

CARACTERÍSTICAS Y FUNCIONAMIENTO DEL ARBITRAJE DE CONSTRUCCIÓN EN CHILE: LOS CAMBIOS NECESARIOS

ELINA MEREMINSKAYA

Miembro del Consejo Directivo del CAM Santiago
Socia de Wagemann Abogados & Ingenieros

Santiago de Chile
Junio 2019

INTRODUCCIÓN

Según estadísticas recientes del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago (CAM Santiago), el rubro de la construcción es el que más concentra causas en materias de arbitraje. Un 21% del total de causas recibidas por el Centro corresponde a este ámbito. Le sigue un sector estrechamente relacionado a la construcción, el inmobiliario, con un 20%; luego arriendos con un 16% y otras materias asociadas a temas societarios y de energía y minería con porcentajes menores. Estas cifras muestran la relevancia de este ámbito de disputas para el CAM, y con ello también señalan la necesidad de indagar cuál es la perspectiva de los usuarios del sistema, los problemas a los que se enfrentan y los niveles de satisfacción con el servicio entregado.

Los arbitrajes del rubro de la construcción tienen ciertas características específicas, tales como i) una alta complejidad técnica de la materia objeto de la controversia, lo que incide en el uso recurrente de peritajes; ii) la necesidad de procesar abultados volúmenes de prueba documental, cuestión que demanda alta inversión de tiempo en la comprensión, construcción y planteamiento de los casos; y iii) una extensa duración de los procesos, tanto por la complejidad técnica de ellos como por la cantidad de documentos. Consecuentemente, esto lleva a que aumenten los costos en que incurren las partes, como también a que el usuario final, la empresa, perciba el proceso como ineficaz (sin resultados pronto esperados) e ineficiente (sin correlación entre gasto, tiempo invertido y logro de objetivos).

Teniendo esto en consideración, es apropiado realizar un levantamiento de la opinión de los usuarios acerca de los potenciales problemas existentes en el arbitraje de construcción y las posibles soluciones a las situaciones presentadas con el fin de determinar si existe necesidad de mejoras en este ámbito.

Para estos efectos, en el mes de diciembre de 2017 se organizó un grupo de trabajo compuesto por algunos de los miembros de Árbitros Jóvenes del CAM Santiago, a saber, Francisco Blavi Aros, Juan Diego Rabat Celis, Felipe Correa Molina, Cristóbal Leighton Rengifo, José Tomás Bulnes León, Carolina Alcalde Ross, Felipe Leiva Fadic, Jaime Puyol Crespo, Karen Milinarsky Litvak y Gerardo Ovalle Mahns. El grupo fue liderado por la Consejera del CAM, señora Elina Mereminskaya, con el apoyo de los abogados del Centro Jazmina Santibáñez y Nicolás Alba.

A partir de las discusiones de este grupo, se diseñó un cuestionario de 16 ítems, el que incluye 3 preguntas de caracterización de los encuestados y 13 preguntas sobre el proceso general de los arbitrajes de construcción, sus dificultades y posibles soluciones. Las tres preguntas de caracterización refieren a las diferencias de rol de los encuestados (árbitros o abogados de parte), sus años de experiencia en materias de construcción, y la cantidad de arbitrajes de construcción en los que han participado. Estas preguntas funcionan como hipótesis de trabajo en tanto se espera que ellas entreguen luces acerca de las diferencias de opinión según distintas posiciones de observación en los procesos arbitrales en materias de construcción. Estas preguntas abren, por tanto, la posibilidad de discusión de los resultados descriptivos obtenidos con las 13 preguntas restantes. A su vez, las 13 preguntas restantes pueden ser divididas del siguiente modo: sobre la naturaleza del arbitraje (preguntas 1 a 4), no en el sentido de la naturaleza jurídica, sino de características de esencia; sobre la figura del perito (preguntas 5 a 8); sobre las condiciones generales de funcionamiento del arbitraje de construcción (preguntas 9 a 13).

Una vez preparado el cuestionario y concordado con la Directora Ejecutiva del CAM Santiago, señora Macarena Letelier, este fue enviado a través del sistema Survio a una base de datos generada por el CAM Santiago. Esta base de datos contiene 116 direcciones de correo electrónico de abogados y árbitros que han participado en los arbitrajes del Centro. Hasta la fecha de cierre de la encuesta (27 de abril de 2018) se recibieron 85 respuestas válidas.

Los resultados obtenidos fueron procesados digitalmente e incorporados al programa Excel por la doctora en sociología y profesora de la Universidad Alberto Hurtado Gabriela Azócar. Después de ello, las respuestas fueron analizadas por los miembros del grupo de trabajo, culminando con la redacción final del presente Informe a cargo de Elina Mereminskaya, con la colaboración del Investigador Senior del Centro de Estudios Públicos y profesor de la Universidad Adolfo Ibáñez Dr.rer.soc. Aldo Mascareño.

En las páginas que siguen presentamos los principales resultados del estudio, desarrollamos un análisis descriptivo de los datos obtenidos y realizamos una discusión de los resultados obtenidos en base a las tres preguntas de caracterización de los encuestados y los resultados parciales de las preguntas descriptivas. Analizamos, inicialmente, cada pregunta por separado, para luego establecer algunas sugerencias a partir de los datos. Una conclusión sustantiva cierra el informe.

ANÁLISIS DE RESULTADOS Y DISCUSIÓN

En esta sección presentamos los resultados de la encuesta realizada a los agentes principales del arbitraje de construcción en Chile. Paralelamente, discutimos estos resultados y obtenemos conclusiones intermedias que luego son puestas en relación en la sección de Conclusiones.

Sobre la naturaleza del arbitraje de construcción

PREGUNTA 1: Experiencia en los arbitrajes de construcción

1. La pregunta formulada

El objetivo de esta pregunta es evaluar el nivel de satisfacción de los encuestados con la solución al conflicto en los arbitrajes de construcción en los que se ha participado.

2. La forma en que fue contestada

Se solicitó a los encuestados seleccionar una alternativa entre las opciones: experiencia 'muy insatisfactoria', 'insatisfactoria', 'satisfactoria' y 'muy satisfactoria'. Esta es una modalidad típica en encuestas de opinión. Se le conoce en términos generales como escala Likert. No se ofrece alternativa intermedia (por ejemplo, 'ni satisfactoria ni insatisfactoria') para motivar la decisión del entrevistado a seleccionar una alternativa significativa. También se excluyen alternativas del tipo 'no sabe/no responde' por la misma razón.

3. Si existe una respuesta que predomine

Del total de encuestados, un 1% califica la experiencia como muy insatisfactoria; un 13% señala haber tenido una experiencia insatisfactoria; un 74% estima que la experiencia fue satisfactoria; y un 12% señala que fue una experiencia muy satisfactoria.

4. Tendencia

Al sumar las respuestas que califican la experiencia como 'satisfactoria' y 'muy satisfactoria', se obtiene que un 86% de los encuestados se encuentra satisfecho con su experiencia en el arbitraje de construcción.

5. ¿Cómo varían los resultados cuando se cruzan con las preguntas generales 1 (el rol habitual), 2 (experiencia profesional) y 3 (cantidad de arbitrajes de construcción) en las que se caracteriza a los encuestados? Discusión

Al realizar un análisis según roles, se observan una mantención de la tendencia general, pero también ciertas diferencias significativas. El 100% de árbitros y 77% de los abogados señalan haber tenido una experiencia satisfactoria o muy satisfactoria en los arbitrajes del CAM, con un

82% de satisfacción en promedio para ambos roles. Esto indica que mientras los árbitros están por completo satisfechos, un 23% de los abogados de parte se encuentran muy insatisfechos o insatisfechos con la solución al conflicto en arbitrajes de construcción. El 23% de insatisfacción de los abogados es cercano al doble del nivel de insatisfacción considerando el total de los encuestados (14%). A su vez, la categoría 'muy satisfecho' obtiene un mayor nivel de respuesta entre los árbitros (24%) y cae a 6% entre los abogados. Todo ello apunta a un problema principalmente con los abogados antes que con los árbitros.

No obstante lo anterior, cuando se observan los años de experiencia profesional (menos de 5; 5 a 15; 16 a 30; más de 30), el nivel de satisfacción va en aumento. Para la primera categoría, la experiencia es satisfactoria o muy satisfactoria en un 75%; para la segunda (5 a 15), el porcentaje llega a un 71%; para el nivel de experiencia medio-alto (16 a 30), la satisfacción llega al 88%; y para la categoría 'más de 30 años', la experiencia ha sido satisfactoria o muy satisfactoria en un 93%. Esto puede significar dos cosas: a) que su experiencia profesional va en aumento, con lo cual logran mejores resultados, o b) que los profesionales (especialmente abogados) tienen menores expectativas sobre la solución al conflicto en arbitraje con el paso de los años.

Interesante es el caso de los profesionales que tienen experiencia de 5 a 15 años en el ejercicio (esto es un nivel medio bajo). Estos son los que presentan mayores niveles de insatisfacción: 30% de ellos están insatisfechos o muy insatisfechos. Esto indica que en los primeros años de experiencia se está más abierto a la decepción; luego, cuando esta experiencia se incrementa (16 a 30 años), la insatisfacción disminuye a niveles mínimos (11%).

En términos generales, profesionales de 5 a 15 años de experiencia han tenido entre 5 a 10 casos. Este grupo tiene un nivel de insatisfacción del 10%, el menor en las tres categorías investigadas y a la vez son los que muestran mayores niveles de satisfacción (89%) (en 1 a 4 casos la insatisfacción alcanza al 15% y la satisfacción a 86%; en más de 10 la insatisfacción llega al 17% y la satisfacción al 83%). Ello parece indicar que frente a las alternativas presentadas más arriba, no es que los profesionales bajen sus expectativas a medida que tienen más experiencia, sino que más bien se produce un *trade off* entre cantidad de casos y aumento de experiencia, en el sentido que, a mayor cantidad de casos, los casos de experiencia negativa quedan integrados en un número mayor de situaciones en los que la experiencia ha sido positiva.

6. En el caso de los comentarios, si existen los comentarios que se repiten y si hay una tendencia en ellos

N/A

7. Conclusiones

- El porcentaje total de satisfacción, uniendo experiencia satisfactoria con muy satisfactoria, es superior al 80%.

- Los niveles de satisfacción entre los abogados de partes son significativamente inferiores a la satisfacción de los árbitros. Destaca el nivel de insatisfacción de 23% entre los primeros y la ausencia de respuestas en las que la experiencia haya sido insatisfactoria o muy insatisfactoria entre los árbitros.
- El nivel de satisfacción baja también levemente cuando se trata de encuestados con una trayectoria profesional más breve (entre 5 a 15 años) y con menor exposición a los arbitrajes de construcción.
- Es necesario profundizar en la experiencia de los abogados en arbitrajes de construcción. Por cierto, una parte de la insatisfacción de los abogados puede estar relacionada con resultados desfavorables en el arbitraje, pero buena parte de ella se debe asociar con el servicio que presta el CAM Santiago en este contexto, y con la labor de los árbitros del Centro. Ello hace necesario indagar más cualitativamente en las razones de insatisfacción.
- Parece de interés también rescatar con mayor profundidad la experiencia de buenas prácticas que desarrolla el CAM Santiago en relación con los árbitros. Si ninguno de ellos manifestó insatisfacción con los procedimientos es porque existen ciertos modos que sostienen buenas prácticas en el proceso de arbitraje. Esto debe ser sistematizado y presentado como un logro por la institución. Es un activo que puede funcionar como ejemplo (transferencia tecnológica) para instituciones similares en Chile y el extranjero.

PREGUNTA 2: Particularidades del arbitraje de construcción

1. La pregunta formulada

Se preguntó la opinión de los encuestados sobre los eventuales rasgos específicos de los arbitrajes de construcción.

2. La forma en que fue contestada

Se solicitó clasificar las siguientes opciones: el arbitraje de construcción, i) no tienen diferencias con respecto a arbitrajes en otras áreas; ii) requiere de procedimientos específicos para esta materia; y iii) existe la necesidad de contar con listas de árbitros especializados.

3. Si existe una respuesta que predomine

La opinión que concentró las preferencias es la necesidad de contar con listas de árbitros especializados (40%). En el segundo lugar se ubica la opción que indica que no existirían características específicas del arbitraje de construcción (38%), quedando en tercer lugar la solución que propone crear un procedimiento específico (22%).

4. Tendencia

Ninguna respuesta supera el 50% de los votos totales. Sin embargo, las opciones que buscan introducir mejoras (la segunda y la tercera) suman en total el 62% de las preferencias. Las respuestas ofrecidas a los encuestados tienen un alcance distinto con el fin de explorar la línea de acción primaria o descartar la necesidad de cualquier acción. Sobre la base de lo anterior, es posible concluir que se requiere ofrecer una solución específica a los arbitrajes de construcción. Esto implica la mejora del procedimiento a aplicar y la generación de listas de árbitros especialistas, alternativas predominantes con respecto a la opción de mantener el *status quo*.

5. ¿Cómo varían los resultados cuando se cruzan con las preguntas generales de la encuesta 1 (el rol habitual), 2 (experiencia profesional) y 3 (cantidad de arbitrajes de construcción) en las que se caracterizan los encuestados? Discusión

Quienes se desempeñan principalmente como árbitros, consideran que los arbitrajes de construcción no tienen diferencias significativas con otros arbitrajes (59%). En esta línea se ubican también quienes actúan en ambos roles (50%). Por el contrario, tan solo el 12% de los abogados de parte sostiene esta opinión. En los abogados, la opción preferida es la de contar con árbitros especializados (62%), y en segundo lugar aparecen los procedimientos específicos en materia de construcción (24%).

Esto puede explicar en parte los niveles de insatisfacción de los abogados en la pregunta anterior. El problema para ellos parece ser doble. Por un lado, la principal fuente de insatisfacción se debe a experiencias con los árbitros con los cuales han tenido experiencia

(seguramente negativa). Los abogados parecen juzgar que los árbitros carecen de conocimiento técnico en materias de construcción y por ello se requeriría de árbitros especializados. Pero no es esta la única fuente de insatisfacción. El 24% que alcanza la opción por procedimientos específicos en materia de construcción, indica también que se requiere un desarrollo de conocimiento en este ámbito que pueda plasmarse en un tipo de organización del trabajo particular que reduzca la complejidad de las materias y los procesos.

Interesante es que son los abogados de parte los que ven estas necesidades, no los árbitros actuales. Como se ha dicho más arriba, el 59% de los árbitros opina que no hay diferencias entre arbitrajes de construcción y otros rubros. Es decir, ellos no logran ver las características centrales del arbitraje de construcción que resumimos en la Introducción –i.e., la complejidad de las materias tratadas, la inversión de tiempo y dinero en el proceso de arbitraje, la cantidad de información documental de prueba, entre otras. Para los árbitros, además, la opción de procedimientos específicos y listas de árbitros especializados solo alcanzan a un 17% y a un 21% respectivamente (aun cuando la opción de procedimientos específicos es mencionada en primer lugar por el 62% de los abogados).

Lo anterior es consistente con el hecho que, a medida que aumenta la experiencia en el ejercicio profesional, se considere con mayor fuerza que el arbitraje de construcción no tiene diferencias con otras áreas (55% más de 30 años, 34% 16 a 30, 18% 5 a 15). Esto puede tener como base un tipo de conducta aprendida especialmente por parte de árbitros mayores no especializados en construcción. Esta conducta podría entenderse del modo siguiente: ‘a pesar de no ser especialista, mis casos se resuelven, lo que muestra que el arbitraje de construcción no tiene rasgos particulares.’ Esa hipótesis es posible dado que los ‘expertos’ tienden a valorar su ‘expertise’ y atribuirlo a su experiencia extraordinaria. Una formulación de este tipo sería también consistente con la insatisfacción de los abogados de parte con algunos árbitros. Asimismo, el porcentaje de opiniones que favorecen la opción por las listas de árbitros especializados decrece a medida que aumenta la experiencia (59% 5 a 15, 40% 16 a 30, 28% más de 30 años de experiencia). Esto hace ver también la conciencia de autoprotección de los árbitros actuales e introduce la necesidad por parte del CAM Santiago de renovarlos o nombrar nuevos periódicamente.

La preferencia por procedimientos específicos en materias de arbitraje de construcción es oscilante en relación con los años de experiencia (25% menos de 5; 18% 5 a 15; 26% 16 a 30; 14% más de 30). No hay aquí una tendencia clara. Preocupante es, en todo caso, que gente con menos años de experiencia (5 a 15 años) y, por tanto más joven, tenga un porcentaje bajo similar al de los de experiencia de 30 años y más (14%). Esto puede indicar que los más jóvenes a) adoptan patrones de conducta y opinión de los profesionales con más experiencia para imitar sus dinámicas, o b) no logran ver aún la especificidad de las materias de arbitraje de construcción.

A juzgar por los resultados anteriores y los relativos a este ítem, la opción parece ser más bien la segunda. Como se ha sostenido, la preferencia por procedimientos específicos en materias de construcción es de 14% entre quienes tienen una experiencia entre mayor a 30 años. Esto

también podría constatarse evaluando por el número de casos. No hay aquí una tendencia clara. Sin embargo, un resultado que se mantiene con una persistencia mayor a otros es el de los procedimientos específicos en materias de arbitraje. Este se sostiene alrededor de su promedio para los tres tramos (19% 1 a 4 casos; 21% 5 a 10; 21% más de 10). Como hemos señalado, la opción por procedimientos específicos es la que menos preferencias concita entre las tres opciones. No obstante, su persistencia y baja oscilación en relación con el número de casos indica que es una preferencia robusta del sistema en general, y no una preferencia asociada a algún actor específico en una posición particular. El CAM Santiago, por tanto, no debiera entender la necesidad de procedimientos en construcción como 'la tercera opción', sino más bien como la base de cambios más específicos, de menor envergadura, y más fáciles de implementar, tales como la lista de árbitros especializados –la que de cualquier modo concita el 40% de las preferencias sobre el total, más incluso que la opción que sostiene la ausencia de diferencias entre el arbitraje de construcción y el arbitraje en otras áreas.

6. Comentarios

Se recibieron 23 comentarios. Entre los comentarios destacan referencias a las capacidades del tribunal (árbitros especializados y con mayores capacidades en 4 comentarios); a los peritajes en el sentido de requerir listas de peritos; y a regular de mejor manera el peritaje o controlar su impacto sobre la decisión del tribunal arbitral (10 comentarios).

7. Conclusiones

- No existe una alternativa que obtenga el voto favorable de la mayor parte (50%) de los encuestados. Sin embargo, la minoría de 38% considera que la respuesta más adecuada es que no existen diferencias entre los arbitrajes de construcción y otros tipos de arbitraje. La mayoría correspondiente a 62% se divide entre buscar la solución a través de listas de árbitros o procedimientos especializados.
- Los resultados indican que existe una pugna entre, por un lado, los profesionales con mayor experiencia y que se desempeñan como árbitros y, por otro lado, los profesionales más jóvenes y con mayor participación como abogados de partes.
- El primer grupo tiende a negar el carácter específico de los arbitrajes de construcción y la necesidad de contar con listas de árbitros especializados. A su vez, el segundo grupo, marca una preferencia clara a favor de reconocer dicho carácter específico y de poder contar con listas de árbitros especializados. La brecha de preferencia por las listas es muy visible entre experiencia superior a 30 años (28%) en comparación con la experiencia entre 5 y 15 años (59%).
- Las preferencias por procedimientos específicos son similares entre los más jóvenes (menos de 5 años) y quienes tienen una carrera avanzada (16 a 30). En ambos casos los porcentajes alcanzan al 25%. Esto introduce una diferencia con los de más experiencia y más reacios al cambio, quienes prefieren esta alternativa solo en un 14%. De todos modos, las diferencias en este caso no llegan a mostrar la misma divergencia que en el caso de listas especializadas.

PREGUNTA 3: Problemas recurrentes en procedimiento de construcción

1. La pregunta formulada

Se solicitó a los encuestados ordenar, conforme a sus preferencias, los inconvenientes que consideran que afectan de manera recurrente los procedimientos arbitrales en materia de construcción.

2. La forma en que fue contestada

La interrogante fue resuelta por los encuestados en base a una clasificación de las siguientes opciones: i) su larga duración; ii) exceso de prueba documental; iii) falta de especialización de los árbitros; y iv) falta de peritos adecuados.

3. Respuesta predominante

Si bien ninguna de las opciones supera el 50% de las preferencias totales, el análisis de los resultados indica que la larga duración es el problema principal, con un 34% de preferencias de los entrevistados. Le sigue de cerca, con un 32%, el exceso de prueba documental. En tanto, un 20% de los encuestados optaron por la falta de especialización de los árbitros y un 14% por la falta de peritos adecuados.

4. Tendencia

Un 66% de los encuestados atribuye problemas a los rasgos propios del procedimiento, más que a peritos o árbitros. Al mismo tiempo, si bien no existe un vínculo estricto entre ambos factores, es posible ver su interrelación, es decir, la presentación de la prueba documental abundante genera también atrasos en las resoluciones del tribunal arbitral, alarga los plazos para la presentación de los escritos de las partes y extiende la duración de los peritajes.

5. ¿Cómo varían los resultados cuando se cruzan con las preguntas generales de la encuesta 1 (el rol habitual), 2 (experiencia profesional) y 3 (cantidad de arbitrajes de construcción) en las que se caracterizan los encuestados? Discusión

Según roles, la preferencia que predomina en el total de las respuestas ('larga duración' con un 34%) es escogida por un 38% de los árbitros y un 26% en el caso de los abogados. Quienes cumplen ambos papeles la eligen en un 41%. El mayor porcentaje de respuesta de árbitros sobre abogados en torno a la larga duración de los arbitrajes de construcción puede estar asociado a una creciente percepción de ineficiencia en la relación entre beneficios y costos a medida que pasa el tiempo. Los árbitros reciben su ingreso por un monto que no aumenta en el tiempo, su honorario; los abogados de parte a veces lo hacen por hora. Esto puede incidir en esa percepción diferenciada.

El contraste entre árbitros y abogados también es alto cuando se analiza la falta de especialización de los árbitros como uno de los problemas del arbitraje de construcción. Mientras que solo para un 7% de los árbitros esto constituye un problema, para los abogados lo es en un 41%. Este bajo porcentaje entre los árbitros evidencia una falta de capacidad reflexiva y autocrítica de ellos frente a su propio desempeño. Más aún, el 7% baja a 3% entre quienes tienen experiencia mayor a 30 años. Es decir, la capacidad de observar los propios puntos ciegos en materias de especialización de arbitraje de construcción es prácticamente nula. Una interpretación más optimista que se puede hacer es que los encuestados fueron todos árbitros especializados en construcción, con lo cual la falta de especialización no se les aplica. Paralelamente, la respuesta 'exceso de prueba' (con un 32% del total de las preferencias) es escogida por un 41% de los árbitros, siendo ésta su disconformidad principal.

Se observa un bajo porcentaje del inconveniente 'falta de peritos adecuados', opción que en esta pregunta se mantuvo dentro de los más bajos índices porcentuales en las distintas categorías, nunca superando más allá de la tercera preferencia en las respuestas (12% en abogados; 14% en árbitros). Esto por cierto no indica una escasa importancia de los peritos, sino que hace ver que los agentes fundamentales del sistema, árbitros y abogados de parte, no parecen reconocer suficientemente la colaboración que les puede prestar el perito para procesar la complejidad de los casos de construcción y reducir los tiempos en que se llevan a cabo los procedimientos. Se observa como un actor secundario del sistema, como un técnico que aportará al fondo de la controversia de manera marginal. Por el contrario, si las características centrales del arbitraje de construcción son su dificultad técnica, el alto volumen de pruebas, y el tiempo que el procesamiento de todo ello implica, entonces el perito debiera ser un colaborador permanente del sistema, pues es él el que tiene la experticia suficiente para traducir el conocimiento técnico en una comunicación comprensible para árbitros y abogados y reducir los tiempos invertidos. Volvemos sobre este tema más adelante con preguntas específicas sobre el perito y su labor.

Al analizar según años de experiencia se observan los siguientes aspectos destacables: a) la larga duración de los arbitrajes tiene escasa varianza por años de experiencia, es decir, sus porcentajes se mantienen sin alejarse mucho del promedio general de 34%, especialmente desde los que tienen más de 5 años de experiencia hasta los de más de 30; b) al contrario, en el exceso de pruebas, la varianza es alta. La opción tiene un alto peso (50%) entre los más jóvenes (menos de 5 años), luego baja entre los de experiencia media (a 18% y 29%), y vuelve a subir al 41% entre los de más de 30 años de experiencia; c) en relación con la falta de especialización, llama la atención (como ya lo destacamos) que solo un 3% de los profesionales de más de 30 años de experiencia creen que falta especialización en los árbitros. Ya hemos comentado la clausura de esta autopercepción; d) finalmente, hemos indicado el escaso reconocimiento de la importancia de los peritos. Esto es un hecho para todos los tramos de experiencia. Sin embargo, mientras aquellos con menos de 5 años de experiencia no asignan ningún valor a los peritos (0%), en el tramo de 5 a 15 años el porcentaje sube a 6%, y en el 16 a 30 y 30 y más, asciende a 17%. Esto hace ver al menos que, a medida que se incrementan los años de experiencia, la presencia del perito se comienza a reconocer como algo más relevante.

En relación con las respuestas de aquellos encuestados que marcaron como preferencia 'otro inconveniente' e indicaron la naturaleza de éste, el 35% de las respuestas se refiere a la falta de un procedimiento adecuado en materia de arbitraje de construcción. Esto es consistente con varias de las opiniones que ha aparecido en las preguntas anteriores e indica lo relevante que es el desarrollo de un procedimiento especializado, más aún cuando la pregunta es ahora espontánea.

Finalmente, quienes han participado en 'más de 10 arbitrajes' eligen como principal inconveniente el 'exceso de prueba documental' (38%), seguido de la larga duración (31%). El grupo de quienes han participado en '5 a 10 arbitrajes', ubica en primer lugar la larga duración de los arbitrajes (41%), seguido por el 'exceso de prueba documental' (28%). Mientras que para el grupo de 1 a 4 arbitrajes, la larga duración y el exceso de pruebas comparten el primer lugar (30% cada ítem).

6. Comentarios

14 personas optaron por indicar que el principal problema es uno distinto a las alternativas propuestas. Los comentarios incluyen manifestaciones de insatisfacción general con el procedimiento arbitral, insuficiencia de peritos, crítica al comportamiento de los abogados de partes durante los procesos, e incluso señalan como raíz del problema los contratos poco equilibrados. Algunos de estos problemas son más generales que las alternativas propuestas. En este sentido, la insatisfacción general responde a una sumatoria menos definida de problemas propuestos; la insuficiencia de peritos es similar a la alternativa 'falta de peritos adecuados'. La crítica al comportamiento de abogados de parte proviene desde quienes son árbitros y los contratos poco equilibrados es una variable que no puede controlarse por el CAM Santiago, salvo por la formulación de una adecuada cláusula arbitral para los casos de construcción.

7. Conclusiones

- A partir de las respuestas no es posible establecer una preferencia clara que escoja un inconveniente en específico por sobre el resto. Ninguna de las opciones supera el 50% del total de votos y las primeras preferencias, generalmente, se encuentran muy cercanas porcentualmente. Sin embargo, lo que se observa como tendencia es el descontento con las ineficiencias propias del procedimiento.
- Con todo, es posible concluir que los encuestados con mayor cantidad de años de experiencia en el ejercicio profesional, identifican como principales inconvenientes la larga duración del proceso arbitral, el exceso de prueba documental y la falta de un procedimiento adecuado. Tal comportamiento es transversal a los encuestados, ya sea si se considera su experiencia en el ejercicio profesional, la calidad en que participa de los arbitrajes de construcción (árbitro, parte o ambas), o el número de intervenciones en esta clase de procesos.

- Sin embargo, el inconveniente de falta de árbitros especializados aumenta su relevancia tanto para los abogados de parte en general (41%), como para los encuestados más jóvenes, en forma notoria.

PREGUNTA 4: Aceleración de procesos

1. La pregunta formulada

Se consultó a los encuestados qué etapa, a su juicio, habría que acortar para lograr un procedimiento más acelerado.

2. La forma en que fue contestada

La interrogante fue resuelta por los encuestados en base a una clasificación de las siguientes opciones: i) período de discusión; ii) producción y presentación de la prueba documental; iii) declaración de testigos; iv) peritaje del tribunal; y v) otro.

3. Respuesta predominante

La respuesta que obtiene mayor preferencia es ‘período de discusión’ con un 42%. Le sigue la respuesta ‘producción y presentación de la prueba documental’ con un 28%. La tercera opción es ‘declaración de testigos’ con un 21% y la cuarta opción la ocupa el ‘peritaje del tribunal’ con un 6%.

4. Tendencias

Mientras el período de discusión alcanza un 42% de la crítica, la segunda y tercera opciones, que tienen que ver con período probatorio, suman entre ambas un 49%. Es muy llamativa la aparente ‘tranquilidad’ con la que los encuestados evalúan la duración de los peritajes del tribunal (6%), los que en arbitrajes de construcción pueden extenderse por meses.

5. ¿Cómo varían los resultados cuando se cruzan con las preguntas generales de la encuesta 1 (el rol habitual), 2 (experiencia profesional) y 3 (cantidad de arbitrajes de construcción) en las que se caracterizan los encuestados? Discusión

Los resultados no varían significativamente en función de los roles de los encuestados, manteniéndose las preferencias por ‘período de discusión’ en un 41% (‘mayormente como abogado’), 41% (‘mayormente como árbitro’) y 45% (‘ambos casos’). Algo semejante se produce en relación con ‘producción y presentación de la prueba documental’: 29%, 28% y 27% respectivamente. Se observa una variación más significativa tratándose de ‘declaración de testigos’, con un 12%, 31% y 23% respectivamente. Lo anterior muestra que los árbitros tienden a encontrar las declaraciones de testigos excesivas (31% frente al 21% de promedio), mientras que los abogados de parte lo hacen en menor medida (12% frente al 21% de promedio). Esto puede explicarse porque las declaraciones de testigos son fundamentales desde el punto de vista del abogado para dar cuenta de eventos y dar sustento a sus argumentaciones. A su vez, se observa una relevante variación con respecto al ‘peritaje del tribunal’ (12% de abogados opinan que debe reducirse su duración, mientras que 0% de los árbitros sostienen esto). Así, la crítica de quienes son mayormente abogados de parte duplica el promedio (12% vs. 6%).

Cuando se toman en cuenta los años de experiencia, quienes tienen menos de 5 años de experiencia, ubican como factor más crítico la ‘producción y presentación de la prueba documental’ (75%). Con más de 5 años de experiencia, la variable más relevante pasa a ser la duración del período de discusión (41% 5 a 15; 49% 16 a 30; 38% más de 30)

En la categoría ‘de 5 a 15 años’, si bien el ‘período de discusión’ mantiene el 41% cercano al promedio de 42%, aumenta la crítica a la duración del ‘peritaje del tribunal’ con un 18% (promedio 6%), el mismo porcentaje que se asigna a la ‘producción y presentación de la prueba documental’ (promedio 28%). A su vez, ‘declaración de testigos’ baja su porcentaje a 12% (promedio 21%).

En la categoría ‘de 16 a 30 años’ las fluctuaciones con respecto al promedio no son estadísticamente relevantes, siendo las preferencias las siguientes: ‘período de discusión’ con 49% (sobre el promedio), ‘producción y presentación de la prueba documental’ con un 23% (bajo el promedio), ‘declaración de testigos’ con un 26% (sobre el promedio) y ‘peritaje del tribunal’ con un 3% (bajo el promedio).

En la categoría ‘más de 30 años’, se observa también la siguiente tendencia: ‘período de discusión’ con 38% (bajo el promedio), ‘producción y presentación de la prueba documental’ con un 34% (sobre el promedio), ‘declaración de testigos’ con un 24% (sobre el promedio) y ‘peritaje del tribunal’ con un 3% (bajo el promedio).

Cuando se considera el número de arbitrajes de construcción en los que los encuestados han participado, quienes han tenido entre 5 y 10 arbitrajes muestran una tendencia marcada a asignarle al ‘período de discusión’ el primer lugar (62%). Los que han participado en más de 10 arbitrajes, lo hacen en un 24%. La primera de esas categorías (5-10) estima que la ‘declaración de testigos’ podría ser acortada en un 10%, mientras la segunda (más de 10) lo hace en un 34%. La primera categoría (5-10) estima que la ‘producción y presentación de la prueba’ puede ser acortada en un 21%, mientras que la segunda lo hace en un 31%.

En términos generales, se observa que acortar el período de discusión es relevante para los profesionales más jóvenes. Se observa también que la producción y presentación de la prueba documental no varía significativamente según roles, experiencia o número de casos. Asimismo, es también destacable que, según los encuestados, el peritaje del tribunal no es un procedimiento cuya duración haya que disminuir.

6. Comentarios

Diez personas optaron por indicar que el principal problema sería uno distinto a los propuestos en las alternativas, como períodos de conciliación excesivamente largos, aunque en general se reiteran bajo otras formulaciones problemas ya considerados, como la relevancia de las capacidades y eficiencia de árbitros en la duración de los procedimientos, o que la larga duración sería un problema inherente a este tipo de arbitrajes.

7. Conclusiones

- Se observa un consenso entre los encuestados en el sentido de que existe un espacio para acortar el período de discusión, seguido por los períodos de la producción de la prueba y declaraciones de testigos.
- La principal diferencia que se observa entre los distintos grupos dice relación con su postura frente a esa última actividad probatoria. Los encuestados con mayor experiencia, como aquellos que declaran actuar como árbitros, ponen mayor énfasis en que dicha etapa podría ser reducida. Sin embargo, los abogados de partes señalan que dicha actividad probatoria les parece relevante. Asimismo, es esa última categoría la que estima que existe un espacio para acortar la prueba pericial del tribunal, mientras que entre los árbitros y profesionales más experimentados, dicha crítica se reduce, prácticamente a cero.

Sobre la figura del perito

Pregunta 5: Relevancia del perito

1. La pregunta formulada

La pregunta señala: En su experiencia, ¿en los arbitrajes de construcción, el nombramiento de un perito es recomendable, indispensable o depende del caso?

2. La forma en que fue contestada

La pregunta fue contestada a través de la selección de una de las alternativas, a saber: i) depende del caso; ii) recomendable; iii) indispensable; y iv) de preferencia debería omitirse.

3. Respuesta predominante

La respuesta mayoritaria con un 45% de los votos corresponde a 'indispensable'. La segunda respuesta más votada, con un 30%, considera que la necesidad de contar con un perito depende en definitiva del tipo de caso que se está conociendo. La tercera respuesta, con un 25% considera que este medio de prueba si bien es recomendable, no es necesariamente indispensable en este tipo de arbitrajes. La respuesta 'debería omitirse' no obtuvo ningún voto.

4. Tendencia

La respuesta 'indispensable' es la que concentra las preferencias. Al mismo tiempo, existe una clara tendencia a favor del peritaje si se considera la suma de los votos que lo consideran 'indispensable' y 'recomendable' que llega a 75%. Tan solo una minoría (25%) estima lo contrario.

5. ¿Cómo varían los resultados cuando se cruzan con las preguntas generales de la encuesta 1 (el rol habitual), 2 (experiencia profesional) y 3 (cantidad de arbitrajes de construcción) en las que se caracterizan los encuestados? Discusión

Cuando se analizan la respuestas por roles resulta interesante constatar que, en el caso de los árbitros, el porcentaje que considera el peritaje como indispensable en juicios de construcción aumenta en comparación a los abogados que solo ejercen como partes. En efecto, mientras un 52% de los árbitros considera que el peritaje resulta esencial en este tipo de conflictos, solo un 41% de los abogados de parte opina del mismo modo. Es interesante también destacar en este caso, que la opción 'recomendable' es la de menor preferencia. Las opciones se concentran en la 'dependencia del caso' y la opinión de que el peritaje es 'indispensable'.

Cuando se tiene en cuenta los años de experiencia profesional, es posible apreciar un aumento en las preferencias que consideran que el peritaje es indispensable tratándose de materias de

construcción, es decir, a mayor experiencia, mayor es la opinión favorable al carácter indispensable del perito. Así, en la categoría 'más de 30 años' de experiencia, el 59% considera que el peritaje resulta 'indispensable'. Tal porcentaje baja de manera importante cuando quienes son consultados al respecto son profesionales 'de 5 a 15 años' con un 35% y 'de 16 a 30 años' con un 34%. Interesante es que quienes tienen menos de 5 años de experiencia, consideran que el perito es indispensable en un 75% de los casos. De este modo, las mayores preferencias por la indispensabilidad de los peritos se concentra entre quienes tienen menos experiencia y quienes tienen más experiencia. Para los profesionales con experiencia media, si bien los peritos no son prescindibles, sí opinan con mayor fuerza que su necesidad depende del caso (43% entre 16 a 30) o es recomendable (47% 5 a 15 años de experiencia).

En cuanto a la variable número de arbitrajes de construcción, no hay variaciones estadísticas significativas en las respuestas. Así, mientras un 48% de los encuestados que han participado en más de 10 arbitrajes de construcción consideran que el peritaje resulta indispensable, un 45% de los encuestados que han participado entre solo 5 y 10 arbitraje opinan de la misma forma. El porcentaje baja levemente a un 41% entre aquellos que solo han participado entre 1 y 4 arbitrajes de construcción.

6. Comentarios

N/A

7. Conclusiones

- La alternativa preferida entre quienes contestaron, con un 45%, considera que el peritaje es indispensable en arbitrajes de construcción; otro 30% lo considera recomendable.
- Si bien no existen diferencias significativas entre roles, es posible apreciar que los árbitros (51%) son más proclives que los abogados de parte (42%) a considerar al peritaje como un medio de prueba indispensable en materia de construcción.
- Quienes en mayor proporción consideran al peritaje como un medio de prueba indispensable en conflictos de construcción, son también aquellos profesionales que cuentan con más de 30 años de ejercicio de la profesión (59%) y aquellos que ingresan al ejercicio profesional y que tienen menos de 5 años de experiencia (75%), mientras que en los profesionales de experiencia media, las preferencias bajan al 35%.
- Puede ser que los profesionales de experiencia media subvaloren la complejidad de los casos de arbitraje de construcción, a asumir que con sus propios recursos pueden penetrar la complejidad técnica de estos casos, o a dedicar menor atención especial a este tipo de casos. Sin embargo, los altos porcentajes entre quienes por primera vez se aproximan a la materia (75% menos de 5 años) y quienes ya tienen alta experiencia en ella (59% más de 30 años) permiten afirmar la relevancia de los peritos en casos de arbitraje de construcción. Otra explicación posible para estos datos es que los profesionales de experiencia media esperan contar con informes de expertos de partes

y presentar la dimensión técnica del caso de esta manera, en lugar en depositar toda la confianza en el peritaje del tribunal.

PREGUNTA 6: Problemas en el nombramiento de peritos

1. La pregunta formulada

Se formuló a los encuestados la siguiente pregunta: ¿Cuáles son los problemas que usted considera relevantes respecto al nombramiento de peritos?

2. La forma en que fue contestada

La interrogante fue resuelta por los encuestados en base a una clasificación de opciones: i) falta de un procedimiento de designación transparente; ii) falta de una nómina oficial del CAM Santiago; iii) falta de exhaustividad en el levantamiento de conflictos de intereses; y iv) falta de un sistema tarifario de honorarios periciales.

3. Respuesta predominante

La primera opción corresponde a la 'falta de una nómina oficial de peritos del CAM' con un 45%. Le sigue como segunda opción 'la falta de procedimiento de designación transparente de peritos' con un 39%. En cambio, son marginales las preferencias por 'falta de exhaustividad en el levantamiento de conflictos de intereses' con un 12% y 'falta de un sistema tarifario de los honorarios periciales' con un 5%.

4. Tendencias

Las críticas subyacentes en las dos opciones más votadas pueden verse como un llamado a asumir un liderazgo más activo por parte del CAM Santiago, generando tanto una nómina de peritos, así como reglas y guías de buenas prácticas para los nombramientos en cada caso en particular. Para esto se puede convocar a una comisión de expertos que pueda diseñar estas reglas y establecer criterios para la construcción de la nómina inicial y su actualización en el tiempo.

Llama la atención los bajos índices registrados respecto a la falta de exhaustividad en el levantamiento de conflictos de interés, al igual que respecto del sistema tarifario.

5. ¿Cómo varían los resultados cuando se cruzan con las preguntas generales de la encuesta 1 (el rol habitual), 2 (experiencia profesional) y 3 (cantidad de arbitrajes de construcción) en las que se caracterizan los encuestados? Discusión

En relación con las preferencias por roles, entre quienes actúan mayormente como árbitros la opción 'falta de una nómina oficial del CAM Santiago' alcanza al 59% (promedio 45%). Si bien quienes actúan mayormente como abogados de parte y quienes lo hacen en ambos roles tienen niveles que alcanzan un 41% y 32% respectivamente, la preferencia de los árbitros es responsable por llevar esta inquietud al primer lugar. Ello es ilustrativo de las dificultades que los árbitros entregan en la práctica al momento de tener que nombrar a un perito, dado que

desconocen a los potenciales candidatos, más allá de los nombres de algunas universidades o consultoras establecidas en el mercado.

En el caso del ‘procedimiento de designación transparente’, la relación muestra una tendencia inversa. Dicho problema les preocupa a los árbitros en menor medida (28%). A su vez, esta alternativa es elegida por los abogados de parte en un 38% y por quienes actúan en ambas capacidades en un 32%.

En cuanto a los años de experiencia, quienes tienen ‘más de 30 años’ destacan la ‘falta de una nómina oficial’ en un 52% y ‘falta de un procedimiento transparente’ en un 31%. Quienes tienen una experiencia de ‘16 a 30 años’, optan por esas respuestas en un 43% (nómina) y 40% (procedimiento) respectivamente. En la categoría ‘de 5 a 15 años’ la relación es prácticamente inversa a la de los profesionales más experimentados con 35% (nómina) y 53% (procedimiento) respectivamente. En el caso de profesionales con experiencia menos de 5 años, la necesidad de la nómina oficial vuelve a subir con 50% de preferencias.

En relación con el número de arbitrajes de construcción, destaca el interés de profesionales con menos experiencia de poder contar con una nómina oficial del CAM Santiago. Esta opción es elegida por un 63% de los encuestados, mientras que la opción ‘falta de un procedimiento de designación transparente’ acumula un 19%. A su vez, quienes están en la categoría ‘de 5 a 10’ arbitrajes, tienen una preferencia clara por la opción ‘falta de un procedimiento de designación transparente’ (52%). Para esa categoría de encuestados, la alternativa ‘falta de una nómina oficial del CAM Santiago’ ocupa el segundo lugar con un 31%. En la categoría ‘más de 10’ arbitrajes, las principales preocupaciones se dividen por mitades. La opción ‘falta de una nómina oficial del CAM Santiago’ acumula un 41%, siendo superada por la opción ‘falta de un procedimiento de designación transparente’ con un 45%.

6. Comentarios

N/A

7. Conclusiones

- Los datos indican que los usuarios, y en particular los árbitros del Centro, le asignan un rol de liderazgo al CAM Santiago en estructurar la relación entre el tribunal y el perito, y esperan que el Centro genere una nómina de peritos y que disponga de reglas de procedimiento claras para su nombramiento. Esto puede realizarse por medio de un comité técnico convocado y apoyado por el CAM Santiago.
- Se puede observar que son particularmente los usuarios poco experimentados, por un lado, y los más experimentados, por otro, quienes esperan del CAM Santiago apoyo a través de la nómina. Esto es consistente con la respuesta a la pregunta 5 en cuanto a que la complejidad de los casos es mayormente observada por quienes tienen menor experiencia y por quienes tienen más experiencia en casos de construcción.

- Por el contrario, quienes pueden ser considerados abogados litigantes con cierta experiencia acumulada en los arbitrajes de construcción, ponen énfasis en poder contar con un procedimiento de designación de peritos transparente. Esto es relevante en tanto los abogados de parte son un agente externo del sistema cuya demanda por transparencia se divulga de manera más rápida que en el caso de agentes internos del sistema como los árbitros.

PREGUNTA 7: Dificultades que se producen durante el desempeño del perito

1. La pregunta formulada

Se formuló la siguiente pregunta: ¿Cuáles son las mayores dificultades en el desempeño del trabajo encomendado al perito?

2. La forma en que fue contestada

La pregunta fue respondida a través de la clasificación de las siguientes opciones: i) se comunica directamente con las partes y solicita antecedentes fuera del proceso; ii) se comunica directamente con el tribunal arbitral sin la presencia de la otra parte; iii) el informe recae en materias ajenas al encargo conferido; e iv) imposibilidad para las partes (asistidas por sus expertos) de conainterrogar al perito del tribunal.

3. Respuesta predominante

En un 56% de los casos, los encuestados respondieron que la principal dificultad consiste en que el perito ‘se comunica directamente con las partes y solicita antecedentes fuera del proceso’. La segunda opción, con un 24%, se encuentra distanciada de la primera y corresponde a que ‘el informe recae en materias ajenas al encargo conferido’. La tercera opción, con un 19%, corresponde a la imposibilidad de conainterrogar al perito del tribunal. Tan solo 1% optó por la opción de ‘se comunica directamente con el tribunal arbitral sin la presencia de la otra parte’.

4. Tendencia

La postura mayoritaria de los encuestados es clara al criticar las comunicaciones del perito fuera del proceso como principal deficiencia.

5. ¿Cómo varían los resultados cuando se cruzan con las preguntas generales de la encuesta 1 (el rol habitual), 2 (experiencia profesional) y 3 (cantidad de arbitrajes de construcción) en las que se caracterizan los encuestados? Discusión

En relación con la diferencia de roles, los árbitros (62%) presentan una distancia de 18 puntos porcentuales respecto de los abogados (44%) en la preferencia por la alternativa que indica que el principal problema con los peritos es que se comunican directamente con las partes prescindiendo del tribunal. Esta alternativa es la que consistentemente aparece en primera opción en todas las variables.

A su vez, la opción ‘imposibilidad para las partes de conainterrogar al perito’ (de promedio 19%) llega a 26% entre los abogados y baja para para quienes actúan ‘mayormente como árbitros’ a 17%. Esto es explicable en tanto la conainterrogación correspondería a los

abogados, aunque los árbitros podrían obtener una comprensión del caso más completa a través de esta actividad probatoria.

En cuanto a los años de experiencia profesional, quienes tienen 'más de 30 años' optan por la opción de comunicaciones directas con el tribunal sin presencia de las partes como el principal problema con el desempeño del perito (62%), y quienes tienen de '16 a 30 años' de experiencia lo hacen en un 60%. A su vez, los profesionales más jóvenes (5 a 15 años) optan por esta alternativa en un 41%, y quienes tienen menos de 5 años de experiencia lo hacen en un 50%. En cada uno de los tramos de experiencia no hay otra alternativa que se acerque a la preferencia por esta opción. Sin embargo, la importancia de contrainterrogar al perito es menor entre los profesionales mayores y mayor entre los profesionales con 5 a 15 años de experiencia (se optó por esta alternativa de la siguiente manera: 25% menos de 5 años; 35% de 5 a 15 años; 11% de 16 a 30 años; y 17% más de 30 años). Aunque los profesionales jóvenes deben tener mayor cercanía con procedimientos orales y contradictorios, valoran menos la interacción con el perito frente al tribunal.

En cuanto a la cantidad de arbitrajes de construcción, destaca el hecho que la opción de 'comunicaciones directas' es votada en un 66% de los casos por quienes han participado entre 5 a 10 arbitrajes. A su vez, la opinión 'el informe recae en materias ajenas al encargo' es votada en primer lugar por un 30% de los encuestados en la categoría '1 a 4 arbitrajes'.

6. Comentarios

N/A

7. Conclusiones

- Sobre esta pregunta existe opinión mayoritaria de los encuestados que estiman que la principal dificultad consiste en que los peritos se comunican con las partes directamente para obtener documentación de ellas fuera del proceso (56%). Dicha situación preocupa mayormente a los árbitros (62%) y en menor medida a los abogados litigantes (44%), estando el porcentaje igualmente cercano a la mitad.
- A su vez, para los litigantes, aumenta la necesidad de poder interrogar a los peritos del tribunal (26% frente al 17% en el caso de árbitros). Sin embargo, ese aumento no logra desplazar la principal crítica a la labor pericial ya indicada.
- Por último, un porcentaje marginal (1%) considera que el principal problema en el desarrollo de los peritajes corresponde a las comunicaciones directas entre el perito y el tribunal sin la presencia de la otra parte.
- El esquema de respuesta de esta pregunta solicita a los encuestados clasificar las alternativas en orden de relevancia para ellos. El análisis realizado toma en cuenta las primeras opciones. Cuando se toman en cuenta las segundas opciones, la alternativa de comunicación directa del perito con el tribunal sin presencia de la otra parte se sitúa como más votada (49% frente al 21% de antecedentes fuera del proceso, 18% de

imposibilidad de concontrainterrogación y 12% de materias ajenas al encargo). Esto indica que esta alternativa igualmente genera la preocupación de los usuarios.

- En síntesis, los problemas observados en el desempeño de las labores del perito son consistentes con la idea de tener un procedimiento que regule su relación con el tribunal y las partes. En esto deben tomarse la regulación de la mayoría de las dificultades referidas, esto es: a) comunicación directa con las partes; b) solicitar antecedentes fuera del proceso; c) comunicarse con el tribunal sin presencia de la otra parte; d) la concontrainterrogación.
-

PREGUNTA 8: Problemas de valoración del informe pericial

1. La pregunta formulada

Se consultó a los encuestados acerca de los eventuales problemas en la valoración del informe pericial por parte del tribunal arbitral.

2. La forma en que fue contestada

La pregunta fue respondida a través de la clasificación de las siguientes cuatro opciones: i) el tribunal se aparta del informe sin fundamentar por qué; ii) el tribunal se apega al informe sin realizar un análisis propio del caso; iii) el valor asignado al informe pericial es el de un medio probatorio más; y iv) la valoración del informe pericial por parte del tribunal es usualmente adecuada.

3. Respuesta predominante

El 45% de los encuestados indica que la valoración del informe pericial por parte del tribunal es usualmente adecuada (opción iv). La respuesta que le sigue es que el tribunal se apega al informe sin realizar un análisis propio del caso (38%, opción ii). Un 16% los encuestados indica que el valor asignado al informe es el de un medio probatorio más (opción iii) y, finalmente, la opción que indica que el tribunal se aparta del informe sin indicar por qué (opción i) obtiene un 1% de los votos.

4. Tendencia

Se observa que las dos alternativas mayoritarias (iv y ii) son consistentes, aunque la segunda especifica la primera en un sentido crítico. La opción iv) es indicativa de una opinión positiva de los encuestados (el uso adecuado del informe pericial por parte del tribunal); la opción ii) refuerza la idea de que el tribunal se apega al informe, pero indica también que este se ‘apega demasiado’, sin elaborar mayormente en torno a él. El informe se toma por sentado. Esto, no obstante, no debiera entenderse de manera contradictoria. La solicitud del perito se realiza justamente porque el tribunal no tiene las capacidades técnicas para conocer la materia. No hay por tanto mayor espacio para que el tribunal haga ‘un análisis propio’ del caso. El informe pericial se debe tomar como antecedente para que el tribunal juzgue del mejor modo (ese es justamente su ‘análisis propio’).

A su vez, las respuestas restantes i) y iii) podrían indicar que los tribunales arbitrales no asignan mayor relevancia a los informes periciales. Sin embargo, la votación por estas dos alternativas alcanza al 17%, frente a 83% que suman las alternativas ii) y iv). Ello permite concluir que la valoración del peritaje por parte del tribunal arbitral es de alta relevancia práctica y en general, adecuada en la opinión de los usuarios.

5. ¿Cómo varían los resultados cuando se cruzan con las preguntas generales de la encuesta 1 (el rol habitual), 2 (experiencia profesional) y 3 (cantidad de arbitrajes de construcción) en las que se caracterizan los encuestados? Discusión

La mayor parte de quienes afirman que la valoración del peritaje es adecuada son personas que se han desempeñado activamente en calidad de árbitros. Dentro de este grupo, el porcentaje de votación por la causal iv) sube a 69%, esto es, se estima que usualmente el informe pericial es valorado de forma adecuada. De alguna manera, los usuarios de este grupo emiten una opinión mayormente positiva acerca de su propia labor. En cambio, quienes se han desempeñado mayormente como abogados de parte opinan lo mismo en tan solo 24%. Este indicador es extremadamente bajo y representa una crítica de los usuarios del sistema. Quienes suelen cumplir ambos roles optan por esta alternativa en un 50%.

En contraste, entre los abogados de parte, un 71% opinó que el tribunal se apega al informe sin realizar un análisis propio del caso. Nuevamente, es un indicador que debería preocupar como crítica al funcionamiento del sistema. Dentro de este grupo, un 21% estimó que la valoración fue adecuada y quienes se ven en ambos roles, lo opinan en un 27%.

La tercera respuesta (el valor asignado al informe pericial es el de un medio probatorio más) es elegida por los abogados de parte en un 6% de los casos; quienes cumplen el rol de abogado y de árbitro la votaron en un 23%; y los árbitros la eligieron en un 24%. Se nota nuevamente una divergencia importante, que funciona como espejo de las votaciones recién discutidas: a mayor 'apego' al informe, menor es la posibilidad de que fuera visto como 'un medio probatorio más'.

En cuanto a las diferencias por años de ejercicio, se presenta una fuerte dispersión en las respuestas, sin que sea posible establecer un patrón constante que se proyecte en los grupos de mayor experiencia profesional. Sin embargo, a partir de los 5 años de experiencia profesional o con más de 5 arbitrajes en el cuerpo, sí es posible observar algunas tendencias. A medida que aumenta la edad y la experiencia, los encuestados tienen una opinión más favorable sobre la labor arbitral. Así, la respuesta más seleccionada (alternativa iv), aumenta sostenidamente desde un 24% entre los encuestados de 5 a 15 años de ejercicio profesional, llegando a un 40% entre los encuestados de 16 a 30 años de ejercicio y alcanzando a un 59% entre quienes llevan más de 30 años ejerciendo.

En forma correlativa, a medida que aumenta la edad de los encuestados, va disminuyendo el porcentaje de quienes sostienen que el tribunal se apega ciegamente al peritaje (alternativa ii). Así, mientras un 59% de los encuestados de entre 5 a 15 años de experiencia parten afirmando que el tribunal se apega al informe sin realizar un análisis del caso, este porcentaje baja a 49% entre quienes llevan de 15 a 30 años ejerciendo, y baja drásticamente a 14% entre quienes tienen una experiencia profesional mayor a los 30 años. Estos resultados son consistentes con el hecho de que, a mayor edad, más profesionales actúan como árbitros y, como hemos vistos, los árbitros tienen a evaluar positivamente su labor.

En relación con las diferencias por número de arbitrajes de construcción se produce un fenómeno parecido al anterior: a medida que el encuestado ha participado en un mayor número de arbitrajes, mejora su opinión respecto de la labor efectuada por el árbitro (alternativa iv) y baja la crítica recogida en la alternativa ii).

Las desviaciones entre los grupos clasificados según número de arbitrajes no son tan pronunciadas como entre los grupos clasificados por años de experiencia profesional. Sin embargo, cabe destacar que con un promedio general de 45% en la alternativa iv), el porcentaje baja a 34% entre quienes han tenido la experiencia entre 5 y 10 arbitrajes y sube a 55% entre quienes han participado en más de 10 arbitrajes.

6. Comentarios

N/A

7. Conclusiones

- Un 45% de los encuestados estimaron que el árbitro realiza una valoración adecuada del informe pericial. Esta opinión recibió un fuerte apoyo por parte de quienes se desempeñan como árbitros, contrastando de manera importante con la opinión de los abogados de partes.
- La segunda alternativa preferida por un 38% fue de los encuestados que estimaron que el árbitro suele hacer suyas las conclusiones del peritaje sin mediar mayor análisis. Esta alternativa crítica es mayormente preferida por quienes se desempeñan usualmente como abogados de parte (71%) y, en alguna menor medida, por quienes tienen menos años de experiencia profesional.
- En general, se mantiene la fuerte división dependiendo de los roles, siendo mayor la satisfacción con la labor de valoración del informe pericial entre los árbitros que entre quienes ejercen como abogados de partes.
- A su vez, corresponde preguntar cómo el tribunal arbitral debe poder realizar un análisis 'propio' del informe pericial cuando el nombramiento del perito justamente se debe a la falta de la pericia del tribunal en una determinada materia. En este contexto, debería recaer en las partes la labor de contrastar las conclusiones del informe pericial a través de observaciones escritas e interrogación.

Sobre las condiciones generales de funcionamiento del arbitraje de construcción

PREGUNTA 9: Mejora de los procedimientos arbitrales

1. La pregunta formulada

Se consultó a los encuestados qué es lo que estimaban necesario para mejorar los procedimientos arbitrales de construcción.

2. La forma en que fue contestada

Se solicitó responder la pregunta a través de la clasificación de opciones, pudiendo elegir entre las siguientes acciones: i) Nombrar árbitros especialistas; ii) Restringir o regular con más detalle la prueba documental; iii) Regular en detalle el rol y las actuaciones del perito del tribunal; iv) Establecer mediación obligatoria previa; v) Otro (indique 1).

3. Respuesta predominante

Un 55% de los encuestados respondieron que para mejorar los procedimientos de arbitrajes de construcción, en primer lugar, se sugiere nombrar árbitros especialistas, siendo esta la respuesta predominante (opción i). La segunda opción más votada (19%) es la de establecer mediación obligatoria previa (la opción iv). Le sigue, con un 15%, la opción de restringir o regular con más detalle la prueba documental (opción ii). Regular en detalle el rol y las actuaciones del perito del tribunal (opción iii) obtuvo 8%. La opción 'otros' recibió un porcentaje de 3%.

4. Tendencia

Existe una notoria mayoría (55%) que considera que el nombramiento de árbitro experto –más que regulación de la prueba, del peritaje o de la mediación previa– es lo que implicaría una mejora para el procedimiento arbitral. Así, el rol del árbitro experto en materia de construcción se destaca por sobre las soluciones de índole procesal o de la solución no adversarial de disputas.

5. ¿Cómo varían los resultados cuando se cruzan con las preguntas 1 generales de la encuesta (el rol habitual), 2 (experiencia profesional) y 3 (cantidad de arbitrajes de construcción) en las que se caracterizan los encuestados? Discusión

En relación con las diferencias de rol, un 71% de los abogados consideró de primera relevancia nombrar árbitros especialistas; un 12% consideró importante restringir o regular con más

detalle la prueba documental; un 9% estimó necesario establecer mediación obligatoria previa; y un 3% optó por regular en detalle el rol y las actuaciones del perito del tribunal.

Se observa que dentro de este grupo, el rol del árbitro especialista se estima como preponderante, superando el promedio de los encuestados en un 16%. A su vez, la regulación de la prueba documental pasa a ocupar el segundo lugar, a diferencia del resultado promedio donde la segunda opción responde a la inclusión de la mediación previa, aunque el porcentaje de esta preferencia se mantiene por debajo del promedio (12% frente al 15% promedio).

Por su parte, de aquellos encuestados que han participado en arbitrajes de construcción mayormente como árbitros, un 41% consideró de primera relevancia nombrar árbitros especialistas; un 31% estimó necesario establecer mediación obligatoria previa; un 21% consideró en segundo lugar, restringir o regular con más detalle la prueba documental; y un 7% optó por regular en detalle el rol y las actuaciones del perito del tribunal.

En este caso, la importancia de la especialización del árbitro se reduce, con un 14% por debajo del promedio. A su vez, aumenta significativamente la opción de mediación obligatoria previa, la que pasa a superar el promedio en un 12%.

Respecto de aquellos encuestados que han participado en arbitrajes de construcción tanto como parte y árbitro, un 50% consideró de primera relevancia nombrar árbitros especialistas; un 18% estimó necesario establecer mediación obligatoria previa; un 18% optó por regular en detalle el rol y las actuaciones del perito del tribunal; y un 14% consideró necesario restringir o regular con más detalle la prueba documental.

Considerando los años de experiencia en el ejercicio profesional puede observarse que tanto los más experimentados, como aquellos profesionales con menos años de experiencia en la profesión, están de acuerdo en que, para mejorar los arbitrajes de construcción, deben designarse árbitros especialistas.

En relación con el número de arbitrajes de construcción en que han participado los encuestados, se observa que tanto aquellos con mayor experiencia (de 1 a 4 arbitrajes) como aquellos de mayor experiencia (de 5 a 10 y más de 10 arbitrajes) coinciden en que la alternativa para mejorar estos procedimientos es el nombramiento de árbitros especialistas. Esta opción, sin embargo, baja a 48% entre el grupo que ha participado en más de 10 arbitrajes; a su vez, sube a 66% entre el grupo que ha participado de 5 a 10 arbitrajes; y se mantiene cercana al promedio, con 52%, entre quienes han participado de 1 a 4 arbitrajes. Interesante es que en el segmento de menor experiencia (de 1 a 4 arbitrajes), un 30% de los encuestados considera que la segunda mejor alternativa es establecer una mediación obligatoria previa.

6. Comentarios

En cuanto a la opción 'otros' se recibieron las siguientes sugerencias: 'modificar las bases de procedimiento para este tipo de conflicto'; 'designar peritos con conocimientos específicos en

la materia de que se trate'; 'la conciliación después del peritaje' y 'conciliaciones parciales'; 'la nómina de árbitros debe considerar expertos en la industria; no académicos'; 'inspección personal del tribunal como trámite obligatorio'; 'que el árbitro cuente con asistente que ayude a procesar toda la información técnica'; 'fundamentar el informe pericial'; 'limitar prueba testimonial', entre otros.

7. Conclusiones

- Con relación a las sugerencias para mejorar los procedimientos de arbitraje de construcción, la tendencia es clara. La respuesta predominante es aquella que sugiere que los procedimientos mejorarían sustancialmente si los árbitros nombrados al efecto fueran especialistas en la materia (55%). Esta tendencia aparece muy marcada entre los abogados litigantes (71%) y es menor entre los árbitros (41%). La brecha entre ambas opiniones es de 30%. Quienes actúan en ambos roles escogen esta opción en un 50%, cercano al promedio.
- Un 19% de los encuestados estima que el uso de la mediación obligatoria sería una mejora. Entre los árbitros esa opción sube al 31% y baja a 9% entre los abogados de partes. La brecha entre ambas opiniones es de 22%. Quienes actúan en ambos roles escogen esta opción en un 18%, cercano al promedio.
- A su vez, la opción de restringir o regular la prueba documental cuenta con un 15% de votación promedio, siendo más votada por los árbitros (21%) que por los abogados de partes (14%). Quienes actúan en ambos roles, escogen esta opción en un 14%, cercano al promedio.
- Estas tendencias se repiten entre los grupos según período de ejercicio de la profesión y el número de los arbitrajes. Así, para cada una de las categorías, el nombramiento del árbitro especialista es la primera opción.

PREGUNTA 10: Tipo de árbitro más adecuado

1. La pregunta que fue formulada

La pregunta fue la siguiente: Tratándose de arbitrajes en materia de construcción, ¿qué tipo de árbitro considera usted el más adecuado?

2. La forma en la que fue contestada

Esta pregunta fue realizada en la forma de selección de alternativa entre: i) arbitrador; ii) de derecho; iii) arbitro arbitrador en cuanto al procedimiento y de derecho en cuanto al fallo (mixto); iv) el tipo de árbitro no afecta la eficiencia del arbitraje como mecanismo de solución de disputas.

3. Respuesta predominante

En esta pregunta más de la mitad de los encuestados, específicamente el 54%, señaló que la mejor alternativa es que los juicios de construcción los conozca un árbitro mixto (arbitrador en cuanto al procedimiento y de derecho en cuanto al fallo).

4. Tendencia

Una de las tendencias que se pueden observar es que el árbitro mixto es la preferencia de la mayoría de los encuestados (54%). La segunda opción seleccionada fue la del árbitro arbitrador con un 34%. Ambos tipos de arbitraje abarcan el 88% de la preferencia de los encuestados, y se encuentran muy por debajo quienes señalaron que el tipo de arbitraje no afecta la eficiencia de la resolución de la controversia (9%) así como aquellos que señalaron el arbitraje de derecho (2%).

5. ¿Cómo varían los resultados cuando se cruzan con las preguntas generales de la encuesta 1 (el rol habitual), 2 (experiencia profesional) y 3 (cantidad de arbitrajes de construcción) en las que se caracterizan los encuestados?

En relación a la experiencia profesional de los encuestados se observan variaciones relevantes. Entre quienes actúan como árbitros, la preferencia por la opción de árbitro mixto baja a 48% y la preferencia por el árbitro arbitrador sube levemente a 34%. A su vez, entre quienes actúan como abogados de partes, la preferencia por la opción de árbitro mixto sube a 68% y la preferencia por el árbitro arbitrador baja a 18%. En ambos casos, la brecha entre las posturas corresponde a un 20%. Quienes actúan en ambos roles se manifiestan a favor del árbitro mixto en un 41% y prefieren al árbitro arbitrador en un 55%. Al mismo tiempo, un 14% los árbitros eligieron la opción 'el tipo de árbitro no afecta la eficiencia del arbitraje como mecanismo de solución de disputas', mientras que los abogados lo hicieron en un 9%, y quienes actúan en ambos roles lo hicieron en un 5%.

Analizando los años de experiencia en el ejercicio de la profesión, los resultados reflejan que, a mayor cantidad de años de experiencia, los profesionales tienden a preferir un árbitro arbitrador para el conocimiento de juicios de construcción; la preferencia por el árbitro mixto va disminuyendo. En los rangos que van desde menos de 5 años a 15 años, un promedio de 72% aproximadamente prefiere un árbitro mixto a un arbitrador; este es preferido por aproximadamente el 21,5%; dentro del grupo de 16 a 30 años, esos valores corresponden a 54% y 34% respectivamente; y quienes tienen más de 30 años de experiencia constituyen el único grupo para el cual el árbitro arbitrador (45%) supera al árbitro mixto, el cual obtuvo un 41% de las preferencias.

En relación a la pregunta referente al número de arbitrajes en construcción en que han participado los encuestados, la tendencia es similar a las analizadas anteriormente, primando el arbitraje mixto por sobre el arbitrador. Sin embargo, en este caso los encuestados que han participado en menos arbitrajes de construcción, es decir, entre 1 y 4 casos, la preferencia por un árbitro mixto no es amplia (48%), mientras que un 37% señala que el más adecuado es el arbitrador.

Similar situación ocurre entre los encuestados que más experiencia tienen en los juicios de construcción (grupo con más de 10 arbitrajes), donde el 55% señala preferentemente al árbitro mixto y un 41% se inclina por el arbitrador. Donde sí se refleja una mayor preferencia por los árbitros mixtos es en aquellos encuestados que tienen participación entre 5 a 10 juicios de construcción. Estos consideran ampliamente más adecuado un árbitro mixto para conocer este tipo de causas (59%), muy superior al 24% que señaló al arbitrador como el más adecuado.

6. Comentarios

N/A

7. Conclusiones

- La mayoría de los encuestados prefiere que los juicios de construcción sean conocidos por un árbitro que tenga la calidad de arbitrador en cuanto al procedimiento y de derecho en cuanto al fallo.
- Una posible explicación de esa tendencia podría consistir en que las partes desean escapar de la rigurosidad del procedimiento establecido por la ley, incorporando formas nuevas para poder rendir las pruebas, y omitiendo trámites que pueden considerarse innecesarios o dilatorios para este tipo de juicios, y que impiden a estos obtener una solución rápida al conflicto.
- Esto se puede reflejar más aun por la especialidad del arbitraje de construcción, ya que ciertas gestiones del proceso (sobre todo en el período probatorio) pueden ser acordadas por las partes para demostrarle al árbitro con mayor claridad y certeza los hechos que generan la cuestión controvertida.

PREGUNTA 11: Tipo de cláusulas

1. La pregunta que fue formulada

Se consultó a los encuestados cuál era su sugerencia profesional en la mayoría de los casos con respecto a los tipos de cláusulas de solución de controversias.

2. La forma en la que fue contestada

La pregunta fue respondida a través de selección de alternativas, pudiendo elegir entre las siguientes alternativas: i) incorporar cláusula arbitral institucional; ii) depende del contrato o del proyecto; iii) incorporar cláusula arbitral ad hoc; y iv) someterse a la justicia ordinaria.

3. Respuesta predominante

Del análisis de resultados es posible observar que existe una marcada predilección por incorporar cláusulas arbitrales institucionales. En efecto, las preferencias por este tipo de cláusulas ascienden al 71%. La opción ii) obtuvo 20% de las preferencias. La opción iii) a favor de arbitraje ad hoc obtuvo 8% de las preferencias y la opción iv) a favor de la justicia ordinaria, recibió solo una preferencia correspondiente al 1% del total.

4. Tendencia

Junto con la predilección por cláusulas arbitrales institucionales (71%) es necesario destacar que los encuestados prefieren no someter sus conflictos de construcción al conocimiento y resolución por parte de los tribunales ordinarios de justicia. Un 79% prefiere arbitraje sin importar las características específicas del contrato o proyecto. En todo caso, hay que tener presente que la encuesta fue enviada a la base de datos del CAM Santiago, por lo que entre sus destinatarios hay un sesgo hacia el uso de esta cláusula institucional.

5. ¿Cómo varían los resultados cuando se cruzan con las preguntas generales de la encuesta 1 (el rol habitual), 2 (experiencia profesional) y 3 (cantidad de arbitrajes de construcción) en las que se caracterizan los encuestados? Discusión

Con relación al rol de los profesionales existe una leve variación en cuanto a las preferencias a favor de arbitraje institucional entre quienes actúan como árbitros. Estos se pronuncian por esta modalidad en un 76%, mientras los abogados lo hacen en un 65% de los casos. Correspondientemente, quienes actúan como abogados de parte prefieren la opción ii) (depende del contrato o del proyecto) en un 24% de los casos, mientras los árbitros lo hicieron en un 17% de los casos (en comparación con el promedio total correspondiente a 20%).

La experiencia en el ejercicio de la profesión no tiene mayor incidencia en la selección de arbitraje institucional frente al arbitraje ad hoc (o posibilidad de ello). Las variaciones son irrelevantes. Cuando los abogados han ejercido entre 5 y 15 años optan por el arbitraje

institucional en el 71%; la preferencia baja al 66% entre 16 y 30 años, y vuelve a subir al 72% en el caso de los abogados más experimentados. Sin perjuicio de ello, resulta necesario destacar que los abogados con menos de cinco años de experiencia, prefieren en su totalidad incorporar cláusula arbitral institucional.

En relación con el número de arbitrajes, entre más experiencia tienen los encuestados, mayor es su preferencia por cláusulas arbitrales institucionales. El 63% de los abogados con menos de cuatro arbitrajes prefirió este tipo de cláusulas; el porcentaje aumenta a 69% en el caso de los abogados con cinco a diez arbitrajes, y alcanza a un 79%, en aquellos abogados con más de diez arbitrajes. A la inversa, sólo un abogado con menos de cuatro arbitrajes optó por justicia ordinaria. Asimismo, entre más experiencia en arbitrajes, la predilección por cláusula arbitral ad hoc (o la posibilidad de ello) va disminuyendo: pasa de un 33% del total –en los menos experimentados– a tan solo un 20% en el caso de los más experimentados.

6. Comentarios

N/A

7. Conclusiones

- En primer lugar, la gran mayoría de los encuestados (89%) prefiere que los conflictos en materia de construcción sean conocidos y resueltos por la justicia arbitral, razón por la cual recomendarían la incorporación de una cláusula arbitral.
- En segundo lugar, los abogados encuestados optan por la incorporación de cláusulas arbitrales institucionales en lugar de cláusulas que considere un tribunal ad hoc. El tipo de contrato o de proyecto no afecta mayormente esta tendencia.
- En tercer lugar, la posibilidad de someter tales conflictos a la justicia ordinaria se encuentra prácticamente descartada, siendo considerada sólo por un abogado con experiencia inferior a cuatro arbitrajes.

Pregunta 12: Resolución de conflictos

1. La pregunta formulada

Se consultó a los encuestados sobre los caminos que consideraban recomendables, conforme a su experiencia, para buscar resolver los conflictos en materia de construcción.

2. La forma en que fue contestada

La pregunta fue respondida a través de una selección de alternativas: i) acudir a mediación previa si se encuentra pactada; ii) entablar primero una negociación directa entre las partes; iii) iniciar directamente el proceso ante el tribunal pactado por las partes; y iv) otro.

3. Respuesta que predomina

Como método preventivo y no adversarial, un 53% opta por la alternativa ii), es decir, entablar primero una negociación directa entre las partes. La alternativa iii) fue elegida en un 22% de los casos. La alternativa i) fue seleccionada en un 20% de los casos. La alternativa iv) fue elegida en un 5% de las respuestas.

4. Tendencia

Un 72% de los encuestados expresa su preferencia por los métodos no adversariales de solución de controversias como etapa previa, esto es, negociación directa entre las partes (53% de la alternativa ii), sumado al inicio de la mediación (20% de la alternativa i). Una minoría opta por iniciar directamente el proceso ante el tribunal pactado (22% de la alternativa iii).

5. ¿Cómo varían los resultados cuando se cruzan con las preguntas generales de la encuesta 1 (el rol habitual), 2 (experiencia profesional) y 3 (cantidad de arbitrajes de construcción) en las que se caracterizan los encuestados? Discusión

En relación a los tipos de rol, el mecanismo de negociación directa es elegido por el 59% de los árbitros y un 44% de los abogados. De manera correlativa, los abogados muestran una mayor disposición a iniciar directamente la vía judicial (24%), a diferencia de los árbitros (17%). A su vez, si la mediación se encuentra pactada, el 26% de los abogados opta por esa vía contra un 17% de los árbitros.

En cuanto a la experiencia profesional, no existen fluctuaciones relevantes. Sólo en el segmento de 5 a 15 años se muestra alguna apertura (6%) a elegir un sistema no adversarial y no tradicional como el caso de Dispute Boards, negociación o mediación (alternativa iv) –aunque cuando la alternativa de creación de Dispute Boards se presenta por separado, no se obtienen preferencias.

Considerando la cantidad de arbitrajes, las preferencias varían. Los encuestados con mayor experiencia en arbitrajes de construcción (sobre 10) prefieren la negociación directa en un 48% (frente al 53% promedio), sin embargo, optan por el recurso directo ante el tribunal competente en un 31% (versus 22% del promedio). La mediación pactada debería seguirse en un 17% (frente al 20% promedio). Los encuestados con 5 a 10 arbitrajes de construcción optan por la negociación directa en un 59%; sigue la cláusula de mediación con un 14%, y el recurso directo ante el tribunal competente en un 21%. Entre los profesionales con menor experiencia (de 1 a 4 arbitrajes), un 15% opta por esta última alternativa; la mediación sube a 30% si ésta se encuentra pactada, y la negociación directa es elegida en un 52% de los casos.

6. Comentarios

Quienes optaron por la respuesta iv) pudieron manifestar sus comentarios. Sólo uno de los encuestados (abogado con más de 30 años de experiencia y que ha participado en más de 5 arbitrajes de construcción), propone partir por asesorar a la parte durante la construcción y, luego de fracasada la negociación, presentar la demanda. Un 2% de los encuestados sugiere la utilización o incorporación de Dispute Boards en los contratos, luego negociación, mediación y al final juicio.

7. Conclusiones

- Los encuestados optan por negociación directa (53%) o mediación (22%) como mecanismo preferido para resolver conflictos en materias de construcción;
- Los árbitros prefieren la negociación directa en un 59% de los casos frente a un 44% de los abogados.
- Al mismo tiempo, esta tendencia no refleja (a diferencia de algunas otras preguntas) la experiencia en materia de arbitraje de construcción de los encuestados. Quienes han participado en más de 10 arbitrajes eligen la negociación directa en menos ocasiones que el promedio (48%) y lo mismo ocurre con la mediación (17%).

PREGUNTA 13: Dispute Boards

1. La pregunta formulada

Se hizo la siguiente pregunta: ¿Ud. cree que el nivel de conflicto y judicialización en el rubro de la construcción se verían disminuidos por la incorporación del mecanismo conocido como Dispute Boards o paneles de expertos?

2. La forma en que fue contestada

Se ofreció una selección de alternativa entre las siguientes opciones: i) sí; ii) no, el conflicto igual terminaría ante el tribunal arbitral; y iii) aumentará, por la temprana inclusión de los asesores legales.

3. Respuesta predominante

La opción con mayores preferencias fue la i) con un 56%, seguida por la respuesta ii) con un 39%; la respuesta iii) obtuvo un 5%. Esto es, la mayoría de los encuestados opina que existirá una disminución del conflicto y judicialización en el rubro de la construcción por la incorporación de los Dispute Boards.

4. Tendencia

Existe una marcada opinión que predice la disminución de la conflictividad con la introducción de Dispute Boards. Tan solo un porcentaje inferior estima que la conflictividad podría aumentar. Incluso sumando las opciones ii) y iii) (44%), no se logra revertir el diagnóstico general positivo (56%).

5. ¿Cómo varían los resultados cuando se cruzan con las preguntas generales de la encuesta 1 (el rol habitual), 2 (experiencia profesional) y 3 (cantidad de arbitrajes de construcción) en las que se caracterizan los encuestados? Discusión

En cuanto a la diferencia de roles, un 73% de los encuestados que han participado como árbitros y abogados de parte sostuvieron que los Dispute Boards reducirían el nivel de judicialización. El 62% de los abogados de parte se manifiesta en el mismo sentido, al igual que un 38% de los árbitros. La opinión mayoritaria de los árbitros (55%) es que el conflicto igualmente terminaría ante el tribunal arbitral, y solo un 7% de ellos estima que los Dispute Boards aumentarían la conflictividad.

En relación a la experiencia profesional, un dato destacable es que el 50% de quienes tienen menos de 5 años de experiencia opinan que la conflictividad aumentará con los Dispute Boards. Esto más bien habla del desconocimiento de los profesionales de menor experiencia respecto de esta modalidad. Este dato es consistente en relación al número de arbitrajes. En tal caso,

quienes tienen entre 1 y 4 arbitrajes sostienen en un 11% que los Dispute Boards aumentarán la conflictividad.

Por otra parte, no se observa una relación entre las respuestas del grupo de árbitros y aquel correspondiente a los abogados con mayor experiencia que, usualmente, suele incluir a quienes se desempeñan como árbitros. En este sentido, mientras un 38% de personas que sólo se dedican a ser árbitro, estimaron que la judicialización disminuiría, un 52% de aquellos con más de 30 años de experiencia optaron por la misma alternativa. Ello indica que existiría un 14% de abogados con más de 30 años de experiencia que no actúan mayormente como árbitros y quienes también estiman que la judicialización disminuirá.

6. Comentarios

N/A

7. Conclusiones

- Existe una marcada tendencia a considerar que la utilización de los Dispute Boards llevará a una disminución del conflicto y de la judicialización (53%).
- La excepción la constituyen aquellas personas que se desempeñan exclusivamente como árbitros (38%), quienes estiman que el conflicto igualmente terminará en sede arbitral (55%).

CONCLUSIONES

El arbitraje de construcción constituye uno de los más complejos procedimientos y de más larga duración. El volumen de pruebas y el tecnicismo de las materias asociadas (la mayoría de ellas de naturaleza ingenieril, arquitectónica, estructural, administrativa y financiera) constituyen un desafío para árbitros, abogados, partes, y para la institución que aporta el espacio y la logística para el desarrollo del proceso arbitral. A esto hay que sumar que las causas arbitrales en materias de construcción se han incrementado en las últimas décadas producto del dinamismo que ha adquirido en Chile el sector de construcción, especialmente desde 1990 en adelante. El arbitraje de construcción es, en este sentido, un espacio altamente dinámico y en el que participan actores heterogéneos en su formación profesional, en sus intereses, y en las expectativas a las que se enfrentan en un proceso arbitral.

Esta complejidad multivariable del ámbito de la construcción hace necesario un esfuerzo de conocimiento profundo en cuanto a la particularidad del proceso arbitral y a las posibilidades que existen de traducción del conocimiento y expectativas de unos agentes en relación con otros. Por estas razones, el trabajo de investigación con actores clave de la escena arbitral de construcción en CAM Santiago descrito en estas páginas, ha buscado indagar en la opinión de estos actores sobre aspectos tanto generales como específicos del tema, en las controversias y conflictos que se enfrentan en este espacio, y en las posibles soluciones que se pueden vislumbrar para mejorar el procedimiento arbitral de construcción en términos de eficacia y eficiencia.

Como los resultados de esta investigación lo muestran, la mayoría de quienes han participado de arbitrajes de construcción en CAM Santiago se encuentran, en términos generales, satisfechos con la experiencia. Esta satisfacción se expresa con mayor fuerza en los árbitros que en los abogados, y va en aumento (o se mantiene en altos niveles) con la acumulación de experiencia profesional.

Este punto de partida es fundamental para cualquier modificación que se pueda realizar en el CAM Santiago en relación con el arbitraje de construcción. Por un lado, una satisfacción generalizada no debe mover a pensar que es mejor no introducir reformas en el procedimiento o en su organización, pues la satisfacción puede deberse a una inercia del sistema a la cual la mayoría de sus agentes están acostumbrados. Esta investigación ha dado luces al respecto. Por lo pronto, la satisfacción de los árbitros es mayor que la de los abogados de parte en términos generales, y en varios casos particulares hay marcadas diferencias generacionales entre los agentes del proceso. Volvemos sobre este y otros puntos más adelante. Por otro lado, la satisfacción con el servicio es una buena base de confianza para emprender cualquier tipo de reforma al procedimiento que contribuya a incrementar sus niveles de eficiencia y eficacia. Sobre la base de esta confianza, las modificaciones introducidas en cualquier organización no se observan como amenazas. Con ello, los agentes pueden estar más dispuestos a aceptar los cambios ofrecidos y a participar de ellos.

La introducción de mejoras en el estado actual de cosas se deja ver inicialmente en que la mayoría de los encuestados reconoce la necesidad de listas de árbitros especializados y de procedimientos específicos. Actualmente, el arbitraje de construcción, a pesar de sus particularidades, se lleva adelante bajo parámetros prácticamente idénticos a otros tipos de arbitraje. Esta investigación deja ver que los propios actores, especialmente los abogados de parte, observan la necesidad de elementos adicionales, tales como los mencionados. Son ellos además quienes están mayormente insatisfechos con los árbitros actualmente disponibles para la resolución de sus casos.

Esto introduce un clivaje persistente a lo largo de todas las preguntas realizadas. En la mayoría de ellas aparecen diferencias de percepción asociadas a estos dos roles centrales en el procedimiento arbitral, el de árbitro y el de abogado de parte. De modo similar, también existen diferencias entre los profesionales con más años de experiencia (16 a 30 y más de 30) con aquellos con menos años de experiencia (menos de 5 y entre 5 y 15), aunque en este último caso las diferencias adquieren dinámicas interesantes en algunas de las preguntas. Aunque menos, también aparecen diferencias en relación al número de arbitrajes de construcción, no obstante predominan los años de experiencia.

A continuación, discutimos nuestros resultados en un sentido transversal, buscando conectar la información obtenida entre sí en las tres grandes temáticas que comprende la encuesta: la naturaleza del arbitraje de construcción, la figura del perito y las condiciones generales de funcionamiento del arbitraje de construcción. En este análisis final ponemos énfasis en las tres preguntas de caracterización transversal que hemos realizado: las diferencias de rol (árbitros o abogados de parte), los años de experiencia profesional, y el número de casos en arbitraje de construcción. Como lo hemos señalado en la Introducción, estas preguntas funcionaron como hipótesis de trabajo a lo largo del Informe. Con ellas se interrogó a las preguntas descriptivas realizadas con un sentido preciso. Las conclusiones de este análisis son las que se presentan a continuación.

Sobre la naturaleza del arbitraje de construcción

Entre las diferencias iniciales que destacan en la apreciación de árbitros y abogados se encuentra la larga duración de los procesos y la falta de especialización de los árbitros. Para los árbitros más que para abogados, los procesos de arbitraje de construcción son percibidos como de larga duración, mientras que los abogados –en particular los más jóvenes– encuentran que la falta de especialización de los árbitros es uno de los principales problemas del arbitraje de construcción. Este problema no es prácticamente observado por los árbitros.

Paralelamente, también aparecen diferencias significativas según años de experiencia. Los árbitros con mayor experiencia tienden a encontrar innecesario tener listas de árbitros especializados y a negar el carácter particular de los arbitrajes de construcción. Por su parte profesionales más jóvenes, especialmente abogados (aunque también algunos árbitros) son favorables a estas opciones y, por tanto, a reconocer la naturaleza particular del arbitraje de construcción.

Tanto la larga duración, el volumen de pruebas, como la falta de un procedimiento adecuado al arbitraje de construcción son problemas transversalmente identificados por los encuestados. Esto indica una carencia sistémica generalizada, en tanto el diagnóstico no depende de la posición de observación de los agentes que participan del sistema, sino que se reconoce de manera independiente por cada uno de ellos.

Cuando se indaga más profundamente en algunas de las variables críticas mencionadas –y en la perspectiva de acelerar los procesos– emergen ciertas consideraciones relevantes. En primer lugar, si bien el volumen de pruebas puede ser un factor que alargue los procesos arbitrales de construcción, los encuestados coinciden transversalmente en señalar que la extensión del período inicial de discusión es lo que principalmente alarga los procesos. En segundo lugar, solo para quienes tienen una experiencia menor a 5 años, la producción y presentación de pruebas documentales es lo que, ante todo, debiera reducir su duración. En tercer lugar, quienes tienen una experiencia media en cuanto a número de arbitrajes de construcción (5 a 10 arbitrajes) opinan con fuerza que el período de discusión es el que debería acortarse. En este sentido, si bien puede observarse una cierta tendencia entre profesionales medianamente jóvenes en su preferencia por reducir el período de discusión, esta opción tiene una acogida que puede ser calificada de transversal entre los encuestados.

Considerando que los plazos estándar para la presentación de los escritos son extremadamente breves (15 o 10 días hábiles), no es realista pensar que dichos plazos puedan ser reducidos. Especialmente en un caso de construcción, ello sería impracticable. En tanto, podríamos suponer que la crítica se refiere a las eventuales demoras en proveer los escritos de discusión o a la cantidad de las rondas de los escritos entre la demanda y demanda reconventional, con sus respectivas contestaciones, réplicas y réplicas.

En términos de recomendaciones de política en esta dimensión de análisis, es posible sugerir lo siguiente:

- Corregir la falta de especialización de los árbitros en materias de construcción por medio de políticas de nombramiento de expertos en este ámbito;
- Discutir la creación de un procedimiento adecuado al arbitraje de construcción que recoja sus particularidades y permita incrementar la eficiencia del procedimiento en general;
- Poner atención a las diferencias de roles y de experiencia laboral en cuestiones de arbitraje cuando se diseñen medidas de reforma al sistema del CAM Santiago.

Sobre la figura del perito

Dada la complejidad técnica de los arbitrajes de construcción, la figura de un perito es necesaria para procesar y lograr traducir a no expertos la alta especialización que los problemas de construcción implican (desde cuestiones físicas hasta materias matemáticas de alta complejidad). Que los peritos logren efectivamente traducir esta dimensión técnica a un lenguaje de legos, no debe darse por sentado. Para lograr esto, el perito debe ser, además de

un técnico de alta especialización, un traductor con capacidad empática respecto de su audiencia. Por ello, la selección del perito no necesariamente acierta, y ello puede constituir para el tribunal y para las partes un problema que se lee como pérdida de tiempo o ineficacia funcional.

Sin embargo, a pesar de lo anterior, uno de los rasgos que llama la atención cuando se inquiriere a los agentes por las posibilidades de aceleración de los procesos consiste que un porcentaje reducido de ellos señala que los peritajes solicitados por el tribunal (o por las partes a través de él) son una fase del procedimiento cuya extensión debiera acortarse. Más aún, tanto árbitros como abogados (los primeros en un porcentaje mayor) consideran que los peritajes son esenciales para contribuir a la solución en las controversias de construcción. Esa convicción es alta incluso entre quienes tienen menor experiencia en este tipo de arbitrajes, y aunque baja algo en los de experiencia media, luego se incrementa a medida que aumentan los años de experiencia. Algo similar ocurre con relación al número de arbitrajes en los que se ha participado.

Esto indica que los agentes del sistema reconocen (implícita o explícitamente) la necesidad del perito. No es difícil pensar en que la fuente de este reconocimiento está en la complejidad técnica en materias de construcción. O dicho de otro modo, en la imposibilidad de comprender problemas específicos en estas materias sin la ayuda de conocimiento especializado. Por ello, el mismo acto de selección y nombramiento de peritos adquiere una relevancia alta en el procedimiento arbitral. De ello no solo dependerá la comprensión de la complejidad del problema, sino en último término, un incremento de las posibilidades de justicia sustantiva producto de la mejor visualización de las particularidades del caso. Por esto, cuando la selección y nombramiento de peritos presenta dificultades, es el sistema en general el que se ve afectado.

Dentro de las principales falencias observadas por los encuestados está la ausencia de una nómina oficial de peritos por parte del CAM Santiago, seguida de la falta de un procedimiento de designación transparente de peritos. Ambas falencias están relacionadas: un nuevo procedimiento de designación de peritos debiera presuponer una nómina conocida de peritos elegibles, es decir, es el procedimiento el que debe determinar la forma en que una nómina de peritos elegibles se selecciona, se designa, se evalúa y se modifica. En este sentido, hay que evitar la tentación de elaborar el listado de peritos sin previamente determinar las condiciones por las que se administra esa nómina.

Son los árbitros en mayor proporción que los abogados de parte quienes acusan la ausencia de la nómina. Inversamente, los abogados de parte son quienes mayormente ponen el acento sobre la falta de un procedimiento transparente. De modo paralelo, a más años de experiencia, la falta de la nómina oficial se percibe más necesaria que el procedimiento, aun cuando quienes han tenido una cantidad reducida de arbitrajes también perciben la falta de la nómina como relevante. Los profesionales de experiencia media tienden a observar la falta de procedimiento de designación como el problema principal.

La concentración en estas preferencias por distintos roles y en distintos momentos del ejercicio de la profesión indica varias cosas: a) una transversalidad en la importancia asignada a ambos temas; b) una demanda sistémica de los agentes antes que una demanda específica asociada a un rol o a una posición en el desarrollo de la carrera; c) una unidad entre ambos elementos, la nómina de peritos y el procedimiento de designación conocido; y d) un llamado de atención a CAM Santiago a regular este ámbito en los aspectos mencionados.

De cualquier modo, la nómina de peritos y la regulación de la designación de ellos constituyen solo el primer paso en el trabajo de los peritos en el juicio arbitral de construcción. Dada la sensibilidad de su trabajo durante el proceso (tecnicismo y aporte a la justicia sustantiva), y puesto que el punto de partida (nómina y designación) no ha sido lo suficientemente claro, es predecible que se puedan producir problemas posteriores. La principal dificultad percibida por los encuestados es que el perito se comunica directamente con las partes y solicita antecedentes fuera del proceso; otras dificultades (materias ajenas al encargo conferido, imposibilidad de conainterrogar y comunicación directa con el tribunal sin presencia de la otra parte) se encuentran lejanas en relevancia de la primera. Nuevamente son los árbitros en mayor proporción que los abogados quienes observan esta dificultad; para los abogados es la imposibilidad de conainterrogación lo que se percibe como problema relevante, aunque en menor tono a la fuerza con que emerge en los árbitros la comunicación directa con las partes y la solicitud de antecedentes fuera del proceso como la principal dificultad en el trabajo de peritos. Con esta constatación se refuerza y amplía la necesidad de regular la labor de peritos en el procedimiento arbitral de construcción no solo en sus inicios (nómina y designación), sino también durante el desarrollo del encargo.

A pesar de las carencias mencionadas, especialmente los árbitros, pero también un porcentaje no menor de abogados de parte, valoran el informe pericial y consideran que el tribunal lo emplea de manera adecuada. Se produce aquí un fenómeno de interés: las premisas del trabajo pericial son débiles según los encuestados (falta de nómina, de procedimiento de designación, solicitud de antecedentes fuera del proceso), pero su resultado es positivo (uso adecuado por parte del tribunal). Dos interpretaciones opuestas pueden derivarse de esto. La primera es que a pesar de las dificultades procedimentales, el resultado final del trabajo pericial es óptimo, por lo que no habría que modificar nada en sus bases en tanto el producto es valorable. La segunda interpretación indica que, dado el positivo resultado del peritaje, el mejoramiento de las condiciones de base es indispensable para que tal resultado positivo no sea producto de alguna casualidad que pueda disolverse en el tiempo, sino que sea una derivación lógica de un procedimiento bien constituido desde la selección y designación de peritos hasta el trabajo en el proceso y el resultado final.

Ciertamente, la interpretación institucionalmente más coherente es la segunda, pues ella busca asegurar condiciones de un futuro buen funcionamiento del perito (eficiencia, eficacia, transparencia) en el marco del arbitraje de construcción.

En términos de recomendaciones de política en esta dimensión de análisis, es posible sugerir lo siguiente:

- Reforzar el rol del perito y del peritaje en el marco del arbitraje de construcción;
- Crear un procedimiento transparente e informado de designación de peritos basado en una nómina oficial y conocida de peritos en los que estén claramente estipuladas sus capacidades y que incluya herramientas para evitar los posibles conflictos de intereses;
- Incorporar en el procedimiento la regulación de los modos en que el perito se comunicará con las partes y el tribunal;
- Elaborar un código de conducta del perito en el arbitraje de construcción para que la comunidad de peritos elegible esté informada ex ante de las exigencias y condiciones del trabajo como perito en arbitrajes de construcción en CAM Santiago;
- Convocar, acoger y promover una comisión técnica de especialistas que establezca lineamientos para la elaboración de una nómina oficial de peritos elegibles y el desarrollo de un código de conducta del perito en el arbitraje de construcción.

Sobre las condiciones generales de funcionamiento del arbitraje de construcción

De los análisis previos parece claro que el arbitraje de construcción tiene particularidades que no se presentan en otro tipo de arbitrajes, lo que justifica al menos poner atención al modo en que las condiciones de este tipo de arbitrajes pueden mejorarse. La preferencia más notoria al respecto es el nombramiento de árbitros especialistas. Otras opciones, como mediación previa o restringir las pruebas documentales, entre otros, aparecen con la mitad de las preferencias.

En este caso, son por cierto los abogados de parte quienes llevan el peso de la preferencia por árbitros especialistas, aunque también árbitros que han participado en arbitrajes de construcción siguen la misma opinión. Se manifiestan de modo similar árbitros con menos años de experiencia y también profesionales más experimentados.

Se agrega a esto que los encuestados sostienen que el árbitro especialista debiera actuar preferentemente como árbitro mixto (arbitrador en cuanto al procedimiento y de derecho en cuanto al fallo), seguido por la opción de árbitro arbitrador. El árbitro mixto es fundamentalmente preferido por los abogados de parte y el arbitrador por la mayoría de quienes han actuado en ambos roles (como árbitro y como abogados de parte), especialmente cuando se tiene más años de experiencia en arbitrajes de construcción.

La opción por estos tipos de árbitro (mixto y arbitrador) refleja la expectativa de alejarse de las formalidades establecidas por la ley, ganando en flexibilidad para presentar pruebas u omitir procedimientos innecesarios, es decir, incrementando las condiciones de eficacia y eficiencia del procedimiento arbitral.

Todo esto habla en favor de la particularidad de los arbitrajes de construcción y de la creación de un procedimiento adecuado a la complejidad de estos casos, tal como hemos expuesto más arriba.

Esta constatación se ve apoyada por tres tendencias claras. En primer lugar, la clara opción de los encuestados por incorporar en los contratos una cláusula arbitral institucional y la casi nula

preferencia por someter estos casos a la justicia ordinaria apoyan la idea de que el arbitraje de construcción tiene rasgos particulares en relación con el arbitraje en otros rubros. En segundo lugar, la preferencia por una negociación directa entre las partes previa al juicio arbitral refleja una opción por métodos preventivos y no adversariales de solución de controversias, tanto entre árbitros como entre abogados de parte. Y en tercer lugar, la visión mayoritariamente positiva sobre los Dispute Boards, en tanto ellos permitirían que la conflictividad en el rubro de la construcción se viera significativamente disminuida, refuerzan la tendencia presente a lo largo de todo este Informe de que el arbitraje de construcción es un tipo de arbitraje particular que, por su alta complejidad técnica, requiere de condiciones procedimentales e institucionales especiales.

En términos de recomendaciones de política en esta dimensión de análisis, es posible sugerir lo siguiente:

- Considerar el nombramiento de árbitros especialistas en materias de arbitraje de construcción;
- Promover la incorporación de una cláusula arbitral del CAM Santiago, especial para casos de construcción, en los contratos entre las partes;
- Abrir opciones de una negociación directa entre las partes en la sede institucional previa al procedimiento arbitral;
- Promover la formación de Dispute Boards en materias de arbitraje de construcción donde los especialistas puedan ser propuestos por el CAM Santiago.

Consideración final: experticia y flexibilidad procedimental

Del análisis y de los datos presentados en este Informe parece claro que las disputas en el rubro de la construcción han alcanzado un nivel de complejidad tal que requieren de un tratamiento especial en materias de arbitraje. Difícilmente un tribunal ordinario puede estar preparado para realizar esta labor respetando la complejidad del tema. Sobre la base de la encuesta realizada, es factible concluir que hay dos factores centrales que tener en cuenta para los arbitrajes de construcción: la experticia y la flexibilidad procedimental.

En relación con el primero, la demanda de experticia en arbitrajes de construcción se observa claramente en la necesidad de nombrar árbitros especialistas, en la relevancia que adquiere el perito y en la formación de Dispute Boards o paneles de expertos para conocer los conflictos antes de que ellos superen la fase crítica después de la cual solo pueden resolverse arbitrariamente o en tribunales ordinarios. En relación al segundo, la creación de un procedimiento arbitral adecuado a materias de construcción, control de la extensión de la etapa de la discusión o de la sobreabundancia de la prueba, la regulación transparente de la nómina, designación y conducta de los peritos durante el arbitraje, indican claramente que lo que el arbitraje de construcción requiere es no tener que adaptarse a procedimientos creados para otros fines o rubros, sino encontrar un camino diferente. Esto es lo que hacen ver las opiniones de los agentes principales del campo cuyas preferencias hemos analizado y discutido en estas páginas.