

**DISPUTE BOARDS EN LATINOAMÉRICA:
EXPERIENCIAS Y RETOS**

Volumen 23 *Biblioteca de Arbitraje del*
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

Dispute boards en Latinoamérica: Experiencias y retos

Coordinador:
Roberto Hernández García



CENTRO DE
**ANÁLISIS Y
RESOLUCIÓN
DE CONFLICTOS**

PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

DISPUTE BOARDS EN LATINOAMÉRICA:
EXPERIENCIAS Y RETOS

Primera edición, junio 2014
Tiraje: 1,000 ejemplares

© ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE S.C.R.L.
Av. Arequipa 2327, Lince
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

Diseño de Cubierta: Iván Larco
Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.
Imprenta: F.M. Servicios Gráficos S.A.
Henry Revett n.º 220 Lima - Lima - Santiago de Surco

*Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o
parcialmente, sin permiso expreso del editor.*

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2014-09468

ISBN: 978-612-46374-2-1

Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

	Página
PRESENTACIÓN <i>Mario Castillo Freyre</i>	9
INTRODUCCIÓN <i>César Guzmán-Barrón Sobrevilla</i>	13
<i>Dispute boards</i> (paneles de solución de controversias) en Latinoamérica: retos y perspectivas de un fascinante medio de solución de controversias <i>Roberto Hernández García</i>	23
La fatalidad de los reclamos en los contratos de cons- trucción FIDIC: a propósito de los <i>dispute boards</i> <i>Jaime Gray Chicchón y Jonnathan Bravo Venegas</i>	33
Mesas paralelas de resolución de controversias en mega proyectos de ingeniería y construcción: una perspectiva práctica <i>Jerry Brodsky</i>	71
Las mesas de resolución de disputas como mecanismo que viabiliza la continuidad en los proyectos de cons- trucción: la experiencia en El Salvador <i>Carlos Peñate Guzmán</i>	87

Los <i>dispute boards</i> y los contratos administrativos: ¿son los db's una buena solución para disputas sujetas a normas de orden público? <i>Gilberto José Vaz y Pedro Augusto Gravatá Nicoli</i>	99
<i>Dispute boards</i> : la visión de las partes y su co-existencia con los contratos administrativos. Experiencias en Chile <i>Juan Eduardo Figueroa Valdes</i>	123
<i>Dispute boards</i> y arbitraje en construcción: ¿compiten o se complementan? <i>Gustavo Paredes Carbajal</i>	141
Anexo Reglamento de la Junta de Resolución de Disputas (<i>Dispute Boards</i>) del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú	159
Dispute Boards Rules Center for Conflict Analysis and Resolution Pontifical Catholic University of Peru	199

PRESENTACIÓN

El Estudio Mario Castillo Freyre se complace en presentar un nuevo volumen de su «Biblioteca de Arbitraje», el cual lleva por título «*Dispute Boards* en Latinoamérica: Experiencias y retos».

Este número resulta de particular importancia, pues su contenido no desarrolla temas arbitrales *strictu sensu*. Empero, en esta entrega se analiza un tema muy relacionado al arbitraje y que en los últimos años ha tenido gran acogida por todas las bondades que ofrece, a saber: los *Dispute Boards*.

Se sabe que mientras más rápido se resuelva un conflicto, el costo para los involucrados en él va a ser menor. Toda disputa genera costos y estos costos normalmente no se encuentran contemplados en el presupuesto de ejecución de una prestación. Todo método de solución de controversias tiene, necesariamente, una fase en la que se intenta llegar a un acuerdo, es decir, una etapa donde las partes cooperen de modo que la *litis*, propiamente dicha, no surja.

Los *Dispute Boards* sirven, precisamente, para llegar a dicho acuerdo.

Esta figura, que se usa fundamentalmente en los contratos de obra, ha tenido una acogida inusitada en las últimas décadas en países en donde la construcción es una actividad de vital importancia para su economía. El Perú no podía permanecer ajeno a este hecho y es que en los últimos años ha sido objeto de un crecimiento económico sostenido, el cual ha tenido en la actividad inmobiliaria a un especial actor.

Como sabemos, la construcción genera un alto índice de controversias. Todo conflicto genera ineficiencia y ésta trae, a su vez, la materialización de riesgos que en muchas ocasiones han sido mal previstos y, luego, terriblemente atendidos.

La actividad de la construcción reviste operaciones complejas que involucran a múltiples actores y se hace necesaria la intervención de personal altamente capacitado y especializado.

Como sabemos, existen, principalmente, dos tipos de problemas que surgen en toda actividad relacionada a la construcción: controversias por demoras o controversias por defectos en la obra.

La pregunta que se plantea es: ¿cómo resolver estas disputas?

El arbitraje, como sabemos, constituye un medio alternativo de solución de controversias que tiene una serie de bondades y una naturaleza que lo hacen único para resolver (de manera definitiva, en poco tiempo y con el amparo de la ley) todo tipo de conflictos.

Sin embargo, cabe poner atención a una fase previa al arbitraje que tiene en los *Dispute Boards* a una opción interesante e inteligente.

Las partes de una relación contractual, más que buscar una reparación a posibles daños y perjuicios que puedan sufrir, lo que quieren es evitar o disminuir su aparición. Así, y atendiendo al hecho de que es cada vez más común que sean las propias partes las que administren y supervisen la ejecución de sus prestaciones, resulta plenamente posible que estas partes puedan contratar técnicos que, de manera permanente, se hallen facultados para atender a los acontecimientos que ocurran en la obra.

En ese orden de ideas, y dentro del marco de las necesidades que ofrece el sector de la construcción, nacen los *Dispute Boards* como una

respuesta eficiente a la búsqueda de solución de disputas desde la propia industria de la construcción, la cual tiene como principio rector a la celeridad en la resolución de conflictos en tiempo real, sin que se deba esperar a que la obra concluya, estableciendo (el Panel de Expertos) soluciones a través de la emisión de decisiones o recomendaciones dirigidas a las partes.

El Panel de Expertos se encuentra conformado por personas neutrales que usualmente son llamadas Adjudicadores, los cuales deben estar informados continuamente de la marcha de la obra y tienen la facultad de realizar visitas al lugar de ejecución de la construcción. Teniendo ello como base, los Adjudicadores ofrecen respaldo ininterrumpido para la solución de disputas a lo largo de la ejecución de la obra y buscan que ésta no se paralice.

Como se puede observar, la tarea de este Panel de Expertos es variada y la experiencia que se puede obtener de su actuación resulta diversa.

Este volumen de nuestra «Biblioteca de Arbitraje», ofrece valiosa información que nos va a acercar a este nuevo método alternativo de solución de conflictos. A través de sus páginas, vamos a ser testigos de una serie de experiencias en diversos países de Latinoamérica que han tenido a los *Dispute Boards* como actor principal.

Asimismo, el lector podrá encontrar el Reglamento de la Junta de Resolución de Disputas (*Dispute Boards*) elaborado con gran esfuerzo por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú y su Director, el doctor César Guzmán-Barrón Sobrevilla.

Como Director de la «Biblioteca de Arbitraje», me siento muy honrado de saber que este esfuerzo haya llegado tan lejos y no sólo contemos con más de veinte volúmenes que aborden la temática del arbitraje, sino que también podamos ofrecer al medio valiosos textos que se re-

lacionen con el arbitraje y que coadyuven a encontrar alternativas que se ajusten a las diversas realidades que el comercio y la industria nos pueden ofrecer.

En ese orden de ideas, presentamos a la comunidad el volumen 23 de la «Biblioteca de Arbitraje» de nuestro Estudio, el cual lleva por título «*Dispute Boards* en Latinoamérica: Experiencias y retos».

Lima, junio de 2014

MARIO CASTILLO FREYRE*

* Mario Castillo Freyre. Magíster y doctor en Derecho, abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor principal de Derecho Civil (Obligaciones y Contratos) en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Catedrático de las mismas materias en la Universidad de Lima. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Director de las colecciones Biblioteca de Arbitraje y Biblioteca de Derecho de su Estudio www.castillofreyre.com

INTRODUCCIÓN

Con mucha satisfacción el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (CARC-PUCP) les presenta nuestra primera publicación especializada en los *Dispute Boards* o Juntas de Resolución de Disputas, que lleva por título «*Dispute Boards* en Latinoamérica: Experiencias y Retos», la cual ha sido coordinada por nuestro amigo mexicano, el doctor Roberto Hernández García, actual Presidente del Comité de Solución de Controversias en Construcción de ICC México.

Esta publicación significa todo un gran logro para nuestro Centro y sin duda uno de los hitos más relevantes en todo el proceso de difusión y desarrollo de los *Disputes Boards* que nuestro Centro ha emprendido desde al 2009.

En efecto, en virtud de la Ley de Contrataciones del Estado (tanto las derogadas como la vigente); que excluían de su aplicación a los contratos financiados por entidades cooperantes extranjeras; empezaron a utilizarse en el Perú contratos modelo de construcción y consultoría (Contratos FIDIC) exigidos por las entidades cooperantes para el otorgamiento del financiamiento respectivo. Lo que determinó la aplicación de cláusulas de solución de controversias provenientes de dichos contratos para resolver las disputas que pudieran surgir.

Es así que surgieron en nuestro país los primeros atisbos de *Dispute Boards* (DB), lo cuales son como un mecanismo pre arbitral de solución de controversias. Sin embargo, al no ser conocido el mecanismo de los DB en nuestro país, se pensó en él como una suerte de conciliación en donde se emite una decisión. Siendo que la naturaleza auto compositiva

de la conciliación no permite que el conciliador emita una decisión que resuelva la controversia, es lógico pensar que el DB es un mecanismo con características muy particulares y diferentes a las ya conocidas en el Perú.

Esta realidad motivó que el CARC – PUCP emprendiera una intensa labor de investigación y difusión con la finalidad de informar a la comunidad jurídica que lo que de forma errónea se entendía como «conciliación decisoria» era en realidad un Dispute Board unipersonal y ad hoc. El CARC-PUCP fruto de esta ardua tarea de investigación siempre ha estado convencido de las ventajas que su adecuada regulación contractual podía aportar en eficiencia y celeridad en la solución de controversias en los contratos de obra privada y pública en nuestro país.

Es así como el CARC-PUCP propició y formó un Grupo de Trabajo de connotados especialistas en derecho de la construcción y gerentes de las principales empresas constructoras del Perú para que se desarrollen tareas de investigación y difusión con miras a promover en la comunidad jurídica nacional este mecanismo y ofrecer un servicio institucional de administración y organización de los DB en el Perú a través de la elaboración de un Reglamento.

Justamente el mayor aporte de este Grupo de Trabajo y del CARC-PUCP para la implementación de los DB en el Perú sin duda ha sido el Reglamento de la Junta de Resolución de Disputas (JD) a través del cual el CARC-PUCP se convirtió en la primera institución del Perú en ofrecer el servicio de administración de *Dispute Boards* como mecanismo de solución de controversias. El Reglamento fue presentado en mayo del 2013 y es parte de los anexos de la presente publicación tanto en su versión en español como en inglés.

Este Reglamento es el resultado de un proceso de evaluación de la experiencia del CARC-PUCP y la revisión de las disposiciones regulato-

rias aplicadas a los DB a nivel internacional. Para estos fines se ha tomado en cuenta los aportes a la comunidad internacional efectuados por la International Chamber of Commerce (ICC), así como la experiencia y estadísticas publicadas por la Dispute Resolution Board Foundation.

La elaboración de este Reglamento tomó como base el contexto nacional y la realidad jurídica y social peruana. Por ello, se estableció la posibilidad de acudir a una Junta Decisoria de Disputas (en adelante, JDD) que emite decisiones vinculantes o a una Junta de Revisión de Disputas (en adelante, JRD) que emite recomendaciones no vinculantes. En cualquier caso, las partes pueden acordar que la JD actúe de manera permanente o ad-hoc.

Las decisiones vinculantes emitidas por la JDD deben ser cumplidas inmediatamente por las partes desde que son notificadas o en el plazo que la JDD indique. El incumplimiento de una decisión es considerado como un incumplimiento contractual grave. Las decisiones vinculantes emitidas por las JDD no son finales, salvo aquellas que adquieran dicha calidad al no ser sometidas a arbitraje en el plazo establecido.

Las recomendaciones emitidas por la JRD, no son vinculantes y sólo deberán ser cumplidas en caso las partes así lo acuerden, sea que se determine en vía arbitral o la recomendación se convierta en final.

Se establece que cuando el Reglamento se aplique en relaciones de contratación pública sólo se podrá optar por una JDD.

Cabe señalar que el emprendimiento en la difusión y desarrollo de los DB realizado por el CARC-PUCP a la fecha ya ha tenido interesantes frutos, toda vez que a nivel legislativo en diciembre del año pasado (2013) se estableció en la Ley de Presupuesto (Ley N° 30114) la posibilidad de someter las controversias derivadas de los Contratos de Asociación Pública Privada (APP) a los *Dispute Boards* como una etapa previa al inicio de un arbitraje.

Consideramos que esta disposición legislativa es la más clara señal de la gran acogida y expectativas que viene generando los DB's en nuestro país, lo cual también demuestra que las tareas de investigación y difusión emprendidas por el CARC-PUCP vienen dando frutos visibles en tanto que los DB se constituyan en una alternativa real y ventajosa para la solución de controversias en los contratos de asociaciones público-privadas.

En este contexto estamos convencidos que la presente publicación representa un aliciente fundamental en este continuo desarrollo de los *Disputes Boards* en el Perú y en América Latina, toda vez que reconocidos especialistas nos explican con mucho detalle la pertinencia del uso de los DB en la resolución de controversias de la ejecución de contratos administrativos o de contratación pública.

Confiamos que tan solida prueba académica, pero a la vez empírica, lleve a nuestros legisladores a dar el siguiente paso y que en las próximas reformas a la Ley de Contrataciones del Estado se incluya a los DB como mecanismo de solución de controversias en los contratos de obra pública. Estamos seguros que esto ayudará a resolver con prontitud y especialización ese gran 69.5% de controversias que ahora llegan al arbitraje por no tener un filtro previo que permitan prevenirlas o resolverlas durante la ejecución del contrato.

En consecuencia, saludamos el valioso aporte que tan connotados profesionales de diversos países como México, El Salvador, Brasil, Chile, Estados Unidos y también de nuestro Perú realizan en aras de brindarle a nuestra sociedad un mecanismo de solución de controversias especializado para los grandes contratos de obra e infraestructura que contribuya sobremanera a satisfacer oportunamente las necesidades del Estado y de los contratistas aliviando la escalada del conflicto o mitigándolo con anticipación, lo cual abundará, sin duda, a favor de la paz social, la cual es siempre parte de la responsabilidad social de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Y asimismo atender de manera oportuna y eficiente

las expectativas de la población en relación a las obras de infraestructura y de construcción relativas a carreteras, puentes, puertos, aeropuertos, hospitales, centros educativos etc.

Es así que a través de éstas páginas, Roberto Hernández García nos demuestra con mucha propiedad que los *Disputes Boards* ya son una realidad en la dinámica de solución de controversias latinoamericana, la cual debe ser asumida por los operadores del derecho y de la ingeniería como una oportunidad para la resolución eficiente de las controversias provenientes de las obras construcción e infraestructura. El autor nos explica con acierto que el sector de la construcción es un sector proclive a las controversias entre las partes que integran los proyectos dada la complejidad de las relaciones contractuales, dificultades técnicas y aspectos diversos (diseño, sociales, culturales, etc.) que las rodean; asimismo la necesidad de contar con leyes, regulaciones, contratos y principios que favorezcan y estimulen el sector de la construcción, ha dado origen al denominado «Derecho de la Construcción»; el cual a su vez ha generado en contrapartida una necesidad de especialización en éste nuevo «Derecho de la Construcción» dado que muchos proyectos están propiamente administrados y ejecutados por profesionales que reconocen los principios de la *Lex Constructionis* (como muchos llaman a los principios universales del Derecho de la Construcción, independientemente de las legislaciones, regulaciones y normas locales). Es en esta regulación especializada en donde los *Dispute Boards*, se han erigido como un medio de solución de controversias capaz de resolver de manera eficiente temas complejos, siendo más que nada una respuesta desde la construcción para la necesidad de la construcción.

No obstante ello, la figura tiene retos importantes de aplicación, que se describen en el artículo, los cuales en opinión acertada del autor deberán superarse para que los *Dispute Boards* tengan un futuro promisorio en una región con grandes expectativas de crecimiento y desarrollo.

Por su parte, Jaime Gray Chicchón y Jonnathan Bravo Venegas nos explican detalladamente cómo es que el tiempo ha sido siempre un elemento esencial e influyente en el derecho y sobre todo cuando éste se relaciona con una actividad tan temporal como la construcción. En este sentido, muchas figuras jurídicas vigentes en los distintos ordenamientos jurídicos toman como sustento al tiempo para su configuración y aplicación en los contratos de obra e infraestructura. De esta manera, se reconoce la relación existente entre el tiempo y los hechos jurídicos en general, como por ejemplo ocurre en Libro Rojo del Contrato FIDIC de cuya interpretación se genera todo un debate acerca de si los plazos establecidos en la cláusula 20.1 del contrato FIDIC son de caducidad, teniendo en cuenta la regulación vigente de cada país y la validez del pacto de plazos de caducidad mediante convenio.

A su turno, Jerry Brodsky escribe sobre la gran utilidad de las mesas paralelas de resolución de controversias para el éxito de un mega proyecto de ingeniería y construcción, o un proyecto de alta envergadura y/o complejidad técnica, con muchos participantes, y de larga duración. Esto implica que la efectividad del proceso (contractual o legal) de resolución de controversias que se lleva a cabo durante la ejecución del proyecto debe promover la continuidad y culminación del mega proyecto, así como proteger su viabilidad económica/financiera, toda vez que la oportuna resolución de las disputas y los desacuerdos que surgen durante la ejecución de la obra tienen un impacto importante sobre el éxito financiero de los proyectos. Asimismo, nos introduce hacia la figura del “DB Institucional”, los que generalmente forman parte del proceso contractual de resolución de controversias entre la entidad pública y una entidad privada que está a cargo del desarrollo del mega proyecto, como por ejemplo, una concesionaria, siendo que su principal ventaja radica en proveer una base procedimental a la solución de controversias, por lo que solo será necesario modificar lo necesario para acortar el ciclo de resolución de controversias ante las necesidades específicas de las partes.

En esta misma línea, Carlos Peñate Guzmán centra su atención en las Mesas de Resolución de Conflictos llamadas vinculantes. Nos explica cómo es que en estas Mesas se logra resolver el conflicto en forma vinculante aunque su efectividad está supeditada a la posibilidad de su discusión en arbitraje posterior. Entre muchas otras razones, el autor destaca como principales virtudes de este medio la inmediatez, la celeridad, la reducción de costos y la continuidad de su labor. Asimismo desarrolla una interesante explicación sobre su regulación en la legislación correspondiente a los Contratos de Asociación Público Privados de El Salvador, realidad que encuentra eco en el reciente panorama legal peruano y que demuestra las bondades de los *Dispute Boards*.

Continuando con los temas abordados en la presente publicación, Gilberto José Vaz y Pedro Augusto Gravatá Nicoli realizan una reflexión respecto de la adecuación de los *Dispute Boards* (DB's) a los sistemas normativos de la región latinoamericana, considerados de raíz romano-germánica. Estos autores parten de la premisa que a las ventajas típicas de ese método alternativo de solución de controversia pueden, en principio, contribuir a una mayor eficacia de los llamados contratos administrativos. No obstante ello, la forma como los DB's se hacen operables puede eventualmente levantar cuestionamientos, sobre todo cuando son considerados los parámetros normativos atinentes a la actividad de la Administración Pública, siendo el corolario básico de esos cuestionamientos lo que se conoce por principio de la legalidad estricta. En este escenario los autores reflexionan con especial incidencia en el derecho brasileño pero también desde una visión comparada. Entre sus principales consideraciones podemos encontrar la existencia de autorización legal para que la Administración Pública pueda solucionar sus controversias a través de métodos alternativos el poder transigir sobre derechos indisponibles y derechos exclusivamente patrimoniales. El artículo aborda la problemática de si al acatar la recomendación de un Dispute Board, la Administración podrá actuar en observancia a la juridicidad de sus conductas.

Siguiendo con los aportes académicos de esta publicación, Juan Eduardo Figueroa Valdés nos explica cómo es que el establecimiento de un *Dispute Boards* en un contrato de construcción constituye no sólo un beneficio para todas las partes sino también para el proyecto mismo, toda vez que se canalizan en forma adecuada los conflictos, sometiéndolos al conocimiento y decisión del panel del DB mutuamente elegido, técnicamente competente y con experiencia en proyectos similares al que se está ejecutando, lo que facilita solucionar las diferencias que de otra forma serían sometidas a arbitraje o litigación. El autor nos brinda además una interesante perspectiva de la utilidad y uso de los DB en la realidad chilena con especial atención en los contratos de construcción de obras mineras y concesiones en los cuales es muy preciada la labor del DB, puesto que está constantemente informado del desarrollo de las obras y que la prueba de los hechos controvertidos está a la mano de los adjudicadores, por lo que éstos pueden emitir oportunamente recomendaciones o decisiones en que en la gran mayoría de los casos son acatadas o aceptadas por las partes. Otro interesante tópico que se propone es el relativo a la Ley N° 20.410, publicada en el Diario Oficial de Chile, con fecha 20 de Enero de 2010, que consagra la figura del Panel Técnico, que en la realidad es un *Dispute Boards* cuya función es absolver las consultas y resolver las discrepancias entre las partes de carácter técnico o económico que se produzcan durante la ejecución del contrato de concesión, bajo la modalidad de recomendaciones, siendo que el establecimiento por ley de DB en los contratos de concesiones de obras públicas, a partir de la experiencia de Chile, es una clara demostración que pueden perfectamente coexistir los DB con los contratos administrativos, que implican prerrogativas para el Estado, sin que éstas se vean atemperadas o restringidas.

Finalmente, Gustavo Paredes Carbajal toca lo concerniente a cómo la complejidad de la actividad de la construcción y su intenso desarrollo en un contexto de temporalidad, a lo que se suma su particular regulación jurídica debe responder a una exigencia de eficiencia en la solución de sus controversias. En este sentido las obras se inician y terminan

dentro de un cronograma de tiempo que programan actividades que el contratista debe seguir rigurosamente cuidando sus rendimientos. Es cierto que éste cronograma original puede modificarse en atención a la necesidad de la obra, pero nunca sin perder de vista el interés original de las partes que motivó su decisión de contratar: el del propietario de tener su obra en un tiempo determinado y que responda a un presupuesto y calidad apropiada; y, el del constructor, de obtener la utilidad contratada. Es por ello que para el análisis de eficiencia en la solución de conflictos y por consiguiente en la gestión contractual de la actividad de la construcción, la premisa básica es: mayor tiempo en la solución de la disputa, mayor costo. Es muy importante tomar en cuenta esta realidad en una industria muy sensible y habituada al conflicto, toda vez que el reclamo forma parte del proceso constructivo. Dado ello, resulta más costoso para las partes confiar la decisión de su conflicto a quienes no conozcan la obra ni la visiten periódicamente para entender el porqué de los reclamos y cómo prevenirlos y es en este punto en donde los *Dispute Boards* agregan valor a la gestión contractual del conflicto y del proyecto, en tanto ayuda a evitar que el conflicto aparezca lo cual es connatural a su condición como presupuesto de Arbitrabilidad, lo cual no debe ser entendido como una competencia del arbitraje ya que los *Dispute Boards* nacieron para sustituir la tradicional y muy antigua forma de manejar los conflictos en obra, es decir sustituir la decisión del “ingeniero” en obra como supervisor contratado por el propietario, por lo que se puede afirmar que la relación ingeniero-arbitraje fue sustituida por la relación dispute board-arbitraje. Es por ello que ambos métodos al tener atributos diferentes en la realidad “suman” en la gestión eficiente de los conflictos en los contratos de construcción, al ser métodos complementarios.

Asimismo, deseamos agradecer al doctor Mario Castillo Freyre, porque dada su gentileza ha sido posible la impresión y publicación de esta obra.

Sin más preámbulos, amigo lector, lo invitamos a conocer el contenido de esta novísima publicación, descubriendo las oportunidades y ventajas que nos reservan los *Dispute Boards*.

Lima, mayo de 2014

DR. CÉSAR GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA
DIRECTOR
CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

DISPUTE BOARDS (PANELES DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS)
EN LATINOAMÉRICA: RETOS Y PERSPECTIVAS DE UN
FASCINANTE MEDIO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

*Roberto Hernández García**

Contenido: I. Introducción: Estado general actual de las controversias en el sector de la construcción., una realidad que es necesaria enfrentar con inteligencia en la región; II. Medios de solución de controversias utilizados en el sector de la construcción; III. Una breve introducción a los Dispute Boards; IV. Dispute Boards en Proyectos en Latinoamérica: iniciativas, realidades y perspectivas; V. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN: ESTADO GENERAL ACTUAL DE LAS CONTROVERSIAS EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN, UNA REALIDAD QUE ES NECESARIA ENFRENTAR CON INTELIGENCIA EN LA REGIÓN

El sector de la construcción es un área proclive para la existencia de controversias de diversa índole y la realidad demuestra que esta parti-

* Maestro en Derecho por la Universidad Panamericana. Socio de COMAD, S.C., firma de abogados especializada en contratación pública, derecho de la construcción, solución de controversias e integridad empresarial. Fue Coordinador del Comité de Proyectos Internacionales de Construcción de la IBA y actualmente es Presidente del Comité de Solución de Controversias en Construcción de ICC México. Está reconocido por las publicaciones Chambers and Partners, Who's Who Legal y Best Lawyers en materia de contratación pública y derecho de la construcción. Es editor y co-autor de los libros: «Public Procurement: A guide to best practice» y «Construction and infrastructure Disputes: a global handbook» de la editorial Globe Law and Business, de Londres, Inglaterra. Actualmente es representante para Latinoamérica del Dispute Board Federation, y ha sido nombrado en conjunto por partes contratantes en proyectos de infraestructura en Latinoamérica como Dispute Board.

cularidad no se limita a determinadas jurisdicciones ni tipos de proyectos.

En muchas ocasiones, los profesionales de la construcción se quejan de que los proyectos se han legalizado a tal grado que resulta tan importante la capacidad técnica en un proyecto como la asesoría legal con la que las partes cuentan para enfrentarlo. Esto deviene de múltiples factores: algunos que tienen su raíz en aspectos técnicos tales como temas de diseño, planeación del proyecto, procedimientos constructivos ineficientes, entre muchos otros, mientras que en otros casos son el resultado de aspectos administrativos/legales fundamentales tales como son un esquema contractual adecuado, la oportuna y correcta administración contractual/legal del proyecto y por supuesto, la forma en que las partes, humanas al fin y al cabo, resuelven sus controversias.

Por lo que respecta a la solución de controversias, podemos señalar en primer lugar que las diferencias que resultan en éstas, son realidades que si bien ninguna de las partes que las integran quiere tener que enfrentar, regularmente lo tienen que hacer dado que pueden entorpecer en mayor o menor medida el desarrollo del proyecto de construcción, sus posibilidades de éxito, sin dejar a un lado las relaciones jurídicas y comerciales entre las partes, que en un mundo de gran competencia siempre se procuran mantener.

En esta realidad, es común que ingenieros y constructores de gran experiencia no solo hayan vivido importantes proyectos atendiendo a los conflictos que se derivaron de ellos, y viviendo arbitrajes, peritajes y procesos judiciales como los mejores abogados, y finalmente se conviertan inclusive en abogados de carrera o por práctica, como resultado de su experiencia.

Asimismo, las controversias en el sector de la construcción se han convertido en una especialidad jurídica que en muchos países ya formalmente se denomina Derecho de la Construcción, y Abogados de

Construcción, que se dedican la mayor parte de su tiempo (si no es que tiempo completo) a atender aspectos contractuales, de asesoría y controversias relacionados con la construcción, sea pública o privada, con las particularidades que cada forma de contratación implica.

Así pues, de la simple realidad, podemos obtener tres conclusiones empíricas y que son las siguientes:

- a) El sector de la construcción es un sector proclive a las controversias entre las partes que integran los proyectos dada la compleja maraña de relaciones contractuales, dificultades técnicas y aspectos diversos (diseño, sociales, culturales, etc.) que las envuelven;
- b) La necesidad de contar con leyes, regulaciones, contratos y principios que favorezcan y estimulen el sector de la construcción, ha dado origen a lo que hoy en día a nivel mundial se denomina Derecho de la Construcción.
- c) Profesionistas tanto de la Ingeniería como del Derecho se han especializado a tal grado en el Derecho de la Construcción que hoy en día, muchos proyectos están propiamente administrados y ejecutados por profesionales que reconocen los principios de la *Lex Constructionis* (como muchos llaman a los principios universales del Derecho de la Construcción, independientemente de las legislaciones, regulaciones y normas locales).

Ahora bien, si consideramos que los proyectos de construcción se ven favorecidos con la participación de profesionales de las ramas técnicas y jurídicas, podríamos pensar que en principio existirán menos controversias, pero todo lo contrario: el conocimiento por sí mismo lleva a los cuestionamientos, a las crisis intelectuales y a la evolución, con lo cual la profesionalización incrementa la consciencia de responsabilidades, desbalances contractuales y finalmente las controversias que las partes tendrán que resolver tarde o temprano para fines de sus pro-

pios intereses, de los proyectos y de sí mismos y entre más pronta y precisa sea dicha solución, los proyectos tendrán mejores perspectivas, mejores condiciones y mejores resultados técnicos, jurídicos, personales y comerciales.

II. MEDIOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS UTILIZADOS EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN

El hombre va creando soluciones basadas en las necesidades y problemáticas que tiene que enfrentar.

En el caso de las controversias en el sector de la construcción, la jurisdicción estatal, medio de diferendos basado en la potestad originaria del Poder Judicial de un País de impartir justicia, ha tenido en los últimos años ciertas crisis como consecuencia del gran cúmulo de asuntos que los tribunales de un país tienen que enfrentar con la consecuente falta de celeridad y de oportunidad que un proyecto de construcción requiere.

En este contexto, los años 80's vieron nacer en la mayoría de las jurisdicciones un nuevo impulso creciente por el arbitraje comercial en la construcción pública y privada. El arbitraje, en forma resumida es un medio alternativo de controversias basado en el acuerdo de dos o más partes que celebran un contrato de que uno o más terceros integrados en un tribunal privado resuelvan las controversias que se le pongan a su consideración, emitiendo una decisión (laudo) con la fuerza legal de una sentencia judicial.

Sin dejar a un lado las características que hacen del arbitraje un gran medio de solución de controversias, en los últimos cinco a diez años ha surgido una preocupación creciente tanto de ingenieros como de abogados en el sentido de que el arbitraje se ha "judicializado", es decir, ha dejado de tener las características particulares y positivas que la

hacían un medio de solución de controversias claramente distinto a los procedimientos jurisdiccionales: celeridad y bajo costo, para convertirse en un medio lento y costoso, pero ante todo, muchos críticos lo califican como un medio *post mortem*, es decir que no tiene como propósito solucionar los problemas de un proyecto de construcción para procurar su conclusión exitosa, ni mucho menos el mantener una relación comercial entre las partes, sino simple y sencillamente solucionar una controversia con las implicaciones que cualquier litigante sabe que ello tiene: ganar a toda costa.

En este momento, y en el medio de nuestra obra teatral, aparecen los protagonistas de este libro: Los *Dispute Boards*, conocidos ya en Latinoamérica como Mesas de Resolución de Conflictos, Paneles de Solución de Disputas y otros términos que en cada jurisdicción se les ha otorgado, pero siempre con la referencia anglosajona de *Dispute Board*.

III. UNA BREVE INTRODUCCIÓN A LOS *DISPUTE BOARDS*

Podemos definir a los *Dispute Boards*, como:

“Medio de solución de controversias que tiene origen en un acuerdo contractual contenido en un acuerdo de construcción o acuerdo independiente, en el que una o más personas denominadas panelistas o adjudicadores (El panel), tiene la obligación de conocer física y documentalmente el proyecto de construcción durante el tiempo de su ejecución, y en base a las solicitudes expresas de las partes contratantes y a las reglas escogidas por El Panel emitir (i) una consulta informal que procure resolver la controversia; (ii) una recomendación y/o (ii) una decisión que permitan resolver la controversia durante la ejecución del proyecto con el objetivo de que el proyecto continúe con dicha discrepancia resuelta.”

Como se puede observar, este medio de solución de controversias tiene características peculiares tales como son:

- (i) El conocimiento del Panel (tal como está definido con anterioridad), del proyecto de construcción durante su ejecución, es decir durante el tiempo en que el proyecto se está realizando;
- (ii) La atención del Panel, a solicitud de las Partes, de actuar en distintas formas (basadas en el acuerdo contractual previo), para procurar resolver o resolver la controversia durante el tiempo en que el proyecto se está ejecutando;
- (iii) Que la controversia se resuelva con el objeto de que el proyecto continúe con la discrepancia resuelta.

Por supuesto, que como toda definición esta no atiende a toda la casuística que se puede encontrar en el tema, pero lo cierto es que estas características son los valores particulares de los *Dispute Boards*, y es por ello que llegaron para ser seriamente evaluados, y una vez que hayan pasado la prueba, quedarse en una región en la que las controversias en construcción no solamente han dejado cientos de obras inconclusas, sino que han concluido con multimillonarios daños a los Estados Contratantes, a los Clientes y demás partes involucradas, situación que la región latinoamericana no se puede dar el lujo de continuar asumiendo.

IV. *DISPUTE BOARDS* EN PROYECTOS EN LATINOAMÉRICA: INICIATIVAS, REALIDADES Y PERSPECTIVAS

Aunque el público en general, e inclusive muchos actores del sector de la construcción desconozcan la figura de *Dispute Boards* o piensen que los mismos son nuevos, lo cierto es que este mecanismo de solución de controversias tiene orígenes años atrás en Honduras, en el proyecto denominado «El Cajón».

Desde entonces, muchos proyectos en Latinoamérica se han visto beneficiados en menor o mayor medida con este sistema y en fechas recientes su conceptualización formal, su implementación en proyectos específicos y su difusión han tomado un camino sin precedente.

Varios proyectos en Honduras, Panamá, El Salvador y Chile, como meros ejemplos, han ya contado con la participación de los *Dispute Boards* como mecanismos eficientes para solución de controversias in situ y en forma contemporánea a la realización de los proyectos. Uno de ellos es la obra más importante de la región centroamericana, que es la ampliación del Canal de Panamá.

Asimismo, conscientes de que el tema requiere formalidad y presencia, diversas asociaciones latinoamericanas han redactado y publicado diversas regulaciones sobre la materia, tales como son, en forma ejemplificativa: el Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción (CAIC); la Pontificia Universidad Católica de Perú (PUCP); La Cámara de la Industria de la Construcción de Chile, y la primera representación del *Dispute Board Federation* en la región.

Cabe señalar que estas iniciativas se han hecho a la par de las reglas internacionales existentes de *Dispute Boards* que la *International Chamber of Commerce* (ICC) y los lineamientos que los contratos modelo de FIDIC contienen y que se han usado en proyectos latinoamericanos.

En este contexto, podemos afirmar que, aunque los *Dispute Boards* no sean aún conocidos por la generalidad, tal y como es el caso del arbitraje, son una realidad que verdaderamente está beneficiando el desarrollo oportuno de proyectos en nuestros países, y ello sumado al impulso institucional que se ha visto acrecentado, sin duda hará que en los próximos años, sea un mecanismo no solamente plenamente conocido, sino seguramente aceptado por sus bondades y ventajas.

Sin embargo, precisamente la bondad de la figura, genera una gran responsabilidad para que sea exitosa, con lo cual deben de considerarse diversos elementos en Latinoamérica para fortalecerla y permitir que sea en el futuro asumida como un referente y no como una alternativa más.

Algunos de los elementos que consideramos importantes atender en la región son los siguientes:

a) Conocimiento y difusión de la figura:

Resulta imprescindible que la figura de *Dispute Board* y su concepto, sea plenamente entendido por gobiernos, contratistas, abogados, asesores y todas las partes involucradas en los sectores de la infraestructura y la construcción, con el propósito de que no se confunda o malentienda con otras figuras. Ciertamente los *Dispute Boards*, no son mediadores, ni conciliadores, ni árbitros, ni asesores técnicos, ni asesores legales, ni auditores, toda vez que la función preventiva, de seguimiento y de decisión de disputas que tienen los *Dispute Boards*, ciertamente genera confusiones sobre sus funciones y alcances.

La presencia de organizaciones tales como ICC, el *Dispute Board Federation*, y la *Dispute Resolution Board Foundation*, ciertamente son positivos en la región, aunque lo importante es que atendiendo a las particularidades de Latinoamérica, pero sin perder su filosofía, los *Dispute Boards* se implementen con toda su fuerza y ventajas. Ello lo puede lograr aliado de Gobiernos, Universidades, instituciones, empresas y firmas que estén involucradas. Un importante reto es que los Estados (Gobiernos) contratantes de infraestructura, no solamente conozcan la figura, sino la acepten y usen con el propósito de disminuir riesgos de falta de ejecución oportuna, incumplimientos y controversias.

b) Concientización y capacitación de las partes:

Siendo la figura de *Dispute Boards* sumamente particular, es necesario que se concientice, capacite y entrene a todas las partes involucradas para que los *Dispute Boards* no sufran procesos que los judicialicen, arbitralicen, hiper-legalicen: en pocas palabras, que se permita que la figura pueda funcionar debidamente con un solo objetivo: evitar las controversias mediante la oportuna intervención de uno o más terceros a los que las partes les tienen confianza, y/o la resolución oportuna de controversias en un proyecto.

Cabe señalar que este proceso es complejo y de ninguna forma puede simplificarse con un taller o capacitación. Lo cierto es que el entrenamiento debe de contener aspectos técnicos, legales, procesales e inclusive humanos que permitan que las partes puedan contar con los *Dispute Boards* como medios efectivos y no como una piedra más en el camino. Afortunadamente la experiencia Latinoamericana ya comienza a mostrar los errores que nos permitan tener un medio de aprendizaje efectivo y certero en beneficio de los proyectos.

c) Fortalecimiento de la ética:

Lamentablemente, nadie puede negar que nuestra región Latinoamericana tiene sus serios problemas de ética y corrupción, y que tanto en los jueces, como en los árbitros, se han visto casos en los que los principios de integridad no son atendidos con la seriedad suficiente. Los *Dispute Boards* no están ajenos a esta problemática, por lo que si este medio de solución de controversias se quiere fortalecer, se debe de capacitar, entrenar y elegir a miembros que cumplan con los más altos estándares de ética y de no cumplir con ellos y demostrada su falta de integridad, ser boletinados a nivel latinoamericano como medida ejemplar.

V. CONCLUSIÓN

En muchos temas es posible emitir una conclusión en toda la extensión de la palabra. En este caso, la única conclusión que tenemos es que finalmente los *Dispute Boards* llegaron a Latinoamérica, y muy probablemente para quedarse e integrarse como un medio de solución de controversias en una región que requiere proyectos satisfechos en beneficio de la Sociedad.

Cabe hacer notar que si bien ya existe una cartera importante de proyectos en los que la figura ha sido incluida, y existen múltiples decisiones que se han emitido por *Dispute Boards*, y que han resuelto temas complejos, también la figura tiene retos importantes de aplicación, como brevemente se ha esbozado en esta contribución.

De lo anterior que el grupo de abogados e ingenieros que ya han participado activamente como *Dispute Boards*, y a los que ya se les denomina «Los Evangelizadores» tiene que crecer y fortalecerse en número, en calidad y en fuerza para que los *Dispute Boards* tengan un futuro promisorio en una región con grandes expectativas.

LA FATALIDAD DE LOS RECLAMOS EN LOS
CONTRATOS DE CONSTRUCCIÓN FIDIC:
A PROPÓSITO DE LOS *DISPUTE BOARDS*

*Jaime Gray Chicchón**
*Jonnathan Bravo Venegas***

Contenido: I. Introducción; II. La problemática; III. El tiempo y sus efectos, 3.1. La prescripción extintiva; 3.2. La caducidad; 3.3. Posibilidad de pactar plazos de caducidad en las regulaciones latinoamericanas; 3.3.1. Perspectiva en Perú; 3.3.2. Perspectiva en Chile; 3.3.3. Perspectiva en México; 3.3.4. Perspectiva en Brasil; IV. La necesaria incursión de los denominados plazos fatales; V. ¿Réquiem para un derecho?; VI. Conclusión.

* Abogado por la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres. Estudios de maestría en Derecho de la Empresa por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Socio fundador de Navarro Sologuren, Paredes, Gray Abogados, firma de abogados especializada en derecho de la construcción, contratación pública y solución de controversias. Es presidente de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción, adjudicador en proyectos de construcción y miembro de la Dispute Resolution Board Foundation (DRBF). Ha sido reconocido por Chambers and Partners en el sector Proyectos y ha sido recomendado por Who's Who Legal en el campo del derecho de la construcción desde el 2008 en adelante.

** Graduado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Miembro del área de ingeniería de Navarro Sologuren, Paredes, Gray Abogados. Especializado en derecho administrativo, contratación pública y derecho de la construcción. Es miembro de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción, de la Dispute Resolution Board Foundation (DRBF) y de Lex Arbitri (www.lexarbitri.pe), comunidad de profesionales dedicados al estudio del arbitraje nacional e internacional en el Perú. Es coautor de diversas publicaciones relacionadas con el derecho de la construcción, contratación pública, derecho administrativo y asociaciones público – privadas.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las razones por las cuales se suele justificar la existencia de los *Dispute Boards* es que este mecanismo de solución de controversias, a diferencia del arbitraje, es uno que está adecuado en función a la naturaleza que acompaña a la ejecución de una obra. Esto es, resulta ser un mecanismo que se adecúa a las exigencias naturales de *conflictividad* y de *reclamación* durante la etapa constructiva¹. Así, se reconoce en la ejecución de toda obra, con razón, un ambiente complicado y a veces indudablemente pasible de reclamos entre las partes contratantes.

De esta manera; por ejemplo, son pocos (por no decir ninguno) los proyectos de construcción que se ejecutan conforme a lo planificado, siendo sus variaciones técnicas una práctica habitual. Si el constructor tiene derecho a pagos adicionales por cambios durante la ejecución de la obra es usual que ello sea motivo de conflictos que tensionan la relación entre el contratante y el contratista; igualmente los plazos de ejecución

¹ Al respecto, Pablo Laorden señala lo siguiente: “*En todo proyecto de construcción, especialmente en las grandes obras, surgen problemas, complicaciones, imprevistos, discusiones y/o diferencias de interpretación de los documentos técnicos y contractuales.*” En: LAORDEN MENGUAL, Pablo. *Los Procedimientos Alternativos de Resolución de Controversias en la Ingeniería y la Construcción. El nacimiento y auge de las Dispute Boards en los Proyectos Internacionales*. Revista de Contratación Internacional, p. 40. Ver en: <http://www.seopan.es/ficheros/6cebce7c4cbc067615607bc0afc00698.pdf?PHPSESSID=8e0ecda4d6024da46a6740e7e8326196>.

Por su parte, Charles Molineaux señala: “*Es importante destacar que un gran porcentaje de complejos casos referidos al arbitramento provienen directamente de la actividad de la construcción. Desde hace algunos años, y gracias al uso frecuente de modelos o formas contractuales desarrolladas por diferentes instituciones, se viene generando una tendencia al envío de este tipo de disputas al arbitramento, donde las partes generalmente encuentran eficiencia y profesionalismo (...)*”. En: MOLINEAUX, Charles. *Moving Towards a Construction Lex Mercatoria*. Artículo basado en un estudio entregado a la Conferencia en Arbitramento Internacional (Boston, del 26 al 28 de Setiembre 1996) llamada *The Commercial Way to Justice* auspiciada por el Chartered Institute of Arbitrators, The London Court of International Arbitration y la American Arbitration Association.

de los proyectos son regularmente insuficientes y los retrasos ocasionan la aplicación de severas multas².

Precisamente, a propósito de los reclamos que ocurren durante la ejecución de una obra a través de los *Dispute Boards* y debido a las controversias que últimamente están surgiendo en torno a la posibilidad de reclamar derechos, el presente artículo busca determinar si en el marco de los contratos de construcción bajo el modelo FIDIC³ los plazos pactados en la cláusula 20.1 (*cláusula modelo*) son plazos que realmente extinguen el derecho y; por lo tanto, el contratista no podría reclamar derecho alguno si no cumple con la notificación dentro del referido plazo.

Esto pareciera estar claro cuando uno atiende al tenor de lo establecido en el contrato de construcción FIDIC (en adelante, contrato FIDIC); no obstante, existen figuras jurídicas que aparentemente *complican* la aplicación de este criterio cuando nos encontramos con los tipos de plazos establecidos en la referida cláusula. Y es que en la mayoría de países latinoamericanos —también europeos y anglosajones por cierto— se ha entendido al *tiempo* como generador de efectos legales. Así, nos encontramos con la regulación de las siguientes figuras: *prescripción extintiva* y *caducidad*.

De esta manera, el presente trabajo estará circunscrito a determinar la real naturaleza de los plazos establecidos en la cláusula 20.1 de los contratos FIDIC teniendo en cuenta las dos figuras jurídicas antes

² FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo. *Los Dispute Boards o Paneles Técnicos en los Contratos Internacionales de Construcción*. Gaceta Jurídica, año 2010, N° 364, Santiago de Chile, p. 9.

³ La Federación Internacional de Ingenieros Consultores es una organización fundada en 1913 y tiene como objetivos principales los de promover e implementar metas estratégicas en la industria de la ingeniería y consultoría en favor de los miembros de la misma. Hoy en día la FIDIC está en alrededor de 94 países en el mundo y publica cada cierto tiempo modelos de contratos internacionales para clientes, consultores, consorcios y contratistas.

señaladas y tomando como base los ordenamientos jurídicos latinoamericanos.

II. LA PROBLEMÁTICA

A lo largo de los años se ha evidenciado la necesidad de buscar soluciones eficientes para minimizar las controversias y los impactos económicos que surgen como consecuencia de la ejecución de una obra. En efecto, la fundación de la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC) en 1913 constituye un claro ejemplo de ello. El trabajo que ha venido realizando desde entonces no ha sido fácil; no obstante, sus objetivos parecen siempre haber sido claros: implementar y promover metas estratégicas en la industria de la ingeniería y consultoría.

Para lograr lo anterior, FIDIC y los profesionales que la conforman, se han encargado de elaborar y publicar formatos estandarizados de contratos de acuerdo al tipo de obra que se pretenda ejecutar (Cuarta Edición de 1992) o de acuerdo a quien asume el riesgo del diseño y la ingeniería (Edición de 1999). Los formatos son actualizados cada cierto tiempo para responder a las cambiantes necesidades y a los problemas que se han detectado durante su aplicación⁴. Todo ello tomando como principio rector la idea de que el contrato debe ser una herramienta destinada primordialmente a la asignación eficiente de riesgos bajo la premisa de que debe asumirlos aquel que está en mejor capacidad de administrarlos.

Uno de los modelos de contratos FIDIC más usados y difundidos en la actualidad es el denominado *Libro Rojo* o *Red Book* (Condiciones del Contrato para Construcción). Este contrato, al igual que los otros formatos, desarrolla una cláusula completa relacionada exclusivamente

⁴ A manera de ejemplo, podemos mencionar el formato de contrato para *Plantas y Design-Build* denominado *Libro Amarillo* o el formato de contrato para *Proyectos Llave en mano/EPC* denominado *Libro Plateado*.

con las reclamaciones del constructor durante la ejecución de una obra. De esta manera, la cláusula 20.1 del *Libro Rojo* establece lo siguiente:

“20.1 Reclamaciones del Contratista

Si el Contratista se considerara con derecho a una ampliación del Plazo de Terminación y/o a cualquier pago adicional, al amparo de cualquier Cláusula de las presentes Condiciones u otras relacionadas con el Contrato, el Contratista deberá notificarlo al Ingeniero, describiendo el acontecimiento o circunstancia que da lugar al reclamo. La notificación deberá realizarse tan pronto como sea posible, y en un plazo no mayor a 28 días después de que el Contratista tuviera conocimiento, o hubiera debido tener conocimiento, del acontecimiento o circunstancia.

Si el Contratista no lo notificara dentro del mencionado plazo de 28 días, no se ampliará el Plazo de Terminación, el Contratista no tendrá derecho a ningún pago adicional y el Cliente quedará liberado de cualquier responsabilidad relacionada con la reclamación. En caso contrario, las siguientes disposiciones de esta Sub cláusula serán aplicadas. (...) [Lo destacado es nuestro]⁵.

Como se puede observar, se establecen tres supuestos que pueden permitir la activación y aplicación de la cláusula 20.1 por parte del constructor; a saber: i) el constructor considera que tiene derecho a una ampliación de plazo, ii) el constructor considera que tiene derecho a cualquier pago adicional o iii) el constructor considera que tiene derecho tanto a una ampliación de plazo como a un pago adicional. Hasta

⁵ “20.1 Contractor’s Claims

If the Contractor considers himself to be entitled to any extension of the Time for Completion and/or any additional payment, under any Clause of these Conditions or otherwise in connection with the Contract, the Contractor shall give notice to the Engineer, describing the event or circumstance giving rise to the claim. The notice shall be given as soon as practicable, and not later than 28 days after the Contractor became aware, or should have become aware, of the event or circumstance.

If the Contractor fails to give notice of a claim within such period of 28 days, the Time for Completion shall not be extended, the Contractor shall not be entitled to additional payment, and the Employer shall be discharged from all liability in connection with the claim. Otherwise, the following provisions of this Sub-Clause shall apply. (...)”.

este punto, se puede deducir que lo que pretende regular la cláusula en cuestión es la forma en la que se hará efectivo el reconocimiento de un derecho por alguna causal válida establecida contractualmente.

En otras palabras, la cláusula 20.1 establece la posibilidad de reconocer derechos al constructor. Sin embargo, se reconoce también que dichos derechos son *potenciales* y no *actuales* en tanto que sólo así se puede entender que el constructor deba aplicar una cláusula para hacerlos valer. En efecto, la propia existencia de la cláusula 20.1 no hace sino explicar que para que el constructor obtenga el derecho a ampliar el plazo, a recibir un pago adicional o a que se le reconozcan ambas cosas, se debe utilizar el procedimiento ahí establecido.

De esta manera, durante la ejecución de una obra bajo el modelo de contrato FIDIC (*Libro Rojo*) el constructor no ostenta la titularidad de un derecho a extender el plazo de culminación de la obra a la que se obligó, ni de pago adicional al inicialmente pactado, ni de ambas cosas a la vez. El constructor será titular de cualquiera de los referidos derechos recién en aquél momento en el que se verifique el cumplimiento de las causales y/o requisitos que el contrato establezca y el ingeniero decida aprobarlo. Precisamente por ello la cláusula no establece que el constructor debe notificar su “*derecho a*”, sino más bien debe notificar su “*reclamación*”.

Es importante tener en cuenta lo anterior para poder entender la problemática que se pretende exponer en el presente trabajo. Y es que, como se verá más adelante, parte del problema central consiste en que tanto constructores, ingenieros (*supervisores*) como terceros dirimientes (árbitros y miembros de *Dispute Boards*, por ejemplo) mantienen interpretaciones (conclusiones) correctas. No obstante, sus interpretaciones (fáciles de alcanzar) —en tanto conclusiones lógicas a las que arriban— parten de premisas equivocadas (difíciles de observar, más aún por quienes las utilizan). Es por ello que no se puede hablar de malas interpretaciones, sino más bien de *interpretaciones fuera de contexto*, por ser aplicadas a situaciones disímiles.

Ahora bien, más allá de la verificación que se debe hacer a las causales para poder otorgar una ampliación de plazo o un pago adicional a favor del constructor (las cuales están establecidas en el contrato FIDIC), este último debe observar el procedimiento para el inicio del reconocimiento del derecho (aún *potencial*). El inicio del procedimiento de acuerdo a la cláusula 20.1 se da con la *notificación* que el constructor debe realizar al ingeniero (supervisor) describiendo el evento o la circunstancia que da lugar a su *reclamación*.

Además, la notificación a la que hace referencia la cláusula 20.1 del contrato FIDIC debe realizarse dentro de un plazo expresamente establecido. Este es el meollo del asunto: el plazo que la cláusula en cuestión establece (28 días) y las consecuencias que se derivan por no haber realizado la notificación a tiempo. Observemos lo siguiente:

*“Si el Contratista no lo notificara dentro del mencionado plazo de 28 días, **no se ampliará el Plazo de Terminación, el Contratista no tendrá derecho a ningún pago adicional** y el Cliente quedará liberado de cualquier responsabilidad relacionada con la reclamación. (...)”* (Lo destacado es nuestro)

Se puede concluir de lo anterior que la notificación fuera del plazo estipulado conlleva una sola consecuencia fatal para el constructor: éste no obtendrá el derecho a ampliar el plazo del contrato ni tampoco se le podrá otorgar pago adicional alguno. En efecto, la redacción de la cláusula es clara. La mayoría de autores que han escrito sobre el tema coinciden en el efecto de *fatalidad* que genera la notificación fuera de plazo. Así, por ejemplo, Rubino-Sammartano a propósito de los efectos de la notificación fuera de plazo señala lo siguiente:

*“La redacción de la cláusula 20.1 no deja ninguna duda respecto de las consecuencias de la falta de notificación oportuna. El derecho a una extensión del plazo y/o a un pago adicional se pierde.”*⁶

⁶ “The wording of clause 20.1 leaves no doubt as to the consequences of lack of timely notice. The right to an extension of time and/or to additional payment is forfeited.” En:

Por su parte, Tweeddale señala lo siguiente:

*“El alcance correcto es, sugeriría, que cuando el constructor falle en emitir la notificación de acuerdo a la cláusula 20.1, debería prohibírsele reclamar por plazo y dinero. (...)”*⁷

Asimismo, Gould sentencia:

*“Es entonces el segundo párrafo el que establece la disposición de caducidad. Si el contratista falla en emitir la notificación dentro del plazo de 28 días, el plazo para la terminación de la obra no debe ser ampliado y ningún pago adicional deberá hacerse efectivo.”*⁸

No obstante lo anterior, existen dos figuras jurídicas de raíces romanas (por lo menos una de ellas) que han sido adoptadas y reguladas dentro de los distintos ordenamientos jurídicos alrededor del mundo occidental. Nos referimos a la *prescripción extintiva* y a la *caducidad*. ¿Cuál es la relación que existe; se preguntara el lector, entre ambas figuras en relación con lo que hemos venido señalando hasta el momento?

La cuestión es ésta: aun cuando las regulaciones respecto de ambas figuras jurídicas son distintas en los diferentes ordenamientos jurídicos, en tanto que no existe consenso sobre la naturaleza de ambas, éstas aparentemente han irrumpido en las estipulaciones de los contratos

RUBINO-SAMMARITANO, Mauro. *Construction Law International*. “FIDIC’s clause 20.1 – A Civil Law View”. Volumen 4, N° 1, Marzo del 2009, p. 15.

⁷ “The correct approach is, I would suggest, that where a contractor fails to give a clause 20.1 notice, it should be prohibited from claiming time or money. (...)”. EN: TWEEDDALE, Andrew. *Construction Law International*. “FIDIC’s clause 20, a Common Law View”. Volumen 1, N° 2, Junio del 2006, p. 29.

⁸ “It is then the second paragraph that sets out the time—bar provision. If the contractor fails to give notice within the 28—day period the Time for Completion “shall not” be extended, and no additional payment shall be made.” EN: GOULD, Nicholas. *Making Claims for time and money: understanding the impact of notice provisions*. Fenwick Elliott, p. 3.

FIDIC para —según algunos— determinar la invalidez de algunas de sus cláusulas.

Así, a efectos de entender el problema citaremos a continuación la regulación específica sobre *prescripción extintiva* y *caducidad* regulada en el Código Civil Peruano de 1984:

“Artículo 1989.- La prescripción extingue la acción pero no el derecho mismo.”

“Artículo 2000.- Sólo la ley puede fijar los plazos de prescripción.”

“Artículo 2003.- La caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente.”

“Artículo 2004.- Los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto en contrario.” (Lo destacado es nuestro)

Los cuatro artículos citados anteriormente han dado pie a afirmar lo siguiente: aun en la hipótesis que las notificaciones hechas al ingeniero (supervisor) por parte del constructor hayan sido efectuadas fuera del plazo máximo de 28 días establecidos en el contrato FIDIC, ello no origina la pérdida del derecho a la ampliación de plazo y/o al pago adicional en tanto que en tal supuesto estaríamos ante un plazo de caducidad. Lo anterior se explica debido a que el plazo de caducidad sólo puede ser fijado por la ley (según el artículo 2004 del Código Civil peruano por ejemplo) y, por lo tanto, la cláusula 20.1 deviene en nula.

En otras palabras, se afirma que no es posible establecer en los contratos que el vencimiento de un plazo genera la pérdida de un derecho tal y como se establece en la cláusula 20.1 del Libro Rojo del Contrato FIDIC.

Así las cosas, se ha pretendido dejar sin efecto las cláusulas que, al igual que la 20.1, establecen consecuencias de pérdida de un derecho

luego del vencimiento de un plazo en los contratos FIDIC. Por su parte, los defensores del principio que rige a todo contrato (*pacta sunt servanda*) y de las reglas de buena fe sostienen que los pactos que establecen como efectos la pérdida de algún derecho son totalmente válidos en tanto que ello se basa en la libre voluntad de las partes al momento de celebrar el contrato.

De esta manera, en aquellos países en donde la ley ha regulado a los plazos de caducidad como figura que sólo puede ser fijada por la ley, se mantiene la controversia respecto a la validez o no de la cláusula 20.1. En cualquier caso, se trata de analizar la naturaleza de figuras como la *prescripción extintiva* o la *caducidad* que aún hoy vienen siendo confusas para los operadores jurídicos.

Ello nos podría dar luces respecto a la validez o no de cláusulas como las estipuladas en los contratos FIDIC. Además, debemos tomar en cuenta que los ordenamientos jurídicos han regulado de distinta manera dichas figuras; por lo tanto, las conclusiones a las que se llegue deberán ser observadas a profundidad en cada país donde se utilicen los modelos de contratos FIDIC.

III. EL TIEMPO Y SUS EFECTOS

El *tiempo* ha sido siempre un elemento esencial e influyente en el derecho. Muchas figuras jurídicas vigentes en los distintos ordenamientos jurídicos toman como sustento al *tiempo* para su configuración. De esta manera, se reconoce la relación existente entre el *tiempo* y los hechos jurídicos en general⁹.

⁹ ALESSANDRI, Arturo y Manuel SOMARRIVA. *Tratado de Derecho Civil: Partes Preliminar y General. Sección Quinta: Hechos y Actos Jurídicos. Capítulo XXXVII: El Tiempo y Otras Circunstancias de los Hechos Jurídicos*. Editorial Jurídica de Chile, 2011, tomo II, p. 145.

Un hecho jurídico puede no producir eficacia jurídica cuando no se realiza dentro de cierto tiempo o transcurrido cierto lapso. Por otro lado, es posible que determinado negocio jurídico no produzca sus efectos sino después de determinado tiempo contado desde su celebración (plazo inicial) o hasta cierto tiempo (plazo final o extintivo).

Finalmente, algunos autores, con razón, señalan que a veces es necesario determinar la fecha de adquisición de un derecho (vía el *tiempo*) para establecer, por ejemplo, la *capacidad o incapacidad* de una persona que ha traspasado o adquirido un derecho (*mayoría de edad* es el clásico ejemplo); o para resolver el *conflicto de varios derechos entre sí* o para establecer una *precedencia* (prelación de créditos), o para determinar qué ley debe regir algunas situaciones jurídicas (problema de la *irretroactividad* de la ley), etc¹⁰.

Los efectos del tiempo, por tanto, han sido tomados siempre en cuenta para la configuración de ciertas figuras jurídicas. La *prescripción extintiva* y la *caducidad*, por cierto, no son la excepción y, por el contrario, constituyen las figuras que por excelencia toman en cuenta al *tiempo* transcurrido.

3.1. La prescripción extintiva

La *prescripción extintiva* originalmente no fue identificada como una figura jurídica independiente. En efecto, se reconoce la existencia de la misma desde el derecho romano; no obstante, ella era entendida como una figura con dos efectos distintos. Se reconocía la existencia de efectos *positivos* por un lado, y de efectos *negativos* por el otro. A la primera, hoy en día se la conoce como prescripción adquisitiva (*usucapión*), mientras que a la segunda, como prescripción extintiva¹¹.

¹⁰ COVIELLO, Nicola. *Doctrina General del Derecho Civil*. Editorial Uteha, 1938; México, D.F., pp. 338 y 339.

¹¹ En algunas legislaciones, sin embargo, se ha optado por conceptualizar las figuras de acuerdo a sus efectos generados. Así, en el Código Civil Federal mexicano a la

Así, muchas legislaciones identificaron y adoptaron en sus ordenamientos a la prescripción como una figura jurídica que admitía dos efectos distintos. Inclusive ahora, ambas figuras se regulan de manera conjunta y no separada¹². Es el caso del Código Civil de Chile que en el *Libro Cuarto – De las Obligaciones en General y De los Contratos*, en el mismo *Título XLII – De la Prescripción*, en el artículo 2492° establece lo siguiente:

“1.- De la prescripción en general

*Artículo 2492.- **La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derecho ajenos, por haberse poseído las cosas o no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales. Una acción o derecho se dice prescribir cuando se extingue por la prescripción.***” (Lo destacado es nuestro).

El Código Civil Argentino, en el *Libro Cuarto – De los Derechos Reales y Personales*, en la *Sección Tercera —De la Adquisición y Pérdida de los Derechos Reales y Personales por el Transcurso del Tiempo*, en el *Título I— De la Prescripción de las Cosas y de las Acciones en General*, regula de igual manera a la prescripción:

*“Artículo 3947.- Los derechos reales y personales se adquieren y se pierden por la prescripción. **La prescripción es un medio de adquirir un derecho, o de liberarse de una obligación por el transcurso del tiempo.***” (Lo destacado es nuestro).

No obstante lo anterior, otras legislaciones han adoptado un criterio diferenciador entre la naturaleza y los efectos (distintos) de la *prescripción adquisitiva* y de la *prescripción extintiva*. Se ha entendido,

primera se le denomina *prescripción positiva*, mientras que a la segunda se le llama *prescripción negativa*.

¹² Entre otras legislaciones, puede observarse lo dispuesto en el artículo 2416° del Código Civil Ecuatoriano, el artículo 1135° del Código Civil Federal de México, el artículo 1188° del Código Civil de Uruguay, el artículo 2512° del Código Civil Colombiano y el artículo 1952° del Código Civil Venezolano.

pues, que ambas tienen bases distintas y; por lo tanto, deberían estar reguladas independientemente. Al respecto el Código Civil Peruano en el *Sub Capítulo V – Prescripción Adquisitiva*, del *Capítulo Segundo – Adquisición de la Propiedad*, del *Título II – Propiedad*, de la *Sección Tercera – Derecho Reales Principales*, del *Libro V – Derechos Reales*, ha establecido lo siguiente:

“Artículo 950.- La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietarios durante diez años. Se adquiere a los cinco años cuando median justo título y buena fe.” (Lo destacado es nuestro).

Mientras que, por otro lado, se ha dedicado un *Libro* completo para regular el tema de la *prescripción extintiva*. Así, en el *Título I – Prescripción Extintiva* del *Libro VIII – Prescripción y Caducidad*, se señala lo siguiente:

“Artículo 1989.- La prescripción extingue la acción pero no el derecho mismo.” (Lo destacado es nuestro).

En efecto, mientras que la *prescripción adquisitiva* constituye básicamente una manera de adquirir la propiedad, la *prescripción extintiva* implica la extinción de “algo” en lo que la doctrina aún no se pone de acuerdo. Como se dijo en la introducción del presente trabajo, nuestro objetivo no es determinar la validez de las distintas teorías que han surgido en torno al objeto de extinción de la prescripción, nos basta con señalar que los distintos ordenamientos jurídicos han optado por alguna de ellas de manera expresa, mientras que en otros se recurre a una interpretación sistemática de normas para llegar a una conclusión distinta a la que se llegaría si se interpreta literalmente las normas de dichos países¹³.

¹³ Es interesante; sin embargo, tomar en cuenta la posición adoptada al respecto por el BGB Alemán en donde se decidió que la *prescripción* extingue la *pretensión* entendida como concepto distinto de la acción según la pandectística alemana. Para ello ver: OERTMANN, Paul. *Introducción al Derecho Civil*. Traducción de la tercera

Por otro lado, entre los varios criterios adoptados para regular la figura de la *prescripción extintiva*¹⁴, se ha regulado la imposibilidad de que se establezcan los plazos de prescripción de forma convencional. De esta manera, existe unanimidad respecto al hecho de que, en tanto que el fundamento de la prescripción se basa —según algunos— en el orden público, los plazos para que operen sus efectos deben estar regulados necesariamente por la ley. Los efectos y la regulación en torno al establecimiento de pactos prescriptorios los detallaremos; sin embargo, más adelante.

3.2. La caducidad

Se ha señalado que la *caducidad*, al igual que con la *prescripción extintiva*, tiene su fundamento en el orden público. No obstante, se dice también que en la *caducidad* esto está más acentuado que en la *prescripción extintiva* en tanto que el elemento esencial es el plazo que actúa, en palabras de Josserand y citado por Vidal Ramírez, como *una guillotina, sin tener en cuenta ninguna consideración, porque son completamente extraños a toda idea de prueba y de presunción; instituyen una realidad, no consagran un cálculo de probabilidades; van directamente al fin sin que*

edición alemana por Luis Sancho Seral. Editorial Labor: Buenos Aires, 1993, p. 344.

Por su parte, el Código Civil español establece en su artículo 1932° lo siguiente: *“Los derechos y acciones se extinguen por la prescripción en perjuicio de toda clase de personas, incluidas las jurídicas, en los términos prevenidos por la ley.”* [Lo destacado es nuestro].

El legislador italiano, a propósito del Código Civil de 1942 estableció por su parte lo siguiente:

“Artículo 2934.- Estinzione dei diritti: Ogni diritto si estingue per prescrizione, quando il titolare non lo esercita per il tempo determinato dalla legge. (...)” [Lo destacado es nuestro] (*El derecho se extingue por la prescripción cuando el titular no lo ejercita dentro del plazo determinado por la ley.*)

¹⁴ En torno a la *prescripción extintiva* se ha estudiado mucho la posibilidad de suspender o interrumpir los plazos prescriptorios, la posibilidad o no de renunciar a los efectos de la prescripción, la posibilidad de declararla de oficio o a petición de parte, entre otros aspectos.

*nada pueda hacer que se desvíen, son verdaderas medidas de policía jurídica, libres de toda aleación*¹⁵.

Así pues, se reconoce el rigor con que operan los efectos en la caducidad. A diferencia de lo que sucede con la *prescripción extintiva*, existe mayor consenso en doctrina en cuanto a las consecuencias derivadas de la operatividad de los efectos de la *caducidad*.

De esta manera, si bien es cierto que algunos señalan que la misma *extingue el derecho* y, como consecuencia, se *extingue la pretensión* correspondiente¹⁶, otros señalan que lo que se extingue en realidad es el *fundamento* de la pretensión procesal¹⁷ (pues si se extinguiera la pretensión no habría fundamento para señalar que existe posibilidad de accionar en tanto que esto último supone precisamente la existencia de una pretensión).

No obstante las discrepancias conceptuales, el hecho es que sucede lo siguiente: *quien ostenta un derecho y no lo hace valer en el plazo establecido, lo pierde por caduco*. Es decir, *no podrá reconocérsele el derecho*¹⁸. Esta consecuencia es lo realmente importante a efectos de entender la problemática materia del presente trabajo.

Finalmente, respecto a la obligatoriedad de establecer los plazos de caducidad mediante la ley, han surgido distintas posiciones. Sin embar-

¹⁵ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *La Prescripción y la Caducidad en el Código Civil peruano con un estudio de la relación jurídica*. Editorial Cultural Cuzco S.A. 1985, p. 204.

¹⁶ Ídem, p. 243.

¹⁷ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Prescripción y Caducidad en el Proceso Civil. Verdadero Fundamento. (Prescrição e decadência no processo civil. Verdadeiro fundamento)*. Traducción autorizada por Renzo Cavani Brain. *Revista Jurídica del Perú*, Tomo N° 99, Mayo del 2009. Editorial Normas Legales, Lima – Perú.

¹⁸ Creemos, sin embargo, que esto podría admitir excepciones. Es el caso en el cual no se pudo hacer valer el derecho en el plazo establecido por causas imputables a la parte que se beneficia de los efectos de la caducidad.

go, más allá de los argumentos expuestos en doctrina, importa entender cuáles son las consecuencias prácticas de que un ordenamiento jurídico establezca la posibilidad o no de pactar plazos de caducidad mediante contratos y no solamente mediante la ley. En efecto y a propósito de la cláusula 20.1 establecida en los contratos FIDIC, se han llegado a conclusiones respecto a lo anterior que inevitablemente son sometidas a un *Dispute Board* o a un arbitraje.

Este problema ha surgido, por ejemplo, en Perú en donde a propósito de una solicitud de ampliación de plazo y de reconocimiento de mayores gastos generales en la construcción de una planta de tratamiento se ha señalado que los plazos establecidos en la cláusula 20.1 del contrato FIDIC son de *caducidad* y —teniendo en cuenta la regulación vigente de este país— no es válido el pacto de plazos de caducidad mediante convenio. Ergo, la cláusula 20.1 y sus efectos no son válidos. Algunos podrían, inclusive, decir que la cláusula es nula.

3.3. Posibilidad de pactar plazos de caducidad en las regulaciones latinoamericanas

Teniendo en cuenta lo explicado anteriormente, debemos repasar las distintas posiciones que se han adoptado en torno a la posibilidad de establecer plazos de *caducidad* mediante pacto en algunos ordenamientos latinoamericanos. Ello nos dará algunas luces acerca de cómo entender a la figura de la *caducidad* en dichos países y nos ayudará a llegar a una conclusión lógica respecto al caso ocurrido en el Perú y desarrollado con más detalle en ésta sección.

3.3.1. Perspectiva en Perú

El caso que a continuación señalaremos es uno ocurrido en el Perú y que enriquece la comprensión de lo que pretendemos explicar en el presente trabajo.

Se trata de un contrato de obra celebrado entre el Estado Peruano y un contratista con mucha experiencia en el campo de la construcción y de la ingeniería. El contrato utilizado para la ejecución de los trabajos fue precisamente un contrato FIDIC. Se utilizó la Cuarta Edición del Libro Rojo de 1992 (Condiciones del Contrato para Construcción) y se previó la ejecución de una planta de tratamiento de aguas residuales.

Durante la ejecución del contrato, el contratista envió al ingeniero solicitud de ampliación de plazo por causas imputables exclusivamente a la entidad contratante. El ingeniero, recibida la solicitud, comunicó su denegatoria porque la misma se notificó extemporáneamente. De acuerdo a las normas establecidas por la propia entidad para estos tipos de contratos y al alcance contractual, cuando se genere una controversia relacionada con la ejecución de la obra, cualquiera de las partes puede acudir a un Conciliador previamente designado para que éste dirima la misma. Este paso es necesario; además, cuando la controversia deba ir al fuero arbitral.

Teniendo en cuenta lo anterior, el contratista solicitó el inicio del procedimiento conciliatorio. El Conciliador, entre otras cuestiones, analizó la controversia relacionada con la ampliación de plazo solicitada por el contratista y denegada por el ingeniero. Llegó a la siguiente conclusión: *“aún en el caso que las notificaciones al ingeniero hubieren sido efectuadas fuera del plazo máximo de 28 días establecido en el contrato FIDIC, ello no origina la pérdida del derecho a la ampliación de plazo, pues en tal supuesto estaríamos hablando de un plazo de caducidad”*.

Y es que, en efecto, el artículo 2004° del Código Civil peruano establece que los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto en contrario. Autores peruanos han discutido respecto a cómo es que se debe entender esta norma. Actualmente, la doctrina es mayoritaria respecto a que este artículo prohíbe el pacto de plazos de caducidad mediante convenio. No obstante, es interesante notar que inicialmente algunos entendieron esto de otra manera.

Vidal Ramírez señalaba en 1985 (fecha en la que publicó su libro titulado “*La Prescripción y la Caducidad en el Código Civil peruano con un estudio de la relación jurídica*” y un año después de entrada en vigencia la referida norma) que pese al tenor del artículo 2004° la norma no contiene una prohibición absoluta ni tiene ese carácter. La prohibición —a su entender— no prevalece cuando existe otra norma que permite pactar plazos de caducidad, pues el artículo 2004° no puede considerarse categórico. Señala; además, que la norma del artículo 2004° debe entenderse referida a plazos fijados a priori, que es precisamente el elemento característico de la caducidad¹⁹.

Por su parte, Rubio Correa señalaba en 1989 su coincidencia con lo explicado por Vidal Ramírez en tanto que la diferencia existente entre los artículos 2000^{o20} y 2004^{o21}, por interpretación sistemática entre sí y con los artículos referidos a la autonomía de la voluntad, en especial el 140° inciso 3²² del libro sobre *Acto Jurídico*, y los artículos 1354^{o23} y 1356^{o24} de la sección referida a los *Contratos en General*, permite suponer que en el 2004° no se ha pretendido prohibir la fijación de plazos voluntarios por las partes en lo que no ofendan a la norma imperativa²⁵.

No obstante, creemos que si bien es cierto que las interpretaciones teleológicas sirven para explicar las normas poco claras, su utilización no debería concluir en un sentido totalmente opuesto a lo que la misma

¹⁹ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Ob. cit.*, p. 207.

²⁰ “*Artículo 2000.- Sólo la ley puede fijar los plazos de prescripción.*”

²¹ “*Artículo 2004.- Los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto contrario.*”

²² “*Artículo 140.- El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere: (...) 3.- Fin lícito. (...)*”

²³ “*Artículo 1354.- Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.*”

²⁴ “*Artículo 1356.- Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas.*”

²⁵ RUBIO CORREA, Marcial. *La Extinción de Acciones y Derechos en el Código Civil – Prescripción y Caducidad*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1989, p. 74.

expresa (no importando aquí si la norma es correcta o no, dejando de lado el *debería ser* para corregir los errores del legislador).

Resulta interesante; además, el sustento que utiliza Vidal Ramírez para cambiar de opinión varios años después. Así, en el 2003 señala que el plazo extintivo (plazo de caducidad) se diferencia del plazo voluntario en cuanto a sus efectos, pues el voluntario, salvo pacto en contrario, opera *ex nunc*, es decir sin efecto retroactivo y sólo para el futuro el derecho deja recién de existir. El plazo de caducidad en cambio, opera necesariamente *ex tunc*, es decir, con efecto retroactivo para extinguir el derecho como si nunca hubiera existido²⁶.

Por lo anterior, el autor sincera su punto de vista de la siguiente manera:

“La diferenciación que queda trazada, repensada, me lleva a rectificar lo que he afirmado en mi libro Prescripción Extintiva y Caducidad en cuanto a la posibilidad de establecerse plazos de caducidad por pacto. El plazo extintivo o resolutorio que resulta del pacto produce una caducidad del derecho pero no es, propiamente, un plazo de caducidad si se atiende la diferenciación que hemos dejado trazada.”

Más allá de las sutiles diferencias que cada autor pueda señalar respecto a los efectos de la caducidad legal y de la caducidad convencional, el hecho es que en el Perú se ha entendido que los plazos de caducidad a los que hace referencia el artículo 2004° del Código Civil peruano no pueden ser pactados mediante convenio. Se explica ello; además, sobre la base de que los efectos de la caducidad son muy importantes pues suponen la extinción de un derecho que originalmente ostentaba un sujeto y que ya no podrá hacerlo valer²⁷.

²⁶ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Prescripción y Caducidad*. Gaceta Jurídica, Lima, Tomo X, 2003.

²⁷ Al respecto, un Tribunal Arbitral constituido en el Perú y en atención a un caso relacionado con las contrataciones con el Estado señaló lo siguiente respecto a los

En conclusión, en el Perú se ha llegado a admitir que el Código Civil vigente no admite que las partes pacten plazos de caducidad mediante convenio²⁸. Ello, pues, explica el sustento utilizado por el Conciliador en nuestro caso para rechazar la posición del ingeniero y señalar que aun cuando el contratista haya solicitado la ampliación de plazo fuera del plazo de 28 días establecido en la cláusula 20.1 del contrato FIDIC, ello no significa que se haya perdido su derecho a obtenerlo.

¿Acaso se pretende dejar sin efecto alguno la voluntad de las partes al momento de suscribir el contrato? ¿Cómo es que se explica que no importa el procedimiento y los plazos pactados por las partes, si a fin de cuentas, ello puede dejarse de lado en casos como este? ¿La prohibición de pactar plazos de caducidad en el Perú genera una contradicción? ¿Podemos decir que cualquier plazo pactado por las partes es inválido pues su vencimiento genera una pérdida del derecho no admitida por la legislación?

Consideramos que esto no es necesariamente cierto. Como veremos más adelante, la respuesta parece estar en la propia cláusula 20.1; es decir, en la naturaleza que las partes le dan a los efectos del vencimiento del plazo. Recordemos que la pérdida del derecho implica lógicamente

plazos de caducidad: *“La caducidad es una institución que busca mantener la seguridad jurídica velando por el interés colectivo, y porque los intereses individuales no perjudiquen a los colectivos. Por tanto, y en relación a lo anterior, en el artículo 2004° del Código Civil se ha establecido el principio de legalidad en relación con los plazos de caducidad, con la finalidad que no se haga un uso abusivo de la misma.”* (Laudo arbitral del 25 de enero del 2011 seguido entre COSAC y el Ministerio de Educación).

²⁸ Para muestra un botón: los jueces de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, ante el recurso de casación interpuesto por inaplicación indebida de normas, señala lo siguiente: *“Que, entonces, las resoluciones recurridas han aplicado indebida e incongruentemente el Art. 900 del citado Código Civil para declarar la caducidad de la demanda, sin tener en cuenta lo dispuesto por el numeral 2004 del mismo cuerpo legal que dice que los plazos de caducidad los fija la Ley expresamente no pudiendo establecerse por analogía o por pacto.”* [Lo destacado es nuestro] (Casación N° 142-99 AYACUCHO del 18 de octubre del 2000).

la existencia previa de esto: un *derecho*. Será interesante ver cómo es que se ha regulado la fijación de plazos de caducidad en otras legislaciones latinoamericanas. Quizá sus regulaciones nos amplíen la perspectiva de lo que estamos analizando.

3.3.2. *Perspectiva en Chile*

Cuando se da una mirada a la regulación adoptada en el Código Civil chileno podemos darnos cuenta que no se ha establecido expresamente el concepto de *caducidad*. No obstante, ello no implica que la norma haya olvidado regular los efectos por el transcurso del tiempo. Así, en el artículo 2514° podemos encontrar lo siguiente:

“Artículo 2514.- La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo, durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible.”

Como se observa, de acuerdo al Código Civil chileno la prescripción —a diferencia de lo establecido en el Código Civil peruano, por ejemplo— no sólo extingue la acción, sino también los derechos que se deriven. Así, pareciera ser que la prescripción en el Código Civil chileno adopta el carácter propio de la *caducidad* en el Código Civil peruano²⁹.

En consecuencia, en la legislación chilena se adoptaría un solo criterio para los efectos de un plazo extintivo. Al no haberse regulado la *prescripción extintiva* y la *caducidad*, se ha salvado cualquier conflicto teórico respecto a sus diferencias conceptuales y prácticas (salvo otras que seguramente se discuten en doctrina). Finalmente, cuando se haya establecido un plazo para ejercer un derecho y éste no se haya hecho efectivo dentro del mismo, se habrá perdido el derecho. No se podrá iniciar un proceso judicial o arbitral vencido el plazo para hacerlo valer,

²⁹ Recordemos que el artículo 2003° del Código Civil peruano establece que la *caducidad* extingue el derecho y la acción correspondiente. Mismos efectos de extinción que la *prescripción* regulada en el Código Civil chileno.

pues el vencimiento del plazo habrá generado inevitablemente que el derecho *prescriba* de acuerdo a la norma chilena.

Sin perjuicio de lo anterior, existen autores chilenos que consideran que no debe confundirse la *prescripción extintiva* con la *caducidad*³⁰. Si bien es cierto que los referidos autores hacen un esfuerzo académico válido para sostener las diferencias entre ambas figuras, es cierto también que el artículo 2514° del Código Civil chileno establece claramente que su prescripción extingue *acciones y derechos*.

Por otro lado y, creemos esto de vital importancia, el Código Civil chileno no ha especificado en ninguno de sus artículos que los plazos de la *prescripción* deban establecerse por leyes solamente. Si atendemos; sin embargo, a los efectos de la *prescripción* en cuestión (extinción de acciones y derechos), lo comparamos con la figura de la caducidad regulada en el Código Civil peruano y atendemos a lo que la doctrina chilena reconoce³¹, podemos determinar lo siguiente: el efecto de pérdida del derecho puede estar establecido en la ley o por voluntad de las partes mediante convenio.

Prueba de que los referidos plazos puedan estar pactados convencionalmente por las partes en Chile es su propia regulación que, como señaláramos, no ha especificado que los mismos se pacten sólo por ley.

3.3.3. *Perspectiva en México*

Es interesante como el Código Civil Federal de México enfoca y regula el tema de la *prescripción extintiva* (denominada *prescripción negativa*³²).

³⁰ ALESSANDRI, Arturo y Manuel SOMARRIVA. *Ob. cit.*, p. 154.

³¹ A manera de ejemplo, Manuel Somarriva y Arturo Alessandri señalan lo siguiente: “La caducidad es la pérdida de un derecho por no haberse hecho valer en el plazo preteritorio que para su ejercicio ha establecido la ley o la voluntad de los particulares.” En: ALESSANDRI, Arturo y Manuel SOMARRIVA. *Ob. cit.*, p. 154.

³² “Artículo 1136.- La adquisición de bienes en virtud de la posesión, se llama *prescripción positiva*; la liberación de obligaciones, por no exigirse su cumplimiento, se llama *prescripción negativa*.”

La referida norma no conceptualiza a la prescripción como extinción de acciones o derechos, por el contrario, la trata como un medio de liberarse de obligaciones. El artículo 1135° establece ello de la siguiente manera:

“Artículo 1135.- Prescripción es un medio de adquirir bienes o de liberarse de obligaciones, mediante el transcurso de cierto tiempo y bajo las condiciones establecidas por la ley.”

Se observa que la prescripción negativa o extintiva en lugar de tener como efectos la extinción de acciones o derechos, constituye una forma de liberarse de una o varias obligaciones. Recordemos que otro de los medios de liberación de obligaciones es el *pago* de la misma, entendida como ejecución íntegra de la prestación. Por lo tanto, la prescripción extintiva en la legislación mexicana forma parte de aquellos instrumentos que permiten satisfacer el interés del deudor; a saber, liberarse de la obligación.

Por otro lado, el Código Civil Federal de México no ha regulado la figura de la caducidad. Y es que la liberación de obligaciones pareciera resolver la incertidumbre que se generaría de dejar sin plazo a la posibilidad de ejercer *ad infinitum* los derechos que un sujeto ostenta. En tanto que la prescripción regulada en dicha norma libera a cualquiera de las partes de sus obligaciones por el vencimiento del plazo establecido, no importa qué es lo que extingue la prescripción, finalmente, no se podrá hacer valer el derecho³³.

³³ Se debe tomar en cuenta que lo regulado en el artículo 1135° del Código Civil Federal de México pareciese ser la otra cara de la moneda de lo establecido en la legislación chilena. En este último caso, la *prescripción* (con efectos parecidos a la *caducidad*) extingue además de acciones, derechos. Es decir, para la parte favorecida por el vencimiento del plazo, se habrá extinguido la obligación que tenía frente a la otra (pues al extinguirse un derecho, se extingue también la obligación correspondiente). Lo mismo podría decirse respecto a la *caducidad* regulada en el Código Civil peruano en tanto que ésta extingue también el derecho.

Además, la legislación mexicana —a diferencia de lo regulado en Chile— establece que los plazos de la prescripción extintiva lo establece la ley³⁴. De esta manera, se podría entender que los mismos no pueden ser pactados convencionalmente; es decir, no sería posible liberarse de alguna obligación ni que se extinga algún derecho mediante convenio.

3.3.4 Perspectiva en Brasil

En el Código Civil de Brasil del 2002 —a diferencia de lo establecido en los Códigos Civiles de Chile y de México— sí se regulan a la *prescripción extintiva* y a la *caducidad*. En efecto, se dedica un título exclusivo a regular los efectos y las características típicas de cada figura (por ejemplo, la posibilidad de suspensión e interrupción para la *prescripción*). Así en relación a la *prescripción extintiva* el artículo 189° establece lo siguiente:

*“Artículo 189.- Violado el derecho, nace para el titular la pretensión, la cual se extingue, por la prescripción, en los plazos a que aluden los artículos 205 y 206.”*³⁵

Por su parte, respecto a la *caducidad* el artículo 207° establece lo siguiente:

*“Artículo 207.- Salvo disposición legal en contrario, no se aplica a la caducidad, las normas que impiden, suspenden o interrumpen a la prescripción.”*³⁶

³⁴ *“Artículo 1158.- La prescripción negativa se verifica por el sólo transcurso del tiempo fijado por la ley.”*

³⁵ *“Artículo 189.- Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.”*

³⁶ *“Artículo 207.-Salvo disposição legal em contrario, não se aplicam à decadencia as normas que impedem, suspendem, ou interrompem a prescrição.”*

Para la legislación brasilera, entonces, la prescripción extingue la pretensión (no la acción ni el derecho como se señala en las legislaciones chilena y mexicana). Por su parte, las reglas de suspensión o interrupción aplicadas a la *prescrição* no se podrán aplicar a la *caducidad*. En ese sentido, estas reglas se apartan del común denominador de las legislaciones chilena y mexicana, y se asemejan más a lo establecido en el Código Civil peruano. Sobre todo en el hecho de que tanto en Chile como en México no se ha regulado expresamente normas relacionadas con la *caducidad*.

Finalmente, y es necesario destacarlo, el artículo 211° del Código Civil de Brasil establece esto:

“Artículo 211.- Si la caducidad es convencional, el juez no puede alegarla de oficio, sin embargo, la parte favorecida puede alegarla en cualquier grado de jurisdicción.³⁷” (Lo destacado es nuestro).

Se desprende la posibilidad de pactar plazos de caducidad en la legislación brasilera. En efecto, a diferencia de lo que ocurre con el Código Civil de Chile y el Código Civil Federal de México, en el brasilero se establece expresamente la posibilidad de pactar plazos de caducidad mediante convenio. El artículo 211° antes citado así lo demuestra.

Debemos recordar que en Chile y en México la posibilidad de pactar plazos de *caducidad* se deduce no por su regulación expresa, sino más bien porque no se dice nada al respecto. Es decir, no se establece prohibición alguna respecto de la posibilidad de pactar plazos de *caducidad* mediante convenio. Por otro lado, Perú pareciera ser uno de los pocos países (sino el único) que permitió que tanto los plazos de *prescrição extintiva* como los de *caducidad* debieran estar regulados sólo por la ley.

³⁷ *“Artículo 211.- Se a decadencia for convencional, a parte a quem aproveita pode alegá-la em qualquer grau de jurisdição, mas o juiz não pode suprir a alegação.”*

El artículo 211° del Código Civil de Brasil no sólo establece expresamente la posibilidad de que existan plazos de caducidad pactados convencionalmente por las partes, sino que regula su utilización cuando operen sus efectos con el vencimiento de los plazos. De esta manera, se reconoce que el juez no puede de oficio oponer la *caducidad*, sino que debe ser la parte favorecida la que la alegue.

A continuación se resume en un cuadro³⁸ cómo es que se ha regulado la *prescripción extintiva* y la *caducidad* en el Código Civil de Brasil:

	Prescripción legal	Caducidad	
		Legal	Conven- cional
Renun- cia	Se puede (art. 191° CC).	No se puede (art. 209° CC).	Se puede (art. 209° CC).
De oficio	Se debe (art. 219°, § 5 CPC).	Se debe (art. 210° CC)	No se puede (art. 211° CC).
Alega- ción	En cualquier grado de jurisdicción (art. 193° CC)	En cualquier grado de jurisdicción (art. 211° CC).	

En conclusión, en la legislación brasilera, se admite expresamente que los plazos de *caducidad* puedan estar pactados convencionalmente. Así, al parecer y para evitar posibles confusiones se reguló en el nuevo

³⁸ Cuadro tomado de las clases expuestas vía online por el Profesor Dicler Ferreira a través del portal web “Canal Dos Concursos”. Ver: http://material.canaldosconcursos.com.br/pdf/direito_civil_dicler/direito_civil_dicler_prescricao_e_decadencia.pdf.

Código Civil de Brasil que las partes pueden válidamente (por su propia autonomía) pactar los efectos de una *caducidad*.

IV. LA NECESARIA INCURSIÓN DE LOS DENOMINADOS «PLAZOS FATALES»

En el presente trabajo se han expuesto distintas posiciones que intentan sustentar y/o regular la existencia de figuras como la *prescripción extintiva* o la *caducidad*. Algunos, suponiendo la necesidad de su diferenciación, se internan en conflictos doctrinales respecto a la estructura de cada figura o a los efectos y características que debieran tener.

A estas alturas y a propósito del caso expuesto, surge la siguiente pregunta ¿Existe alguna razón verdadera para explicar que en la legislación peruana se prohíba el pacto de los efectos de la *caducidad*? Los pocos autores peruanos que han escrito sobre el tema terminan respondiendo que ello importa en tanto que los efectos son tan vitales que debería dejarse al legislador decidir cuándo es que operarán los plazos de caducidad. Otros, sustentan ello en el denominado “*orden público*” que está de por medio y que, por lo tanto, no permitiría que las partes decidan sobre algo que interesa a todos.

Si se entiende que los plazos de caducidad terminan extinguiendo el derecho que tenía un sujeto y, en ese sentido, no permiten su reclamación en sede judicial o arbitral, ¿Cómo es que se explica la posibilidad de que las partes pacten en un contrato plazos luego de los cuales vencidos ninguna podrá hacer reclamaciones por ello? ¿Cómo queda, entonces, la posibilidad de que las partes pacten en un contrato de arrendamiento el reembolso de los gastos incurridos por el arrendatario en mejoras y que sólo serán reconocidas si éste último comunica de ello en un plazo determinado?

Si las partes determinan que será necesario establecer procedimientos y plazos para que las reglas respecto a determinado derecho operen, si ellas son las que libremente han decidido pactarlo, si ellas son las que

quieren que el derecho se pierda si no se ejercita el procedimiento respectivo, ¿cómo es que debemos denominar al plazo luego del cual vencido, extingue la posibilidad de reclamar un derecho? ¿Acaso no tiene efectos de *caducidad*?

En países como el Perú, en donde se ha entendido que existe una prohibición legal para pactar convencionalmente los efectos de los plazos de caducidad, se tiene que recurrir a conceptos creados artificialmente para destacar las diferencias con la caducidad y tener sustento legal para defender los pactos celebrados por las partes. En efecto, en el caso que se comenta el ingeniero recurrió al concepto de *plazos fatales* para diferenciarlos con los plazos de *caducidad*.

Así, los plazos fatales fueron explicados señalando que el mismo se define como el plazo por el cual el contratista pierde el derecho a obtener una ampliación de plazo, más no pierde el derecho a acción de solicitarla por vía arbitral. Además, se señaló que precisamente por ello, a diferencia de la caducidad, estos plazos sí pueden ser pactados contractualmente.

Es fácil advertir cómo es que el ingeniero pretende hacer una diferencia tanto teórica como práctica entre los plazos de caducidad y los “plazos fatales”. Y es que, reconociendo la imposibilidad de pactar convencionalmente plazos de caducidad, el ingeniero diferencia ambas figuras con la posibilidad de accionar en vía arbitral, posibilidad que se da con los “plazos fatales” más no con los plazos de caducidad. Piénsese hasta este punto, ¿Existe realmente una diferencia entre ambas figuras?

Por otro lado, si se mantuviera esa diferencia, ¿Cómo queda el concepto de *prescripción extintiva*? Recordemos que el artículo 1989° del Código Civil peruano establece que la prescripción extingue la acción pero no el derecho y que esto ha sido aclarado por algunos autores en el sentido que no debe entenderse que la prescripción impide el acceso a la

justicia³⁹. En otras palabras, los plazos fatales y la prescripción extintiva no impiden accionar en vía judicial o arbitral. ¿Son lo mismo?

Más allá de las posiciones doctrinales que se puedan adoptar en torno a este tema, debemos advertir que en legislaciones como la peruana, se vuelve necesario tener que recurrir a conceptos (creados o tomados de otro lado⁴⁰) para sustentar una posición que podría pecar de ilógica debido a la incoherencia normativa. Y decimos que se vuelve necesario en tanto que ello permitiría sustentar la validez de los pactos establecidos en el contrato, especialmente, aquellos puestos en los modelos de contratos FIDIC.

De esta manera, en nuestro caso, el contratista vería afectado su derecho a obtener una ampliación de plazo y mayores gastos generales pues no cumplió con el procedimiento contractual establecido ni con

³⁹ Sobre esto, se señala lo siguiente: “La norma del art. 1989 ha adoptado, pues, un postulado que distingue la acción del derecho y, si bien, en la intención del codificador la extinción era la de la acción entendida como el ejercicio del derecho frente al aparato jurisdiccional del Estado, ante los avances de la doctrina procesalista y los conceptos incorporados al vigente Código Procesal Civil, es conveniente precisar que lo que prescribe es la acción entendida como el ejercicio del derecho para hacer valer la pretensión correspondiente, tal como lo hemos ya explicitado (...)”. EN: VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Prescripción Extintiva y Caducidad*. Cuarta Edición. Editorial: Gaceta Jurídica. Lima, Perú, 2002, p. 103.

⁴⁰ En doctrina peruana, por ejemplo, no se utiliza lo que el ingeniero en nuestro caso ha denominado “*plazos fatales*”, a diferencia de lo que ocurre en doctrina chilena en donde sí se utiliza el referido concepto. Y es que parece ser que la práctica – como siempre – ha ido más allá de la mera teoría para complicar innecesariamente las cosas. Por otro lado, si de normas se trata, sólo en el Código de Comercio de Perú de 1902 (el cual aún mantiene vigentes algunos artículos) se hace uso de dicho término de la siguiente manera:
“Artículo 953.- Naturaleza perentoria de los plazos
Los términos fijados en este Código para el ejercicio de las acciones procedentes de los contratos mercantiles, serán fatales, sin que contra ellos se dé restitución.” (Lo subrayado es nuestro).

los plazos pactados; es decir, habría incumplido con lo que algunos denominan el reglamento contractual⁴¹.

Recordemos que en legislaciones como la brasilera se reconoce y se establece expresamente que las partes tienen el poder suficiente para pactar los efectos de un plazo de caducidad mediante contrato. Esto podría resolver el caso materia del presente trabajo.

Por otro lado, como vimos, en legislaciones como la mexicana o la chilena no se prohíbe legislativamente la posibilidad que las partes pacten contractualmente efectos de caducidad a sus procedimientos, por lo que el problema tampoco sería tal en dichos modelos.

No obstante, en cualquiera de los casos —sea que nos encontremos en legislaciones como la peruana, la chilena, mexicana o brasilera— existe un tema importante que no debe dejarse de lado. La maraña de teorías, posiciones legislativas, diferencias y conceptos no debe cegarnos ante un problema práctico muy concreto y que será expuesto a continuación.

V. ¿RÉQUIEM PARA UN DERECHO?

El presente trabajo ha pretendido plantear un problema relacionado con la regulación de figuras como la *prescripción extintiva* y la *caducidad* en el marco de la cláusula tipo 20.1 del contrato FIDIC (Libro Rojo). Se ha partido de la premisa que, en efecto, sería ilógico pensar que cláusulas como esa son inválidas tan sólo por establecer plazos que tienen

⁴¹ A manera de ejemplo y a propósito de las reglas sobre contratos establecidas en el Código Civil italiano, se dice lo siguiente: “*El contrato, en cuanto manifestación de autonomía, tiene la función —que el mismo étimo sugiere— de crear reglas: reglas que los privados contratantes imponen a sí mismos. Este dato está en el centro de la teoría preceptiva. El conjunto de reglas creadas por el contrato es el reglamento contractual (...)*”. En: ROPPO, Vincenzo. *El Contrato*. Traducción a cura de Eugenia Ariano Deho. Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 315.

efecto de caducidad. Finalmente, se ha dicho que parece ser posible el establecimiento de plazos de caducidad mediante contratos en tanto que regular legislativamente que ello no es así podría ir en contra de la práctica más usual en el tráfico comercial en general, y en el de la construcción en especial. Otros ordenamientos jurídicos así lo reconocen.

Con lo anterior llegaríamos a la conclusión que lo dicho por el Conciliador, en el caso que venimos exponiendo, no tiene sustento alguno. Es decir, no sería jurídica ni fácticamente posible invalidar o anular pactos como los de la cláusula 20.1 pues iría en perjuicio de lo que las partes pactaron (principio *pacta sunt servanda*). En ese sentido, podríamos concluir, también, que el ingeniero tuvo razón en rechazar la ampliación de plazo y los mayores gastos generales solicitados por el contratista. Y es que la cláusula 20.1 del contrato FIDIC es clara: *no se ampliará el plazo de terminación y el contratista no tendrá derecho a pago adicional si no notifica el reclamo dentro el plazo de 28 días*.

Sin embargo, se debe reconocer que la cláusula 20.1 del contrato FIDIC regula la posibilidad de pérdida del derecho a obtener una ampliación de plazo o mayores gastos generales aun cuando el reclamo tenga sustento real, técnico y jurídico. En otras palabras, aun cuando —por ejemplo— el contratista se vea en la necesidad de obtener una ampliación de plazo por culpa de la entidad, si el procedimiento o los plazos no se cumplen, la pérdida es inevitable.

Así, nos encontramos ahora con un conflicto entre el principio de *pacta sunt servanda* y la *justicia* entendida como uno de los principales valores que informan al ordenamiento jurídico⁴². En efecto, podría darse el caso en el que el contratista tenga el derecho a ampliar el plazo del contrato y el sustento técnico-legal así lo justifica, no obstante,

⁴² GARCÍA TOMA, VÍCTOR. *Valores, principios, fines e Interpretación Constitucional*. En: *Derecho & Sociedad*, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú. Año XIV. N° 21, diciembre, 2003, p. 192.

se presenta el reclamo en el día 29 de haber conocido los hechos que causan la generación del mismo. Algunos, con razón, sentenciarán que todo está dicho: no habrá que reconocerle derecho alguno. Queremos dejar expuesto; sin embargo, y sólo de manera ilustrativa, que esto ha sido evaluado en otros países a propósito de conflictos en el marco de contratos FIDIC. Las conclusiones merecen ser tomadas en cuenta.

En un caso ocurrido en Reino Unido en donde demandaba *Sindall Limited* contra *Solland* el juez Humphrey Lloyd hizo la siguiente observación⁴³:

“En este punto, me recuerdo a mí mismo que, no sólo como una cuestión de derecho, según lo establecido por Vinelott J en el caso de London Borough de Merton versus Leach (1985) 32 BLR 51 en las páginas 89-0, sino como una cuestión de buena práctica establecida, una persona en la posición de Administrador de Contratos siempre tiene que considerar si existen factores que se conozcan y que podrían justificar una ampliación de plazo, a pesar de que el contratista no haya dado aviso por escrito de ello (...).” (Lo subrayado es nuestro).

Por otro lado, existen quienes reconocen la posibilidad de otorgar ampliaciones de plazo aun en los supuestos en que no se haya cumplido con notificar el reclamo en el plazo establecido. Para muestra un botón:

“Sin embargo, determinar la validez de un reclamo caduco o de un derecho extinto del contratista a una prórroga de plazo donde no se haya efectuado la notificación, no es sencillo y depende si el propietario es o no responsable por el hecho generador de la reclamación. (...)⁴⁴”. (Lo subrayado es nuestro).

⁴³ Caso N° HT 01 129 del 15 de junio del 2001. High Court of Justice, Queens Bench Division. Judge Humphrey Lloyd Q.C. *Sindall Ltd. v. Solland*, como fuera reportado en: www.adjudication.co.uk/archive/view/case/85/sindall_ltd_v_abner_solland_2002_con_lrht_01129.

⁴⁴ *“However, the validity of time-barring a claim or removing the contractor's right to an extension of time where no notice is given at all, is not straightforward and is depen-*

No obstante, se debe evaluar cada caso en concreto pues si bien es cierto que en el caso que expusimos al inicio del presente trabajo el propietario no reclamaba al contratista el pago de daños por incumplimiento del plazo contractual, pueden existir casos en donde además de no otorgar la ampliación de plazo (por causas imputables al propietario) ni los mayores gastos generales debido a notificación fuera del plazo establecido en la cláusula 20.1, el propietario reclame al contratista el pago de penalidades y de daños y perjuicios por culminar la obra fuera de plazo.

Al respecto y a propósito del caso sucedido en Australia en donde eran partes *Gaymark Investments v. Walter Construction Group Ltd.*, Bunni explica y coincide con lo señalado por la Corte que evaluó el caso:

“La corte consideró la observación hecha por el árbitro quien señaló que en aquellos casos en donde el propietario era responsable por los atrasos y el contratista fallaba en aplicar el procedimiento de reclamo, el propietario no sólo sería absuelto de pagar los costos de retraso al contratista, sino que además sería capaz de recuperar los daños ocasionados por un retraso causado por él mismo. (...)”⁴⁵. (Lo destacado es nuestro).

En consecuencia, se puede llegar al absurdo de otorgar pago por daños y perjuicios ocasionados por el propio agente. De esta manera, se estaría yendo en contra de aquel principio según el *cual nadie puede beneficiarse de su propio error*⁴⁶ en el entendido que es el propietario quien

dent on whether or not it is the employer who is liable for the event giving rise to the claim.” En: BUNNI, Nael G. *The Fidic Forms of Contract*. Third Edition. Blackwell Publishing Ltd. Oxford, United Kingdom, 2005, pp. 349 y 350.

⁴⁵ Ídem, p. 350.

⁴⁶ Este principio también fue utilizado en el caso *Turner Corporation Ltd. v. Co-ordinated Industries Pty Ltd.* La Corte señaló lo siguiente: “(...) *The consequence is that the preventing party cannot rely upon the failure by the other party to comply with its contractual obligations, even if the other party is otherwise in breach so that it could not have complied with its contractual obligations in any event. It is said this*

causó el retraso en la obra y quien ahora reclama daños y perjuicios por ello.

Cabe, ahora sí, preguntarse si realmente debe considerarse extinto el derecho de ampliar el plazo y de obtener mayores gastos generales en aquellos casos en donde no se ha cumplido con el procedimiento o con el plazo establecido para ello. ¿Se debería considerar automáticamente caduco el derecho? ¿Réquiem para el derecho en cuestión?

En primer lugar, se debe partir de la premisa que cada caso es distinto al otro y, en ese sentido, la respuesta más adecuada dependerá del contexto, del alcance contractual, de la actuación de las partes y de los hechos concretos. No obstante, se debe considerar como mínimo dos cosas:

- a) Cuando se señala, tanto en doctrina como en las distintas legislaciones revisadas las características básicas de figuras como la *caducidad*, se presupone un derecho existente. En efecto, no se puede entender de otra manera que mediante la caducidad se extinga el derecho si es que antes no ha existido el derecho mismo como titularidad que puede ejercer un sujeto en cualquier momento hasta la fecha de vencimiento del plazo de caducidad.

Así las cosas, si atendemos a la cláusula 20.1 del contrato FIDIC (Libro Rojo), el vencimiento del plazo de 28 días para notificar el hecho generador de la ampliación de plazo no extingue propiamente un derecho. Por el contrario, la propia cláusula regula un procedimiento según el cual cumplidas todas las etapas y plazos el ingeniero decidirá si se justifica o no otorgar la ampliación de plazo o los mayores gastos generales.

flows from a generally stated principle that a party cannot benefit from its own wrong. (...)". (Lo subrayado es nuestro). En: Ídem, p. 350.

Ello implica que el ingeniero ostente cierto grado de *discrecionalidad* al momento de decidir si se otorga o no ampliación de plazo o mayores gastos generales. Dicha *discrecionalidad* no significa *arbitrariedad* pues la decisión debe estar siempre motivada, pero aun en ese caso siempre cabría reclamar cualquier decisión que se considere incorrecta ante sede judicial o arbitral dependiendo de lo pactado.

Siendo ello así, mal podría reconocérsele al efecto de dicho plazo uno similar al de los plazos de caducidad que se han descrito en el presente artículo. El vencimiento de los plazos de caducidad conlleva como efecto natural e inevitable la pérdida de un derecho; el vencimiento del plazo de 28 días de la cláusula 20.1 del contrato FIDIC (Libro Rojo) implicaría simplemente la no configuración de un derecho, implica la confirmación de que el derecho *potencial* jamás existió.

Es más, los efectos del vencimiento del plazo de 28 días de la cláusula 20.1 han sido tan relativizados por la doctrina que se admite en ciertos casos que el ingeniero pueda otorgar la ampliación de plazo o los mayores gastos generales solicitados por el contratista en supuestos en donde la actuación del contratista haya sido leal y donde el propietario no se aproveche de su propio error para verse beneficiado de alguna manera.

De esta manera, se podría decir que en estos casos excepcionales se rompe la naturaleza de los plazos de caducidad pues éstos no admiten que el derecho “resucite” de la forma como lo harían las excepciones antes señaladas.

- b) Sin perjuicio de lo anterior y en cualquier caso, se debe considerar que por regla general, vencido el plazo de 28 días establecido en la cláusula 20.1 del contrato FIDIC (Libro Rojo) sin que se haya notificado el reclamo al ingeniero, el contratista no habrá visto configurado derecho alguno.

De hecho, las cláusulas en los contratos FIDIC están estructuradas de tal forma que exista un orden y no se extienda hasta el final de la obra la posibilidad de reclamar algo que el contratista considera merece reconocérsele. El vencimiento del plazo, por tanto, importará para algunos —si se quiere— la muerte del derecho. Sin embargo, esto no es así pues el derecho nunca existió, no se configuró.

Por otro lado, en aquellos casos en donde el propietario además de rechazar la ampliación de plazo (por causa imputables a él) y los mayores gastos generales, reclama el pago de daños y perjuicios por concluir la obra fuera de plazo, se debería llegar a un punto intermedio en el que ni se le reconozca al propietario el pago de daños y perjuicios (porque es el propio agente quien genera el daño) ni se le reconozca al contratista el derecho a obtener una ampliación de plazo (por vencimiento del plazo de acuerdo a la cláusula 20.1).

Esto generaría una mayor coherencia en las cláusulas del contrato FIDIC y se sustentaría en el principio de buena fe contractual (principio que en algunos ordenamientos jurídicos son más bien reglas positivizadas y, por lo tanto, de obligatorio cumplimiento).

Finalmente, es posible que las cláusulas del contrato FIDIC sean modificadas por las partes de acuerdo a la naturaleza de la obra que se pretende ejecutar. Así, es posible que estos supuestos sean aclarados en las cláusulas pertinentes de tal manera que —respetando el espíritu de dichos contratos especializados— se regule de mejor manera la función del ingeniero, los efectos del vencimiento del plazo, las excepciones, entre otras cosas.

En algunos contratos de construcción bajo el modelo FIDIC, por ejemplo, se ha establecido que el ingeniero tenga discreción para determinar y otorgar ampliaciones de plazo en aquellos supuestos en donde el plazo de 28 días se ha vencido sin que exista notificación del reclamo. En otros, se ha regulado más bien la posibilidad

de que el ingeniero tome en cuenta el no cumplimiento del procedimiento o de los plazos para su determinación y decisión final.

En cualquier caso, es importante que todo quede claro desde el momento de la celebración del contrato pues —como dijimos al inicio del presente trabajo— los reclamos en construcción son pan de cada día. En los reclamos sobre ampliaciones de plazo y mayores gastos generales, además, suele estar en juego mucho dinero.

VI. CONCLUSIÓN

Somos de la posición que el plazo de 28 días establecido en la cláusula 20.1 del contrato FIDIC no tiene la misma naturaleza que los plazos de caducidad. Su configuración dentro de los modelos internacionales de contratos de construcción ha permitido que se las entienda como plazos y efectos parecidos; no obstante, la práctica y la dinámica del comercio, en general, y de la construcción, en especial, han flexibilizado las cláusulas establecidas en el contrato FIDIC, las mismas que pueden ser válidamente pactadas.

Sin perjuicio de lo anterior, se reconocen las dificultades para sustentar la validez de los pactos que establecen efectos parecidos a los de caducidad, especialmente en aquellas legislaciones en donde se ha regulado expresamente la prohibición de pactarlos convencionalmente. Ello no sólo genera problemas adicionales e innecesarios para la actividad de la construcción, sino que genera desincentivos para cumplir con procedimientos establecidos desde la celebración del contrato.

En cualquier caso, es importante tomar en cuenta estas consideraciones al momento de la celebración del contrato para evitar contingencias innecesarias por interpretaciones distintas durante la ejecución del contrato.

MESAS PARALELAS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
EN MEGA PROYECTOS DE INGENIERÍA Y
CONSTRUCCIÓN: UNA PERSPECTIVA PRÁCTICA

*Jerry Brodsky**

Contenido: I. Introducción; II. Necesidad de sistemas eficientes de solución de controversias en Mega Proyectos de Ingeniería y Construcción; III. Mesas Paralelas de Resolución de Controversias en Mega Proyectos de Ingeniería y Construcción; IV. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Todo proceso de resolución de controversias, ya sea contractual o por requerimiento legal, para ser verdaderamente efectivo, debe atender las necesidades reales y fundamentales de las partes, y evitar así tener un impacto negativo en la actividad comercial que generan estas controversias. En el caso de procesos de resolución de controversias que se inician y llevan a cabo durante, y no una vez concluida, la actividad comercial que las genera, la efectividad del proceso no se mide considerando so-

* Abogado por la Escuela de Derecho de la University of Miami. Obtuvo su grado de bachiller de ciencias en ingeniería industrial por la Lehigh University. Es socio y director Peckar & Abramson, destacado en el Grupo de Práctica Latinoamericana P.C., ha sido reconocido como abogado prominente en el área de derecho de la construcción por *Who's Who Legal*. Ha formado parte de la División Internacional de la American Bar Association. Ha participado en la negociación, implementación, administración y conclusión de mega proyectos y ha sido miembro *Dispute Board* en disputas internacionales relacionadas con la construcción de proyectos de infraestructura en América Central.

lamente la calidad de la resolución a la que se llega, o el costo, tiempo y/o desgaste incurrido por las partes durante el proceso, sino también, y fundamentalmente, en la forma en que el proceso de resolución de controversias opera paralelamente a la actividad comercial, ya sea promoviendo su continuidad y culminación, o interfiriendo con ella.

En el área de la construcción, los dueños de los proyectos consideran fundamental que la ejecución no se detenga o desacelere innecesariamente a raíz de una disputa y/o controversia comercial o técnica entre las partes que pudiera surgir durante el periodo de ejecución de la obra o proyecto, de manera que la operación continúe sin interrupción o interferencia mientras que las desavenencias y/o disputas se resuelven.

Por otro lado, los contratistas, para poder atender a esta necesidad real y fundamental de los dueños de no detener o desacelerar la consecución del proyecto, requieren, de forma igualmente fundamental, que el proceso de resolución de controversias sirva para resolver las controversias que surgen durante la ejecución del proyecto con legitimidad, y de forma eficiente y efectiva, sin interrumpir el trabajo, pero que las resoluciones, incluyendo aquellas que requieren pagos adicionales o ajustes al monto contractual, sean implementadas de inmediato como resoluciones permanentes o temporales y sujetas a procesos de resolución posteriores, manteniendo así el flujo de recursos necesarios para la ejecución del proyecto dentro del plazo establecido.

Finalmente, para los inversionistas, lo fundamental es (aparte del derecho a intervenir y “tomar las riendas” en caso de incumplimiento), que exista un procedimiento de resolución de controversias justo, eficiente, eficaz que proteja su inversión.

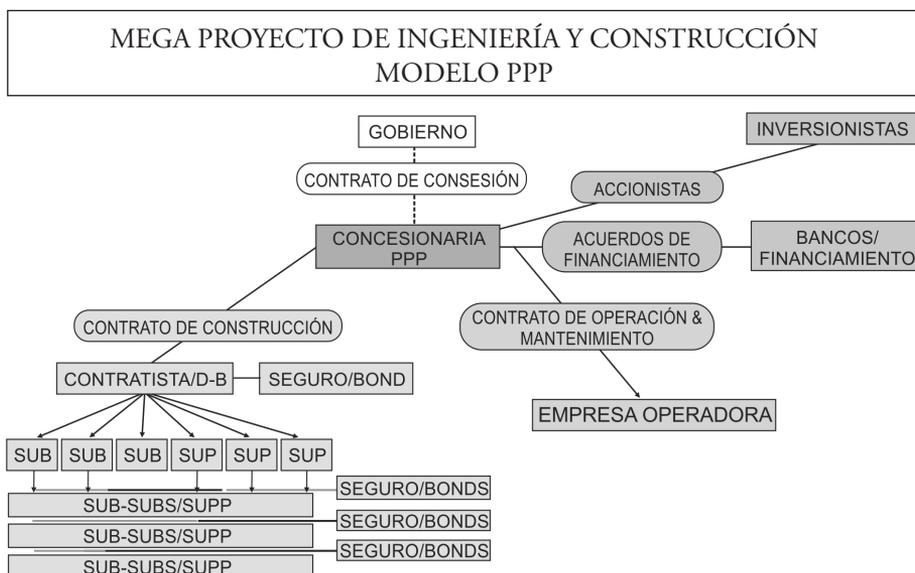
Cuando la actividad comercial tiene que ver con un mega proyecto de ingeniería y construcción, o un proyecto de alta envergadura y/o complejidad técnica, con muchos participantes, y de larga duración, la efectividad del proceso (contractual o legal) de resolución de controversias que se lleva a cabo *durante* la ejecución del proyecto debe promover

la continuidad y culminación del mega proyecto, así como proteger su viabilidad económica/financiera.

Este capítulo presenta un modelo de resolución de controversias para mega proyectos de ingeniería y construcción diseñados específicamente para atender las necesidades principales de sus participantes: las mesas paralelas de resolución de controversias.

II. NECESIDAD DE SISTEMAS EFICIENTES DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MEGA PROYECTOS DE INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN

La estructura de un mega proyecto de ingeniería y construcción está generalmente encabezada por el dueño o concesionario, contratado por la entidad pública, a la que le siguen el (o los) contratista(s) a cargo del diseño y la construcción. El resto del organigrama suele consistir en varios niveles de subcontratación que tienen que ver con el diseño, trabajo, equipo y/o materiales necesarios para la consecución del proyecto. El siguiente diagrama presenta la configuración típica de un mega proyecto financiado bajo un modelo PPP.



Para que el proyecto se ejecute con éxito, cada una de estas relaciones contractuales, cuyo número de participantes puede fácilmente sobrepasar los doscientos, y todos los documentos contractuales que las representan, deben estar cuidadosamente coordinados y sincronizados con el resto. Este complejo ejercicio de coordinación y sincronización de centenares de contratos y documentos técnicos es muy frecuentemente el marco sobre el cual los desacuerdos y controversias se manifiestan.

Gran parte de las controversias que surgen en los proyectos de construcción son de índole financiera, y se manifiestan a raíz de desacuerdos sobre el alcance de los trabajos o suministros; montos a pagarse por trabajo, equipo o material; o el cronograma de trabajo a cumplirse. Estas controversias surgen comúnmente a raíz de las diferencias en la interpretación de los documentos contractuales relacionados a las especificaciones y otros requerimientos contractuales y técnicos, trabajos, y suministros adicionales (desde el punto de vista del que trata de cobrar) requeridos a raíz de condiciones imprevistas, y el cronograma de trabajo.

El número de participantes, y, por ende, de contratos y documentos contractuales, en todo mega proyecto de ingeniería y construcción, los convierte en un tipo de Placa de Petri, donde constantemente se cultiva el crecimiento de disputas técnicas, desacuerdos, conflictos y controversias entre la multitud de participantes. Por lo tanto, el proceso de coordinación y sincronización de todos estos centenares de contratos y documentos técnicos que se interpretan y ejecutan durante el mismo periodo y con el mismo propósito, requiere de un sistema eficiente y eficaz para resolver la cantidad de desacuerdos y disputas que inevitablemente surgen a lo largo del mega proyecto y que las partes son incapaces de resolver por sí mismos o sin la intervención de una tercera parte neutral.

a) *Efecto de los Modelos de Financiación con Inversión Privada*

Si bien es cierto que los modelos de financiación utilizados en mega proyectos facilitan los recursos necesarios para la ejecución de los proyectos y, en muchos casos, hacen posible las mejoras de infraestructuras que el sector público por sí mismo no tiene capacidad para llevar a cabo, estos modelos financieros imponen todo el rigor y presión de un sistema crediticio privado muy sofisticado en el área de desarrollo de infraestructuras y otros proyectos de ingeniería y construcción de alta complejidad y riesgo. Esta “superestructura financiera” actúa como un nutriente que intensifica la frecuencia, magnitud e importancia de los desacuerdos y disputas.

Los mega proyectos de ingeniería y construcción en los que existe una importante participación del sector privado se convierten así en la Placa de Petri activa con el nutriente más efectivo. Por lo tanto, y tal y como sucede en cualquier experimento científico que se lleva a cabo con éxito, todo mega proyecto de ingeniería y construcción requiere de una administración eficiente de conflictos, especialmente aquellos que surgen durante el periodo de ejecución del proyecto y que, por ende, pueden poner en riesgo su continuidad, culminación y éxito.

b) *Mesas de Resolución de Controversias en Mega Proyectos de Ingeniería y Construcción*

El éxito de todo proyecto de ingeniería o construcción, desde el punto de vista de aquellos que participan en su desarrollo, se mide en términos estrictamente comerciales. Las disputas y los desacuerdos que surgen durante la ejecución de la obra tienen un impacto importante sobre el éxito financiero de los proyectos. Por lo tanto, los dueños, ingenieros, contratistas, subcontratistas y suministradores de materiales y equipo, cuyos márgenes son muchas veces reducidos como resultado de un proceso de procura altamente compe-

titivo, se ven obligados a administrar los contratos con una actitud y postura necesariamente rígida y, muchas veces, hasta comercialmente agresiva. De esta necesidad natural de rigidez y agresividad es que nacen y se profundizan los desacuerdos, las disputas y los conflictos.

c) ***Evitar la «Mega Torre de Babel»***

El panorama se complica un poco más aun cuando se considera que hoy en día muchos mega proyectos, como consecuencia de su tamaño y complejidad, reúnen a empresas, administradores y trabajadores de diferentes nacionalidades y culturas. Si bien es cierto que esta diversidad es evidencia positiva de una economía global, es muy frecuentemente ignorada y no bien administrada por aquellos cuya responsabilidad incluye la armoniosa coordinación de las culturas y nacionalidades para una exitosa ejecución del proyecto.

Cuando esto ocurre, la diversidad puede tornarse en problema, así como en un factor añadido que dificulta las relaciones entre las partes. Cuando las relaciones entre las partes se dificultan, la comunicación disminuye (en cantidad y calidad) y, cuando el nivel de comunicación empobrece, se incrementan exponencialmente los desentendimientos, desacuerdos, disputas y controversias.

Todo proceso de resolución de controversias debe, por tanto, reconocer como fundamental, las costumbres y diferencias entre los responsables del trabajo y de los suministros para el proyecto, adecuándose a ellas, en la medida posible y, de esa manera, fomentar la confianza entre las partes involucradas, así como la fiabilidad del proceso de resolución de controversias.

En un mega proyecto, donde los riesgos son enormes y las presiones financieras predominan durante el periodo de ejecución de la obra, esta agresividad, si no es efectivamente controlada y administrada,

puede causar gran daño a todas las partes implicadas y, en el peor de los casos (pero no infrecuentes), llegando incluso a paralizar y/o hacer fracasar el mega proyecto.

Para poder cumplir con su cometido, el proceso de resolución de controversias en todo mega proyecto debe ser capaz de encontrar el equilibrio entre los participantes y hacer posible que los participantes consigan lo que para cada uno es verdaderamente fundamental: para los dueños, el compromiso de los contratistas a cumplir con sus obligaciones aunque existan disputas pendientes que se van resolviendo durante la ejecución; para los contratistas, el compromiso y obligación de los dueños a participar en el proceso de resolución de controversias durante el periodo de ejecución, y a implementar de forma inmediata las resoluciones, en particular aquellas que requieren el pago de montos en disputa; y, finalmente, para los inversionistas, el proceso de resolución de controversias debe atender lo que para los inversionistas es fundamental: que su inversión esté protegida por un proceso que promueva efectividad y eficiencia en la resolución de controversias.

III. MESAS PARALELAS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MEGA PROYECTOS DE INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN

En el modelo de mesas paralelas de resolución de controversias en mega proyectos de ingeniería y construcción, cada contrato y subcontrato principal, así como aquellos que regulan el trabajo y suministros esenciales para el proyecto, incluyen, como parte del proceso de resolución de controversias, su propia mesa de resolución de controversias.

A raíz de la necesidad de la industria de la construcción de contar con un sistema de resolución de disputas para mega proyectos justo, efectivo, eficiente y que no interfiera, sino que más bien promueva la ejecución del proyecto, nació el concepto de las mesas de resolución

de controversias, o *Dispute Boards* (DB) en los Estados Unidos, donde se utilizan desde hace más de cuarenta años como parte del proceso de resolución de controversias en obras de ingeniería civil.

En Estados Unidos, por lo general, en los mega proyectos de ingeniería y construcción, incluyendo los proyectos PPP, el “dueño” es una entidad pública con jurisdicción y responsabilidad sobre el proyecto y la infraestructura. La mayoría de estas entidades públicas tienen, como parte de las leyes que las regula y/o regulaciones internas, ya preestablecido un proceso de mesa de resolución de controversias codificado, o “DB Institucional. Los DB Institucionales generalmente forman parte del proceso contractual de resolución de controversias entre la entidad pública y una entidad privada que está a cargo del desarrollo del mega proyecto, como por ejemplo, una concesionaria.

Aunque cada contrato, y por lo tanto, cada proceso y DB Institucional es único y diferente del resto, la mayoría incluyen ciertos elementos básicos en común:

- Los miembros del DB se escogen de una lista de miembros aprobados por la entidad pública considerando, entre otras cosas, el nivel de experiencia técnica de los miembros. Cada parte elige un miembro y hay un proceso para escoger al tercero;
- El DB, generalmente de tres miembros, se constituye desde el inicio del proyecto y lo acompaña con reuniones periódicas a lo largo de la ejecución del proyecto;
- Las partes presentan sus argumentos y evidencia al DB;
- El DB decide disputas contractuales y emite opiniones sobre temas en controversia que aún no han escalado hasta llegar al proceso de resolución;

- Las decisiones del DB se implementan, sujetas a un proceso de resolución final, arbitraje o litigio; y
- El ciclo de resolución de los DB Institucionales varía, pero suele ser de varios meses.

Si bien este proceso contractual y oficial de mesa de resolución de controversias posee muchos de los elementos necesarios para resolver controversias entre los contratistas y profesionales a cargo de la ingeniería y construcción de un mega proyecto, el ciclo de resolución, medido en meses, es demasiado largo y no es comercialmente viable para los contratistas, subcontratistas y suministradores que trabajan para cobrar.

Cuando surge una controversia dentro del equipo de ingeniería y/o construcción sobre cualquiera de las tres causas más comunes (interpretación de requerimientos, trabajos adicionales y cronograma de trabajo), los que se ven obligados a continuar trabajando o suministrando materiales durante el proceso de resolución llevan, en efecto, la carga financiera durante el proceso y, por lo tanto, deben poder contar con un proceso de resolución e implementación muy rápido, medido comercialmente, para así permitir que aquellos que asumen el riesgo continuando con el trabajo y/o suministro a sabiendas de que existe una controversia sobre el pago de su trabajo y/o suministro de materiales, puedan continuar haciéndolo sin poner en riesgo su viabilidad financiera.

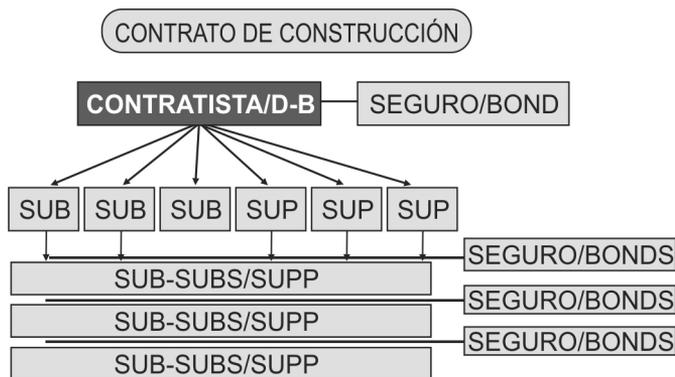
Es necesario, por lo tanto, que el proceso de resolución de controversias entre los contratistas y suministradores no sea el DB Institucional o que, por lo menos, se modifique el procedimiento oficial contractualmente para acortar el ciclo de resolución y hacer demás ajustes que pudieran ser necesarios para que el proceso llegue a un nivel comercialmente aceptable para los contratistas y los suministradores.

La ventaja de utilizar el proceso del DB Institucional como base y modificar solo lo necesario para acortar el ciclo de resolución es que el proceso institucional es aceptado y utilizado en la industria así como en la comunidad donde se desarrolla el proyecto, de manera que es una fórmula que es aceptada en el mercado.

Por otro lado, si se implementa el modelo de DB Institucional modificado en los contratos y subcontratos clave, aunque cada contrato tendría su propio DB, se puede obtener uniformidad y predictibilidad procesal en el proyecto, lo que a su vez facilita la labor administrativa.

Inclusive, el ciclo de resolución se puede negociar, dependiendo de las circunstancias de cada contratista y tipo de trabajo o suministro. De esta forma, las partes pueden negociar y adecuar sus contratos, a la par que los procesos de resolución de controversias, incluyendo las que pudieran surgir durante el periodo de ejecución del proyecto, atendiendo así a las realidades comerciales y locales del caso.

Los únicos participantes de la construcción de un mega proyecto para quienes el modelo de mesas paralelas de resolución de controversias puede representar un mayor riesgo y/o costo son aquellos que: a. tienen múltiples contratos claves en el proyecto; y/o b. están sujetos a contratos y controversias regidas bajo ambas versiones de DB, Institucional y modificado. En nuestro modelo de PPP, son fácilmente identificables:



a) Múltiples Contratos Claves

El caso de los múltiples contratos claves suele tener que ver con contratistas cuya responsabilidad abarca gran parte o toda la ingeniería y construcción. En estas situaciones, el proceso de subcontratación puede resultar en varios subcontratos claves que incluyen DB como parte del proceso contractual de resolución de disputas. Cuando esto ocurre, el contratista puede tener que atender varios procesos de DB, con varios subcontratistas a la vez. Para estos contratistas, las consideraciones más importantes son las de: i) costo y tiempo administrativo; y ii) inseguridad jurídica que se deriva de la emisión de decisiones inconsistentes o contrarias por parte de DB's diferentes en temas relacionados.

i. Costo/Tiempo Administrativo

Las consideraciones de riesgo, costo y tiempo administrativo son importantes y significantes para aquellos contratistas que, como resultado del sistema de subcontratación disponible y/o empleado para el proyecto, tienen varios subcontratos con varios DB's que pueden operar simultáneamente.

Además de contar con el personal, organización y demás recursos y sistemas necesarios para asumir y manejar la carga administrativa que este modelo de resolución de controversias puede representarle a los contratistas mencionados, existen estrategias para el control y administración de estos costos. En lugar de limitar el número de contratos con DB's paralelos como medida de control de costos, que en realidad no disminuye el número de disputas o controversias, sino solamente las opciones para su resolución, se pueden limitar las actividades de los DB's y, por ende, los costos y carga administrativa que de otra forma se derivarían.

La administración eficiente y eficaz de los procesos de mesas paralelas de resolución de controversias se puede lograr mediante la implementación de tres medidas: a) limitando a los DB a resolver controversias formalmente anunciadas, de manera que no sea necesario tener que emitir opiniones sobre desacuerdos que no han sido elevados dentro del proceso contractual al nivel del DB; b) constituyendo y utilizando los DB's paralelos únicamente cuando existen controversias propiamente definidas y anunciadas, siguiendo fielmente el proceso contractual para asegurar el cumplimiento de los procesos de resolución privados anteriores al DB; y c) procurando la retención contractual de control por parte del contratista de los procesos paralelos, con máxima flexibilidad para juntar o separar procesos paralelos que, para mantener la eficiencia y eficacia de los procesos y la propia administración general del proyecto, deben unificarse o bifurcarse, según el mejor criterio del contratista que, al fin y al cabo, es el que tiene que manejar todos estos procesos simultáneamente.

ii. Riesgo de Decisiones Inconsistentes

Cuando un contratista tiene múltiples contratos en procesos de DB, existe la posibilidad de que surjan controversias relacionadas en dos o más contratos, sometidas a procesos separados de DB en cada contrato, y que las resoluciones emitidas por los varios DB's sean inconsistentes, desde el punto de vista del contratista. Estas situaciones tienden a generarse cuando surgen disputas entre un contratista y dos o más subcontratistas.

Por ejemplo, en casos de trabajos defectuosos efectuados por dos o más subcontratistas, cuando los subcontratistas que completaron el trabajo se culpan el uno al otro, pueden generarse controversias en cada contrato, y si los contratos son clave, estas controversias pueden estar sujetas a procesos de DB distintos.

Otro ejemplo común es cuando existe una disputa sobre el alcance entre el contratista y un subcontratista. Si bien es cierto que el contratista puede no estar de acuerdo con el subcontratista, el contratista puede sentirse más tranquilo porque considera que, en el peor de los casos, si el subcontratista tiene la razón, la responsabilidad de efectuar el trabajo recaerá sobre otro subcontratista. Pero si el otro subcontratista no está de acuerdo con el contratista, podrían generarse dos disputas relacionadas sobre dos subcontratos diferentes que, de ser claves, podrían presentarse frente a dos DB's separados. Y si la controversia es presentada a los DB's de cada uno de los subcontratos, existe la posibilidad de que las decisiones de los dos DB's sean inconsistentes, dejando al contratista de por medio, asumiendo parte o toda la responsabilidad.

En el modelo de mesas paralelas de resolución de controversias, este riesgo no puede ser eliminado totalmente, pero sí que puede ser administrado debidamente y, hasta cierto punto, controlado contractualmente. El riesgo que asumiría el contratista de recibir resultados inconsistentes en procesos de DB distintos pero relacionados por casos de responsabilidad compartida se puede mitigar y controlar contractualmente por medio de la asignación de responsabilidad solidaria a todas las partes involucradas en temas de responsabilidad compartida.

En casos en los que las disputas versan sobre el alcance, existen también otros mecanismos contractuales para mitigar la posibilidad de que existan resultados inconsistentes cuando, desde el punto de vista de la responsabilidad contractual, un determinado trabajo está dentro del alcance de un subcontratista o de otro, o de todas las partes involucradas, pero de ninguna manera de ninguno de ellos.

La segunda estrategia que existe para mitigar el riesgo de obtener resultados inconsistentes es la de definir como "ejecutables,

no-vinculantes y no-admisibles” todas aquellas decisiones emitidas por parte de los DB’s paralelos. Al emitir resoluciones ejecutables, el proceso de DB mantiene, en aquellos casos donde el DB decide que corresponde un pago adicional o ajuste al monto contractual, el flujo de recursos necesarios para que el trabajo y los suministros continúen sin interrupción a pesar de que haya surgido una controversia.

Al emitir resoluciones de carácter no-vinculante, las partes reservan su derecho a apelar (una vez implementadas) las decisiones del DB y, de esa forma, existe la oportunidad de corregir (a través de un procedimiento arbitral u otro proceso de resolución posterior a iniciarse al final del proyecto) los errores o inconsistencias que pudiera haber entre las decisiones de los diferentes DB’s.

Finalmente, al ser no-admisibles, las resoluciones de los DB’s no pueden ser utilizadas o presentadas como prueba en los procedimientos que pudieran iniciarse a la consecución del proyecto, eliminando así el riesgo de contaminación en estos procedimientos.

Al tratarse de decisiones no-vinculantes, las decisiones un DB, ya sean a favor o en contra de ambas partes, pueden generar la institución de más procedimientos legales en el futuro. No obstante, el resultado de esta acumulación de resultados favorables y desfavorables para cada parte en la controversia puede ser el contrario.

Cuando se reserva la implementación de todas las decisiones de un DB que no han sido aceptadas por las partes hasta el final del proyecto, la evaluación del riesgo que asumen las partes sobre la totalidad de las controversias pendientes es muy diferente y, muy a menudo, resulta en una reducción del riesgo asociado si se tiene en cuenta que se trata de un proceso de anulación o cancelación aritmética de riesgos del número de procesos legales para resolverse al final del proyecto.

b) Diferentes Ciclos de Resolución

El caso más preocupante y que centra la mayor parte de la atención de los contratistas es el que sucede cuando no solamente tienen varios contratos con varios procesos de DB paralelos, sino además están sujetos a diferentes ciclos de resolución. Esta situación puede surgir con un contratista que tiene un contrato regido por el proceso de DB Institucional (ya sea con la entidad pública o con una entidad privada que también utiliza el DB Institucional) y, a su vez, otros contratos regidos por el DB Institucional modificado.

Esto suele ocurrir cuando el mercado local o de contratación y subcontratación para los trabajos, suministros y equipos necesarios para el proyecto no puede asumir un proceso como el DB Institucional, que los pueda obligar a continuar trabajando en casos de disputas o desacuerdos mientras se someten a un proceso de mesa de resolución con un ciclo de resolución muy extendido e impredecible.

En estos casos, generalmente deriva en un “punto de disloque” y algún o algunos de los participantes quedan expuestos a ambos procedimientos, lo que resulta en una posible retención de riesgo. El riesgo, sin embargo, es limitado porque muchas de las disputas y controversias pueden generarse en niveles inferiores de la organización del proyecto, y pueden ser no transferibles por el contratista a la entidad con la que existe un proceso de DB Institucional.

Finalmente, cabe recalcar que las estrategias de administración y mitigación de riesgo para los casos de múltiples DB's paralelos mencionadas anteriormente, son igualmente efectivas para mitigar el riesgo de múltiples ciclos de resolución.

IV. CONCLUSIÓN

El modelo de mesas paralelas de resolución de controversias fomenta la continuidad de la ejecución del proyecto, protege el flujo de recursos necesarios para llevar a cabo los trabajos necesarios, y sirve como proceso de resolución de las disputas y controversias que surgen durante la ejecución del proyecto, sin interferir con el mismo. Este modelo ofrece, por ende, una solución viable, práctica y efectiva como parte del proceso de resolución de controversias en los mega proyectos de ingeniería y construcción.

LAS MESAS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS COMO MECANISMO QUE VIABILIZA LA CONTINUIDAD EN LOS PROYECTOS DE CONSTRUCCIÓN: LA EXPERIENCIA EN EL SALVADOR

*Carlos A. Peñate Guzmán**

Contenido: I. Introducción; II. Las Mesas de Resolución de Conflictos. Clases y alcances de cada una; III. Ventajas de las DAB: Su utilidad en El Salvador; IV. Las principales facultades de las mesas (DAB); V. Efectividad de las mesas en El Salvador; VI. Un tímido avance en la Nueva Ley APP.

I. INTRODUCCIÓN

El presente ensayo surge de la necesidad de transmitir las bondades que aportan las Mesas de Resolución de Disputas, dentro del mundo de la construcción. Al margen que pueda encontrarse utilidad de la figura en otro ámbito o actividad, no cabe duda que aún con la inacabada experiencia del que escribe, en esta materia, es en aquel sector de la

* Abogado por la Escuela de Ciencias Jurídicas de la Universidad Dr. José Matías Delgado en San Salvador. Magister en Derecho Internacional Público por la misma universidad. Es fundador de CONSULEG y se ha especializado en derecho administrativo, constitucional, arbitraje, telecomunicaciones, mercantil y contratos internacionales. Es árbitro en controversias relacionadas principalmente con la obra pública, contratos de obra y construcción. Ha sido miembro Dispute Board en conflictos relacionados con la construcción en base a contratos FIDIC. Es miembro del Panel de Árbitros de la Cámara de Comercio e Industria en San Salvador y miembro de la Dispute Resolution Board Foundation (DRBF).

economía, en donde encuentra su mayor aprovechamiento y permite cuantificar sus beneficios.

Las líneas aquí presentadas corresponden en primer lugar, a la experiencia del autor en el rol de abogado asesor de la Administración Pública en El Salvador, principalmente a la participación en asesorías a la oficina estatal encargado del suministro de agua potable, por sus siglas, ANDA¹. Ya más recientemente, y luego de recorrer algunos años en materia arbitral, la experiencia adquirida como abogado adjudicador, en el Fondo del Milenio en El Salvador, dentro del Proyecto Diseño/Construcción de la Carretera Longitudinal del Norte, el cual fue dividido para otorgarse en sendos contratos a empresas nacionales e internacionales, con amplia experiencia en construcción de carreteras y puentes.

Previo a caracterizar esta figura en el país, se deben exponer brevemente, los elementos más importantes de las mejores prácticas y experiencias de instituciones y países, en que las Mesas de Resolución de Disputas, cobran ya algunos años de aplicación.

II. LAS MESAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS. CLASES Y ALCANCES DE CADA UNA

Las Mesas de Resolución de Disputas constituyen un medio alternativo de solución de conflictos, con vigencia cada vez más utilizada en América Latina. Sus orígenes, en la postura más generalizada y aceptada, las ubican en los Estados Unidos, en donde a la fecha, son pocos los contratos de construcción que no incluyen en su regulación, la etapa de resolución de conflictos ante éstas mesas, ante cualquier disputa en la ejecución contractual y como vía previa obligatoria, para intentar un arbitraje.

¹ A.N.D.A., es la Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados, institución autónoma dentro del Gobierno de El Salvador, creada en el año de 1951.

Sin desconocer que pueden existir mixturas² o matices de esta figura, las Mesas de Resolución de Disputas, son fundamentalmente de dos tipos: Las Mesas Recomendatorias, o *Dispute Review Board* (DRB) y las Mesas de Adjudicación o Decisorias, o denominadas *Dispute Adjudication Board* (DAB) en inglés. Las primeras son aquellas en las que un equipo compuesto generalmente por tres miembros, conoce de un conflicto y bajo un plazo determinado, emite una recomendación a las partes, las que pueden tomarla o no. Las Adjudicativas a diferencia, emiten una resolución, mejor denominada decisión, la que es de obligatorio cumplimiento para las partes, en forma inmediata. No pueden excusarse de cumplirla, hasta que un Tribunal Arbitral, disponga lo contrario.

De esta forma, se dice que para cada clase de contrato, y para cada suerte de partes, se encuentra la Mesa de Resolución de Disputas adecuada. Puede ser de uno o tres miembros, que funcione desde el inicio del contrato, designada por las partes desde su firma, y mantenida hasta el final de la obra, como suele ser usual y lo más recomendado en construcción de grandes obras, o integrarla una vez presentado el conflicto.

Este trabajo centra su atención en las Mesas de Resolución de Conflictos de la segunda clase. Las que deciden el conflicto en forma vinculante, salvo su discusión en arbitraje posterior, las DAB.

III. VENTAJAS DE LAS DAB: SU UTILIDAD EN EL SALVADOR

Estas Mesas, son mayormente utilizadas en el sector de los contratos de construcción, y pueden advertirse como sus principales ventajas, las siguientes: a) celeridad; b) inmediatez; c) reducción de costos; d) favore-

² La ICC incluye las CDB, por su abreviatura en inglés, que son normalmente Mesas que emiten recomendaciones, y que excepcionalmente respecto de determinada desavenencia dan una Decisión, ante el pedido de una parte, y el silencio o falta de oposición de la otra.

cen la continuidad de la ejecución contractual; y, e) resolución del conflicto por personas idóneas según la materia contractual de que se trate.

Respecto a la *celeridad*, no ofrece duda el hecho que ante el surgimiento de uno o varios conflictos, desde el más sencillo hasta el más cuantioso en términos económicos, encuentran un mecanismo ágil de resolverlos, en estas Mesas. Es sostenido por el autor que debe preferirse las Mesas integradas desde el inicio del contrato, en contraposición a las nombradas al surgimiento del o de los conflictos, ya que la celeridad puede ser muy concreta, incluso fácilmente cuantificable.

Al comparar el tiempo que toma a las Ad-hoc, por no conocer con anticipación y desde su inicio el contrato, documentarse e informarse debidamente, para dar su resolución, respecto del tiempo que tardarán en arribar a una decisión las Mesas compuestas desde el inicio de la ejecución contractual, resulta una nada despreciable disminución de tiempo; y esto es lógico, puesto que los miembros designados desde el inicio, conocen la obra desde su comienzo y se van familiarizando con su ejecución, avance, reprogramaciones, órdenes de cambio, etc., además que mantienen el expediente de documentos contractuales principales al día.

En el caso salvadoreño, y propiamente en los contratos del Fondo del Milenio en el proyecto antes identificado, no se presentó esta ventaja de la celeridad, porque las Mesas se integraban, una vez anunciado un reclamo o reclamos de parte del Contratista. Los contratos correspondían a los formatos FIDIC, libros rojo y amarillo³.

³ Libro Rojo son las Condiciones de Contratación para la Construcción para trabajos de ingeniería y edificación proyectados por el Cliente. Libro amarillo son las Condiciones de Contratación para Proyecto y Obra para instalaciones mecánicas eléctricas y para trabajos de ingeniería y edificación proyectados por el Contratista. Ambos de la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC).

Sin embargo, siempre cabe comparar los tiempos que tomaría decidir el conflicto en un arbitraje, versus en un DAB. Es en ello que en El Salvador, la celeridad no necesariamente se volvió patente dentro de la ejecución contractual, pero sí respecto del tiempo en que se tuvo el conflicto abierto o irresoluble, en contraposición a llevarlo a arbitrajes.

La *inmediatez* sobre los hechos, que logran los miembros de Mesa, o el Adjudicador único, nombrados desde el inicio, se ve seriamente disminuida o casi nula, cuando la designación es hecha una vez planteados uno o varios reclamos contractuales. Se refiere el término, a la cualidad de inmediato, como lo define la Real Academia de la Lengua. En efecto, muchas veces los miembros no podrán apreciar ellos mismos el talud que se derribó provocado por una fuerza de la naturaleza, o el volumen adicional de excavaciones que reclama el contratista, si los reclamos se han ido acumulando hasta el final del contrato, y confiados en ese momento a la decisión de la Mesa, o si el avance físico de la obra ha impedido que la Mesa, al conocer el conflicto, pueda revisar in situ el reclamo y sus causas.

No importa si son abogados o ingenieros, aunque la combinación de ambas disciplinas es lo recomendable, los miembros de Mesa, pueden conocer casi con simultaneidad a la ocurrencia de los hechos que ocasionan un reclamo, o que provocan el aviso que se podría presentar más adelante un reclamo, si su participación es desde el inicio de la ejecución contractual. De otra forma, su reconstrucción por medio de documentos, esquemas, planos y hasta material audiovisual, nunca podrá ser apreciada en su integralidad, pues no habrá experiencia que pueda suplantar la que se percibe por la suma de todos los sentidos.

En el caso del Fomilenio, al no ser designados desde el inicio del contrato los miembros de Mesa, éstos debían en muchos casos, sustituir esa captura directa de información y apercibimiento a la obra, por una dilatada reconstrucción de hechos, por medio de documentos y testimonios de personal de la obra, supervisores y las partes. La experiencia

del que escribe, al integrar una Mesa nombrada mucho tiempo después de ocurridos los hechos reclamados, da fe que la inmediatez es, para los Miembros de Mesa, la más sentida y palpable diferencia entre una designación inicial y una ad-hoc para el conflicto, y guarda una relación directa con la celeridad.

La *reducción de costos*, es probablemente una de las más valoradas ventajas de este mecanismo de parte del Cliente y el Contratista, denominación comúnmente utilizada en los contratos FIDIC, que cada vez son más utilizados en las grandes obras de construcción, alrededor del mundo. El ahorro de costos puede apreciarse al comparar lo que costaría resolver el conflicto por la vía judicial o aún arbitral. Incluso, nombrando la Mesa desde el inicio del contrato, con los pagos de disponibilidad que conlleva cancelar a los miembros, y los honorarios por las horas o días invertidos en el conflicto, y su resolución, podrá observarse un menor esfuerzo económico, que acudir a un arbitraje, en donde los reclamos son generalmente inflados en términos de intereses, recuperación de costas del arbitraje, y en muchos casos daños y perjuicios. Sin olvidar por supuesto que la celeridad tiene un impacto favorable para con este ahorro de costos.

La *continuidad de la ejecución contractual* está mayormente asegurada, considerando por supuesto, la buena fe de las partes, en virtud que con un panel de conocedores atendiendo de primera mano, el surgimiento de reclamos y conflictos, se eliminan las “excusas” para suspender la obra, o las amenazas de hacerlo, ante la ocurrencia de reclamos no satisfechos; pues, producto de la inmediatez y celeridad antes explicadas, las partes reciben sin mayores dilaciones, una decisión, que por lo general posibilita la continuidad de la ejecución del contrato. De esta forma, podrán presentarse varios reclamos y divergencias a lo largo del desarrollo de la obra, pero con una Mesa integrada desde el inicio, difícilmente habrá espacio para la suspensión y abandono de la obra.

Finalmente, todos los beneficios anteriores, no podrían concretarse si los que resuelven no reciben la confianza y el crédito de parte del Contratante o Cliente y del Contratista. Por ello, la *idoneidad y experiencia de los adjudicadores* es fundamental para que este mecanismo produzca resultados positivos palpables, y como se ha dicho, fácilmente cuantificables. Ese crédito concedido a los miembros de Mesa, y la confianza que en ellos se deposita, deviene de la ocurrencia y comprobación efectiva de determinadas calidades.

La primera de ellas es, la verificación que deben hacer las partes que el o los designados, se encuentren, siguiendo el lenguaje de los contratos FIDIC, *convenientemente cualificados*. Aquí está de por medio la honestidad de cada miembro, en saber si como mínimo poseen la preparación necesaria para realizar un trabajo técnico que exige conocimientos y además, una práctica específica en el campo del contrato en cuestión. Si las partes son más exigentes, además de lo anterior, buscarán que tengan la autoridad o el prestigio necesarios para que sus juicios, acciones y decisiones merezcan el respeto general.

En adición a las calificaciones mencionadas, será importante que además conozca de la interpretación de contratos y por supuesto maneje el idioma en que se redactó el contrato.

Junto a la idoneidad apuntada, es determinante, para el éxito de este mecanismo, la *independencia de los miembros, respecto de las partes*. Es esa cualidad apreciada en circunstancias de facto, referida a la existencia de vínculos del miembro con alguna parte o incluso con el asunto objeto del conflicto.

En el caso de la propia experiencia, en Fomilenio, por tratarse de contratos bajo licencia FIDIC, existe una serie de circunstancias, como no tener interés económico, ni de ningún otro tipo, en el Cliente, el Contratista o el Ingeniero; no haber sido empleado anteriormente como asesor ni en ningún otro cargo por el Cliente, el Contratista o el

Ingeniero; no actuar mientras se desempeñe como Miembro, negociar o llegar a acuerdos con el Cliente, el Contratista o el Ingeniero, con relación a su contratación por cualquiera de ellos, ya sea como asesor o en otro cargo, después de cesar como Miembro de la Mesa, etc.

Válidamente pueden aplicarse acá las mismas consideraciones que usualmente se hacen respecto de la independencia de los árbitros.

IV. LAS PRINCIPALES FACULTADES DE LAS MESAS (DAB)

En forma breve, pueden señalarse como las facultades principales de las Mesas, y que dan contenido y viabilidad a esta figura, las siguientes:

a) Decidir sobre su competencia

Esto es una regla usualmente aceptada en arbitrajes y en medios alternos de solución de conflictos, pues existen casos en que (aunque no es muy frecuente), determinada clase de reclamos se reserven directamente a sede arbitral o inclusive, judicial. Por ello, siempre los Miembros deciden si los reclamos corresponden con el alcance de las facultades que les confiaron las partes en el Contrato, o en documento separado, como ha sucedido en El Salvador, que se suscribe un Acuerdo de Resolución de Conflictos, pues como se ha relatado, la Mesa se ha integrado hasta que se anunciaba el conflicto.

b) Disponer sobre la clase de procedimiento

En la experiencia del que escribe, el Contrato, formato FIDIC, permitía amplia facultad a la Mesa, para determinar el procedimiento a seguir, valorando obviamente, la clase de reclamos en juego, y lo que las partes presentan y piden en términos de procedimiento. De esta forma, la Mesa decidía si hay o no audiencia para ampliar ar-

gumentos, presentar pruebas adicionales o para aclarar temas sobre los que la misma Mesa tuviese dudas.

Esto puede ser establecido, desde el inicio del procedimiento, o una vez avanzado el mismo, si la Mesa, luego de revisar documentos y los hechos, cree importante para su decisión, celebrar audiencias. Importante es que se desligue estas audiencias de los ritos y formalidades de audiencias judiciales o a las que los abogados se encuentran acostumbrados. Por ello, es requerido que los abogados que puedan asesorar a las partes, sean abogados con experiencia en los medios alternos de solución de conflictos, para que colaboren efectivamente con la solución del problema, y no se pretenda buscar el brillo propio.

La experiencia en El Salvador enseña que de doce Mesas, sólo en 4 se llegó a celebrar audiencias. Esto se relaciona directamente con la clase de conflicto. Por lo general, si la materia sobre la que se establecen los reclamos es acerca de diferencias en la interpretación de cláusulas contractuales, no siempre será necesario celebrar audiencia. En cambio, si hay muchos elementos fácticos que apreciar, evaluar y sobre los que debe recaer la decisión, es sumamente recomendable celebrar audiencias.

Además de esta audiencia, puede ser provechoso sostener audiencia inicial para dejar claramente establecido de parte de la Mesa, las pretensiones de las partes, y las expectativas que éstas se han formado respecto del alcance de la decisión de la Mesa.

c) *Resolver con base al Contrato*

La tarea de la Mesa es resolver el conflicto, utilizando el contrato. A juicio del que escribe, si las partes no concedieron expresamente la facultad a los Miembros, no puede la Mesa utilizar y aplicar criterios de equidad o de justicia, más allá de los ya incluidos en las cláusulas.

sulas contractuales. Si el contrato remite a una ley en particular, a la que se acudirá excepcionalmente y sólo si el contrato no regula o no resuelve una materia, no deberían emitirse decisiones, utilizando parámetros de equidad, como sucede en los arbitrajes de esta clase.

No cabe hablar de si la Mesa resuelve en base a Derecho o Equidad; es simple, la Mesa resuelve con base al contrato. Es en el mismo contrato, o en documento aparte, —el acuerdo de resolución de conflictos—, en el que se consigna el marco de acción y resolución de la Mesa. Su tarea consistirá por tanto, en analizar si a la luz del contrato, los reclamos tienen procedencia o no.

d) Revisar, dejar sin efecto y modificar cualquier orden o decisión previa del Ingeniero, Supervisor o Administrador del Contrato

No puede ser de otra forma, pues la Mesa requiere de amplias facultades, para emitir su decisión. Claro, el límite de estas facultades es el alcance que las partes le hayan conferido en el acuerdo de resolución de conflictos, o en el mismo contrato, si fuere el caso. Pero fuera de ello, pueden disponer incluso contrario a las órdenes emitidas por el Ingeniero o los supervisores, completarlas o variarlas.

IV. EFECTIVIDAD DE LAS MESAS EN EL SALVADOR

Las enseñanzas recientes sobre esa figura, reflejan un saldo muy positivo. El proyecto de Fomilenio, por un monto total de cuatrocientos sesenta millones para ser destinados principalmente a la construcción de la carretera Longitudinal del Norte, de alrededor de trescientos kilómetros, otorgó para tal fin, trece contratos, en promedio entre quince y veinte millones por cada uno. De ese número de contratos, en once de ellos hubo reclamos, y se integró doce Mesas, todas constituidas a partir del momento en que presentaron los reclamos.

Por lo menos el sesenta por ciento de esas Mesas correspondió a un solo Adjudicador. Principalmente por versar las disputas sobre interpretación contractual, y en alguna menor medida por el factor costo.

Las Decisiones de las Mesas, fueron aceptadas sin mayor dilación y sin recurrir al arbitraje posterior, en ocho de ellas. Únicamente se acudió al arbitraje contra las Decisiones de cuatro Mesas, con un resultado que puede calificarse de favorable, ya que los árbitros han confirmado mayoritariamente las Decisiones de las Mesas.

Por lo antes apuntado, es importante dar la debida promoción y difundir esta figura, pues sus beneficios son fácilmente palpables. En el país, se cuenta con una aprobación casi final del Proyecto conocido como Fomilenio II, el cual invertirá millones en la zona costera de El Salvador, y en donde igualmente habrá construcción de obra. Sin duda esto servirá para que las DAB puedan ser de mayor conocimiento entre los contratistas, ingenieros y abogados, así como para que los funcionarios de gobierno, se sensibilicen de las ventajas de esta herramienta y sea incluida en los contratos administrativos, amén que lo ideal es una reforma a la ley de contrataciones públicas, para tener una seguridad mayor de su utilización.

VI. UN TÍMIDO AVANCE EN LA NUEVA LEY APP

A nivel legislativo, la nueva Ley de Asocio Público-Privado, incluye como medio de solución de diferencias, el sometimiento del conflicto a una Mesa de Especialistas. Dicha Ley dispone:

“Arreglo directo y mesa de especialistas. Art. 93. Las partes contractuales procurarán inicialmente la solución de sus controversias mediante el arreglo directo, pudiendo cualquiera de ellas solicitarlo por escrito a la otra, una vez se identifiquen los puntos en discordia. La fecha de recepción de esta solicitud determinará el inicio del arreglo directo.

*Si desde la fecha de recepción de la solicitud de arreglo directo transcurriera el plazo de treinta días sin lograr acuerdos totales, **las partes estarán en la obligación de nombrar cada una de ellas a un especialista en la materia sobre la cual versaren los puntos en discusión. Los especialistas dispondrán de un plazo de sesenta días, contados a partir del nombramiento del último especialista, para proponer a las partes las formas de solventar las diferencias que no hubieran sido superadas en la etapa de arreglo directo. Los honorarios de cada especialista serán cubiertos por la parte que los nombrare.***” (Lo destacado no pertenece al texto original)

Aunque en forma tímida, la nueva Ley incluye una especie de Mesa de Solución de Disputas. Tímida porque tiene carácter recomen-
datorio su decisión. Son propuestas las que formulan a las partes. En materia tan importante como los APP, personalmente se recomienda que el mecanismo de las DAB, debe ser parte de la regulación legal, pues existen sobradas similitudes en complejidad, dimensión, e impacto social, con los contratos de obra Pública. De hecho buena parte de los APP serán sin duda para la construcción y financiamiento de Obras Públicas.

Queda la invitación abierta para que los que nos hemos entusiasmado con esta figura, tanto en El Salvador, como en el resto del continente, pongamos tiempo y esfuerzo para que nuestras legislaciones consideren a las DAB como real y eficiente mecanismo de solución de controversias.

LOS *DISPUTE BOARDS* Y LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS:
¿SON LOS DB'S UNA BUENA SOLUCIÓN PARA
DISPUTAS SUJETAS A NORMAS DE ORDEN PÚBLICO?

*Gilberto José Vaz**

*Pedro Augusto Gravatá Nicoli***

Contenido I. Introducción; II. Supremacía del interés público, legalidad y autorización para los métodos alternativos de Solución de Disputas; III. Los modelos de Dispute Boards y la Administración Pública; IV. Los Dispute Boards y la Constitucionalización de la eficiencia administrativa; V. Conclusión; VI. Referencias Bibliográficas.

I. INTRODUCCIÓN

La industria de la construcción —matriz del surgimiento de los llamados Dispute Boards— se relaciona íntimamente con la esfera pública. Grandes obras de ingeniería, como emprendimientos de infraestructura, tienen, en general, algún grado de vinculación con el Estado, sea por medio de contrataciones directas, financiaciones o esquemas de alianza entre la Administración Pública y los particulares. Tal condición es fácilmente constatable en el contexto de los países de América Latina que, a lo largo del siglo XX y en el transcurso del siglo XXI,

* Graduado en Derecho e Ingeniería Civil, pos-graduado en Economía. Es director de la Câmara de Arbitragem Empresarial Brasil – CAMARB y socio de Gilberto José Vaz Advogados y Gilberto José Vaz Engenheiros Associados Ltda.

** Profesor de la Universidad Federal de Minas Gerais, Brasil. Maestro y Doctorando en Derecho en la Universidad Federal de Minas Gerais. Abogado y socio de Gilberto José Vaz Advogados.

vienen consolidando un proceso significativo de urbanización e industrialización, con reflejos en voluminosas obras de infraestructura, como carreteras, usinas de generación de energía, sistemas de saneamiento, entre muchas otras.

Así, para una reflexión jurídicamente situada al respecto de la adecuación del método de los *Dispute Boards* (DB's) a las órdenes jurídicas latinoamericanas, especialmente considerada la raíz romano-germánica de los sistemas normativos de la región, es preciso cuestionar la adecuación del formato al especial régimen a que se somete el Estado en cuanto a su desempeño. Las ventajas típicas de ese método alternativo de solución de controversia pueden, en principio, contribuir a una mayor eficacia de los llamados contratos administrativos. No obstante, la forma como los DB's se hacen operables puede eventualmente levantar cuestionamientos, sobre todo cuando son considerados los parámetros normativos atinentes a la actividad de la Administración Pública.

A título introductorio, se recuerda que un *Dispute Board* es, en una descripción simplificada, una junta de profesionales capacitados e imparciales formada, en general, en el comienzo de un contrato para acompañar su progreso y resolver disputas que, eventualmente, vengán a surgir a lo largo de su ejecución. Esa junta emite recomendaciones y/o decisiones en función de disputas que a ella son sometidas, presentándose, con cada modelo de *Dispute Board* adoptado, una ecuación diferenciada de obligatoriedad para las partes.

En ese sentido, la definición de Arnoldo Wald:

“Los disputes boards (DB) son paneles, comités o consejos para la solución de litigios cuyos miembros son nombrados en ocasión de la celebración del contrato y que acompañan a su ejecución hasta el fin, pudiendo, conforme el caso, hacer recomendaciones (en el caso de los Dispute Review Boards – DRB) o tomar decisiones (Dispute Adjudication Boards – DAB) o hasta teniendo ambas funciones

(Combined Dispute Boards – CDB), conforme el caso, y dependiendo de los poderes que les fueran otorgados por las partes¹”.

Así, es de la esencia del instituto la manifestación de un *consenso* entre las partes para la constitución de una junta para prevenir y solucionar las controversias de algún contrato. El grado de obligatoriedad asociado a la manifestación de esta junta ante algún conflicto eventualmente instalado es, igualmente, fruto de la convergencia de las voluntades de las partes contratantes.

La concepción y el desarrollo de los *Dispute Boards* están íntimamente relacionados a los contratos de construcción, en consecuencia de aspectos múltiples. El hecho de tratarse de acuerdos de trato sucesivo, con tiempos de ejecución especialmente dilatados, ya hace de esos contratos un *locus* (lugar) privilegiado para la aparición de controversias. Se une eso a la complejidad y multiplicidad de los saberes técnicos involucrados en una obra, además de la influencia inquebrantable de varios factores naturales de previsibilidad casi siempre problemática, y el resultado no podría ser otro que no fuera el surgimiento de disputas recurrentes.

La historia de la *praxis* internacional en la industria de la construcción revela que, hasta la década del 50, la informalidad, la parcialidad y el desequilibrio imperaban en la solución alternativa de controversias. Los cargos de las disputas surgidos durante la ejecución de contratos de obras eran, en última instancia, soportados por el constructor. Al surgir un conflicto, el contratado sometía sus demandas a la apreciación del contratante, sin, normalmente, tener el derecho de paralizar sus actividades. Este último, a pesar de ser parte directamente interesada en la controversia, juzgaba la cuestión, aprobando las alteraciones y las restituciones que entendiera pertinentes.

¹ WALD, Arnoldo. *A Arbitragem Contratual e os Dispute Boards*. En: *Revista de Arbitragem e Mediação*, año 2, n. 6, julio-septiembre de 2005, p. 18.

A pesar del patente desequilibrio de esa fórmula, ella tuvo vigor absoluto en el escenario internacional como regla de solución no judicial de conflictos de esa naturaleza hasta mitad del siglo XX, inclusive en lo que respecta a los contratos públicos de construcción. Y vale citar que, en muchos países, como es el caso de los latinoamericanos, tal diagrama de composición es aun ampliamente empleado en los contratos de construcción y también de concesión.

Tras la Segunda Guerra Mundial, los contratos de obra se volvieron más complejos, en función del surgimiento de nuevas variables como, por ejemplo, la necesidad de evaluación de los impactos ambientales. Se verificó, también, un desgaste de algunas prácticas tradicionales de solución de controversias marcadas por el desequilibrio y por la parcialidad.

Fue entonces que la industria de la construcción pasó a buscar formas más sensibles de composición de conflictos para los contratos de obra. En un primer momento, la figura del *Engineer*, profesional o empresa contratada por el dueño de la obra (a veces el Poder Público) para acompañamiento técnico y gerencia de la implantación, fue, y continúa siendo, utilizada para el encaminamiento y o solución de las controversias, quedando el propietario con papel de autoridad superior para recurso. La práctica, sin embargo, luego fue (y continúa siendo) blanco de cuestionamientos, por la posible falta de imparcialidad y de exención que el método permite.

En este escenario, el arbitraje, técnica alternativa de solución de controversias más difundida en la actualidad, fue adoptado y se desarrolló mucho. Años después les tocó a los *Dispute Boards* conquistar su espacio. En 1975, el procedimiento de DB fue utilizado experimentalmente para acompañar la ejecución del grandioso proyecto de construcción de la segunda perforación del *Eisenhower Tunnel*, en el estado estadounidense de Colorado, con absoluto éxito. A partir de entonces, el método vino ganando alguna relevancia, con la utilización en algunos proyectos, sobre todo en Estados Unidos, siendo que su adopción

por las partes contratantes era objeto de negociaciones específicas, no siempre fáciles, pues los propietarios eran renuentes a dejar de lado su tradicional poder.

En esa época, los primeros DB eran juntas de especialistas con notoriedad y conocimiento del objeto de la obra o servicio. No había reglas o procedimientos rígidos a ser seguidos y las partes no estaban obligadas a aceptar la opinión de esa junta. A finales de los años 80, con el mayor desarrollo del estudio de análisis de riesgos, las disputas de contratos pasaron a ser vistas bajo un prisma más amplio lo que, creemos, contribuyó para una mayor penetración de esa técnica. Los propietarios, sobre todo los de la iniciativa privada, pasaron entonces a comprender que la no solución o la dilación de la solución de disputas surgidas en la implantación de un emprendimiento acababa por, la mayoría de las veces, encarecer el costo final de las obras.

El propio histórico de los primeros desarrollos del instituto confirma, así, la íntima relación que éste tiene con las obras que involucran de alguna manera a la Administración Pública. Las grandes inversiones que están naturalmente asociadas a las intervenciones y emprendimientos relacionados a las funciones administrativas —como la garantía de una infraestructura adecuada— tornan los contratos administrativos un espacio privilegiado para el surgimiento y desarrollo del modelo, conduciendo a una serie de cuestiones jurídicas.

Esas cuestiones están esencialmente vinculadas a la posición especial que el Estado ocupa en las relaciones jurídicas que establece, en virtud de la implementación del llamado interés público. Hay, sobre todo en los países de *Civil Law*, diversos principios y reglamentos especiales que relativizan o confinan la autonomía de la voluntad de la Administración Pública que, aun cuando establece relaciones contractuales, es limitada a una condición diferenciada. Así, cumple cuestionar la compatibilidad del formato con esa regulación especial a que se someten los llamados contratos administrativos.

II. SUPREMACÍA DEL INTERÉS PÚBLICO, LEGALIDAD Y AUTORIZACIÓN PARA LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE DISPUTAS

En su actuación, la Administración Pública tiende a ser vinculada por una principiología especial que conforma la actividad administrativa a la implementación del llamado *interés público*, que está consolidado en sede normativa constitucional e infra constitucional. Sobre el llamado régimen jurídico administrativo, Celso Antônio Bandeira de Mello enseña que éste se delinea en función de la consagración de dos principios básicos: el de la “supremacía del interés público sobre el privado” y el de la “indisponibilidad, por la Administración, de los intereses públicos”². Para el autor “todo el sistema de Derecho Administrativo (...) se construye sobre los mencionados principios”³.

El primer principio “proclama la superioridad del interés de la colectividad, afirmando la prevalencia de él sobre el del particular, como condición incluso, de la sobrevivencia y aseguramiento de este último”. El segundo “significa que, siendo intereses calificados como propios de la colectividad —internos al sector público—, no se encuentran a libre disposición de quien quiera que sea, por inapropiables”⁴.

El corolario básico de esa dirección es lo que se conoce por *principio de la legalidad estricta*. En la definición de Hely Lopes Meirelles, el principio de la legalidad “significa que el administrador público está, en toda su actividad funcional, sujeto a los mandamientos de la ley y a las exigencias del bien común, y de ellos no puede alejarse o desviarse”⁵. Significa decir que “en la Administración Pública no hay libertad ni voluntad personal. Mientras en la administración particular es lícito hacer todo lo que

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 55.

³ Ídem, *cit.*, p. 56.

⁴ Ídem, p. 69 e 73.

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 89.

*la ley no prohíbe, en la Administración Pública sólo está permitido hacer lo que la ley autoriza*⁶.

Así, para que se pueda proceder al adecuado encuadre de los DB's en los órdenes jurídicos en que hay tal posicionamiento diferenciado de la Administración Pública, es preciso recordar algunas de las diferencias más pronunciadas entre los regímenes de contratación público y privado.

Como se ha visto, en relación a los contratos privados rige el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, según el cual al particular le está permitido hacer todo aquello que la ley no prohíbe. Esa autonomía de la voluntad podría ser tan amplia como aquella usufructuada en el régimen de la *Common Law*, si no fuera por la profusión de leyes editadas en nuestro país, que hace difícil existir materia que aún no haya sido objeto de reglamentación legal.

No obstante, en general tiene vigor para los contratos privados al menos una libertad formal más amplia, no habiendo, en la mayor parte de las hipótesis de contratación, procedimientos o formalidades específicas a ser cumplidas. Y, una vez ejercida la autonomía de la voluntad, dentro de los estrechos límites dejados al albedrío de las partes por la ley, éstas estarán irremediabilmente atadas a lo que contrataron, en obediencia al principio del *pacta sunt servanda*.

Los contratos públicos, a su vez, contrariamente a los contratos privados, están sujetos a la observancia del referido principio de la legalidad, según el cual a la Administración Pública sólo le está permitido hacer aquello que la ley expresamente autorice. Consecuentemente, los contratos públicos sólo podrán contener cláusulas que hayan sido previa y expresamente contempladas en autorización legislativa. De la misma manera, tendrán que cumplir al pie de la letra los muchos y detallados procedimientos previstos en ley para ser observados antes,

⁶ *Ibidem*.

durante y después de la contratación, revistiéndose de un acentuado grado de formalidad.

Otro aspecto relevante, que diferencia el contrato administrativo de los ajustes privados, es el hecho de que, en nombre de la preservación del interés público, cuenta aquel con las llamadas cláusulas exorbitantes, que confieren a la Administración Pública las prerrogativas de, en cualquier tiempo, modificar unilateralmente sus cláusulas de servicio o rescindir el contrato antes de concluido su objeto y que, aún, impiden que el contratado pueda hacer uso de la excepción del contrato no cumplido, paralizando la ejecución contractual en virtud de falta de cumplimiento, a no ser en hipótesis legales muy bien delimitadas.

Y al Poder Público pueden ser atribuidos innumerables otros poderes y prerrogativas, tales como, por ejemplo, plazos dilatados para defenderse en las acciones judiciales⁷, siendo que, por otro lado, los derechos a ser ejercidos en función del Estado tienden a prescribir en plazos específicos, más cortos.

Ese régimen jurídico especial, orientado por el principio de la legalidad y por la supremacía del interés público, contempla desdoblamientos normativos que pueden generar potenciales incompatibilidades (o al menos cuestionamientos) con el modelo de los *Dispute Boards*, sobre todo en las versiones que agregan obligatoriedad y carácter definitivo a las manifestaciones de las juntas.

Es importante informar que ya existe un debate establecido en la comunidad jurídica mundial y latinoamericana acerca de la posibilidad del empleo de técnicas alternativas de resolución de disputas en contratos que involucran a la Administración Pública. El caso del orden jurídico brasileño es emblemático, pudiendo aplicarse de modo conexo al contexto de América Latina. En Brasil, para que se pueda hablar de regularidad de la actuación administrativa y en compatibilidad del ins-

⁷ Es el caso del Código de Proceso Civil brasileiro, cf. art. 188.

tituto con los contratos de la Administración Pública, hay, antes que nada, que verificar la existencia de una autorización legal.

En el caso del arbitraje, por ejemplo, la autorización sobreviene del propio texto de la Ley n.º 9.307/96, que regula detalladamente el instituto en el país. Otros países como Perú, México, Colombia y Chile tienen, igualmente, leyes propias regulando el arbitraje, que pueden, en principio, funcionar como autorización legal para la implementación de este método⁸.

La jurisprudencia brasileña, en línea con los textos legales, camina en el sentido de reconocer la validez de los procedimientos de arbitraje que involucran a la Administración Pública, siempre que lidien con intereses patrimoniales disponibles. Eso porque los arbitrajes en el país, por expresa disposición de la ley, están sujetos a cuestiones que no se relacionen directamente con intereses indisponibles.

En suma, cuando se trata de arbitraje, como el método alternativo al Poder Judicial más sólidamente establecido en el plano internacional y en los órdenes jurídicos alrededor del mundo, el camino está colocado de manera más clara. Se tiende a admitir que la Administración Pública, por expresa disposición de instrumentos legales, puede, en tesis, someterse al método de manera consensual. A propósito, ésta es la moderna lectura que se ha hecho del propio principio de la legalidad, que pasa a ser percibido de manera más amplia y vinculada al cumplimiento de las finalidades del Estado, superando los formalismos y expresándose como *juridicidad*. En la lección de Maria Sylvia Zanella di Pietro:

“En el (...) Estado Democrático de Derecho pretende vincular la ley a los ideales de justicia, o sea, someter el Estado no apenas a la ley

⁸ Para un catálogo detallado de los desarrollos de las legislaciones nacionales en América Latina, *cp.* CAIVANO, Roque J. «La obsolescencia de la legislación argentina sobre arbitraje es cada vez más evidente». En: *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, Tomo 70, N° 1, 2010, p. 63-73.

en sentido puramente formal, sino al Derecho, abarcando todos los valores introducidos expresa o implícitamente en la Constitución⁹”.

En relación a otros modelos alternativos de solución de disputas, entre ellos los *Dispute Boards*, es importante verificar otras disposiciones legales que eventualmente puedan cumplir la función de autorización para el método. En ese sentido, para el caso brasileño, es fundamental el análisis de la Ley n.º 8.666/93, que en su art. 42, §5º establece:

“Art. 42, § 5º Para la realización de obras, prestación de servicios o adquisición de bienes con recursos provenientes de financiamiento o donación oriundos de agencia oficial de cooperación extranjera u organismo financiero multilateral del que Brasil forme parte, podrán ser admitidas, en la respectiva licitación, las condiciones consecuentes de acuerdos, protocolos, convenciones o tratados internacionales aprobados por el Congreso Nacional, así como las normas y procedimientos de aquellas entidades. (Redacción de la Ley nº 8.883, de 1994)”.

Significa decir que la norma general de los contratos administrativos brasileños (la Ley n.º 8.666/93) admite que las reglas de instituciones financiadoras internacionales se incorporen a los edictos de manera válida.

En ese contexto, más que en cualquier otro momento histórico, la Ingeniería de Financiamiento ha sido puesta en evidencia, siendo que no sólo el capital privado, nacional y extranjero, sino también, y principalmente, los recursos provenientes de las grandes agencias y organismos internacionales financiadores, tales como el Banco Mundial o Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo (BIRD) y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), pasaron a asumir una relevancia cada vez mayor para el desarrollo de negocios en el país.

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

Como consecuencia natural de esa afluencia de recursos externos para América Latina, las condiciones previstas en los reglamentos y pliegos de normas y procedimientos de las agencias multilaterales de financiamiento para el formato de las contrataciones también pasaron a ser impuestas, ya sea porque en virtud de que las agencias multilaterales exigen la adopción de sus propias reglas, como condición obligatoria para la concesión de sus préstamos, ya sea porque el capital privado extranjero también se encuentra más habituado a los estándares internacionales de contratación, sintiéndose más comfortable para invertir el dinero en proyectos contratados según los modelos probados, aprobados y adoptados por los grandes organismos financiadores.

Regístrese que, en el caso brasileño, la referida norma (Ley n.º 8.666/93), para autorizar la opción extravagante, aún exige que la aplicación de las normas extranjeras sea condición para la concesión del financiamiento, que estas no entren en conflicto con el principio objetivo del juzgamiento, y que los motivos para la excepcionalidad sean objeto de despacho motivado del órgano licitante.

Las normas de contratación de mayoría abrumadora de las agencias financiadoras prevén, como cláusulas obligatorias en los contratos de grandes emprendimientos, no sólo la cláusula compromisoria de adopción de procedimiento arbitral —práctica esta que, hoy, ya se encuentra absolutamente difundida en nuestro país—, como, incluso, cláusulas que prevean otros mecanismos alternativos de solución de disputas *inter partes*, de conocimiento y aplicación aún bastante incipientes en Brasil.

De hecho, en Europa y Estados Unidos de América, regiones en que la economía pasó por una excepcional dinamización, sobre todo a partir de la Segunda Guerra Mundial, la presión de la prosperidad y de los negocios realizados a todo vapor determinó, en paralelo a la aplicación del instituto del arbitraje, en búsqueda, por el propio mercado, de alternativas cada vez más expeditas para la solución de problemas contractuales.

Así, en una obra pública financiada por el Banco Mundial, por ejemplo, las condiciones del *Procurement of Works* podrán ser practicadas. Y la regla del Banco Mundial prevé *Dispute Boards* para contratos de financiación mayor de US\$ 10 millones. Así, en principio, el *Dispute Board* sería válidamente admitido en contrato administrativo.

Es importante, también, analizar en el escenario brasileño el art. 23-A de la Ley de Concesiones (Ley n.º 8.987/95), introducido por la Ley 11.196/05:

“Art. 23-A. El contrato de concesión podrá prever el empleo de mecanismos privados para la resolución de disputas consecuentes o relacionadas al contrato, inclusive el arbitraje, a ser realizado en Brasil y en lengua portuguesa, en los términos de la Ley n.º 9.307, del 23 de septiembre de 1996”.

Así, también para los contratos de concesión, existe autorización expresa de utilización de métodos alternativos de solución de controversias. La misma vale para las Alianzas Público-Privadas, siendo que la Ley n.º 11.079/04, en su art. 11, establece:

*“Art. 11. El instrumento convocatorio contendrá minuta del contrato, indicará expresamente la sumisión de la licitación a las normas de esta Ley y observará, en lo que tenga cabida, los §§3º y 4º del art. 15, los arts. 18, 19, y 21 de la Ley n.º 8.987, del 13 de febrero de 1995, pudiendo aún prever: (...)
III – el empleo de los mecanismos privados de resolución de disputas, inclusive el arbitraje, a ser realizado en Brasil y en lengua portuguesa, en los términos de la Ley n.º 9.307, del 23 de septiembre de 1996, para dirimir conflictos consecuentes o relacionados al contrato”.*

En el escenario brasileño, por lo tanto, se puede afirmar en términos generales que existe autorización legal para que la Administración

Pública pueda solucionar sus controversias a través de métodos alternativos¹⁰.

III. LOS MODELOS DE *DISPUTE BOARDS* Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Como se ha visto, son muchos los modelos de *Dispute Boards* existentes en el mundo, que varían en relación a la obligatoriedad y carácter definitivo de las manifestaciones proferidas por la junta. La propia raíz consensual del método, su deliberado intento de mantenerse alejado de la procesalización y del formalismo que alcanzaron de cierto modo métodos como el arbitraje, hacen que la multiplicidad de formatos sea una consecuencia de la propia autonomía de las partes. Así, las partes construyen en conjunto el tipo de junta que mejor atenderá a las necesidades del negocio que establecen.

Existen, en ese sentido, algunos prototipos principales de *Dispute Boards*, que siguen las reglas y orientaciones de diversas instituciones. La diferencia crucial entre tales modelos reside justamente en la obligatoriedad¹¹ agregada a las manifestaciones del *Dispute Board*, que pueden ser: (i) vinculantes desde la emisión, (ii) vinculantes después de transcurrido un determinado plazo o (iii) no vinculantes.

¹⁰ En el mismo sentido piensa Renata Silva Faria Lima, en el contexto del equilibrio económico y financiero del contrato público. Cpr. LIMA, Renata Faria Silva. *Equilíbrio econômico-financeiro contratual: no Direito Administrativo e no Direito Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, pp. 223 y ss.

¹¹ En las reglas de la *International Chamber of Commerce* (ICC París), por ejemplo, están previstas tres modalidades de *Dispute Boards*. Los *Dispute Review Boards*, que emiten recomendaciones no obligatorias en un primer momento, que se tornan vinculantes a partir del transcurso del plazo de 30 días sin manifestación de insatisfacción de ninguna de las partes. Ya los *Dispute Adjudication Boards* emiten decisiones que vinculan las partes desde el recibimiento, siendo mantenido tal carácter obligatorio aunque uno de los contratantes exprese su insatisfacción. Finalmente, existen los llamados *Combined Dispute Boards* que emiten ora recomendaciones, ora decisiones, dependiendo de determinadas circunstancias.

Existen, aún, otras peculiaridades como, ejemplo, el número de miembros en la junta. En este contexto, las recomendaciones de algunas instituciones han sido decisivas para la implantación y definición de la forma de funcionamiento de los *Dispute Boards* en diversos países, inclusive los de América Latina. Además de la ICC y de la *Dispute Resolution Board Foundation*, merecen destaque la actuación del Banco Mundial, del FIDIC (*Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils*) y de la *UK Institution of Civil Engineers*.

La experiencia del Banco Mundial, a propósito, es especialmente importante para la historia de los *Dispute Boards*, destacadamente para el contexto de los países latinoamericanos. La actuación de la institución en sede de DB remonta a la construcción de la hidroeléctrica *El Cajón* en Honduras, en la década del 80, cuando, por primera vez en su historia, el Banco recomendó la adopción de un modelo de junta de resolución de conflictos en un contrato, lo que se dio con extremado éxito. A partir de entonces, el Banco Mundial vino ampliando el uso del método, lo que, con el soporte de la *Dispute Resolution Board Foundation*, desembocó en la consolidación, en su *Procurement of Works* actual, de la obligatoriedad de *Dispute Boards* para muchos de los proyectos que financia, en observancia a determinadas categorías de precio.

Para la reflexión específica aquí propuesta —cual sea, el uso de los *Dispute Boards* en los contratos celebrados por el Estado— los modelos que prevén tan sólo recomendaciones, no vinculantes y no definitivas parecen no suscitar grandes controversias. La Administración Pública, en esos casos, acata la recomendación del *Dispute Board* teniendo en cuenta los propios principios que deben orientar su actuación.

Así, por ejemplo, deberá cumplir la recomendación de un *Dispute Board* que determine el reequilibrio económico-financiero de un contrato administrativo, siendo que se trata de un principio de observancia obligatoria por la Administración. La propia Administración, en estos casos, evaluará la juridicidad de la recomendación y, en caso de que

esta se revele como coherente al régimen jurídico-administrativo, será acatada.

Caso contrario, puede ser la recomendación del *Dispute Board* no acatada y cuestionada ante el Poder Judicial o Tribunal Arbitral, sin enfrentar a los parámetros del Derecho Administrativo. Así, en estos modelos de *Dispute Board*, el cumplimiento sobrevendrá de la propia consistencia técnica y jurídica de la recomendación, lo que también será válido en los contratos administrativos.

Obsérvese que, en este caso, no está la Administración transigiendo con derechos indisponibles, sino tratando de derechos exclusivamente patrimoniales. Al acatar la recomendación de un *Dispute Board*, la Administración podrá apenas hacer cumplir lo que determina el propio Derecho Administrativo, al establecer que la actuación administrativa debe darse con observancia a la juridicidad de las conductas.

Se evita, así, la nociva práctica del litigio por el litigio, en la que la Administración Pública acumula conflictos sin el intento de solucionarlos. De modo que el acatamiento de una recomendación de un *Dispute Board* podrá darse por un acto administrativo irreprochable en relación a todos sus elementos. En cuanto al *sujeto*, será la autoridad contratante, que tendrá poderes en aquella circunstancia. La *finalidad* será mantener el equilibrio económico-financiero, rectificar ilegalidades, etc. La *forma* es aquella prevista en el contrato y en la ley (escrita, en general). El *motivo* será justamente la existencia de los supuestos fácticos que dieron lugar a la emisión de la recomendación por el *Dispute Board*. Y, finalmente, el *objeto* es el efecto jurídico de acatar la recomendación, atendiendo a aquello que ella sugiere.

En cuanto a los modelos que establecen decisiones vinculantes de los *Dispute Boards*, existen dudas. No hay, como en el caso del arbitraje, instrumento legal específico que asegure la obligatoriedad y juridicidad de esas decisiones extra estatales. Así, una cláusula que establezca ser

final la decisión de un *Dispute Board* puede, en tesis, ser cuestionada en función de los principios que rigen la Administración Pública.

Eso porque, a diferencia de lo que ocurre con las decisiones emanadas del juicio arbitral, cuya obligatoriedad en el cumplimiento está prevista en expresa disposición legal, contenida en el art. 31 del diploma n. 9.307/96, no hay instrumento legal específico que asegure el carácter ejecutorio de las decisiones finales extra estatales provenientes de los demás mecanismos alternativos de solución de controversias, ahí incluidos los *Dispute Boards*.

Por tal razón, una cláusula que establezca ser final la decisión de un *Dispute Board* podría ser tomada como incompatible con el principio de la legalidad que rige la Administración Pública.

En ese mismo sentido, las decisiones finales y obligatorias de los *Dispute Boards* aún podrían ser desafiadas en función a conflictos con innumerables otros preceptos legales de orden público, tales como, por ejemplo: (i) plazos extendidos de defensa garantizados a la Administración Pública por el CPC, los cuales, *prima facie*, no podrían ser derogados por los plazos de manifestación establecidos en los procedimientos de *DB* de los organismos internacionales; (ii) leyes de procedimiento administrativo que eventualmente prevean el poder-deber del Estado de analizar pedidos dentro de pasos procedimentales específicos, que, en principio, no se conciliarían con la relativa informalidad de las normas procedimentales de los *DB's*, trazo que, a propósito, es justamente lo que confiere agilidad y eficacia a ese método de solución de controversias; y (iii) normas prescripcionales especiales, que no podrían ser derogadas por plazos prescripcionales establecidos en procedimientos de *DB's*, como es el caso, por ejemplo, de los exiguos 84 días franquiciados por el Banco Mundial para que la parte disconforme con las decisiones del *Dispute Board* notifique a la otra parte su intención de instaurar procedimiento arbitral.

Todas esas circunstancias aquí expuestas llevan a creer que el modelo de *DB* más adecuado al régimen jurídico administrativo de los países de *Civil Law*, especialmente en el contexto latinoamericano, es el de emisión de decisiones no vinculantes, el cual aparejará la Administración Pública con la posibilidad de, ella misma, verificar la juridicidad de la manifestación emitida delante de reglas jurídicas a las cuales se encuentra encadenada, pudiendo acatarla en caso de conformidad con las mismas o simplemente rechazarla y someterla al Juicio Arbitral o al Poder Judicial, en caso de disconformidad con el ordenamiento jurídico, sin ninguna afrenta a los parámetros del Derecho Administrativo.

No sólo eso, aún es preciso recordar que la falta de costumbre e intimidad con ese mecanismo específico de solución de controversia traerá una natural desconfianza inicial y, por lo tanto, la adopción de *DB's* con poderes de mera recomendación, en contratos públicos, será recibida con menor resistencia no sólo por la Administración Pública contratante, sino también por los órganos de control del Estado, tales como las Procuradurías, los órganos del Ministerio Público y los Tribunales de Cuentas de las Provincias y del Estado Nacional, factor que, consecuentemente, tranquilizará el Administrador Público, siempre temeroso de la responsabilidad por daños eventualmente causados al Tesoro.

IV. LOS *DISPUTE BOARDS* Y LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA EFICIENCIA ADMINISTRATIVA

Los desarrollos del Derecho Administrativo permiten afirmar que la actualidad nos coloca delante de un modelo muy diferente de Administración Pública. Los expedientes de consenso —desde las múltiples formas de alianza con la iniciativa privada hasta los mecanismos de solución de disputa— dibujan una actuación estatal más dinámica. En ese sentido dice Odete Medauar:

“La actividad de consenso—negociación entre Poder Público y particulares, incluso informal, pasa a asumir un papel importante en el proceso de identificación de intereses públicos y privados, tutelados por la Administración. Esta no mantiene más exclusividad en el establecimiento del interés público; la discrecionalidad se reduce, se atenúa la práctica de imposición unilateral y autoritaria de decisiones. La Administración se vuelve hacia la colectividad, pasando a conocer mejor los problemas y aspiraciones de la sociedad. La Administración pasa a tener actividad de mediación para dirimir y componer conflictos de intereses entre varias partes o entre estas y la Administración. Así transcurre un nuevo modo de actuar, ya no centrado sobre el acto como instrumento exclusivo de definición y atención del interés público, sino como actividad abierta a la colaboración de los individuos. Pasa a tener distinción el momento del consenso y de la participación¹²”.

En este contexto, se consolida un principio jurídico esencial en la determinación de la legitimidad o no de expedientes a ser adoptados por el Estado en el ejercicio de la función administrativa: el principio constitucional de la eficiencia. En Brasil, el principio tiene estatus constitucional, albergado en el art. 37 de la Constitución de 1988, y es definido en los siguientes términos por Alexandre de Moraes:

“El principio de la eficiencia es lo que impone a la Administración Pública directa e indirecta y a sus agentes la persecución del bien común, por medio del ejercicio de sus competencias de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sin burocracia y siempre en busca de la calidad, primando por la adopción de los criterios legales y morales necesarios para una mejor utilización posible de los recursos públicos, de manera de evitarse desperdicios y garantizarse mayor rentabilidad social¹³”.

¹² MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 211.

¹³ MORAES, Alexandre de. *Reforma Administrativa: Emenda Constitucional nº 19/98*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 30.

Ese mandamiento normativo determina directamente el análisis de la aplicabilidad de los mecanismos alternativos de solución de controversias en la Administración Pública. Eso porque una de las principales características de esos métodos es, en función de la generalmente lenta prestación de la jurisdicción por el Estado, ofrecer la celeridad, dimensión central en la eficiencia. La prevención y solución expedita de litigios tiene evidente conexión con esta realidad jurídica, razón por la cual apunta Onofre Alves Batista Júnior:

“En síntesis, es del espíritu de la CRFB/88 la necesidad de que sean buscadas soluciones consensuales y pacíficas. (...) así, es del espíritu constitucional la determinación de soluciones por medio de arbitrajes, transacciones, etc. (...) La propia calificación que la CRFB/88 realiza del Estado como “Democrático de Derecho”, social en su desiderata, implica la aceptación de instrumentos consensuales que permitan a la Administración Pública el cumplimiento de tareas que esa nueva concepción impone. Los contratos administrativos alternativos surgen como necesidad derivada para la realización de las incumbencias que la propia CRFB/88 colocó a los cuidados de la Administración Pública¹⁴”.

Las estadísticas recogidas por la *Dispute Resolution Board Foundation* ayudan a dilucidar el potencial de eficiencia del modelo de DB's en la prevención y solución de litigios. En el cuadro siguiente, se ve la gran eficacia del método y su alcance en el contexto norteamericano¹⁵:

¹⁴ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações Administrativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, pp. 462 y 463.

¹⁵ Datos disponibles en http://www.dr.org/database_intro.htm. (Visitado el 30 de octubre de 2012).

	ALL	CONTRACT	DISPUTES
	DRBs	PROJECTS	PROJECTS
Year	each	US \$ Billion	each
1982	5	0,4	29
1983	7	0,4	30
1984	7	0,4	30
1985	9	0,5	30
1986	11	15,4	38
1987	20	15,8	48
1988	26	16,0	48
1989	43	16,7	65
1990	62	18,0	69
1991	86	22,0	72
1992	112	23,6	79
1993	158	36,8	181
1994	215	39,2	291
1995	273	45,4	322
1996	335	49,6	390
1997	432	58,8	498
1998	520	63,0	701
1999	622	65,9	830
2000	730	70,3	969
2001	875	76,7	1.089
2002	1.010	82,9	1.260
2003	1.143	86,4	1.363
2004	1.258	91,3	1.465
2005	1.338	95,0	1.571

El gran éxito del modelo, que cataliza la resolución expedita de conflictos en los contratos en que los DB's operan, es un factor que debe ser jurídicamente considerado para las relaciones también de la Administración Pública. Todo el conjunto de datos existentes es claro: los DB's son rápidos, especializados, imparciales y evitan litigios. Un Estado eficiente y dirigido constitucionalmente a la resolución justa y rápida de

las controversias en que se involucra contractualmente puede encontrar en los *Dispute Boards* un camino no sólo jurídicamente permitido, sino también una forma privilegiada de dar concreción a un mandamiento esencial de su operación.

V. CONCLUSIÓN

La introducción de los *Dispute Boards* en América Latina debe ser considerada un avance en términos de prevención, de solución de controversias y de composición de conflictos contractuales. Vale citar que el resultado de los primeros pasos dados puede ser extremadamente positivo a largo plazo, por implantar un mayor equilibrio entre las partes en contraposición al método extrajudicial tradicionalmente utilizado en los contratos de construcción, principalmente en los administrativos, en el cual el contratado acaba por someter sus demandas al juzgamiento del propio contratante. De la misma forma, se presentan diversas y evidentes ventajas, en función de la disminución o incluso eliminación de pleito en los tribunales estatales.

Esas prácticas tradicionales aún representan influencia nociva sobre los contratos de obra y concesiones, ya que el flujo de caja del contratista puede venir a ser fuertemente impactado por la demora en la solución de una disputa, dificultando la recuperación de sobrecostos en plazos razonables e instaurando, desde el comienzo del contrato, un panorama de inseguridad. La consecuencia de esa constante sujeción a cargos del contratista, por la previsibilidad del desbalanceo de las metas y expectativas contractuales, es un aumento en el precio de las propuestas, alimentado por el cuadro de riesgo. Al establecer una mayor seguridad en las contrataciones, con una asignación de los riesgos contractuales más equilibrada, la implantación de los *Dispute Boards* puede, entonces, estimular mayores inversiones en infraestructura y costos más competitivos.

Nuestra opinión, en función de todo eso, es que hay un innegable potencial de utilización de los *Dispute Boards* en la realidad jurídica latinoamericana, lo que torna extremadamente bienvenida la iniciativa de estudiar ese mecanismo y los problemas que él puede generar. Y en tiempos de crisis del funcionamiento expedito del Poder Judicial no parece difícil prever un crecimiento exponencial de ese medio alternativo de solución de conflictos. Los costos de implantación y de mantenimiento de un *Dispute Board*, sin embargo, señalan que tal crecimiento se concentra sobre todo en los contratos de trato sucesivo de mediano y gran porte.

La experiencia internacional en sede de DRB da aún más credibilidad a tal previsión, apuntando tales *Dispute Boards* como una promesa consistente. Y, a nuestro entender, con el propósito de evitarse cuestionamientos en cuanto a las decisiones de esas juntas en función de la legislación de los países latinoamericanos, la no-obligatoriedad se coloca, en este momento, como un camino preferencial equilibrado, jurídicamente irrevocable, que garantiza la adhesión y seguridad en el cumplimiento de las disposiciones a través de la confianza y credibilidad dirigidas al propio *Dispute Board*.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações Administrativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- CAIVANO, Roque J. «La obsolescencia de la legislación argentina sobre arbitraje es cada vez más evidente». En: *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, Tomo 70, N.º 1, pp. 63-73, agosto de 2010.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

- LIMA, Renata Faria Silva. *Equilíbrio econômico-financeiro contratual: no Direito Administrativo e no Direito Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MORAES, Alexandre de. *Reforma Administrativa: Enmienda Constitucional nº 19/98*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 1999.
- WALD, Arnaldo. «A Arbitragem Contratual e os Dispute Boards». En: *Revista de Arbitragem e Mediação*, año 2, n.º 6, julio-septiembre de 2005.

*DISPUTE BOARDS: LA VISIÓN DE LAS PARTES Y
SU CO-EXISTENCIA CON LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.
EXPERIENCIAS EN CHILE*

*Juan Eduardo Figueroa Valdés**

Contenido: I. Los Dispute Boards en los contratos de construcción de obras: Generalidades; II. Conveniencia de establecer Dispute Boards: Visión de las partes; III. Los Dispute Boards en los contratos de construcción de obras mineras: Experiencias en Chile; IV. Los Dispute Boards en los contratos de construcción de concesiones de obras públicas: Experiencias en Chile; V. Conclusiones.

I. LOS *DISPUTE BOARDS* EN LOS CONTRATOS DE CONSTRUCCIÓN DE OBRAS: GENERALIDADES

La industria de la construcción es especialmente prolífica en las disputas, siendo muchas las razones para ello. Así, por ejemplo, son pocos los proyectos de construcción que se ejecutan conforme a lo planificado, siendo sus modificaciones una práctica habitual; si el constructor tiene derecho a pagos adicionales por cambios durante el desarrollo de la obra es usual que sea una motivo de conflictos que tensiona la relación entre el mandante y el contratista; igualmente los plazos de ejecución

* Abogado, Profesor de Derecho Arbitral en la Universidad de los Andes, Santiago de Chile; árbitro del International Center for Dispute Resolution (American Arbitration Association), árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Santiago, Chile.

de los proyectos son regularmente insuficientes y los retrasos ocasionan la aplicación de severas multas¹.

Existe una creciente percepción en los negocios internacionales, especialmente en la industria de la construcción, y en la comunidad legal que al menos dos de los beneficios del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias (esto es, el tiempo de duración y el costo) frente a la litigación, se han visto erosionados, hasta el punto que nuevas soluciones resultan necesarias.

Como consecuencia de lo anterior, en los proyectos de construcción es importante que las partes puedan contar con métodos para obtener resoluciones obligatorias para resolver sus diferencias sobre bases provisionales, de modo que la ejecución del proyecto pueda continuar mientras las partes esperan el resultado de un proceso arbitral o de litigación.

Por otro lado, dentro de las preocupaciones se encuentran aquellas de poder contar con los elementos probatorios adecuados, que éstos no sean destruidos o no se encuentren disponibles para una inspección o verificación posterior, lo cual resulta muchas veces difícil de poder cumplir para una instancia posterior de arbitraje o litigación. Así, por ejemplo, si se trata de materiales defectuosos u obras mal ejecutadas o que no cumplen con las especificaciones técnicas, es difícil determinarlo en una etapa posterior si ellos han sido incorporados en el producto final².

La solución a ello ha sido dada por los “*Dispute Boards*”, conocidos en español como “*Paneles Técnicos de Expertos*”, o simplemente “*Paneles Técnicos*” en adelante también D.B. Es usual que en los proyectos de construcción internacionales se contengan en los contratos estipulaciones que consagran dicho mecanismo, como instancia pre-arbitral.

¹ R. HARBST & MAHNKEN. *ICC Dispute Boards Rules: The Civil Law Perspective*, 72 Arb., 2006, p. 310.

² H. ARKIN. *Pre-Arbitration Dispute Resolution: What is it, Where is it and Why?*, 21 Int’l Business Lawyer, September 1993, p. 374.

Así, por ejemplo, existen numerosos importantes proyectos en que los “*Dispute Boards*” han sido empleados; a saber: el proyecto del Túnel bajo en el Canal de la Mancha; el Aeropuerto de Hong Kong; el proyecto hidroeléctrico de Ertan en China; el proyecto del Túnel para el tren bajo en el Canal de la Mancha en Gran Bretaña; el túnel de Eisenhower en Colorado, Estados Unidos; la autopista de Mount Baker Ridge en Washington; el túnel de Chambers Creek en Washington, el proyecto de la Central Hidroeléctrica el Cajón, en Honduras. En forma más reciente, en los mediados de los años 1990s el mecanismo de los paneles técnicos también ha sido incorporados en los Estados Unidos en otro tipo de obras de construcción, por ejemplo autopistas, edificios públicos, y otras tales como American Telephone & Telegraph, The Hawaiian Department of Transportation y el Fondo Monetario Internacional³.

Por su parte, en los últimos años en Latinoamérica, se ha ido extendiendo el uso del mecanismo pre-arbitral de DB. Es así como en Ecuador se desarrolló el contrato de construcción de la Central Hidroeléctrica Coca Codo-Sinclair, que implicó una inversión de más de 1.5 billones de dólares; en Honduras, se llevó a cabo la construcción de la autopista Tegucigalpa-San Pedro que implicó una inversión de cerca de 150 millones de dólares; en Panamá, se han llevado adelante importantes obras de construcción del Canal en contratos por cerca de 3.3 billones de dólares, como asimismo, la construcción de la Central Hidroeléctrica Changuinola y del Proyecto Hidroeléctrico Dos Mares; luego, en Perú se ha empleado el mecanismo de DB en el contrato de construcción de la planta de tratamiento de aguas Proyecto Huachipa; y en Chile en la construcción del Proyecto Hidroeléctrico Chacayes, que representó una inversión de 275 millones de dólares; como asimismo, ha sido usado en diversos contratos de construcción de obras civiles subterráneas para la gran minería del cobre por encargo de la empresa estatal Codelco; al igual que, por mandato legal, en los contratos de

³ J. JENKINS and S. STEBBINGS. *Internacional Construction Arbitration Law*. Kluwer Law, 2006, p. 66.

concesiones de obras públicas en Chile; experiencias éstas últimas que desarrollaremos en particular en este trabajo.

En suma, podemos señalar que el uso de los DB se ha ido generalizando en el mundo, representando al año 2006 más de 2.000 proyectos en que se ha empleado por inversiones superiores a los 100 billones de dólares, y su uso está creciendo anualmente a tasas aproximadas de un 15% cada año, lo que significa que en el mundo más de 200 construcciones emplean anualmente el mecanismo del DB con inversiones por sobre los 7 billones de dólares⁴.

II. LA CONVENIENCIA DE ESTABLECER *DISPUTE BOARDS*: VISIÓN DE LAS PARTES

En los contratos de construcción de obras la experiencia indica que establecer como mecanismo de solución de controversias a los DB, como instancia pre-arbitral o pre-judicial, responde en forma adecuada a las expectativas de las partes para solucionar sus conflictos en cuanto a tiempo y costo.

El establecimiento de un DB en un contrato de construcción constituye no sólo un beneficio para todas las partes sino también para el proyecto mismo. Un primer beneficio es que se canalizan en forma adecuada los conflictos, sometiéndolos al conocimiento y decisión del panel del DB mutuamente elegido, técnicamente competente y con experiencia en proyectos similares al que se está ejecutando, lo que facilita solucionar las diferencias que de otra forma serían sometidas a arbitraje o litigación.

El panel del DB insta a las partes a arreglar sus diferencias en forma rápida, sistema propio más del mundo de los negocios que de la litiga-

⁴ Informe de la Fundación Americana de DB, www.drb.org/manual/1.3_final_4-07.doc, (consultado el 15 de Octubre de 2012).

ción, para cuyo efecto durante las reuniones periódicas de los miembros del panel con las partes éstos consultan acerca de los potenciales problemas, reclamos o disputas y revisan el estado de desarrollo tanto del proyecto como de los posibles reclamos. Ello permite poder focalizar en forma temprana e identificar los problemas, y prestar el DB su pronta asistencia para resolverlos. Conforme a las estadísticas de la Fundación de DB cerca de un 98% de los asuntos sometidos al conocimiento y resolución de los DB son resueltos sin necesidad de recurrir a arbitraje o litigación⁵.

Desde un punto de vista de la perspectiva del mandante tener un DB en un proyecto de construcción ayuda a que las disputas se puedan resolver en forma adecuada y se minimizan; se permite al mismo tiempo que el propietario pueda tener un control más cercano del presupuesto y evitar los altos e impredecibles costos de un juicio posterior al proyecto.

Por otro lado, los DB emplean un mecanismo flexible para cumplir con las necesidades del proyecto, lo cual implica, entre otras cosas, que los miembros del DB continuamente monitorean el desarrollo del proyecto durante su construcción; toman conocimiento de la forma de administrar y llevar adelante el desarrollo del proyecto; emiten opiniones para ayudar a las partes a mitigar los potenciales conflictos; y ayudan a las partes a encontrar la verdad.

Igualmente, podemos decir que existen beneficios intangibles propios de la sola presencia del DB que influyen en una actitud de cooperación de las partes⁶, en una actitud pro-activa en la administración de los conflictos; mediante la oportuna intervención del DB se evita que las controversias de las partes deriven en conflictos de mayor entidad, como podría ser la paralización de la obra; se permite agilizar la resolu-

⁵ En www.drb.org/manualsection1-chapter3-april 2007 (consultado 15 de octubre de 2012).

⁶ CRIVELLARO, Antonio; *Dispute Boards in Construction Contracts: an overview*. ICC Seminar, Istanbul, april, 2006.

ción de las controversias en contratos de larga ejecución y complejidad técnica, especialmente en obras de ingeniería y de la construcción; actúan tan pronto son requeridos en forma ágil; están interiorizados del desarrollo de la obra, la prueba de los hechos está a la mano, por todo lo cual lleva a que las recomendaciones o decisiones del DB son en la gran mayoría de los casos acatadas o aceptadas por las partes, con lo que se evita ir a arbitraje o a litigación.

Con todo, debe reconocerse que el funcionamiento adecuado del DB está supeditado a la debida cooperación de las partes para que éste pueda ejecutar su trabajo, de modo que si las partes no le prestan dicha colaboración, se verá frustrada su labor; igualmente cabe señalar que sus decisiones no tienen fuerza ejecutiva, sin embargo en la práctica, tal como hemos dicho, son en su gran mayoría cumplidas.

II. LOS *DISPUTE BOARDS* EN CONTRATOS DE CONSTRUCCIÓN DE OBRAS MINERAS: EXPERIENCIAS EN CHILE

A partir del año 2007, la principal empresa estatal de minería en Chile denominada Codelco, ha establecido en los contratos de construcción de galerías subterráneas para la explotación del mineral, cuya cuantía supere en promedio los 50 millones de dólares, el mecanismo de los DRB o *Dispute Review Boards* en forma obligatoria; se trata de una cláusula contractual, donde la empresa estatal conviene con las empresas contratistas que van a ejecutar la obra, establecer un DRB que ayudará a las partes a resolver sus diferencias a medida que surjan durante la ejecución del contrato. Los DRB's sólo emiten "*recomendaciones*" que no son obligatorias para las partes en relación a cualquier disputa. Las partes pueden rechazar la recomendación dentro de cierto plazo, y por el contrario, si las partes nada manifiestan, la recomendación pasa a ser obligatoria para ellas.

Es útil tener presente que se trata de una etapa pre-arbitral, y que no debe confundirse con una mediación, la que se constituye cuando una negociación ha fracasado y las partes ya están en conflicto; igualmente, tener en consideración que no son tribunales arbitrales y que sus determinaciones no son laudos ejecutables, sino que su labor principal consiste en prestar un apoyo informal a las partes en la solución de sus diferencias.

Tratándose de los contratos de construcción de obras de Codelco se ha establecido un sistema de DRB de tres miembros, fundado en la imparcialidad e independencia en su designación. En nuestra opinión, resulta trascendental éste aspecto y que los miembros del panel elegidos por las partes sean profesionales de reconocida trayectoria, prestigio y conocimiento en las materias propias del contrato a ejecutarse, de modo que tengan una ascendencia natural sobre las partes.

Por su parte, basado en nuestra experiencia profesional, estimamos que es conveniente que el panel tenga integración mixta, esto es, que sea de tres miembros formado por dos ingenieros y un abogado, quien lo presida, ya que es usual que las diferencias recaigan sobre asuntos que tienen una variable técnica y otra jurídica, generalmente de interpretación contractual.

Enseguida, estimamos conveniente que en la cláusula de solución de controversias que se establezca en el contrato se nombre a una institución que participe en el nombramiento de los miembros, para el evento que las partes no se pongan de acuerdo, como asimismo, para conocer de las impugnaciones que se pudieran plantear en las designaciones de éstos.

Por otro lado, tal como lo hemos señalado, uno de los aspectos más relevantes de los DB es el apoyo informal que prestan a las partes en la solución de sus diferencias, lo que supone que los miembros del panel estén al tanto de todo el desarrollo y ejecución del contrato, pudiendo,

por ejemplo, conocer en detalle la ejecución de las obras teniendo acceso a través de internet al libro de obra digital. Es importante señalar que dentro de dicho apoyo informal a las partes, los miembros del DB pueden dar opiniones, sin que queden vinculadas por éstas, según se reconoce en los propios reglamentos sobre DB.

En nuestra experiencia la circunstancia de haber establecido DB en los contratos de construcción de obras mineras ha sido extraordinariamente positiva, ya que se trata de contratos de construcción e ingeniería en general complejos en que se presentan diversas interferencias en su ejecución, que resultan difícil de prever o solucionar adecuadamente en forma anticipada, por lo que es muy preciada la labor del DB, que al estar interiorizado del desarrollo de las obras y que la prueba de los hechos controvertidos está a la mano, puede emitir oportunamente recomendaciones o decisiones en que en la gran mayoría de los casos son acatadas o aceptadas por las partes.

De esta forma, a partir de la experiencia vivida en Chile en los contratos de construcción de larga ejecución, podemos señalar que los DB tienen una importante labor pro-activa en cuanto a anticiparse a los conflictos mediante una labor preventiva y proponer fórmulas de solución, respondiendo así a las expectativas de las partes en la solución de los conflictos, cooperando en inhibir el escalamiento de conflictos, mediante una adecuada actitud de cooperación de las partes.

III. LOS *DISPUTE BOARDS* EN CONTRATOS DE CONSTRUCCIÓN DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS: EXPERIENCIA EN CHILE

El sistema de concesiones de obras públicas chileno nació a principios de la década de los años 90 con el objeto de mejorar la infraestructura pública existente a esa fecha y la prestación de los servicios públicos, que realizaba directamente el Fisco, a través de la incorporación de inversiones y la gestión del sector privado. El déficit de inversión en transporte

era de alrededor de un 15% del PIB nacional, esto es, la suma equivalente a 10.273 millones de dólares del año 1995⁷.

Lo que se buscó fue resolver el déficit de inversión, que se arrastraba desde la década de los años 80 sin incurrir en el aumento de la inversión pública, ni de la carga administrativa del Estado, todo ello dentro de un estricto marco de restricciones del gasto fiscal derivado de las políticas macroeconómicas. El déficit de infraestructura se manifestaba, entre otras cosas, en carreteras altamente congestionadas y de bajo estándar de seguridad, inadecuadas vías que conectaban los nuevos polos de producción de bienes con los puertos para su exportación, la falta de capacidad portuaria, congestión y deterioro de la vialidad urbana y una capacidad aéreo-portuaria insuficiente.

Mediante el mecanismo de concesiones de obras públicas el Estado, que en Chile tiene la potestad de construir, operar y mantener la propiedad de los sistemas de carreteras, los terminales aéreo-portuarios, los aeropuertos, cárceles, edificios públicos, entre otras obras de infraestructura para prestación de servicios públicos, se ha generado una nueva forma de relación contractual con el sector privado, construida sobre la base de una asociación pública-privada de largo plazo, que transfiere al sector privado la inversión, construcción y explotación de servicios públicos, en las condiciones definidas en la legislación y en cada contrato de concesión⁸.

El sistema de concesiones de obras públicas chileno ha operado bajo contratos tipo BOT (*Build, Operate and Transfer*), en virtud del cual el concesionario construye, opera y transfiere, al final del contrato, la obra al Estado.

⁷ *Concesiones: La importancia de avanzar. Temas Públicos*. N° 883 de 22 de Agosto de 2008, Libertad y Desarrollo.

⁸ MÉNDEZ, Enrique. «Distribución del riesgo: Clave del éxito de programa de concesiones en Chile». En: *Concesiones y Suelo Urbano: Dos Claves para la Inversión*. Cámara Chilena de la Construcción, 2004, p. 27.

Conforme a la legislación chilena la concesión de obra pública es un contrato administrativo celebrado entre el Ministerio de Obras Públicas y un particular concesionario, en virtud del cual éste último asume, a su cuenta y riesgo, la ejecución, reparación o conservación de una obra pública fiscal, a cambio del derecho a explotar dicha obra y a obtener la tarifa o peaje pactados, dentro del plazo y de acuerdo a las condiciones legales y reglamentarias contenidas en el Decreto Supremo de adjudicación⁹.

La viabilidad técnico-económica del sistema de concesiones de obras públicas chileno se construyó sobre la base de licitaciones públicas competitivas y transparentes, que permiten adjudicar la concesión a quien está dispuesto a comprometer la mayor cantidad de recursos propios, ya sea a través del mayor pago inicial, de la menor tarifa a cobrar o de la solicitud del menor nivel de subsidio. Igualmente el sistema requirió de reglas claras y transparentes, que incluyen, entre otras cosas, un expedito mecanismo arbitral de resolución de controversias; un apropiado balance entre las facultades y responsabilidades de la autoridad licitante y de los concesionarios; y el derecho a indemnización que asiste al concesionario en caso de desequilibrio económico-financiero por circunstancias externas impredecibles al momento de la licitación.

Es así como la ley chilena de concesiones de obras públicas presenta un equilibrio de derechos y responsabilidades entre licitantes, inversionistas y financistas, ya que se eliminaron las facultades exorbitantes del Estado, de modo que éste actúa en un plano de igualdad frente al concesionario, igualdad que se encuentra garantizada mediante un adecuado mecanismo arbitral de resolución de controversias. Es así como se garantiza al concesionario la estabilidad de sus derechos contractuales, respecto de eventuales modificaciones arbitrarias que el Estado pudiera

⁹ LEPE, Paula. «El Sistema de Concesiones de Obras Públicas». En: *Gaceta Jurídica*, 2007, mayo, N.º 323, p. 8.

adoptar en un acto de autoridad, sea durante el período de construcción o de explotación de la obra.

Estando próximo a cumplirse 20 años desde la adjudicación de la primera obra concesionada en Chile¹⁰, se han desarrollado 61 proyectos por más de 11.500 millones de dólares que incluyen 2.500 kilómetros de carreteras y autopistas concesionadas, 10 aeropuertos concesionados por los que transita el 94% del total del flujo de pasajeros en Chile, 7 edificaciones públicas, recintos carcelarios, y un embalse que permitirá regar 19.000 hectáreas de secano, todo lo cual revela el éxito del modelo de concesiones de obras públicas empleado en Chile¹¹.

Sin embargo, aún existen importantes obras de inversión para el período 2010-2014 con inversiones por 8.000 millones de dólares, en el sector eléctrico, de infraestructura portuaria, sanitario y manejo de aguas lluvias, ferrocarriles, vialidad urbana e interurbana, aeropuertos e infraestructura hospitalaria y penitenciaria, que puede ejecutarse bajo el sistema de concesiones de obras públicas recién reseñado¹².

La asociatividad pública-privada que ha tenido lugar en Chile, expresada a través del modelo de concesiones de obras públicas, se enmarca dentro de una tendencia mundial de las últimas décadas, en que países de Europa tales como Francia, España, Italia han ejecutado grandes obras de construcción de autopistas, portuarias, y en el sector sanitario, en que el sector privado ha efectuado enormes inversiones recuperándolas posteriormente con la explotación de los servicios prestados a los usuarios, tal como fue la construcción del túnel sobre el Canal de la Mancha, resultante de un acuerdo internacional firma-

¹⁰ Construcción Túnel El Melón, adjudicada por Decreto N° 112 del MOP de 8 de Abril de 1993.

¹¹ CHADWICK, German. Presidente de Asociación de Concesionarios de Obras de Infraestructura Pública COPSA. Diario «El Mercurio», 31 de agosto de 2008.

¹² *Concesiones. La importancia de avanzar. Temas públicos* N° 833, *Op. cit.* y www.concesiones.cl. (Visitada el 16 de octubre de 2012).

do en 1986 entre Gran Bretaña y Francia que se materializó a través de un contrato de concesión para la explotación de servicios por parte de particulares¹³.

Desde ya resulta interesante consignar cómo se concilia un régimen de solución de conflictos, tal como los DB, con un contrato propio del derecho administrativo como lo es el contrato de concesiones de obras públicas, que se enmarca dentro del régimen exorbitante propio del Derecho Público.

Sobre el particular, siguiendo al tratadista Juan Carlos Cassagne¹⁴, en primer lugar, debemos señalar que el régimen exorbitante, implica una compleja gama de poderes o potestades jurídicas administrativas, que se traducen, entre otras cosas, en las prerrogativas del Estado para crear unilateralmente deberes y vínculos obligacionales; la presunción de validez o legitimidad de los actos administrativos; el principio de la ejecutoriedad para disponer la realización o cumplimiento del acto sin intervención judicial; la modificación unilateral; la potestad sancionatoria y la ejecución directa.

Ahora bien, ¿cómo se concilian dichas prerrogativas con la existencia de un régimen de DB?. En nuestra opinión, el establecimiento por mandato legal en un contrato administrativo de concesiones de obras públicas del mecanismo de DB significa que las prerrogativas exorbitantes del Estado quedan en la realidad en su ejercicio limitadas, y estarán sujetas, de generarse un conflicto, en primer término, a lo que recomiende el DB en su pronunciamiento, sin perjuicio que si las partes no aceptan dichas recomendaciones, podrán recurrir al arbitraje o litigación.

¹³ FERREIRA LEMES, Selma. *Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos – Arbitrabilidade Objetiva. Confidencialidade ou publicidade processual?* En: www.ccbc.org.br. (Visitado en septiembre de 2008).

¹⁴ *Derecho Administrativo*. 7ª edición. Lexis Nexis, Tomo II, año 2002, p. 18.

Por otro lado, tal como lo consigna André Castro¹⁵, uno de los beneficios de la existencia de un mecanismo de DB en los contratos de concesiones, es inhibir que el Estado adopte decisiones políticas discrecionales, tales como la revisión extraordinaria de un contrato de concesión, mitigándose de esa forma las variables exógenas.

Después de 15 años de vigencia del actual sistema arbitral de resolución de controversias de los contratos de concesiones de obras públicas en Chile, y con el objeto de perfeccionar dicho mecanismo, recogiendo la experiencia internacional en el funcionamiento de los DB, se aprobó por el Congreso chileno la Ley N° 20.410, publicada en el Diario Oficial de Chile, con fecha 20 de Enero de 2010, que consagra la figura del “*Panel Técnico*”, que en la realidad es un DB cuya función es absolver las consultas y resolver las discrepancias entre las partes de carácter técnico o económico que se produzcan durante la ejecución del contrato de concesión, bajo la modalidad de DRB, esto es, que las recomendaciones que emita frente a los conflictos que se le plantee no tendrán el carácter de obligatorias para las partes, y como consecuencia de ello, ellas podrán posteriormente someterla a la decisión de una Comisión Arbitral que nace junto con la adjudicación del contrato de concesión o de la Corte de Apelaciones de Santiago¹⁶.

Al efecto, la ley establece que podrán someterse a la consideración del “*Panel Técnico*” o DRB, entre otras cosas, las discrepancias que se produzcan en relación con: evaluación técnica y económica de las inversiones realizadas por el concesionario, de su estado de avance, de sus costos y plazos, conforme a los niveles de servicios y estándares técnicos establecidos para la respectiva concesión; la determinación de la existencia de costos adicionales y sus causas económicas, técnicas o de

¹⁵ *O Dispute Board nos Contratos de Concessão de Serviços Públicos*. Artículo en prensa, pp. 15 y 16

¹⁶ Sobre ésta materia, puede consultarse el artículo de FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo. «El arbitraje en los contratos de Concesiones de Obras Públicas en Chile. Incorporación de los Dispute Boards o Paneles Técnicos o de Expertos». En: *Revista Brasileira de Arbitragem*, N.º 20, octubre-diciembre. 2008, pp. 79 y ss.

gestión, o de otros hechos o circunstancias que técnicamente afectan o puedan afectar al normal desarrollo de las obras durante su etapa de construcción; la determinación de los efectos económicos que tendría en la concesión la realización de obras adicionales; la determinación técnica de la tasa de descuento, riesgo del negocio, costos financieros y demás factores económicos que sea necesario establecer para calcular las compensaciones económicas correspondientes al concesionario, en caso de terminación anticipada del contrato de concesión, de realización de obras adicionales o de cualquier otro evento que contemple la ley; y, en general, las demás discrepancias técnicas o económicas que las partes de un contrato de concesión tengan entre sí con motivo de la ejecución del contrato o de la aplicación técnica o económica de la normativa aplicable al mismo.

Igualmente, el “*Panel Técnico*” o DRB goza de la facultad de observar, de oficio, el adecuado cumplimiento de los aspectos técnicos y económicos del contrato de concesión durante la etapa de construcción, para cuyo efecto puede solicitar de las partes la entrega de todos aquellos antecedentes que estime necesario.

El “*Panel Técnico*” o DRB estará integrado por dos abogados y dos ingenieros de destacada trayectoria profesional o académica en materias técnicas, económicas o jurídicas, del sector de concesiones de infraestructura, y por un profesional especializado en ciencias económicas o financieras. Los integrantes del “*Panel Técnico*” serán nombrados por el Consejo de Alta Dirección Pública establecido en la ley, mediante concurso público de antecedentes fundado en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias, con un quórum de cuatro quintos. Los integrantes del “*Panel Técnico*” o DRB permanecerán seis años en sus cargos y no podrán ser designados para períodos sucesivos. Su renovación se efectuará parcialmente cada tres años.

Una vez constituido el “*Panel Técnico*” o DRB elegirá entre sus integrantes el miembro que lo presidirá por los siguientes tres años. El

presidente será de dedicación exclusiva, pudiendo ejercer actividades académicas en universidades reconocidas por el Estado. El quórum mínimo para sesionar será de tres de sus integrantes, a lo menos dos de los cuales no deberán ser abogados si se trata de discrepancias generadas durante el período de construcción, y los acuerdos se adoptarán por simple mayoría, decidiendo el voto del presidente en caso de empate¹⁷.

Otro de los importantes cambios planteados en ésta reciente ley consiste en que la Comisión Arbitral tendrá las facultades para actuar como árbitro mixto, con fallo en derecho, libre de admisibilidad de la prueba y apreciación de ella en base a la sana crítica, y con la obligación de fundar su sentencia. Ello ha significado una modificación al sistema que ha regido ya por 15 años consistente en que la Comisión Arbitral resuelve como “*arbitro arbitrador*”, de modo que la calidad de árbitro arbitrador, de acuerdo a esta ley ha quedado restringida sólo a los asuntos de procedimiento, debiendo dictar la sentencia definitiva con arreglo a derecho. La resolución de la Comisión Arbitral no es susceptible de recurso ordinario alguno¹⁸.

V. CONCLUSIONES

Los DB constituyen un mecanismo de solución de controversias pre-arbitral que es idóneo para todo tipo de contratos de larga ejecución — especialmente en proyectos internacionales de construcción—, durante los cuales un gran número de disputas puede ocurrir, donde se combinan asuntos legales y técnicos, que pueden ser resueltos en forma eficiente sin mayor retardo.

El uso creciente en el mundo de los DB, como mecanismo pre-arbitral de solución de diferencias, especialmente en contratos de construcción, es una clara demostración de la utilidad y conveniencia

¹⁷ Artículo 36 de la Ley, cuyo texto puede verse en www.bcn.cl.

¹⁸ Artículo 36 de la ley, que puede consultarse en www.bcn.cl.

de considerar su empleo especialmente en contratos de obras complejos y de larga ejecución.

Los DB responden adecuadamente a las expectativas de las partes en contratos de construcciones de obras, al contar con un panel de expertos mutuamente elegido, técnicamente competente y con experiencia en proyectos similares, lo que facilita que mediante su intervención, ya sea en el apoyo informal a las partes o también emitiendo recomendaciones o decisiones obligatorias provisionales, que puedan posteriormente ser sometidas a arbitraje, se logren solucionar en forma oportuna y eficiente los conflictos.

Igualmente, los DB presentan beneficios intangibles, que influyen en una actitud de cooperación de las partes en la administración del contrato y de los eventuales conflictos, ya que actuando como filtro, ayudan a refinar las disputas, dejando los temas controvertidos normalmente claros, lo que no ocurriría de otra manera.

Las decisiones y recomendaciones dadas por los DB son en la gran mayoría de los casos aceptadas por las partes, lo que significa que el recurrir a una instancia de arbitraje o litigación pasa a tener el carácter absolutamente de excepcional, ahorrando los costos e incertidumbres que dichos procedimientos generan, tanto para la adecuada administración del contrato como con lograr soluciones técnicamente aceptables, jurídicamente fundadas, y que se concilian con la agilidad y eficiencia propia del mundo de los negocios, que no permite que un conflicto se alargue en el tiempo.

La incorporación de los DB en los contratos de construcción de obras mineras en Chile ha sido especialmente positiva, y resulta en particular loable ya que ha sido una empresa estatal la que ha tomado la iniciativa de incorporar contractualmente en su relación con los contratistas de obras dicho mecanismo de solución de conflictos, transformándose el DB en una instancia privilegiada para tratar y solucionar

oportunamente los conflictos técnicos y jurídicos que se van presentando en el desarrollo de todo contrato.

El establecimiento por ley de DB en los contratos de concesiones de obras públicas, a partir de la experiencia de Chile, es una clara demostración que pueden perfectamente coexistir los DB con los contratos administrativos, que implican prerrogativas exorbitantes para el Estado, se vean atemperadas y restringidas.

Recomendamos especialmente dentro de una cláusula escalonada de solución de controversias en todo contrato de construcción, de obras complejas y de larga ejecución, establecer como instancia previa al arbitraje o litigación los DB, por constituir un mecanismo efectivo de solución oportuna, a bajo costo y eficiente de las controversias, mirado especialmente en una relación de las partes de largo plazo que tienen particular interés de cuidar y preservar.

DISPUTE BOARDS Y ARBITRAJE EN CONSTRUCCIÓN:
¿COMPITEN O SE COMPLEMENTAN?

*Gustavo Paredes Carbajal**

Contenido: I. Introducción; II. Planteamiento del problema; III. El Arbitraje en Construcción (Rasgos característicos); IV. Dispute Board (Rasgos característicos); V. El Yin - Yang entre el Dispute Board y el Arbitraje: ¿Compiten o se complementan?; VI. A manera de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Por donde miremos el mundo, el Yin y el Yang es parte consubstancial de su esencia. El Yin y el Yang exponen la dualidad de todo aquello que existe en el universo. Describen las dos fuerzas fundamentalmente opuestas y a su vez complementarias que son esenciales a todas las cosas. El Yin es el principio, esencia o elemento femenino, la tierra, la oscuridad, la pasividad y la absorción. El Yang es el principio masculino, el cielo, la luz, la actividad y la inserción.

* Abogado por la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres. Estudios de maestría en Derecho de la Empresa por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Es socio fundador de Navarro Sologuren, Paredes, Gray Abogados, fundador de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción y profesor de la Facultad de Derecho y Escuela de Post Grado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Es especialista en derecho de la construcción, contrataciones con el Estado y manejo de conflictos y solución alternativa de disputas. Miembro de la Dispute Resolution Board Foundation (DRBF).

Cada ser, objeto o pensamiento posee un complemento del que depende inevitablemente para existir y que a su vez existe dentro de él mismo; por tanto nada existe en estado puro ni tampoco en absoluta pasividad, sino en un estado complejo y en constante innovación.

¡Esto es real!, ¿cómo descubrir nuestras fortalezas sin reconocer nuestras debilidades?, ¿cómo identificar aquello que aprendimos sin reconocer aquello que ignorábamos? o ¿cómo reconocer las ventajas de algo sino comparamos sus deficiencias?; por tanto, las cosas son sólo si existe su opuesto.

A partir de esta forma de entender el mundo, el Taoísmo no considera superior la vida a la muerte, no otorga supremacía a la construcción sobre la destrucción, ni al placer sobre el sufrimiento, ni a lo positivo sobre lo negativo, ni a la afirmación sobre la negación, sino estas dos fuerzas (el Yin y el Yang) se oponen y complementan simultáneamente entre sí; es decir, son interdependientes de manera absoluta y funcionan cohesionadamente como una unidad que finalmente las contiene, denominada: Tao.

La doctrina del Yin - Yang puede aplicarse a todo tipo de conceptos y realidades. Se puede aplicar al concepto del tiempo: el mediodía, cuando el sol se encuentra en lo más alto, es completamente yang; la medianoche es completamente yin; el atardecer sería el yang en tránsito al yin y el amanecer el yin en tránsito al yang. Dentro ello puede aplicarse a las estaciones: el verano es yang, el invierno es yin; el otoño es yang en tránsito al yin y la primavera es yin en tránsito al yang. También puede aplicarse al sentido de ubicación: el norte es yin, el sur es yang; el oeste es yang que se transforma en yin y el este es yin que se transforma en yang. Finalmente, también puede aplicarse a la gestión de los contratos de ingeniería y construcción: el riesgo es el yin y el conflicto es el yang; el reclamo es yin en tránsito al yang, y la búsqueda del equilibrio económico es yang en tránsito al yin.

Este artículo presentará una nueva versión de esta doctrina, aplicada al sistema de manejo de conflictos en el sector de la construcción a partir de dos fuerzas: los DB (el Yin) y el Arbitraje (el Yang).

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La industria de la ingeniería y construcción siempre ha sido y es un negocio complejo, pero ahora en un entorno de mayor responsabilidad para el constructor. En la actualidad, el mercado exige el diseño y ejecución de proyectos con un cada vez mayor grado de complejidad, exigencia tecnológica, participación de una multiplicidad de partes (propietario, proyectista, supervisor, gerente de proyectos, contratistas, subcontratistas, inversionistas, etc.) con intereses contrapuestos que alinear, así como un mayor nivel de inversión.

Esta complejidad de la actividad de la construcción además se desarrolla intensamente en un contexto de temporalidad, y su regulación jurídica debe responder a esta exigencia. Las obras se inician y terminan dentro de un cronograma de tiempo que programan actividades que el contratista debe seguir rigurosamente cuidando sus rendimientos. Este cronograma original puede modificarse en atención a la necesidad de la obra, pero sin perder de vista el interés original de las partes que motivó su decisión de contratar: El del propietario de tener su obra en un tiempo, presupuesto y calidad determinada; y, el del constructor, de obtener la utilidad contratada.

El alineamiento adecuado de este interés originario de las partes que motivó la contratación, es fundamental para administrar con eficiencia la obra. Cuando las partes pierden el control de este interés originario, pero además los riesgos están asignados inadecuadamente,

el conflicto aparece casi de manera inevitable. En ese sentido, Gwyn Owen¹ señala:

“Es necesario que los riesgos se distribuyan adecuadamente entre las partes para crear relaciones comerciales y contractuales duraderas. Desafortunadamente en ocasiones estas relaciones son malentendidas, a veces por elementos dentro del control de las partes, pero generalmente por factores externos que no pueden controlar. Estos elementos deben ser claramente entendidos y gestionados, y necesitan un manejo cuidadoso para asegurar el buen funcionamiento y ejecución de proyectos complejos. Estas perturbaciones generan discusiones y pérdidas de armonía entre las partes lo que a su vez suele derivar en conflictos y disputas.”

Esta complejidad y temporalidad de la actividad de la ingeniería y construcción hace que inevitablemente los conflictos sean parte normal y cotidiana de la ejecución de un proyecto. En igual línea, el argentino Humberto Podetti², señala que: “En efecto, siendo las divergencias³ un ingrediente necesario de todo contrato de construcción, y aun de todo contrato de ejecución diferida, solo requieren de las partes un tratamiento adecuado en el acuerdo que ha originado el contrato”.

Es así que en el contexto de una actividad altamente conflictiva, la preocupación y nerviosismo de las partes por hacer su negocio eficiente emerge notoriamente. Para el análisis de eficiencia en la solución de conflictos y por consiguiente en la gestión contractual de la actividad de

¹ OWEN, Gwyn. «Entrevista a Gwyn P. Owen y D. Romano Allione». En *Revista de la Ingeniería Española*. N.º 29 enero-febrero 2011, p. 50.

² PODETTI, Humberto. *Contrato de Construcción*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires, 2004, p. 422.

³ Para Podetti, la divergencia es un desacuerdo sobre algún aspecto secundario o principal del acuerdo total, es una amenaza que puede transformarlos en antagónicos, generando una crisis del contrato suficiente para provocar su frustración. O puede solidificar más aún el consentimiento recíproco. Desde este punto de vista las divergencias constituyen un desafío y una oportunidad para ambas partes.

la construcción, la premisa básica es: mayor tiempo en la solución de la disputa, mayor costo.

Aplicando esta premisa: Resolver un conflicto vinculado a la concepción del proyecto, el diseño o su procura en la etapa de la ejecución de la obra, resulta progresivamente costoso, llegando a su nivel más alto en el momento de la conclusión y entrega de la obra. Imaginémoslo, lo prohibitivamente costoso que significaría resolver una disputa relacionada con el diseño de un proyecto de construcción complejo en la etapa de su conclusión y entrega; ello es una aventura descomunalmente costosa que muy pocos contratistas e incluso propietarios podrían soportar.

De esta manera, sometiendo a un análisis de eficiencia, el manejo de las disputas en los contratos de construcción, diremos que resulta siempre más eficiente evitar el conflicto o por lo menos resolverlo en etapas tempranas, que resolverlo a la conclusión o funcionamiento de la obra. Entonces, si esto es así, no es eficiente para ninguna de las partes que la aplicación de una herramienta de solución de conflictos dure más allá del plazo de ejecución de la obra. En igual línea apunta Podetti⁴ al señalar:

“(...) las divergencias nacidas durante la ejecución de un contrato tienen su mejor entorno para ser resueltas durante la vida del mismo contrato que las originó. No hay razón alguna para que ello no sea posible, como sea la voluntad de una de las partes de no resolverla o la lentitud del árbitro o juez designados por las partes. Y ambos son elementos que las partes pueden evitar si programan cuidadosamente durante el período de gestión del contrato, el procedimiento adecuado, no sólo en cuanto a privilegiar el acuerdo recíproco y cuando él no puede alcanzarse, le ecuanimidad de un tercero, sino también en colocar como condición ineludible, el tiempo de resolución congruente con los plazos de vida del contrato.”

⁴ *Ídem*, p. 425.

En comparación con el tortuoso camino de los tribunales ordinarios, nadie duda que el arbitraje ganó un justo reconocimiento como método alternativo eficiente en la solución de conflictos empresariales, aportando neutralidad y generando un gran impulso en la promoción de inversión y negocios; sin embargo, en la práctica, pareciera no superar aún aquellas exigencias de tiempo y costo que emergen de la naturaleza misma de la actividad de la construcción en un contexto de complejidad del sector.

Esta realidad motivó que en el año 2001, la Comisión de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio Internacional, luego de algunos años de investigación y entrevistas, publicara el Final Report on Construction Industry Arbitrations, el cual remarca lo siguiente:

“5. (...) Las respuestas mostraron que, si bien las Reglas de Arbitraje ICC proporcionan un buen marco para los arbitrajes en construcción, todavía hay una necesidad de comprender que es lo requerido para la gestión eficiente de los grandes y complejos arbitrajes comerciales (...)”.

De esta manera, las exigencias de tiempo y costo en la actividad de la construcción genera la constante necesidad expresada por sus propios actores de crear y pactar métodos que permitan a las partes resolver sus reclamos en forma interina y rápida pero mejor aún en plena ejecución de la obra.

En una industria muy sensible y habituada al conflicto, el reclamo forma parte del proceso constructivo; siendo ello así, resulta más costoso para las partes confiar la decisión de su conflicto a quienes no conozcan la obra ni la visiten periódicamente para entender el porqué de los reclamos y cómo prevenirlos.

La intermediación de quienes resolverán un reclamo de obra se hace esencial para mejorar y/o elevar los niveles de certeza técnica y legal. En los arbitrajes, una única inspección arbitral sólo ofrece a los árbitros una

visión muy general de la obra, son los peritos quienes profundizan el carácter técnico del problema pero siempre ex post conflicto e incluso cuando muchas de las circunstancias que rodearon la obra cambiaron debido a su dinámica.

A nivel internacional, fue la propia industria de la construcción aquella que promovió la creación de nuevos métodos de solución de conflictos previos al arbitraje como los *Dispute Boards*⁵, pero como parte de la creación de un sistema de gestión conflictual convencional más eficiente del que se tenía en 1995; pero la pregunta es ¿los *Dispute Boards* compiten con el Arbitraje o por el contrario se complementan? Es este el tema que descubriremos a continuación y para ello pondremos a estos dos métodos en plano comparativo.

III. EL ARBITRAJE EN CONSTRUCCIÓN (RASGOS CARACTERÍSTICOS)

Derivado de un contrato de obra, el arbitraje en construcción busca naturalmente entre sus árbitros a ingenieros, arquitectos o abogados especializados en construcción. Este conocimiento técnico especializado del árbitro, garantiza mayor predictibilidad en la aplicación de las reglas contractuales de asignación de riesgos.

⁵ Uno de los primeros casos que se conocen de utilización de este método en su estructura embrionaria, es el panel que se constituyó en 1975 para intervenir en la ejecución del proyecto de construcción del Túnel Eisenhower en Colorado, EEUU. Luego comenzó a expandirse en Europa (Reino Unido) en 1996 y en el resto del mundo debido a la iniciativa del Banco Mundial (que desde mediados de la década del 90 los impuso como condición necesaria para el financiamiento de proyectos que superasen los US\$ 50 millones) y de la FIDIC (que lo introdujo formalmente en sus modelos de 1995, Libro Naranja y 1999, Libro Rojo respectivamente).

Las controversias que surgen de la ejecución de una obra son variadas⁶:

- *Controversias relacionadas con el alcance del objeto del contrato.* Siendo por ejemplo: alcance de la obra, diferencias entre la ingeniería conceptual, básica y de detalle o ingeniería constructiva, consecuencias de la visitas previas al sitio, problemas del subsuelo, trabajos adicionales y extraordinarios, variación en los costos inicialmente pactados, entre otros.
- *Controversias relacionadas con el incumplimiento de los plazos contractuales.* Por ejemplo: atrasos imputables al contratista o comitente, mayores costos por aceleración de los trabajos, interferencias, pérdida de productividad por afectación de la secuencia constructiva, ampliaciones de plazo, la aceptación de los trabajos, etc
- *Controversias sobre reclamo de daños y perjuicios.* Por ejemplo: responsabilidad contractual, daños y perjuicios por vicios aparentes o vicios ocultos, etc.
- Coincidiendo con el profesor Eric Britton⁷ podemos describir los siguientes rasgos comunes en los arbitrajes en construcción:
- Conocimiento de los hechos por parte de los árbitros *ex post* conflicto, y luego de la petición arbitral según la cláusula de solución de controversias.
- Gran variedad y cantidad de reclamaciones sometidas original o acumulativamente a arbitraje.

⁶ BRITTON, Eric. *El Arbitraje en Materia de Construcción*. En: <http://www.inperib.com/archivos/es/El%20arbitraje%20en%20materia%20de%20construccion.pdf>.

⁷ Ídem.

- Carácter técnico de las reclamaciones y en un contexto muy denso de hechos alrededor de éstas.
- Participación de partes no signatarias del convenio arbitral, agregando complejidad al arbitraje con reclamos cruzados.

A partir de aquí, otros rasgos exógenos han sido comentados en voz alta por especialistas en el derecho de la construcción, como Roberto Hernández quien comenta la siguiente experiencia:

“En la reunión anual de la Internacional Bar Association en 2010, una de las sesiones del ICP denotó claramente la crisis del arbitraje internacional en construcción en una sesión cuyo título ya es de por sí preocupante: “International Arbitration in Construction: is it broken or can it be fixed?” (Arbitraje internacional en Construcción: ¿Está descompuesto o puede repararse? En el que abogados de construcción de todo el globo coincidió en la problemática actual del arbitraje en la materia: Árbitros sobrecargados de procedimientos arbitrales que no atienden con diligencia los asuntos; árbitros con desconocimiento en los aspectos de construcción; falta de ética y honradez en los árbitros; falta de cumplimiento en tiempos y costos, entre muchos otros aspectos, y que simple y sencillamente están haciendo que las empresas empiecen a dudar del arbitraje internacional de construcción, y ya sea que voltean su mirada a los otros medios alternativos⁸.”

Luego de tres años, ¿Las cosas han empeorado?, por lo menos no han mejorado, pero aun siendo un convencido que el arbitraje es un medio eficiente de solución de conflictos en comparación con los administrados por los tribunales ordinarios, no es posible ocultar que mientras los problemas propios del crecimiento arbitral no sean superados, se irá mermando la confianza del sector de la construcción en el sistema.

⁸ HERNANDEZ, Roberto. «Solución de Controversias en Construcción en México y Centroamérica: Avances y Retos». En: *El arbitraje una perspectiva Inglesa*. TECNI-BERIA-Revista de la Ingeniería Española, N.º 29, enero-febrero, 2011, p. 47.

IV. DISPUTE BOARD (RASGOS CARACTERÍSTICOS)

Siempre que un *Dispute Board* actúe adecuada y oportunamente, agregará valor a la gestión contractual del conflicto y del proyecto, en tanto ayude a evitar que el conflicto aparezca.

La Cámara de Comercio Internacional (CCI)⁹ enmarca con precisión los alcances de este método como sigue:

“El Dispute Board (DB) es un comité encargado de resolver las desavenencias que generalmente se establece desde el inicio del contrato y se mantiene durante toda la duración del mismo. Compuesto por uno o tres miembros que conocen en profundidad el contrato y su ejecución, el DB ayuda de manera informal a las partes que lo deseen a resolver los desacuerdos que puedan surgir durante la ejecución del contrato y emite recomendaciones o decisiones con respecto a cualquier desavenencia que le planteen una u otra de las partes. Los DB constituyen un mecanismo común para la resolución de desavenencias contractuales en el ámbito de contratos a medio o largo plazo.”

En este contexto:

- Se consigue crear un marco de resolución de controversias fiables, rápidas y de bajo costo, que es además imparcial e independiente del comitente o propietario de obra.
- Al resolverse las controversias en estas condiciones se evitan muchos problemas entre los participantes del proyecto, que no tienen que discutir sobre lo mismo todos los meses.
- La visita regular de los adjudicadores a obra permite acceder a información en tiempo real, y además crea un clima de confianza y buenas relaciones que facilita mucho las negociaciones.

⁹ Cámara de Comercio Internacional. Página web: <http://www.iccspain.org/>.

- Ayuda a que las partes actúen de forma más profesional y razonable en la toma de decisiones, presentación de reclamaciones y en cualquier discusión en general, ya que la mera presencia de un *Dispute Board* suele actuar como freno de posturas infundadas o comportamiento estratégico de las partes.
- Actúa por acuerdo entre las partes como un verdadero presupuesto o condición de arbitrabilidad. En ese sentido Cairns y Magdalena citando a Dyala Jiménez¹⁰ señalan que:

“En aquellos supuestos en los que el contrato establezcan un procedimiento escalonado –por el que las partes deban someter la controversia a un DAB, como requisito previo al arbitraje– y dependiendo en la propia redacción de la cláusula y la ley aplicable, el cumplimiento del pronunciamiento prearbitral se constituirá como un auténtico presupuesto para la jurisdicción de un tribunal arbitral¹¹.”

Estos autores remarcan la importancia del sometimiento del reclamo al *Dispute Board* como requisito de procedibilidad del arbitraje siempre que de la redacción de la cláusula de solución de controversias ello quede muy claro y que la ley aplicable no la proscriba. Es importante aclarar que esta condición de arbitrabilidad no cuestiona la jurisdicción de los árbitros, como erróneamente señalan los autores, sino más bien la competencia en el tiempo de los árbitros para conocer y resolver determinada disputa.

Bajo los modelos contractuales FIDIC, el sometimiento del reclamo al pronunciamiento previo de un *Dispute Board*, constituye un su-

¹⁰ JIMENEZ, Dyala. *Multi-Tiered Dispute in ICC Arbitration Court of Arbitration Bulletin*. Vol.14/N.º 1-primavera, 2003. *Enforcement of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses Arbitration and ADR*, Vol 6, N.º 02-octubre, 2001, pp. 7-25.

¹¹ MAGDALENA, Ignacio. «El Reglamento de la ICC. Relativo a los *Dispute Board*». En: *La Ley Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Biografía*. Pp. 1677-1682.

puesto de arbitrabilidad, tal y como quedó redactado la sub cláusula 20.4 de la edición del Libro Rojo de 1999:

“En cualquier caso, esta notificación de disconformidad deberá hacerse constar que se emite de acuerdo con esta Subcláusula, y deberá indicar el asunto en conflicto y la razón 8º razones) de la disconformidad. Salvo lo indicado en la Subcláusula 20.7 (Incumplimiento de la Decisión de la MRC) y en la Subcláusula 20.8 (Expiración del Nombramiento de la MRC), ninguna de las Partes tendrá derecho a comenzar un procedimiento arbitral sobre el conflicto, salvo que la notificación de disconformidad haya sido entregada de acuerdo con esta Subcláusula.”

Finalmente debe de quedar en claro que defender una condición o presupuesto de arbitrabilidad en este caso, no debe ser mirado como excusa, salida o justificación para dilatar o evitar el inicio de un arbitraje, sino debe ser mirado como el respeto a la voluntad de las partes, es decir, al compromiso adquirido en la búsqueda de un manejo eficiente del conflicto en el sector de la construcción.

V. EL YIN - YANG ENTRE EL DISPUTE BOARD Y EL ARBITRAJE

Una nueva versión de la doctrina del Yin – Yang, aplicada al sistema de gestión de conflictos en el sector de la construcción, ubicaría a los *Dispute Boards* en el Yin y al arbitraje en el Yang.

Si el riesgo es el yin y el conflicto es el yang; y el reclamo es yin en tránsito al yang, y la búsqueda del equilibrio económico es yang en tránsito al yin; los *Dispute Boards* se ubican en el yin con tránsito al yang, y el arbitraje al yang con transito al yin; por lo tanto, ambos coexisten, defienden su utilidad y a la vez se complementan.

Pero, ¿estas dos fuerzas realmente compiten y se complementan a la vez?, veamos:

Quienes consideran que los *Dispute Boards* son una amenaza competitiva para el arbitraje, no demorarán en señalar que este método no sirve y en tal sentido, describirán aquellos atributos del arbitraje que en términos comparativos los dispute boards no tienen.

Se ha llegado a creer que por ser mecanismos parecidos, ambos métodos son excluyentes; es decir, que si uno somete su conflicto a cualquiera de ellos automáticamente elimina la posibilidad de recurrir al otro; obligando de esta manera a las partes interesadas a hacer un uso individualizado de ambos métodos.

Sin embargo ello no es así, los *Dispute Boards* no fueron creados propiamente para competir con el arbitraje, los *Dispute Boards* nacieron para sustituir la tradicional y muy antigua forma de manejar los conflictos en obra, es decir sustituir la decisión del “ingeniero” en obra. El ingeniero como agente del propietario además de la función supervisora y controladora del cumplimiento del contrato, tuvo una función decisoria de reclamos al interior de la obra; sin embargo, graves cuestionamientos a su imparcialidad e independencia fueron determinantes para la eliminación de esta función y la aparición inmediata de este método.

De esta manera la relación ingeniero-arbitraje fue sustituida por la relación *Dispute Boards*-Arbitraje, dotando de mayor fortaleza al sistema de gestión de conflictos en la industria de la construcción.

En la práctica, la industria de la construcción ha encontrado aportes positivos de los *Dispute Boards* en el manejo del conflicto, especialmente en lo referente al costo, rapidez en la resolución (garantía de tiempo y especialidad) del conflicto, flexibilidad e informalidad en el proceso, sino también en cuanto a la prevención del reclamo.

Precisamente, los adjudicadores (en los *Dispute Adjudication Boards*) tienen atribuciones para ayudar a las partes a prevenir del conflicto. Las partes conjuntamente pueden recurrir al adjudicador durante la ejecu-

ción de la obra para que absuelva alguna consulta con relación a algún punto contractual y/o técnico, y en tal sentido conociendo ex ante la posición del adjudicador, ayuda a las partes a llegar a un entendimiento sin necesidad de generarse el conflicto.

Esta atribución funciona bien en tanto los adjudicadores que están familiarizados con los documentos contractuales y técnicos visiten la obra periódicamente y detecten posibles y potenciales conflictos que las partes puedan evitar.

Por lo tanto, la labor preventiva del conflicto contiene a la inmediatez como principio central en su operación, permitiendo a los adjudicadores identificar tempranamente la aparición de un conflicto, capturándolo al tiempo en que aparecen (*on time*), recomendando o decidiendo su solución durante la ejecución de una obra (*on site*) sobre la base en un procedimiento contractual, independiente e imparcial. Respecto a ello Fernando Estavillo Castro¹² señala que:

“(...) mediante informes periódicos (generalmente mensuales) de las partes al dispute board y reuniones periódicas (generalmente trimestrales o cuatrimestrales) del dispute board con las partes, usualmente en el lugar de los trabajos, el dispute Board se mantiene al corriente en el avance del proyecto y en el surgimiento y desenvolvimiento de las situaciones potencialmente conflictivas inherentes al mismo, con el fin de tener un conocimiento profundo y de primera mano de los hechos, para el caso de que surja una controversia entre las partes.”

En contraste, el árbitro tiene conocimiento de la controversia ex post conflicto, peor aún, a él acuden en su última etapa conflictiva denominada etapa Crítica, donde evidentemente ya se agotaron todos los remedios posibles entre las partes. El árbitro entra a obra (lugar donde

¹² ESTAVILLO CASTRO, Fernando. *Seminario «Arbitraje y solución de controversias en Materia de Construcción»*. Organizado por la Internacional Commerce de México y el Centro de Arbitraje de México, en Ciudad de México, junio 2007, p. 15.

se produjeron los conflictos) sino hasta una futura y única inspección arbitral cuando muchas de las circunstancias que rodearon la obra ya no existen y deben ser recreadas por los abogados en un esfuerzo costoso por presentar el caso.

Por ello, se identifica a los *Dispute Boards* como un método continuo, regular y eficiente para solucionar reclamos durante la ejecución del proyecto. Es continuo porque generalmente sigue el proyecto desde su inicio hasta el fin. Es regular porque requiere visitar el lugar de la obra periódicamente, siendo testigo así del progreso de los trabajos, discutiendo controversias potenciales, escuchando reclamos, preparando u absolviendo consultas durante el curso del proyecto; y finalmente es eficiente por su atractiva relación costo-tiempo y beneficio.

Por otro lado, el arbitraje tiene atributos que los *Dispute Boards* carecen, como su reconocimiento jurisdiccional (en el caso peruano) y la ejecutabilidad de sus laudos bajo la Convención de Nueva York. En efecto, los *Dispute Boards* no cuentan con regulación legislativa en la región, sino que su regulación es resultado de la voluntad contractual. Si bien sus decisiones son obligatorias y vinculan inmediatamente a las partes, a diferencia del arbitraje, esta decisión no es acogida bajo el reconocimiento constitucional de un laudo arbitral ni está sujeta a los alcances de las prerrogativas de las convenciones internacionales, como es el caso de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, mejor conocida como la Convención de Nueva York.

Por otro lado, las decisiones de los *Dispute Boards* son susceptibles de ser abiertas, examinadas, revisadas e inspeccionadas en un arbitraje, salvo que adquieran la calidad de final y vinculante; mientras que los laudos arbitrales no pueden ser revisables en cuando al fondo, garantía legal que soporta su eficacia jurídica.

Sin embargo, si bien ambos métodos tienen atributos diferentes y en apariencia podrían competir, lo que en la realidad sucede es que éstas diferencias “suman” en la gestión eficiente de los conflictos en los contratos de construcción, por tanto son métodos complementarios, que conforman parte de un sistema integrado de solución de conflictos en el sector. Los *Dispute Boards* no debilitan el Arbitraje sino por el contrario lo fortalece; los dispute boards no compiten con el arbitraje sino por el contrario se complementan como parte de un único sistema de gestión.

Los *Dispute Boards* permiten que sólo controversias técnicas y económicamente relevantes sean definidas en un arbitraje, dejando los reclamos del día a día de la construcción a los *Dispute Boards*; ello permitirá mejorar el nivel del arbitraje, las partes identificarán y designarán siempre a los mejores árbitros del medio, para que resuelvan siempre mejores casos y se obtengan siempre mejores laudos. Por su parte, el Arbitraje ayuda a fortalecer a los *Dispute Boards* cautelando la ejecutabilidad de las decisiones finales y vinculantes, pero también fortalece su presencia preventiva, exigiendo su condición de presupuesto de arbitralidad previa; por tanto estas dos fuerzas en apariencia opuestas son en la práctica complementarias como el Yin y el Yang aplicadas al manejo de conflictos en el sector de la Construcción.

VI. A MANERA DE CONCLUSIÓN

La complejidad y temporalidad de la industria de la construcción genera inevitablemente conflictos, los cuales tienen un impacto en la eficiencia de la gestión contractual.

Un análisis de eficiencia en el manejo de las disputas en los contratos de construcción remarca la importancia de evitar el conflicto o por lo menos resolverlo en el menor tiempo posible al menor costo posible, esto es evitando que la obra se paralice.

El *Dispute Boards* forma parte integrante de un sistema de resolución de conflictos para el sector de la construcción, que permite responder mejor a las exigencias de tiempo y costo en el manejo del conflicto.

Las diferencias y sus semejanzas con el Arbitraje hacen que ambos mecanismos se complementen en respuesta a las exigencias requeridas por el sector de la construcción; por tanto en vez de alejarse tienden a integrarse en una sola finalidad.

ANEXO

REGLAMENTO DE LA JUNTA DE RESOLUCIÓN
DE DISPUTAS (*DISPUTE BOARDS*) DEL
CENTRO DE ANÁLISIS Y
RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

PRESENTACIÓN

El Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú presenta a la comunidad jurídica y a la de la industria de la construcción su Reglamento de la Junta de Resolución de Disputas, consecuentes con nuestro compromiso de fortalecer la paz social a través del manejo eficiente de los conflictos.

Este Reglamento es una iniciativa pionera en nuestro país de ofrecer reglas para la adopción de los denominados «Dispute Boards» como mecanismo de solución de controversias en los contratos de construcción, que están funcionando con éxito en otras latitudes del mundo al ser un mecanismo prearbitral de solución de disputas que se adecua a la naturaleza conflictiva de la construcción, por lo que cumple una función preventiva del conflicto y a su vez una labor expeditiva en su solución.

Asimismo es consecuente con la naturaleza temporal de la actividad de la construcción, dado que ofrece una solución del conflicto durante la ejecución de la obra lo cual se condice con el interés de la entrega de la obra en el tiempo requerido por el propietario y el pago oportuno al contratista.

En esta medida confiamos que su uso e implementación en nuestro país, a través de la adopción de las cláusulas modelo sugeridas, ayudará a la eficiencia en la gestión de los contratos de construcción y sus conflictos.

Es preciso señalar que este sistema no busca ser una competencia al arbitraje que se viene desarrollando con gran éxito en nuestro país sino

más bien un aliado, una especie de filtro previo que desincentive arbitrar lo que no sea necesario y puede resolverse de forma expeditiva través de la Junta, o dicho en otras palabras, que se arbitre lo que realmente sea necesario arbitrar, otorgándole al arbitraje un papel resolutivo sumamente importante acorde a sus alcances y finalidades. En este orden de ideas, la Junta de Resolución de Disputas y el Arbitraje están destinados a ser complementarios, conforme se muestra en nuestras cláusulas modelo.

Debemos destacar que los alcances y virtudes del Reglamento se deben en gran medida al el aporte invalorable de los doctores Gustavo Paredes, Eric Franco, Jaime Gray, Martín Lazo, Ives Becerra, Humberto Arrese, así como del Ingeniero Carlos López.

Finalmente solo nos queda agradecer el importante auspicio de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción a nuestro Reglamento. Nos sentimos muy honrados de contar con su apoyo, el cual demuestra el reconocimiento nuestra voluntad de innovación y mejora de los sistemas de solución de controversias, así como también es un voto de confianza hacia este sistema que plasma los «Dispute Boards» y a las bondades que puede aportar a la industria de la construcción.

DR. CÉSAR GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA
DIRECTOR

CONTENIDO

CLÁUSULA MODELO DE JUNTA DE DECISIÓN DE DISPUTAS

CLÁUSULA MODELO DE JUNTA DE REVISIÓN DE DISPUTAS

REGLAMENTO PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
MEDIANTE JUNTAS DE DISPUTAS

NOTA EXPLICATIVA

TÍTULO PRELIMINAR

SECCIÓN I

Alcances Generales

SECCIÓN II

Conformación de una Junta de Resolución de Disputas

SECCIÓN III

Obligaciones de los miembros de la Junta de Resolución de Disputas

SECCIÓN IV

Actividades de la Junta de Resolución de Disputas

SECCIÓN V

Decisiones y Recomendaciones de la Junta de Resolución de Disputas

SECCIÓN VI

Circunstancias que habilitan el Arbitraje

164

SECCIÓN VII

Honorarios de los Miembros de la Junta de Resolución de Disputas

SECCIÓN VIII

Gastos Administrativos del Centro

CLÁUSULA MODELO DE JUNTA DE DECISIÓN DE DISPUTAS

Las partes acuerdan que, para la solución de todas las controversias derivadas o relacionadas con el contrato, conformar una Junta de Decisión de Disputas Permanente / Ad-Hoc (en adelante, la JDD) conforme a las disposiciones del Reglamento del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en adelante, el Centro), el cual forma parte integrante de la presente cláusula.

La JDD estará compuesta por uno / tres miembro (s) de acuerdo a lo establecido en el presente contrato o, en su defecto, según lo dispuesto en el Reglamento del Centro.

Todas las controversias generadas entre las partes con ocasión al presente contrato o relacionadas con él, deberán ser sometidas, en primer lugar, a la decisión de la JDD de conformidad con el Reglamento del Centro.

Las decisiones que emita la JDD serán vinculantes y por tanto de inmediato cumplimiento. El incumplimiento de la decisión de la JDD, desde el día siguiente de su comunicación o en el plazo que la JDD determine, será considerado un incumplimiento grave del contrato.

En caso alguna de las partes no esté de acuerdo con la decisión de la JDD o de verificarse aquellas circunstancias descritas en el Reglamento del Centro, y sin perjuicio de lo acordado en el párrafo precedente, podrá someter la controversia a arbitraje administrado por el Centro conforme al convenio arbitral respectivo. Las partes acuerdan que es condición obligatoria para el inicio del arbitraje el haber concluido de modo previo el procedimiento ante la JDD.

Si la controversia que ha sido resuelta mediante Decisión de la JDD no es sometida a arbitraje, aquella adquiere la calidad de definitiva conforme a los términos del Reglamento. El incumplimiento de la decisión de la JDD, en estos casos, genera el derecho a la contraparte a solicitar su ejecución en la vía arbitral.

CLÁUSULA MODELO DE JUNTA DE REVISIÓN DE DISPUTAS

Las partes acuerdan que, para la solución de todas las controversias derivadas o relacionadas con el contrato, conformar una Junta de Revisión de Disputas Permanente / Ad-Hoc (en adelante, la JRD) conforme a las disposiciones del Reglamento del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en adelante, el Centro), el cual forma parte integrante de la presente cláusula.

La JRD estará compuesta por uno / tres miembro (s) de acuerdo a lo establecido en el presente contrato o, en su defecto, según lo dispuesto en el Reglamento del Centro.

Todas las controversias generadas entre las partes con ocasión al presente contrato o relacionadas con él, deberán ser sometidas, en primer lugar, a la decisión de la JRD de conformidad con el Reglamento del Centro.

Las recomendaciones que emita la JRD no serán vinculantes, salvo que devengan en finales.

En caso alguna de las partes no esté de acuerdo con la recomendación de la JRD o de verificarse aquellas circunstancias descritas en el Reglamento del Centro, podrá someter la controversia a arbitraje administrado por el Centro conforme al convenio arbitral respectivo. Las partes acuerdan que es condición obligatoria para el inicio del arbitraje el haber concluido de modo previo el procedimiento ante la JRD.

Si la controversia cuya solución fue sometida a una Recomendación de la JRD no es sometida a arbitraje, aquella adquiere la calidad de definitiva y vinculante, conforme a los términos del Reglamento del

Centro. El incumplimiento de la Recomendación en estos casos, será considerado un incumplimiento grave del Contrato y genera el derecho a la contraparte de solicitar su ejecución en la vía arbitral.

REGLAMENTO PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS MEDIANTE JUNTAS DE DISPUTAS

NOTA EXPLICATIVA

Los conflictos contractuales en el ámbito de los proyectos de ingeniería y construcción requieren de soluciones rápidas y que generen un eficiente balance costo-beneficio. Es por ello que en el ámbito internacional, la industria de la construcción viene empleando con éxito un medio alternativo de gestión de conflictos especial a cargo de un panel de profesionales denominado “Dispute Boards”. En el ámbito nacional esta experiencia ha sido escasa y erróneamente entendida, lo cual no ha permitido aprovechar sus ventajas en la gestión eficiente de los conflictos contractuales.

En atención a esta exigencia propia de la industria de la construcción, es que se hace indispensable dar una respuesta adecuada que dé cabida a un marco reglamentario que permita el pleno desarrollo de los Dispute Boards o Junta de Disputas (en adelante, JD).

Asimismo, en el ámbito nacional peruano no existía un Centro de Resolución de Conflictos que brinde el servicio de administración de las JD; por ello, el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en adelante, el Centro) ha desarrollado dicho servicio y elaborado el presente Reglamento de la Junta de Disputas (en adelante, el Reglamento).

El Reglamento es el resultado de la experiencia del Centro y la revisión de diversos reglamentos disponibles en el ámbito internacional para la solución de conflictos mediante las JD. En tal sentido, el Reglamento

permite que el Centro administre procedimientos de solución de conflictos sometidos a las JD y provee a los usuarios un marco regulatorio adecuado para tal fin. Cabe precisar que el Reglamento ha sido elaborado teniendo en consideración el contexto contractual y la realidad jurídica-social peruana.

Cada contrato de construcción presenta particularidades, por lo cual el presente Reglamento propone dos modalidades de JD para la gestión de los conflictos:

Primera modalidad: Junta Decisoria de Disputas (en adelante, JDD), la cual emite decisiones vinculantes.

Segunda modalidad: Junta de Revisión de Disputas (en adelante JRD), la cual emite recomendaciones no vinculantes.

En ambas modalidades, la JD pueden actuar de manera permanente o ad-hoc, dependiendo del acuerdo de las partes.

Los dos criterios clave para clasificar las modalidades propuestas son: 1) Si se trata de una decisión vinculante desde su notificación por la JD o si se trata de una recomendación no vinculante; y 2) Si la JD es designada por las partes para actuar de manera permanente durante todo el proyecto o si será designada en cada caso cuando surja una controversia.

Las decisiones vinculantes deben ser cumplidas por las partes desde que la JDD les notifique las mismas. Incumplir una decisión es considerado un incumplimiento contractual grave. Es importante precisar que las decisiones vinculantes no son finales, lo cual permite que las partes puedan iniciar un arbitraje para resolver finalmente la controversia. Sin embargo, conforme señala el Reglamento, se cuenta con un plazo para ello. En caso expire dicho plazo la decisión se convierte en final.

Como su nombre lo indica, las recomendaciones que emite la JRD no

son vinculantes y sólo deberán ser cumplidas en caso las partes así lo deseen o si la recomendación se convierte en final por expiración del plazo o; finalmente, se determine de tal forma en la vía arbitral. Las partes cuentan con un plazo para iniciar un arbitraje para resolver la controversia materia de la recomendación. En caso expire dicho plazo la recomendación se convierte en final y vinculante.

En caso se emplee este método de solución de controversias en el ámbito de la contratación estatal, el Reglamento sólo permite adoptar una JDD (con decisiones vinculantes), independientemente que sea permanente o ad-hoc. En cambio, en el ámbito privado, las partes pueden optar por cualquiera de las dos modalidades conforme lo consideren conveniente. El rol de la JD debe ser entendido como un componente esencial en el sistema de gestión convencional de los conflictos y no como un reemplazo a la jurisdicción arbitral.

TÍTULO PRELIMINAR

Artículo I

Definición y finalidad de las JD

La Junta de Disputas (en adelante, JD) es un medio alternativo de gestión de conflictos cuya finalidad es que las partes logren prevenir y/o resolver eficientemente y de forma celeré sus controversias durante el plazo de ejecución del contrato o proyecto.

Para los efectos del presente Reglamento y aplicación de la JD, los términos «contrato» y «proyecto» serán usados indistintamente como equivalentes.

Artículo II

Tipos de JD

El presente Reglamento regula dos modalidades de JD para la gestión de conflictos:

Primera modalidad: Junta Decisoria de Disputas (en adelante, JDD), la cual emite decisiones vinculantes.

Segunda modalidad: Junta de Revisión de Disputas (en adelante JRD), la cual emite recomendaciones no vinculantes.

En ambas modalidades, la JD pueden actuar de manera permanente o ad-hoc, dependiendo del acuerdo de las partes.

Es permanente, cuando la presencia de él o los miembros de la JD es requerido desde el inicio hasta el fin del proyecto o por un período prolongado.

Es ad-hoc, cuando las partes acuerdan conformar la JD para la emisión de una decisión o recomendación que solucione una controversia específica.

SECCIÓN I

ALCANCES GENERALES

Artículo 1°

Ámbito de aplicación

El Reglamento será de aplicación cuando las partes prevean en su contrato someter a una JD las controversias generadas entre ellas con ocasión a dicho contrato o relacionadas con él, bajo la administración del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en adelante, el Centro).

El Centro estará a cargo de administrar el/los procedimientos que siga la JD, así como la designación de sus miembros, de ser el caso, y demás actividades administrativas que se requiera.

El presente Reglamento es de aplicación supletoria al acuerdo entre las partes, las cuales tienen libertad para regular todos los aspectos de la JD que elijan.

Artículo 2°

Acuerdo de sumisión al Reglamento

Las partes deberán incluir una cláusula sometiéndose a una JD en el momento en el que celebran el contrato o a través de un acuerdo posterior, mediante la cual manifiestan su sometimiento expreso a la administración y organización del Centro así como a las disposiciones del presente Reglamento.

Artículo 3° **Junta de Disputas (JD)**

Las partes podrán acordar la modalidad de JD al que se someten, las cuales pueden ser: 1) Junta Decisoria de Disputas (en adelante, JDD) que emite decisiones vinculantes o 2) Junta de Revisión de Disputas (en adelante, JRD) que emite recomendaciones. En ambos casos, las partes pueden acordar que la JD que elijan actúe de manera permanente o ad-hoc.

En caso que las partes no precisen la modalidad de JD al que se someten, se entenderá que se someten a una JDD ad-hoc.

Las decisiones emitidas por la JDD son vinculantes y deben ser inmediatamente cumplidas por las partes desde que son notificadas o en el plazo que la Junta indique. El incumplimiento de una decisión es considerado como un incumplimiento contractual grave. Las decisiones vinculantes emitidas por las JDD no son finales en tanto una de las partes inicie el arbitraje. Estas adquieren la calidad de decisión final conforme a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 18.1° del Reglamento.

Las recomendaciones emitidas por la JRD no son vinculantes y sólo deberán ser cumplidas en caso las partes así lo deseen, salvo lo dispuesto en el último párrafo del artículo 18.2° del Reglamento.

Cuando el presente Reglamento se aplique para contratación pública, sólo se podrá optar por una JDD. La referencia en el contrato a una JRD, se entenderá por no puesta y se interpretará como una JDD, sea permanente o ad-hoc, según hayan determinado las partes.

*SECCIÓN II***CONFORMACIÓN DE UNA JUNTA DE RESOLUCIÓN
DE DISPUTAS****Artículo 4°****Designación de él o los miembros de la JD**

Las partes designarán a él o los miembros de la JD conforme a las estipulaciones del contrato o, en su defecto, conforme al presente Reglamento.

Cuando las partes hayan acordado la conformación de una JD de acuerdo al presente Reglamento, pero no hayan convenido el número de miembros, éste estará compuesto por un único miembro.

Cuando las partes acuerden que la JD —sea Permanente o Ad hoc— se componga de un único miembro, éste será designado por el Centro, a través de su Dirección, en un plazo de cinco (5) días a partir del día siguiente de la solicitud de cualquiera de las Partes.

Cuando las partes hayan acordado la conformación de una JD —sea Permanente o Ad hoc— compuesta por tres (3) miembros, cada parte designará a uno en un plazo de cinco (5) días siguientes a la firma del contrato y de la lista de adjudicadores del Centro. El miembro de la JD designado por cada parte, tendrá un plazo de cinco (5) días para aceptar la designación o no. El tercer miembro será designado por el Centro, a través de su Dirección, en un plazo de cinco (5) días a partir del día siguiente de la solicitud de cualquiera de las partes. El tercer miembro de la JD ejercerá las funciones de presidente.

En los casos de JD Ad hoc cada parte deberá informar al Centro sobre la aceptación del miembro designado por ella una vez ocurrida esta.

Cuando algún miembro de la JD deba ser sustituido por causa de incapacidad física o mental, sea temporal o permanente, fallecimiento, cuestionamiento a su imparcialidad, independencia o en caso de renuncia, el nuevo miembro será designado por la parte respectiva o en su defecto por el Centro, a través de su Dirección, en un plazo de cinco (5) días a partir del día siguiente de la solicitud de cualquiera de las partes o de culminado el procedimiento de evaluación realizado por el Centro.

Mientras no haya sido sustituido un miembro de la JD, los otros dos (2) miembros de se abstendrán de realizar audiencias o de emitir decisiones o recomendaciones, salvo acuerdo de las partes.

Al designar a un miembro de la JD, el Centro examinará las cualidades y competencias del candidato según las circunstancias del caso, su disponibilidad, conocimientos, especialización, entre otros. Asimismo, el Centro tendrá en cuenta las observaciones, comentarios o peticiones expresadas por las partes, y procederá a designar al miembro de su registro. El miembro de la JD designado por el Centro, a través de su Dirección, tendrá un plazo de cinco (5) días para aceptar la designación o no.

Antes del inicio de las actividades de la JD, cada uno de los miembros debe firmar un contrato de servicios con las partes. Salvo pacto en contrario, si la JD está compuesta por tres (3) miembros, cada contrato debe contener sustancialmente los mismos términos y condiciones.

En cualquier momento las partes, actuando conjuntamente y previa notificación con catorce (14) días de anticipación, tendrán derecho a resolver el contrato de uno o más de los miembros de la JD, sin expresión de causa y sin incurrir en mayor responsabilidad que el pago de los honorarios pendientes de pago por los servicios prestados hasta la fecha de resolución.

En cualquier momento un miembro de la JD, previa notificación con catorce (14) días de anticipación, tendrán derecho a resolver su contrato con las partes, sin expresión de causa y sin mayor responsabilidad que devolver los honorarios pagados por servicios no prestados.

SECCIÓN III

OBLIGACIONES DE LOS MIEMBROS DE LA JUNTA DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS

Artículo 5°

Independencia

Todos los miembros de la JD deben ser y permanecer independientes e imparciales de las partes, quedando obligados a informar dentro de los cinco (5) días de haber sido notificados con su designación todo hecho o circunstancia, que desde el punto de vista de las Partes, pudiera poner en duda su independencia o imparcialidad.

Si cualquiera de las partes cuestiona la independencia o imparcialidad de un miembro de la JD, aquella dispone de un plazo de cinco (5) días contados a partir del conocimiento de los hechos que motivan dicho cuestionamiento para presentar al Centro una solicitud de cese de funciones de dicho miembro, la que incluirá una exposición escrita de los hechos en cuestión. El Centro, a través de su Dirección, decidirá si aprueba o no la solicitud, después de haberle dado la oportunidad de expresarse al miembro cuestionado, así como a los demás miembros de la JD y a la otra parte. Esta decisión será inimpugnable.

En caso el Centro tome conocimiento de cualquier hecho que ponga en duda la independencia o imparcialidad de uno de los miembros de la JD, deberá informarlo a las partes.

Ante la presentación al Centro de una solicitud de cuestionamiento de independencia o imparcialidad en contra de un miembro, éste tiene la posibilidad de renunciar al cargo en cuyo caso el nuevo miembro de la JD será nombrado conforme al mismo procedimiento utilizado para designar al que sustituye.

En caso el miembro cuestionado no renuncie y la solicitud de cese de funciones sea declarada fundada por el Centro, el nuevo miembro de la JD será nombrado conforme al mismo procedimiento utilizado para designar al que sustituye.

Artículo 6°

Funciones de la JD y confidencialidad

Al aceptar su nombramiento, los miembros de la JD se comprometen a desempeñar sus funciones conforme al presente Reglamento.

Cualquier información obtenida por un miembro de la JD en el ámbito de sus actividades será confidencial, y éste no podrá revelarla salvo que fuera autorizado por escrito por ambas partes, o que fuera requerido por un órgano jurisdiccional o autoridad competente.

Ningún miembro de la JD podrá participar en un procedimiento judicial o arbitral relativo a una controversia sometida a su decisión o recomendación, sea en condición de juez, árbitro, testigo, experto, representante o consejero de una parte, salvo acuerdo de las partes.

Artículo 7°

Deber de información

Las partes se obligan a cooperar con la JD y facilitarle toda la información que requiera.

En el caso de JD permanentes, tan pronto como esté conformada, las partes se obligan a cooperar con la JD para asegurar que esté plenamente informada acerca del contrato y de su ejecución. Las partes se asegurarán de mantener informada a la JD del desarrollo de las actividades del proyecto durante la vigencia de la JD y de cualquier desacuerdo que pudiera sobrevenir durante la ejecución del mismo.

Las partes y los miembros de la JD permanente deben acordar la naturaleza, forma y frecuencia de los informes de seguimiento que deben enviarse a la JD. Asimismo, la JD podrá solicitar a cualquiera de las partes información relativa al proyecto para cumplir con sus funciones. Ante la ausencia de pacto esta información deberá ser proporcionada a la JD cada catorce (14) días y debe ser enviada por los representantes de cada parte.

De igual manera, en el caso de JD ad-hoc, las partes se obligan a cooperar con la JD y facilitarle toda la información sobre la controversia específica sometida a su conocimiento dentro de los siete (7) días siguientes a la notificación de su constitución.

Si la JD lo solicita, las partes están obligadas a facilitar durante las reuniones y las visitas al sitio de ejecución del proyecto, un espacio de trabajo apropiado, alojamiento, medios de comunicación, así como cualquier equipo de oficina e informático que permita a la JD desempeñar adecuadamente sus funciones.

Artículo 8°

Reuniones y visitas al sitio

8.1 En el caso de JD permanentes, al inicio de sus actividades la JD deberá, después de haber consultado a las partes, fijar un calendario de reuniones y visitas periódicas al sitio de ejecución del proyecto, este calendario será de obligatorio cumplimiento. Las reuniones y visitas al sitio deben ser lo suficientemente frecuentes con el fin de

que la JD se mantenga informada de la ejecución del proyecto y/o contrato y de cualquier desacuerdo o controversia desde el momento inicial. Durante sus visitas a la obra las partes están obligadas a otorgar a la JD todas las facilidades para que conozcan el desarrollo del proyecto.

Durante las reuniones o las visitas programadas al sitio donde se ejecuta el proyecto, la JD deberá analizar con las partes la ejecución del contrato así como identificar los puntos de cualquier probable o posible desacuerdo con el ánimo de prevenirlo.

8.2 En el caso de JD ad-hoc, tan pronto como esté conformada, la JD deberá, después de haber consultado a las partes, fijar un calendario de reuniones y visitas al sitio de ejecución del contrato si lo considera necesario para efectos de cumplir con la finalidad para la cual fue designada. Este calendario será de obligatorio cumplimiento.

8.3 Tanto en el caso de JD permanentes como ad-hoc, las partes deberán participar en todas las reuniones y las visitas al sitio de ejecución del proyecto que efectúe la JD. En caso de ausencia de una de las partes, la JD puede llevar a cabo dicha reunión o visita debiendo informar a la parte ausente, los resultados o conclusiones de la reunión y/o visita dentro de los siete (7) días siguientes de producida. En caso de ausencia de un miembro de la JD, los demás miembros podrán decidir la procedencia de la reunión o la visita.

Las visitas se realizan en el lugar o lugares de ejecución del proyecto. Las reuniones pueden celebrarse en cualquier lugar pactado por las partes y la JD. En caso de desacuerdo sobre el lugar de la reunión, ésta se llevará a cabo en el lugar fijado por la JD.

Cualquiera de las partes puede solicitar una o más reuniones o visitas adicionales al sitio donde se ejecuta el proyecto, a las programadas, con una anticipación no menor de siete (7) días.

Después de cada reunión o de cada visita al sitio donde se ejecuta el proyecto, la JD elaborará un informe, incluyendo la lista de personas presentes, el cual deberá ser notificado a las partes dentro de los siete (7) días siguientes a la reunión o visita al sitio, según corresponda.

Artículo 9°

Comunicaciones escritas

Toda comunicación entre las partes y la JD se realizará a través del Centro. El Centro esté a cargo de las comunicaciones, deberá retransmitir inmediatamente las comunicaciones que reciba y llevar el control del archivo. Dentro del Centro el órgano responsable de tramitar las comunicaciones es la Secretaría General.

El Centro efectuará las comunicaciones a las direcciones señaladas por las partes. Los cambios de dirección surtirán efectos desde el día siguiente de recibida la respectiva notificación por el Centro. Las partes deberán proporcionar copias suficientes de todos los documentos que remitan al Centro para cada parte y para cada miembro de la JD.

Una comunicación se considerará efectuada el día en que haya sido recibida en físico por el destinatario señalado o por su representante. Todas las comunicaciones formales deberán efectuarse en físico; sin perjuicio de lo cual, las mismas pueden adelantarse por vía electrónica.

Los plazos especificados en este Reglamento o fijados de conformidad con el mismo, comenzarán a correr el día siguiente a aquél en que una comunicación se haya efectuado según lo dispuesto en el párrafo anterior. Cuando el día siguiente de la recepción fuere día feriado o inhábil en la ciudad del destinatario, el plazo se computará a partir del primer día hábil siguiente. Los días feriado o inhábiles se incluyen en el cómputo de los plazos. En el supuesto que el último día del plazo coincida con un día feriado o inhábil en la ciudad del destinatario de una comunicación, el plazo vencerá al final del primer día hábil siguiente.

*SECCIÓN IV***ACTIVIDADES DE LA JUNTA DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS****Artículo 10°****Inicio y fin de las actividades de la JD**

La JD inicia sus actividades una vez suscrita el Acta de Inicio de Funciones, la cual será firmada por todos sus miembros y un representante del Centro. Esta será suscrita luego de la aceptación al cargo del último o único miembro de la JD, sea permanente o Ad hoc.

El Acta de Inicio de Funciones contendrá un calendario preliminar de reuniones y visitas periódicas al lugar de ejecución del contrato, el cual podrá ser modificado conforme se especifica en el artículo 8° del presente Reglamento. El calendario final deberá ser notificado a las partes en un plazo máximo de catorce (14) días de suscrita esta Acta.

Salvo acuerdo en contrario, la JD pondrá fin a sus actividades dentro de los siete (7) días siguientes de recibir comunicación escrita de las partes informando su decisión conjunta de disolver la JD.

Cada controversia surgida después de la disolución de la JD será resuelta directa y definitivamente mediante arbitraje administrado por el Centro conforme a su reglamento de arbitraje, salvo que las partes hayan dispuesto algo distinto.

Artículo 11°**Facultades de la JD**

El procedimiento ante la JD se rige por el presente Reglamento y, a falta de disposición expresa, la JD podrá establecer las reglas más adecuadas para su desarrollo. En ausencia de acuerdo entre las partes, la JD está facultada para determinar el idioma del procedimiento; requerir a las par-

tes que aporten cualquier documento que juzgue necesario para emitir sus decisiones o recomendaciones; convocar reuniones, visitar el sitio de ejecución del proyecto y realizar todas las audiencias que considere necesario; decidir sobre las cuestiones relativas al procedimiento que surjan durante las reuniones; interrogar a las partes, a sus representantes y a cualquier testigo que considere pertinente; y tomar las medidas necesarias para el ejercicio de sus funciones.

La JD puede tomar medidas para proteger los secretos comerciales y las informaciones confidenciales.

Cuando sean más de dos las partes en el contrato, la aplicación del presente Reglamento se puede adaptar del modo más apropiado a una situación de pluralidad de partes, por acuerdo de todas ellas, a falta de tal acuerdo, será decidido por la JD.

Artículo 12°

Función Consultiva

A petición de ambas partes, una JD permanente puede ejercer función consultiva con la finalidad de prevenir futuras controversias que puedan surgir durante la ejecución del proyecto o contrato. Dicha función consistirá en emitir una opinión no vinculante y no sujeta a las disposiciones que regulan las recomendaciones que emiten las JRD. La finalidad de dicha labor será proveer a las partes una opinión neutral sobre algún aspecto que pueda ser motivo de futura controversia o que las Partes deseen dilucidar por cualquier motivo. Esta atribución consultiva puede generarse durante cualquier reunión o visita al sitio de ejecución del proyecto dejando constancia por escrito de la solicitud de las partes.

Para el ejercicio de esta función consultiva, la JD puede llevar a cabo reuniones conjuntas o separadas con una de las partes previo consentimiento por escrito de la otra. La JD debe asegurarse de registrar por escrito cualquier reunión que sostenga con una o con ambas partes.

Cuando se solicita que la JD emita una Decisión o Recomendación acerca de una controversia o un aspecto determinado sobre el cual ha prestado asistencia consultiva, la JD no queda vinculada por las opiniones que haya expresado mientras ejerció dicha función.

Artículo 13°

Sumisión formal de las controversias a una Decisión o Recomendación

Para someter una controversia a la JD, una de las partes debe presentar a la Secretaría General del Centro una petición escrita dirigida a la JD que incluya: una descripción clara y concisa de la naturaleza y de las circunstancias de la controversia; una lista de peticiones que serán sometidas a decisión o recomendación de la JD y una presentación de la posición de la parte que formula estas cuestiones; cualquier sustento que fundamente la posición como documentos, planos, cronogramas o programas de actividades, correspondencia, etc.

Para todos los efectos, la fecha de recepción de la petición escrita, será considerada como la fecha de inicio de la sumisión formal de la controversia a la JD.

Las partes son libres de llegar a un acuerdo sobre la controversia en cualquier momento mediante negociación con o sin ayuda de la JD.

Las partes son libres de presentar una petición conjunta de decisión o recomendación.

Las partes, la JD y el Centro podrán acordar por escrito que la JD varíe su modalidad respecto de una determinada controversia, siempre en el marco del presente Reglamento. En tal sentido, excepcionalmente se podrá acordar que una JDD emita una recomendación o que una JRD emita una decisión, en ambos casos sobre una determinada y específica controversia según se considere conveniente.

Artículo 14°**Contestación a la sumisión formal de controversia a la JD**

La parte que contesta la sumisión formal de la controversia a la JD, debe hacerlo por escrito dentro de los siete (7) días siguientes a la recepción de la petición formulada. La contestación debe incluir: Una presentación clara y concisa de la posición de la parte que contesta respecto de la controversia; cualquier sustento que fundamente su posición como documentos, planos, cronogramas o programas y correspondencia que resulte pertinente.

En cualquier momento la JD puede solicitar a cualquiera de las partes que presenten otros escritos o documentos adicionales que lo ayuden a preparar su decisión o recomendación. La JD debe comunicar por escrito a las partes cada una de estas solicitudes.

Artículo 15°**Organización y conducción de las audiencias**

Luego del intercambio de la sumisión formal y de la contestación, la JD convocará a una audiencia en la que fijarán los puntos que se someten a su evaluación y decisión o recomendación.

En esta audiencia cada parte expondrá su posición, salvo que las partes y la JD acuerden que no haya dicha audiencia. La audiencia se celebrará dentro de los veintiún (21) días siguientes a la recepción de la contestación a la petición de la sumisión de la controversia a la JD. Esta audiencia se celebrará en presencia de todos los miembros de la JD y un representante del Centro, salvo que éste decida, conforme a las circunstancias y previa consulta a las partes, que es posible llevar a cabo una audiencia en ausencia de uno de los miembros.

Si alguna de las partes se rehúsa o se abstiene de participar en el procedimiento de la JD o en cualquier etapa de éste, la JD procederá con su cometido no obstante la renuencia de dicha parte.

La JD tendrá la plena dirección de las audiencias y se asegurará que cada parte tenga la oportunidad suficiente para exponer su caso y defenderse.

Las partes comparecerán personalmente o a través de sus representantes designados para tal fin.

Salvo que la JD decida lo contrario, la audiencia se desarrollará de la manera siguiente: Presentación del caso, por la parte solicitante seguida por la parte que responde; indicación de la JD a las partes de las cuestiones que requieren mayores aclaraciones para su dilucidación; aclaración por las partes de las cuestiones identificadas por la JD; contestación de cada parte a las aclaraciones presentadas por la otra parte. La JD estará facultada para citar a testigos, expertos, peritos o requerir se actúe cualquier prueba que considere conveniente o necesario.

Asimismo, esta audiencia podrá realizarse en una o más sesiones, las cuales deberán realizarse en un plazo no mayor a catorce (14) días contados desde la fecha de realización de la primera sesión.

La JD puede solicitar a las partes que faciliten sumarios escritos de sus declaraciones. Las partes podrán presentar dichos sumarios por iniciativa propia en caso que la JD no los solicite.

La JD puede deliberar en cualquier lugar que considere apropiado antes de emitir su decisión o recomendación.

*SECCIÓN V***DECISIONES Y RECOMENDACIONES DE LA
JUNTA DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS****Artículo 16°****Plazo para emitir una Decisión o Recomendación**

La JD emitirá su Decisión o Recomendación dentro de los catorce (14) días siguientes a la fecha de conclusión de la última o única sesión de la audiencia referida en el artículo 15° de este Reglamento. La JD podrá prorrogar este plazo por un máximo de siete (7) días adicionales, cuando lo estime conveniente de manera discrecional.

Artículo 17°**Corrección y Aclaración de las Decisiones o Recomendaciones**

La JD puede corregir de oficio cualquier error tipográfico, de cálculo o de naturaleza similar que contenga la decisión o recomendación, en un plazo de siete (7) días desde su notificación a las partes.

Cualquiera de las partes puede solicitar a la JD la corrección de los errores descritos en el párrafo anterior o bien la aclaración de una decisión o recomendación. Dicha solicitud debe presentarse dentro de los siete (7) días siguientes a la fecha de recepción de la decisión o recomendación por dicha Parte.

Cuando la JD reciba una solicitud de este tipo, la JD concederá a la otra parte un plazo no mayor de siete (7) días, contados a partir de la fecha de recepción de dicha solicitud por esta parte, para que formule sus comentarios. Toda corrección o aclaración de la JD debe emitirse en el plazo de siete (7) días siguientes a la fecha de expiración del plazo otorgado a la otra parte para la recepción de sus comentarios.

Artículo 18°**Cumplimiento de la Decisión o Recomendación de la JD**

- 18.1 La Decisión que emita una JDD es vinculante y por tanto de inmediato y obligatorio cumplimiento para las partes una vez sea notificada a las partes y vencido el plazo para su corrección o aclaración, o una vez corregida o aclarada la Decisión de ser pertinente.

Las partes deben cumplir la Decisión sin demora aún cuando cualquiera de ellas haya manifestado su desacuerdo a la Decisión y haya sometido la controversia a la vía arbitral.

Si cualquiera de las partes no cumple con la Decisión de la JDD, desde el día siguiente de su notificación o aquel que ésta determine, dicho incumplimiento será considerado un incumplimiento grave del contrato que facultará a la parte afectada a recurrir a los remedios contractuales pertinentes. En el caso de contratos de obra, el comitente o propietario quedará facultado para ejecutar la carta fianza de fiel cumplimiento y/o resolver el contrato. En el caso del contratista, quedará facultado a suspender los trabajos y/o resolver el contrato. En caso se opte por resolver el contrato, deberá cursarse una comunicación notarial otorgando a la otra parte un plazo de siete (7) días para que subsane su incumplimiento bajo apercibimiento de resolución. Las partes podrán acordar otras medidas coercitivas en caso de incumplimiento.

Cualquiera de las partes que se encuentre en desacuerdo total o parcial con una Decisión vinculante debe, dentro de un plazo de siete (7) días de notificada enviar a la otra parte y a la JD una comunicación escrita manifestando las razones de su desacuerdo y su intención de someter la controversia a arbitraje. El arbitraje debe ser iniciado como máximo veintiocho (28) días luego de notificada la Decisión. En caso que la controversia sea sometida a

arbitraje, el Tribunal Arbitral tendrá plenas facultades para revisar, cuestionar y decidir sobre la controversia, sin estar vinculado o restringido por la Decisión de la JD.

Dentro del arbitraje la parte desfavorecida por la Decisión podrá demandar el reembolso de los costos que haya tenido que asumir al cumplir la Decisión de la JD si es que el Tribunal Arbitral la revoca total o parcialmente.

Si ninguna de las Partes comunica por escrito a la otra y a la JD su desacuerdo total o parcial con la Decisión en el plazo de siete (7) días contados a partir de su comunicación o si, habiéndolo comunicado, no se inicia el respectivo arbitraje como máximo veintiocho (28) días luego de notificada la Decisión, la misma pasará a tener el carácter final y vinculante para las partes, y genera el derecho de la Parte interesada de solicitar su ejecución en la vía arbitral.

- 18.2 La recomendación que emita una JRD no será vinculante salvo que las partes manifiesten estar de acuerdo con ella.

Cualquiera de las partes que se encuentre en desacuerdo total o parcial con una Recomendación debe, dentro de un plazo de siete (7) días de notificada, enviar a la otra parte y a la JRD una comunicación escrita manifestando las razones de su desacuerdo y su intención de someter la controversia a arbitraje. El arbitraje debe ser iniciado como máximo veintiocho (28) días luego de notificada la Recomendación.

En caso que la controversia sea sometida a arbitraje, el Tribunal Arbitral tendrá plenas facultades para revisar, cuestionar y decidir sobre la controversia, sin estar vinculado o restringido por la Recomendación de la JRD.

Si ninguna de las partes comunica por escrito a la otra y a la JRD su desacuerdo total o parcial con la Recomendación, en el plazo de siete (7) días contados a partir de su notificación o si, habiéndolo comunicado, no se inicia el respectivo arbitraje como máximo veintiocho (28) días luego de notificada la Recomendación, ésta adquirirá carácter final y vinculante para las Partes y genera el derecho de la Parte interesada de solicitar su ejecución en la vía arbitral.

Artículo 19°

Contenido de una Decisión o Recomendación

Las decisiones y recomendaciones deben indicar la fecha de su emisión, exponer los fundamentos y conclusiones que las motivan. Las decisiones y recomendaciones deben incluir, por lo menos y sin seguir necesariamente el mismo orden: Un resumen de la controversias, de las posiciones respectivas de las partes y de los pedidos que se solicitan; un resumen de las disposiciones pertinentes del contrato; una cronología de los hechos relevantes; un resumen del procedimiento seguido por la JD, y una lista de los escritos y de los documentos entregados por las Partes durante el procedimiento; y, finalmente la decisión o recomendación de manera clara.

En el caso de las decisiones, la JDD debe redactar la misma de tal manera que sea ejecutable en la práctica por las partes, previendo cualquier posible complicación o duda que pueda generar su aplicación.

En el caso de las recomendaciones, la JRD debe redactar la misma de tal manera que sea ejecutable en la práctica por las partes en caso que devenga en final y vinculante, previendo cualquier posible complicación o duda que pueda generar su aplicación.

Artículo 20°**Adopción de la Decisión o Recomendación**

En caso que la JD esté conformada por tres (3) miembros, las decisiones o recomendaciones son adoptadas con el voto favorable de dos (2) miembros. A falta de mayoría, el voto del presidente de la JD será dirimente. El miembro de la JD que no esté de acuerdo con la decisión o recomendación debe exponer las razones que motivan su desacuerdo en un informe escrito por separado que no forma parte de la decisión o recomendación, pero que se comunica a las partes conjuntamente. El hecho de que un miembro de la JD no motive su desacuerdo no constituye un obstáculo para la emisión de la decisión o recomendación ni para su eficacia.

*SECCIÓN VI***CIRCUNSTANCIAS QUE HABILITAN EL ARBITRAJE****Artículo 21°****Circunstancias que habilitan el Arbitraje**

El agotamiento del procedimiento ante la JD es un presupuesto de arbitrabilidad. Por lo tanto, los árbitros no podrán dar inicio a un proceso arbitral en tanto las partes no hayan agotado dicho procedimiento previo.

Sin embargo, las partes quedarán habilitadas para el inicio de un arbitraje, en tanto por cualquier razón, la JD no haya podido ser conformada; o si la JD no emite su Decisión o Recomendación en el plazo previsto en el presente Reglamento; o si la JD se disuelve conforme al Reglamento antes de la emisión de una Decisión o Recomendación. En estas circunstancias la controversia se resolverá definitivamente mediante arbitraje, según lo acordado las partes.

*SECCIÓN VII***HONORARIOS DE LOS MIEMBROS DE LA
JUNTA DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS****Artículo 22°****Disposiciones Generales**

Las partes asumirán en partes iguales todos los honorarios y gastos de los miembros de la JD.

Salvo acuerdo en contrario, cuando sean tres los miembros de la JD éstos recibirán en partes iguales los mismos honorarios por su labor.

Los honorarios serán fijados conforme a los alcances del presente Reglamento y Directivas que emita el Centro al respecto.

Artículo 23°**Honorarios mensuales**

En el caso de JD permanente, los miembros podrán recibir honorarios mensuales.

Salvo acuerdo en contrario, cada miembro de la JD recibirá los honorarios mensuales durante el tiempo que dure su designación. Dichos honorarios serán determinados en función de: Disponibilidad para asistir a todas las reuniones de la JD con las partes y a todas las visitas al sitio; disponibilidad para asistir a las reuniones internas de la JD; por el estudio del contrato y seguimiento de su ejecución; estudio de los informes de seguimiento y de la correspondencia aportada por las partes en el marco de la actividad de la JD; y otros gastos generales ocasionados por el miembro en su lugar de residencia.

Salvo estipulación en contrario, los honorarios mensuales serán pagaderos desde la fecha de la firma del inicio de actividades hasta la terminación de sus funciones.

Las partes pueden acordar pagar a los miembros de la JD un honorario mensual base por sus labores de asistencia consultiva y un incremento al honorario base en caso deba emitir una Decisión o Recomendación.

Artículo 24°

Honorarios diarios

Las partes pueden acordar también el pago de honorarios diarios a cada uno de los miembros de la JD, en especial para los casos ad-hoc, que permitirán cubrir el tiempo dedicado al ejercicio de las siguientes actividades: Reuniones y visitas al sitio; audiencias; tiempo de desplazamiento; reuniones internas de la JD; estudio de los documentos entregados por las partes durante los procedimientos; preparación de la decisión o recomendación; y actividades de coordinación y de organización del funcionamiento.

Artículo 25°

Gastos de desplazamiento y otros

Salvo estipulación en contrario, los gastos razonables y documentados en que incurran los miembros de la JD en el marco de su labor, en cualquier sitio, ya sea relativos a desplazamientos locales, viajes por vía terrestre, aérea u otra, alojamiento, alimentación, llamadas de teléfono local o de larga distancia, gastos de fax y de mensajería, fotocopias, correos, gastos de visado, etc. serán reembolsados tomando como base su costo real.

Artículo 26°**Impuestos y contribuciones**

Salvo estipulación en contrario, los honorarios que reciban los miembros de la JD estarán sujetos a los tributos que impone la legislación aplicable.

Artículo 27°**Modalidades de Pago**

En el caso de JD permanentes, salvo acuerdo en contrario, los honorarios mensuales se facturarán y se pagarán trimestralmente por anticipado.

En el caso de JD ad-hoc, salvo acuerdo en contrario, las partes pagarán un adelanto, el cual será acordado con los miembros de la JD. Los honorarios diarios y los gastos reembolsables se facturarán y se pagarán mediante valorizaciones mensuales.

Las facturas o recibos de los miembros de la JD se pagarán dentro de los catorce (14) días siguientes a su recepción. En caso las partes tengan alguna observación sobre alguna factura o recibo, deberán pagar la parte sobre la cual no tienen objeción mientras revisan con el/los miembros de la JD la parte sobre la cual tienen observaciones.

A falta de pago por una de las partes de su cuota de honorarios y de gastos en el plazo de los catorce (14) días siguientes a la recepción de la factura de un miembro de la JD, éste, sin perjuicio de otros derechos que le asistan, podrá suspender su labor después del envío de una notificación de suspensión a las partes y a los demás miembros de la JD. Dicha suspensión permanecerá en vigor hasta la recepción del pago íntegro de todos los importes pendientes, más el interés que corresponda.

A falta de pago por una de las partes, cuando le sea requerido, de su cuota de honorarios y gastos a uno de los miembros de la JD, la otra parte puede, sin renunciar a sus derechos, liquidar el importe pendiente de pago. La parte que realiza este pago tiene el derecho, sin perjuicio de otros que le asistan, de exigir a la Parte deudora el reembolso de todos los importes pagados, más el interés que corresponda.

SECCIÓN VIII

GASTOS ADMINISTRATIVOS DEL CENTRO

Artículo 28°

Gastos administrativos

El Centro fijará su retribución por los servicios prestados conforme a las tarifas que establezca conforme a sus directivas internas.

A dicha retribución se le sumará los gastos en que incurra, los cuales deberán ser reembolsados por las partes. Los gastos administrativos del Centro incluyen los gastos relativos a la organización y administración del procedimiento de la JD. Estos gastos pueden ser reajustados dependiendo de actuaciones adicionales requeridas.

La retribución del Centro y los gastos reembolsables serán asumidos por las partes en partes iguales y deberán ser pagados dentro de los catorce (14) días siguientes a la recepción de la factura respectiva. En caso las partes tengan alguna observación sobre alguna factura o recibo, deberán pagar la parte sobre la cual no tienen objeción mientras revisan con el Centro la parte sobre la cual tienen observaciones.

En caso de falta de pago por una de las partes de la retribución o gastos del Centro en el plazo de los catorce (14) días siguientes a la recepción de la factura respectiva, el Centro, sin perjuicio de otros derechos que le

asistan, podrá suspender su labor después del envío de una notificación de suspensión a las partes y a los miembros de la JD. Dicha suspensión permanecerá en vigor hasta la recepción del pago íntegro de todos los importes pendientes, más el interés que corresponda.

Cuando una de las partes no pague su cuota de la retribución y/o los gastos administrativos al Centro, la otra parte podrá abonar el importe íntegro de la retribución y/o los gastos administrativos, con cargo a ser reembolsado por la otra parte en su oportunidad, más el interés que corresponda.

DISPUTE BOARD RULES
CENTER FOR CONFLICT ANALYSIS AND RESOLUTION
PONTIFICAL CATHOLIC UNIVERSITY OF PERU

PRESENTATION

The Center for Conflict Analysis and Resolution of the Pontifical Catholic University of Peru presents to the legal and construction community its Dispute Board Rules, consistent to our commitment to strengthen social peace through an efficient conflict management.

These Rules are a pioneer initiative in our country because it provides rules for adopting the named «Dispute Boards» as a controversy resolution mechanism in construction contracts, these rules have been successfully used in other latitudes of the world since it is a pre-arbitral mechanism for dispute resolution that is adapted to the conflictive nature of construction; therefore, it prevents the conflict from occurring and at the same time it helps solving it.

Moreover, it is consistent with the temporary nature of construction since it offers a conflict resolution during the execution of works which helps finishing the work within the deadline required by the owner and the timely payment to the contractor.

In this line, we are confident that its use and implementation in our country, by adapting the suggested standard clauses, shall help an efficient construction contract and its conflict management.

It is worth mentioning that this system is not aimed at competing to arbitration which has been successfully carried out in our country, but to be an ally, a kind of filter in order to unencourage arbitration so the conflict can be promptly solved by the Board, or in other words, that arbitration is used only if necessary, when arbitration has a strongly important resolution role pursuant to its scopes and goals. In this sense,

the Dispute Board and Arbitration are meant to be complementary as shown in our standard clauses.

We have to highlight that Gustavo Paredes, Eric Franco, Jaime Gray, Martin Lazo, Ives Becerra, Humberto Arrese, PhDs, as well as Carlos Lopez, Engineer, have highly contributed to the scopes and virtues of the Rules.

Finally, we have to thank for the sponsoring given by the Society of Construction Law to our Rules. We are hugely honored for having its support, which shows the recognition to our will to innovate and improve the controversy resolution systems, as well as, it is a vote of confidence for this system that embraces the «Dispute Boards» and the benefits for the construction industry.

CESAR GUZMAN-BARRON SOBREVILLA, PHD
DIRECTOR

TABLE OF CONTENTS

STANDARD DISPUTE DECISION BOARD CLAUSE

STANDARD DISPUTE REVIEW BOARD CLAUSE

DISPUTE BOARD RULES

EXPLANATORY NOTE

PRELIMINARY TITLE

SECTION I

General Scopes

SECTION II

Constitution of the Dispute Board

SECTION III

Obligations of the Dispute Board Members

SECTION IV

Activities of the Dispute Board

SECTION V

Decisions and Recommendations of the Dispute Board

SECTION VI

Circumstances Leading to Arbitration

204

SECTION VII

Compensation of the Dispute Board Members

SECTION VIII

Administrative Expenses of the Center

STANDARD DISPUTE DECISION BOARD CLAUSE

The parties agree, for settling all controversies derived from or related to the contract, to constitute a Standing/Ad-Hoc Dispute Decision Board (hereinafter called DDB) pursuant to provisions contained in the Center for Conflict Analysis and Resolution's Rules of the Pontifical Catholic University of Peru (hereinafter called the Center) which is an integrating part of this clause.

The DDB shall be composed of one/three members pursuant to this contract, or in the absence thereof, according to provisions contained in the Center's Rules.

All controversies arising between the parties from this contract or related to it shall be submitted, first, to the DDB's decision pursuant to the Center's Rules.

Decisions issued by the DDB shall be binding and therefore shall be immediately complied with. In the event that any party fails to meet the DDB's decision, from the next day after notification or within the time limit established by the DDB, it shall be deemed a gross breach of contract.

In the case that any party disagrees with the DDB's decision or in the occurrence of those circumstances described in the Center's Rules, and without prejudice of the above paragraph, the parties may submit the controversy to arbitration administrated by the Center pursuant to the respective arbitration agreement. The parties agree that having previously concluded the procedure before the DDB is a mandatory condition to initiate arbitration.

If the controversy settled by a DDB's Decision is not submitted to arbitration, it becomes final in accordance with the terms of the Rules. Failure to meet the DDB's decision, in these cases, enables the other party to request its execution through arbitration.

STANDARD DISPUTE REVIEW BOARD CLAUSE

The parties agree, for settling all controversies derived from or related to the contract, to constitute a Standing/Ad-Hoc Dispute Review Board (hereinafter called DRB) pursuant to provisions contained in the Center for Conflict Analysis and Resolution's Rules of the Pontifical Catholic University of Peru (hereinafter called the Center) which is an integrating part of this clause.

The DRB shall be composed of one/three members pursuant to this contract, or in the absence thereof, according to provisions contained in the Center's Rules.

All controversies arising between the parties from this contract or related to it shall be submitted, first, to the DRB's decision pursuant to the Center's Rules.

Recommendations issued by DRB shall not be binding unless they become final.

In the case that any party disagrees with the DRB's decision or in the occurrence of those circumstances described in the Center's Rules, and without prejudice of the above paragraph, the parties may submit the controversy to arbitration administrated by the Center pursuant to the respective arbitration agreement. The parties agree that having previously concluded the procedure before the DRB is a mandatory condition to initiate arbitration.

If the controversy settled by a DRB Recommendation is not submitted to arbitration, it becomes binding and final in accordance with

the terms of the Center's Rules. Failure to meet the DRB Recommendation, in these cases, shall be deemed a gross breach of contract and enables the other party to request its execution through arbitration.

DISPUTE BOARD RULES

EXPLANATORY NOTE

Contractual conflicts in engineering and construction projects areas require quick solutions that create an efficient cost-benefit balance. That is why, worldwide, the construction industry has been successfully using this means of alternative special conflict management in charge of a professional panel called “Dispute Boards”. In the country, this experience is scarce and wrongly understood, which has not allowed using its advantages in an efficient contractual conflict management.

Due to this demand embedded in the construction industry, it is indispensable to give a proper answer for a regulatory framework enabling the full development of Dispute Boards (hereinafter DB).

Furthermore, in Peru there was no a Center for Conflict Resolution providing services rendered by the DBs; therefore, the Center for Conflict Analysis and Resolution of the Pontifical Catholic University of Peru (hereinafter the Center) has developed such service and prepared this Dispute Board Rules (hereinafter the Rules).

The Rules are the outcome from the experience conducted by the Center and the revision from several rules available worldwide for conflict resolution through DB. In this sense, the Rules allow the Center to administrate conflict resolution procedures submitted to the DB and give users a regulatory framework adequate for such purpose. It is worth noting that the Rules have been prepared considering the Peruvian contractual context and social legal reality.

Each construction contract presents particular characteristics; therefore, these Rules propose two modalities of DB for conflict management:

First Modality: Dispute Decision Board (hereinafter DDB) that issues binding decisions.

Second Modality: Dispute Review Board (hereinafter DRB) that issues unbinding recommendations.

In both modalities, the DB may act permanently or ad-hoc depending on the agreement reached by the parties.

Two key criteria to classify the proposed modalities are: 1) If it is a binding decision after receipt of the notification sent by the DB or if it is an unbinding recommendation; and 2) if the DB is designated by the parties to act permanently during the entire project or if it shall be designed when a controversy arises.

Binding decisions must be complied by the parties after receipt of the notification sent by the DB. Failure to meet a decision is deemed a gross contractual breach. It is important to point out that binding decisions are not final, which enable the parties to initiate arbitration to finally settle the controversy. Nevertheless, pursuant to the Rules, there is a time limit for such purpose. In the event the time limit expires, the decision becomes final.

As stated by its name, recommendations issued by DRB are unbinding and the parties are free to meet them or if the recommendation becomes final due to the expiration of the time limit; finally, it is determined through arbitration. The parties have a time limit to initiate arbitration to settle the controversy matter of the recommendation. In the event such time limit expires, the recommendation becomes binding and final.

In the case this controversy resolution method is used in public contracts, the Rules only permit to adopt a DDB (with binding decisions) regardless whether standing or ad-hoc. In the private sector, the parties may choose any of these modalities as deemed convenient. The role of the DB must be understood as an essential component in the conventional conflict management system and not as a replacement for arbitral jurisdiction.

PRELIMINARY TITLE

Article I

Definition and Goal of the DB

The Dispute Boards (hereinafter DB) is a means of alternative conflict management which goal is that the parties avoid and/or efficiently and promptly settle their controversies during the execution term of the contract or project.

For the purposes of these Rules and application of the DB, the terms “contract” and “project” shall be indistinctively used as equivalent.

Article II

Types of DB

These Rules regulate two modalities of DB for conflict management:

First Modality: Dispute Decision Board (hereinafter DDB) that issues binding decisions.

Second Modality: Dispute Review Board (hereinafter DRB) that issues unbinding recommendations.

In both modalities, the DB may act permanently or ad-hoc depending on the agreement reached by the parties.

It is standing when its presence or the presence of the DB members is required from the commencement to the end of the project for a prolonged period.

It is ad-hoc when the parties agree to constitute a DB to issue a decision or recommendation to settle a specific controversy.

*SECTION I***GENERAL SCOPES****Article 1**
Scope of Application

These Rules shall be applied when the parties foresee in their contracts to submit to a DB the controversies arising between them from or related to the contract, under the administration of the Center for Conflict Analysis and Resolution of the Pontifical Catholic University of Peru (hereinafter the Center).

The Center shall be in charge of administrating the procedure(s) in the DB as well as to appoint its members, and of other administrative activities required.

These Rules are supplementary to the agreement between the parties which are free to regulate all aspects of the DB chosen by them.

Article 2
Agreements to Submit to the Rules

The parties shall include a submission clause to the DB at entering into the contract or through a later agreement in order to express their willing to be submitted to the administration and organization of the Center as well as to the provisions contained in these Rules.

Article 3

Dispute Board (DB)

The parties shall agree the modality of the DB to be submitted, which are: 1) Dispute Decision Board (hereinafter DDB) that issues binding decisions; or 2) Dispute Review Board (hereinafter DRB) that issues unbinding recommendations. In both cases, the parties can choose a standing or ad-hoc board.

In the event the parties do not chose the modality of the DB to be submitted, it shall be understood they are submitted to an ad-hoc DDB.

Decisions issued by the DDB are binding and must be immediately complied by the parties from the notifications are sent or within the time limit indicated by the Board. Failure to meet a decision is deemed a gross contractual fault. Decisions issued by the DDBs are not final if any party initiates arbitration. These become final pursuant to provisions contained in the last paragraph of article 18.1 of these Rules.

Recommendations issued by the DRB are unbinding and the parties are free to meet them unless provisions contained in the last paragraph of article 18.2 of these Rules.

When these Rules are applied to public contracts, a DDB shall be applied only. The reference to a DRB in a contract shall be held as not considered and shall be interpreted as a DDB, whether standing or ad-hoc as determined by the parties

*SECTION II***CONSTITUTION OF THE DISPUTE BOARD****Article 4****Appointment of DB Members**

The parties shall appoint the member(s) of the DB pursuant to stipulations of the contract, or in the absence thereof, according to these Rules.

When the parties have agreed the constitution of the DB pursuant to these Rules but the number of members has not been agreed, this shall be composed of a sole member.

When the parties have agreed that the DB —whether standing or ad-hoc— is composed of a sole member, this shall be appointed by the Center, through its Direction, within five (5) days from the next day any Party issues a request.

When the parties have agreed the constitution of the DB —whether standing or ad-hoc— composed of three (3) members, each party shall appoint one member within five (5) days after signing the contract and from the Center's adjudicator list. The DB member appointed by each party shall have to accept the appointment within five (5) days. The third member shall be appointed by the Center, through its Direction, within five (5) days from the next day any Party issues a request. The third DB member shall perform as the chairman.

In some cases concerning Ad-hoc DBs, each party shall inform the Center about the acceptance of a member appointed.

When any DB member shall be replaced due to physical or mental disability, whether temporary or permanent, decease, being alleged biased,

alleged lack of independence, or resignation; the new member shall be appointed by the respective party, or in the absence thereof, by the Center, through its Direction, within five (5) days from the next day any Party issues a request or after having finished the evaluation procedure conducted by the Center.

As long as a DB member has not been replaced, the other two (2) members shall not hold hearings or issue decisions or recommendations, unless otherwise agreed by the parties.

At appointing a DB member, the Center shall examine the candidate's qualities and competence according to the case circumstances, his/her availability, knowledge, specialization, among others. Moreover, the Center shall take into consideration the observations, comments or petitions expressed by the parties, and shall proceed to appoint the member from its registration. The DB member appointed by the Center, through its Direction, shall have five (5) days to whether or not accept the appointment.

Before beginning the activities of the DB, each one of the members must sign a service contract with the parties. Unless otherwise stated, if the DB is composed of three (3) members, each contract must mainly contain the same terms and conditions.

At any time, the parties, jointly acting and with a fourteen (14) day prior notice, shall have the right to terminate the contract of one or more members of the DB without expressing any ground and shall be liable only for paying the pending fees for services rendered until the termination date.

At any time, any DB member, with a fourteen (14) day prior notice, shall have the right to terminate the contract signed with the parties, without expressing any ground and shall be liable only for reimbursing the fees already paid corresponding to the non-rendered services.

SECTION III

OBLIGATIONS OF THE DISPUTE BOARD MEMBERS

Article 5 Independence

All DB members must be and must remain independent and unbiased regarding the parties, they are obliged to inform, within five (5) days after receiving the appointment notification, about any fact or circumstance that, according to the Parties' point of view, may challenge their independence or impartiality.

Should any party challenges a member on the basis of an alleged lack of independence or impartiality, such party counts with five (5) days of learning of the facts upon which the challenge is based, to file a request to the Center to cease such member's functions, including a written statement about the challenged facts. The Centre, through its Direction, shall finally decide the challenge after having given the challenged member as well as any other DB members and the other party an opportunity to comment on the challenge. This decision shall be unimpeachable.

In the event the Center is aware of any fact challenging any member's independence or impartiality, it must inform to the parties.

Upon submitting a request about challenging any member's independence or impartiality to the Center, such member may resign; in such case, a new DB member shall be appointed pursuant to the same procedure used to appoint the former member.

In the event a challenged member does not resign, and the request for ceasing such member's functions is declared founded by the Center, the

new DB member shall be appointed pursuant to the same procedure used to appoint the former member.

Article 6

Functions and Confidentiality of the DB

By accepting to serve, the DB members are committed to perform his/her functions pursuant to these Rules.

Any information obtained by the DB members related to his/her activities shall be confidential, and the members cannot disclose it unless authorized in writing by both parties, or when required by a legal body or competent authority.

No DB member can participate in an arbitration or legal proceeding related to a controversy submitted to his/her decision or recommendation, whether as a judge, arbitrator, witness, expert, representative or advisor of any party, unless otherwise agreed by the parties.

Article 7

Information Duty

The parties are obliged to cooperate with the DB and to facilitate any information required.

In the case of a standing DB, as soon as constituted, the parties are obliged to cooperate with the DB to ensure that it is fully informed about the contract and its execution. The parties shall ensure to keep the DB informed about the development of the project's activities during the DB term and about any disagreement that may arise during its execution.

The parties and the standing DB members must agree about the nature, form and frequency of the follow-up reports to be sent to the

DB. Moreover, the DB may request to any party information about the project in order to fulfill its functions. In the absence of agreement, such information must be provided to the DB every fourteen (14) days and must be sent by each party's representative.

Likewise, in the case of an ad-hoc DB, the parties are obliged to cooperate with the DB and to facilitate all information about the specific controversy submitted to its knowledge within seven (7) days after receiving the notification on its constitution.

If the DB request so, the parties are obliged to arrange, during the meetings and site visits, a proper working space, accommodation, means of communication, as well as any office and information technology equipment allowing the DB to fulfil its functions.

Article 8

Meetings and Site Visits

8.1. In the case of a standing DB, at the beginning of its activities, the DB shall, in consultation with the parties, fix a schedule of periodical meetings and site visits, this schedule shall be mandatory. The frequency of scheduled meetings and site visits shall be sufficient to keep the DB informed, from the beginning, about the execution of the contract or the project and about any disagreement or controversy. During the site visits, the parties are obliged to grant to the DB all facilities to know the development of the project.

During the scheduled meetings and site visits, the DB shall analyze together with the parties the execution of the contract as well as to identify any potential or possible disagreement in order to avoid it.

8.2 In the case of an ad-hoc DB, as soon as constituted, the DB shall, in consultation with the parties, fix a schedule of periodical meetings

and site visits if deemed necessary for meeting their functions set forth in its appointment. This schedule shall be mandatory.

- 8.3 For both standing and ad-hoc DBs, the parties shall participate in all meetings and site visits. In the absence of any party, the DB may conduct such meeting or visit having to inform to the absent party about the results and conclusions from the meeting and/or visit within seven (7) after the meeting and/or visit was held. In the event of absence of any DB member, the other members may nevertheless decide to proceed with the meeting or visit.

The visits occur at the site(s) where the project is being executed. The meetings may be held in any place agreed by the parties and the DB. In the event that the venue of the meeting is not agreed, this shall be held in the venue chosen by the DB.

Any party may request one or more meetings or site visits additional to the scheduled ones, with a seven (7) day prior request.

After each meeting or site visit, the DB shall prepare a report including the list of attendants, which shall be sent to the parties within seven (7) days after the meeting or site visit as corresponds.

Article 9

Written Communications

All communication between the parties and the DB shall be sent through the Center. The Center is in charge of communications, it shall immediately forward all communications received and track the file. In the Center, the responsible body to transmit communications is the General Secretary.

The Center shall forward the communications to the parties' addresses. Any change of address shall be effect from the next day the respective

notification is received by the Center. The parties shall provide sufficient copies of all documents sent to the Center for each party and for each DB member.

A communication shall be considered effected the next day it was physically received by the addressee indicated or his/her representative. All formal communications must be in hard copy, without prejudice, these may be sent in advance through an electronic means.

The time limits specified in these Rules or fixed pursuant to them shall be counted from the next day a communication was sent according to the above paragraph. When the next day is a holiday or a non-business day in the addressee's city, the time limit shall be counted from the next first business day. Holidays or non-business days are included in the calculation of the time limits. In the event that the last day of the time limit corresponding to a communication is a holiday or a non-business day in the addressee's city, the time limit shall expire the next first business day.

SECTION IV

ACTIVITIES OF THE DISPUTE BOARD

Article 10

Beginning and End of the Activities of the DB

The DB shall begin its activities when the Beginning of Function Minutes is signed by all the members and a Center's representative. It shall be signed after the last or sole DB (standing or ad-hoc) member accepts the appointment.

The Beginning of Function Minutes shall include a drafted schedule of periodical meetings and site visits which may be modified as stated in

article 8 of these Rules. The final schedule notification shall be sent to the parties within no longer than fourteen (14) days after signing these Minutes.

Unless otherwise agreed, the DB shall end its activities within seven (7) days after receiving the communication written by the parties informing their joint decision to disband the DB.

Any controversy which may arise after the DB has been disbanded shall be directly and finally settled by arbitration administered by the Center pursuant its o arbitration rules, unless otherwise indicated by the parties.

Article 11

DB's Powers

The procedure before the DB is governed by these Rules and, where the Rules are silent, the DB may establish more adequate rules for its development. In the absence of an agreement reached by the parties, the DB is empowered to determine the language of the procedure; to require the parties to bring any document deemed necessary to issue the DB's decisions or recommendations; to call meetings; to conduct site visits; to hold all hearings deemed necessary; to decide about matters related to the procedure that arise during the meetings; to question the parties, their representatives and any witness deemed pertinent; and to take necessary measures to exercise its functions.

The DB may take measures for protecting trade secrets and confidential information.

In the event of more than two parties in the contract, the application of these Rules may be properly adapted to a multiparty situation, by agreement of the parties or, failing such agreement, by the DB.

Article 12

Advisory Function

Upon request of both parties, a standing DB may exercise an advisory function in order to avoid future controversies that may arise during the execution of the project or contract. Such function shall consist in issuing an opinion unbinding and not subject to provisions regulating recommendations issued by DRB. Such function aims at providing a neutral opinion about any aspect that may become a future controversy or about a topic the Parties are willing to absolve due to any reason. This advisory power can be generated in any meeting or site visit certifying in a written document the request done by the parties.

To exercise this advisory function, the DB may conduct separate or joint meetings with the parties having a prior written consent issued by the other party. The DB must ensure to record through written documents any meeting held with one or both parties.

When the DB is requested to issue a Decision or Recommendation about a controversy or a given aspect related to the consulted issue, the DB is not bound by the opinions having expressed during exercising such function.

Article 13

Formal Referral of Controversies to a Decision or Recommendation

To submit a controversy to the DB, one of the parties must file a written request, to the Center's General Secretary, addressed to the DB, including: A clear and concise description of the nature and circumstances of the controversy; a list of petitions to be submitted to the DB's decision or recommendation, and the position corresponding to the party formulating these issues; any supporting evidence such as documents, drawings, activity schedules or programs, correspondence, etc.

For all purposes, the date when the written request was received shall be considered the date of commencement of the formal referral of the controversy to the DB.

The parties are free to reach an agreement about the controversy at any time through negotiation with or without the DB's intervention.

The parties are free to file a joint request about the decision or recommendation.

The parties, the DB and the Center may agree through a written document that the DB modifies its modality respect to a given controversy always according to these Rules. In this sense, it can be exceptionally agreed that the DDB issues a recommendation or that the DRB issues a decision, in both cases about a given and specific controversy as deemed convenient.

Article 14

Response to the Formal Referral of Controversies to the DB

The party responding the formal referral of the controversy to the DB must send a written document within seven (7) days after receiving the request. The response must include: A clear and concise position about the controversy written by the responding party; any evidence supporting its position such as documents, drawings and correspondence as deemed pertinent.

At any time, the DB may request to any party to send other additional documents in order to prepare its decision or recommendation. The DB must communicate these requests to the parties with a written document.

Article 15

Organization and Conduction of Hearings

After the exchange of formal referral and response, the DB shall call a hearing to establish the issues to be submitted for its evaluation and its decision or recommendation.

In this hearing each party shall explain its position, unless the parties and the DB agree not to hold such hearing. The hearing shall be held within twenty one (21) days after the receipt of the response to the referral of the controversy to the DB. This hearing shall be held in the presence of all DB Members unless the DB decides, in the circumstances and after consultation with the Parties, that it is possible to hold the hearing in the absence of a DB Member.

If any party refuses or fails to take part in the DB procedure or any stage thereof, the DB shall proceed notwithstanding such refusal or failure.

The DB shall be in full charge of the hearings and shall ensure that each party has a reasonable opportunity to present its case and defend itself.

The Parties shall appear in person or through representatives designated for such purpose.

Unless the DB decides otherwise, the hearing shall proceed as follows: Presentation of the case, first by the referring party and then by the responding party; indication by the DB to the parties of any matters that need further clarification; clarification by the parties concerning the matters identified by the DB; responses by each party to clarifications made by the other party. The DB shall be empowered to call witnesses, experts or to require any proof deemed convenient or necessary.

Likewise, this hearing may be held in one or more sessions which shall be held within a time limit no longer than fourteen (14) days counted from the date the first session is held.

The DB may request the parties to provide written summaries of their presentations. The parties are free to send such summaries if the DB does not request them.

The DB may deliberate at any location it considers appropriate before issuing its decision or recommendation.

SECTION V

DECISIONS AND RECOMMENDATIONS OF THE DISPUTE BOARD

Article 16

Time Limit for Rendering a Decision or Recommendation

The DB shall issue its Decision or Recommendation within fourteen (14) days of the date of the conclusion of the last hearing or single hearing referred in article 15 of these Rules. The DB may extend the time limit for no more than seven (7) additional days, when deemed convenient, in its discretion.

Article 17

Correction and Clarification of Decisions or Recommendations

The DB may correct, on its own initiative, a typographical, computational error, or any errors of a similar nature, contained in a decision or recommendation within seven (7) days from the receipt of the notification by the parties.

Any party may apply to the DB for the correction of an error of the kind referred to in the above paragraph, or for the clarification of a decision or recommendation. Such application must be made to the DB within seven (7) days from the receipt of the decision or recommendation by such Party.

After receipt of the application by the DB, the DB shall grant the other party a short time limit, no longer than seven (7) days, from the receipt of the application by that party, to submit any comments thereon. Any correction or clarification of the DB shall be issued within seven (7) days following the expiration of the time limit for the receipt of any comments from the other party.

Article 18

Compliance with the Decision or Recommendation of the DB

18.1 The Decision issued by a DB is binding; and therefore, it must be immediately and mandatorily complied by the parties once notified to the parties and expired the time limit for its correction or clarification, or once the decision has been corrected or clarified, if pertinent.

The parties shall comply with the Decision without delay, notwithstanding any expression of dissatisfaction or that has submitted the controversy to arbitration.

If any party fails to comply with a Decision issued by the DB from the day it is notified or time limit determined by the DB, such failure shall be deemed a gross breach of contract and shall enable the affecting party to use the pertinent contractual remedies. In the case of works contracts, the principal or owner shall be empowered to execute the performance bond and/or terminate the contract. In the case of the contractor, he/she shall be empowered to suspend the works and/or terminate the contract. In the

event of termination of the contract, a notarized letter shall be sent conferring the other party a seven (7) day term to cure the fault warned about the termination. The parties may agree other corrective measures in the event of fault.

Any party that is partially or totally dissatisfied with the binding Decision must, within seven (7) days from notice, send to the other party and to the DB a written communication expressing the reasons for its disagreement and its intention to submit the controversy to arbitration. The arbitration shall commence no longer than twenty eight (28) days after the Decision was notified. In case the controversy is submitted to arbitration, the Arbitral Tribunal shall have fully powers to review, question and decide about the controversy without being bound or restricted by the DB's decision.

During arbitration, the party affecting by the Decision may demand the reimbursement for the expenses incurred at complying with the DB's decision if the Arbitral Tribunal revokes it partially or totally.

If no Party communicates in writing to the other party or to the DB its partial or total disagreement within seven (7) days from its communication, or if, having communicated it, the respective arbitration is not initiated no longer than twenty eight (28) days after the Decision was notified, it shall become final and binding for the parties, and it shall generate the right of the Party concerned to request its execution through arbitration.

- 18.2 The recommendation issued by a DRB shall not be binding unless the parties agree with it.

Any party that is partially or totally dissatisfied with the Recommendation must, within seven (7) days from it was notified, send

to the other party and to the DRB a written communication expressing the reasons for its disagreement and its intention to submit the controversy to arbitration. The arbitration shall commence no longer than twenty eight (28) days after the Recommendation was notified.

In case the controversy is submitted to arbitration, the Arbitral Tribunal shall have fully powers to review, question and decide about the controversy without being bound or restricted by the DRB Recommendation.

If no party communicates in writing to the other party or to the DRB its partial or total disagreement within seven (7) days from notice, or if, having communicated it, the respective arbitration is not initiated no longer than twenty eight (28) days after the Decision was notified, it shall become final and binding for the Parties, and it shall generate the right of the Party concerned to request its execution through arbitration.

Article 19

Contents of a Decision or Recommendation

Decisions and recommendations shall indicate the date on which they are issued, state the reasons and conclusions upon which they are based. Decisions and recommendations must also include, at least and not necessarily in the following order: A summary of the controversies, of the respective positions of the parties and the petitions requested; a summary of the relevant provisions of the contract; a chronology of relevant events; a summary of the procedure followed by the DB, and a listing of the documents provided by the Parties in the course of the procedure; and finally the decision or recommendation clearly expressed.

In the case of decisions, the DDB must draw up them so it is enforceable for the parties foreseeing any possible complication or hesitation that may be generated by its application.

In the case of recommendations, the DRB must draw up them so it is enforceable for the parties in the event it becomes final and binding foreseeing any possible complication or hesitation that may be generated by its application.

Article 20

Adoption of the Decision or Recommendation

In the case the DB is composed of three (3) members, decisions or recommendations are adopted by the favorable vote of two (2) members. In the absence of majority the vote of the DB chairman shall be deciding. The DB member that disagrees with the decision or recommendation must specify the reasons in a written report separated from the decision or recommendation, but to be communicated jointly to the parties. The fact that a DB member does not justify his/her disagreement does not constitute an obstacle for issuing a decision or recommendation or for its efficacy.

SECTION VI

CIRCUMSTANCES LEADING TO ARBITRATION

Article 21

Circumstances Leading to Arbitration

Having concluded a procedure before the DB is a ground for arbitration. Therefore, arbitrators cannot initiate an arbitration procedure if the parties have not used such prior procedure.

However, the parties shall be enabled to initiate arbitration, if by any reason, the DB could not be composed; or if the DB does not issue its Decision or Recommendation within the time limit foreseen in these Rules; or if the DB is disbanded pursuant to the Rules before issuing a Decision or Recommendation. In these circumstances, the controversy shall be definitely settled through arbitration as agreed by the parties.

SECTION VII

COMPENSATION OF THE DISPUTE BOARD MEMBERS

Article 22

General Provisions

All fees and expenses of the DB members shall be shared equally by the Parties.

Unless otherwise agreed by the Parties, when there are three DB members all DB members shall be treated equally and shall receive the same fees for the work performed.

The fees shall be fixed following the scope of these Rules and the Directives issued by the Center regarding such matter.

Article 23

Monthly Fees

In the case of standing DBs, the members shall receive monthly fees.

Unless otherwise provided, each DB member shall receive a monthly fee during his/her term of appointment. Such fee shall be determining depending on: Being available to attend all DB meetings with the parties and all site visits; being available to attend internal DB

meetings; the study of the contract and follow-up of its execution; the study of follow-up reports and correspondence submitted by the parties in the course of the activities of the DB; and other overhead expenses incurred by the member in his/her place of residence.

Unless otherwise agreed, the monthly fees shall be payable from the date of signature corresponding to the beginning of their activities until termination of performing such activities.

The parties may agree to pay to the DB members a monthly fee on the basis of their advisory functions and an increase to the basic fee in the case a Decision or Recommendation must be issued.

Article 24 **Daily Fees**

The parties may also agree to pay to each DB member a daily fee, especially in ad-hoc boards, covering the time spent for the following activities: meetings and site visits; hearings, travel time; internal DB meetings; study of documents submitted by the parties during procedures; preparation of a decision or recommendation; and activities in coordinating and organizing the operation of the DB.

Article 25 **Travel Costs and other Expenses**

Unless otherwise provided, reasonable and supported expenses, incurred by the DB members by performing their functions, in any place, whether related to local transportation, air travel, road travel, other kind of travel, hotels and meals, long distance phone calls or local calls, fax, courier charges, photocopying, postage, visa charges, etc., shall be reimbursed at cost.

Article 26

Taxes and Charges

Unless otherwise provided, fees in connection with the services rendered by a DB member shall be subject to taxes imposed by the applicable legislation.

Article 27

Payment Arrangements

In the case of standing DBs, unless otherwise agreed, the monthly fees shall be invoiced and paid on a quarterly basis in advance.

In the case of ad-hoc DBs, unless otherwise agreed, the parties shall pay a retainer to be agreed with the DB members. The refundable monthly and daily fees shall be invoiced and paid through monthly appraisals.

DB member's invoices or receipts shall be paid within fourteen (14) days after receipt. In the event any party has an observation related to any invoice or receipt, it shall only pay the non-objected portion while the objected portion is revised with the DB member(s).

Failure of any party to pay its share of fees and expenses within fourteen (14) days of receiving a DB Member's invoice shall entitle the DB member, in addition to any other rights, to suspend work after providing a notice of suspension to the parties and any other DB members. Such suspension shall remain in effect until receipt of full payment of all outstanding amounts plus the corresponding interest.

In the event that a party fails to pay its share of the fees and expenses of a DB member when due, any other party, without waiving its rights, may pay the outstanding amount. The party making such payment, in addition to any other rights, shall be entitled to reimbursement from the non-paying Party of all such sums paid, plus the corresponding interest.

*SECTION VIII***ADMINISTRATIVE EXPENSES OF THE CENTER****Article 28****Administrative Expenses**

The Center shall fix its compensation for rendered services pursuant to fees established by its internal directives.

The expenses incurred shall be added to such compensation that shall be reimbursed by the parties. The administrative expenses of the Center include expenses related to organize and administrate the procedure before the DB. These expenses may be adjusted depending on additional required works.

The compensation of the Center and refundable expenses shall be equally borne by the parties and shall be paid within fourteen (14) days of receiving the corresponding invoice. Should any party objects any invoice or receipt, it shall pay the non-objected portion while the objected portion is revised with the Center.

Failure of any party to pay its share of the compensation or expenses of the Center, within fourteen (14) days of receiving the corresponding invoice, shall entitle the Center, in addition to any other rights, to suspend work after providing a notice of suspension to the parties and the DB members. Such suspension shall remain in effect until receipt of full payment of all outstanding amounts plus the corresponding interest.

If a party fails to pay its share of the compensation and/or administrative expenses of Center, the other party may pay the entire amount of such compensation and/or administrative expenses. The party making such payment shall be entitled to reimbursement from the non-paying party of all such sums paid, plus the corresponding interest.

DISPUTE BOARDS EN LATINOAMÉRICA:
EXPERIENCIAS Y RETOS
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE
JUNIO DEL 2014, CON F.M. SERVICIOS
GRÁFICOS S.A., HENRY REVETT 220, URB. SANTA RITA
SANTIAGO DE SURCO, TELÉFONO: 444-2007
LIMA 33, PERÚ