1400 del 6 de agosto de 1970, por el cual se expide el Código de Procedimiento Civil", en *Diario Oficial*, núm. 33.150, 21 de septiembre de 1970, Bogotá.

Colombia, Presidencia de la República (1998, 7 de septiembre), "Decreto número

1818 del 7 de septiembre de 1998, por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos", en *Diario Oficial*, núm. 43.380, 7 de septiembre de 1998, Bogotá.

Colombia, Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil, (2009, agosto), Concepto No. 1.952. Bogotá.

Colombia, Consejo de Estado - Sección Tercera, (2013, abril), Sentencia C. P.: Zambrano Barrera, C. A., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2000, octubre), Sentencia (C-1436), M. P.: Beltrán Sierra, A., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2001, enero), Sentencia (C-098), M. P.: Sáchica Méndez, M. V., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2001, Agosto), Sentencia (C-893), M. P.: Vargas Hernández, C. I., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2001, noviembre), Sentencia (C-1195). M. P.: Cepeda Espinosa, M. J. y Monroy Cabra, M. G. Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2005, enero), Sentencia (T-017), M. P.: Escobar Gil, R. Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2008, diciembre), Sentencia (C-1194), M. P.: Monroy Cabra, M.G., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2010, enero), Sentencia (C-014), M. P.: González Cuervo, M., Bogotá.

- Colombia, Corte Constitucional (2011, marzo), Sentencia (C-186), M. P.: Sierra Porto, H.A., Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional (2012, mayo), Sentencia (C-330), M. P.: Sierra Porto, H.A., Bogotá.
- Colombia, Ministerio del Interior (S.f), "Proyecto de Fortalecimiento Institucional del Sistema de Gestión Jurídica Estatal. [documento de trabajo].
- Crivellaro, A. (2011, septiembre). "El Dispute Board o "Comisión para la resolución de controversias": ¿un útil mecanismo pre-arbitral?", en *Spain Arbitration Review - Revista del Club de Arbitraje* [en línea], disponible en <http://www.kluwerarbitration.com>, recuperado: 22 de Junio de 2013.
- Genton, P. M. (2011), "ICC Dispute Board Rules: Status and Perspectives of a Key Contribution to the Prevention of Disputes" en ICC, *ADR in Business: Practice and Issues across Countries and Cultures*, Países Bajos.
- González De Cossío, F. (S.f), "Efecto Legal de las Determinaciones de los Dispute Boards: un Comentario" [en línea], disponible en: <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/Efecto%20Legal%20Determinaciones%20Dispute%20Boards.pdf>, recuperado: 15 de enero de 2014.
- Gould, N. (2006), "Establishing Dispute Boards; Selecting, Nominating and Appointing Dispute Board Members" [en línea], disponible en <http://www.fenwickelliott.com/files/ADR%204%20-%20Establishing%20Dispute%20Boards.pdf>, recuperado el 22 de mayo de 2013.
- Gould, N. (2012), "Enforcing a Dispute Board's Decision: issues and considerations",

Introduction to International Adjudication - Conference (FIDIC Middle East Conference), Reino Unido.

Gómez Estrada, C. (2008), *De los principales contratos civiles*, Bogotá, Temis.

La Rota, M. E., Lalinde, S., y Uprimny, R. (2013), "Encuesta Nacional de Necesidades Jurídicas" [en línea], disponible en: <http://encuestaminjusticia.co/images/stories/Documentos/Entregable4-Informe-Final.pdf>, recuperado: octubre de 2013.

Paredes, G. (S.f), "Dispute Boards y Arbitraje en Construcción: ¿Compiteen o se complementan?" [en línea], disponible en: <http://crc.cfia.or.cr/wp-content/uploads/2013/11/ARTICULO-GUSTAVO-PAREDES.pdf>, recuperado: 16 de enero de 2014.

Quintanilla Madero, C. (2006, junio), "Introducción a los Dispute Boards", en Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio [en línea], núm. 50, disponible en <http://www.iccmex.mx/correos/2011/agosto/da2011/material/1/Pauta%2050.pdf>, recuperado: 16 de enero de 2014.

Singer, L. R. (1996), *Resolución de Conflictos*, Buenos Aires, Paidós Ibérica.

Smith, R.J. (2012), "Dispute Boards: A Checklist and FAQ's for Employers", Akerman Senterfitt LLP, Estados Unidos.

- "Lessons Learned: Suggestions to Help Ensure That the "D" in DB Doesn't Stand for "Dysfunctional", Senterfitt LLP, Estados Unidos.

Suárez Hernández, D. (S.f), "Medios Alternativos de Solución de Conflictos. Transacción,

Conciliación, Amigable Composición y Arbitramento" [en línea], disponible en: <http://www.icdp.co/revista/articulos/25/Daniel%20Suarez%20Hernandez.pdf>, recuperado: 8 de diciembre de 2013.

Suescún Melo, J. (2005), "La Aplicación del Postulado de la Autonomía de la Voluntad en la Contratación de las Entidades Estatales" en *Derecho Privado Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo*, Bogotá, Universidad de los Andes, Legis.

Vittone Dávila, A. (2010), *Mecanismos alternativos de solución de conflictos*, Bogotá, Grupo Editorial Ibañez.

Wöss, H. (2006, junio), "Panel de Adjudicación de Desavenencias "una retrospectiva"", en Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio [en línea], núm. 50, disponible en <http://www.iccmex.mx/correo/2011/agosto/da2011/material/1/Pauta%2050.pdf>, recuperado: 16 de enero de 2014.

NOTAS FINALES

ⁱ Traducción propia del termino usado a nivel mundial “Dispute Boards”.

ⁱⁱ Dispute boards provide a swift and economical resolution of disputes on construction and infrastructure projects thus allowing the work to proceed without any delay or increased costs. (Traducción propia)

ⁱⁱⁱ The significant difference between dispute boards and most other alternative dispute review techniques (and possibly the reason why dispute boards have had such success in recent years) is that the dispute board is appointed at the commencement of a Project *before* any disputes arise, and by undertaking regular visits to the site it is actively involved throughout the Project (and possibly any agreed period thereafter). (Traducción propia)

^{iv} (...) A DB could be considered as a flexible and informal advisory panel. In other words, before issuing a recommendation, the DB might be asked for general advice on any particular matter. The DB will then look at documents and/or visit the site as appropriate and, most usually, provide an informal oral recommendation which the parties may choose then to adopt. If the parties were not satisfied, the DB would proceed to the issue of a formal, albeit non-binding, written recommendation after following the formal procedure of Exchange of documents and a hearing. (Traducción propia)

^v If a party does express dissatisfaction with the recommendation within such time period, that party may submit the entire dispute to arbitration, if the parties have so agreed, or the courts. (...)

Pending a ruling by the arbitral tribunal or the court, the parties may voluntarily comply with the decision but are not bound to do so. (Traducción propia)

^{vi} A combined dispute board is sometimes a more palatable scenario instead of a straight dispute review board or a dispute adjudication board, particularly in situations where the parties are new to the dispute board concept. (Traducción propia)

^{vii} “However, the contract cannot be considered in isolation. The substantive law of the contract will establish the ground rules for the interpretation of the contract and, in particular, its dispute resolution procedure. (pag.10) (Traducción propia)

^{viii} The usual provisions required the parties to agree the identity of the board within a limited time, and then provide a default appointing mechanism where the parties cannot agree upon the identity of a member or indeed the entire dispute board. (Traducción propia)

^{ix} Under the Channel Tunnel Rail Link Project, a US\$5 billion concession Project in the UK on which construction started in October 1998, two panels were established: a technical panel comprising engineers (who would give decisions on the construction related disputes) and a finance panel (who would give decisions on dispute concerning the financial provisions of the concession agreement). (Traducción propia)

^x In construction projects the majority of issues brought to the attention of a dispute review board have a technical content. In such cases, a member with little or no understanding of such matters may fail to appreciate the extent of the dispute and may thus be unable to contribute to the proceedings. Additionally, members need to be well versed in contract administration and confident in their ability to understand and interpret contractual provisions. (Traducción propia)

^{xi} The general obligations of a member of the DAB are quite extensive. Clause 4 requires that a member shall: Have no financial interest or otherwise in the Employer, the Contractor or the Engineer; Not previously have been employed as a Consultant by the Employer, Contractor or Engineer (unless disclosed); Have disclosed in writing any professional or personal relationship; Not during the duration of the DAB be employed by the Employer, Contractor or Engineer; Comply with the procedural rules (see below); Not give advice to either party; Not whilst acting as a DAB member entertain any discussions with either party about potential employment with them; Ensure availability for a site visit and hearings; Become conversant with the Contract and the progress of the works; Keep all details of the Contract and the DAB's activities and hearings private and confidential; and be available to give advice and opinions if and when required by the Employer and Contractor. (Traducción propia)

^{xii} On most of the projects a DAB will comprise three persons. If that is the case, then each party is to nominate one member for approval by the other. The parties are then mutually agree upon a third member who is to become the chairman. (Traducción propia)

^{xiii} (...) Or more commonly propose three potential members allowing the other party to select one. Once two members have been selected, it is then more common for those members to identify and agree upon (with the agreement of the parties) a third member. (Traducción propia)

^{xiv} Practical experience dictates that the more control maintained by the chair the more efficient the process becomes. (Traducción propia)

^{xv} Use of expert witnesses is unusual as the dispute review board members are themselves construction professionals who bring wide experience to the Project. However, party experts are not unknown in dispute review board proceedings and may, in certain circumstances, add value. (Traducción propia)

^{xvi} The dispute board members are free to ask any questions they deem necessary, to review any documentation, whether at the hearing or not, to be shown items at the site, to have things uncovered if necessary to make the determination and to order the witnesses for the best advantage of the dispute board not the parties. (Traducción propia)

^{xvii} Indeed the only time arbitration (or court) comes into play is when one party or the other does not accept a Decision of a Dispute Adjudication Board. When this occurs the unhappy can file a Notice of Dissatisfaction, which results in the Decision having to go to Arbitration – though the Decision unless changed by any subsequent award is binding on the parties until that event occurs –which generally means payment is due and payable and enforceable as such till then. Statistics again show that in the past 20 years the number of Decisions overturned in arbitration amount to less than a handful mostly because the Dispute Adjudication Board Decision, having been made by experienced and extremely knowledgeable construction experts can and is used in any subsequent proceedings as evidence of what happened and functions as an “expert’s report” on the issues presented. (Traducción propia)

^{xviii} El costo total de un Standing Board, aun en el caso que haya actuado en proyectos de cuatro o cinco años, puede resultar sensiblemente inferior al costo global de un largo y complejo arbitraje.