

HERNÁNDEZ GARCÍA, Roberto: Dispute boards (paneles de solución de controversias en Latinoamérica: retos y perspectivas de un fascinante medio de solución de controversias. En: HERNÁNDEZ GARCÍA, Roberto (Coord.): Dispute boards en Latinoamérica: Experiencias y retos. 1ra. Ed., CARC PUCP, Lima, 2014, pp. 23 - 32.

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.

 GUSTAVO PAREDES CARBAJAL (*)

Métodos adjudicativos prearbitrales en la solución de reclamos en construcción: Un acercamiento a los *Dispute Boards*

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *Planteamiento del Problema.* 3. *Métodos Adjudicativos de Solución de Controversias.* 3.1. *Definición.* 3.2. *Clases.* 4. *Dispute Boards (DBs).* 4.1. *Sus orígenes.* 4.2. *Su reconocimiento internacional.* 4.3. *Clases de Dispute Boards.* 4.4. *Atributos de los Dispute Boards.* 4.5. *Los expertos y sus funciones.* 5. *El Dispute Adjudication Board y sus diferencias con otros ADR.* 6. *Experiencia Peruana con los Dispute Boards.* 7. *Conclusión.*

1. INTRODUCCIÓN

En 1853 se le encargó a John Coffee la construcción de la famosa cárcel de Dundalk en Irlanda, durante la ejecución de tal obra Coffee cayó en bancarota interrumpiéndola, por esta razón fue castigado por la Corte convirtiéndose, con el tiempo, en el primer preso de su propia cárcel.

Este caso paradójico resulta hoy inimaginable, por más que algún contratista realmente lo merezca a perpetuidad, sin embargo, sí existen situaciones que convierten a un constructor en el preso de su propia

(*) Profesor de Derecho en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Miembro de la *International Bar Association (IBA)* - Sección de Proyectos Internacionales de Construcción y Resolución de Disputas. Socio del Estudio Navarro Sologuren Paredes Gray Abogados.

cárcel, y nos referimos precisamente a la prisión construida por las ineficiencias de su contrato y por la incapacidad de manejar, controlar o prevenir sus conflictos adecuadamente.

Prestando atención al desarrollo de la actividad de la construcción a nivel internacional, podemos preguntarnos ¿qué hizo? o ¿qué contribuyó a hacer eficiente la construcción de proyectos tan especialmente complejos y en algunos casos transfronterizos como EUROCHANNEL (Francia - Reino Unido), LINEA FERROVIARIA HISPANO-GALA (España - Francia) ARTERIA CENTRAL Y TÚNEL DE BOSTON (Estados Unidos), CENTRAL HIDROELECTRICA ERTAN (China), AEROPUERTO INTERNACIONAL DE HONG KONG (China), REPRESA DE KATSE (Sudáfrica), REPRESA Y CENTRAL HIDROELÉCTRICA “EL CAJÓN” (Honduras), OBRA FERROVIARIA DE DOCKLANDS (Reino Unido), PLANTA PRIVADA TURBOGENERADORA DE GAS DE SALTEND (Inglaterra)?

Al margen de la técnica ingenieril y desde una perspectiva estrictamente de eficiencia, la respuesta es que en todas estas obras, las partes pudieron ejecutar sus prestaciones minimizando sus reclamos y disputas a través de un mecanismo prearbitral denominado *DISPUTE BOARD (DB)*.

A manera de ejemplo, citaremos que, durante la ejecución del EUROCHANNEL (Quince mil millones de dólares) se presentaron veinte (20) reclamos resueltos por su DB. De estos veinte (20) reclamos, surgieron sólo cuatro (4) disputas que fueron sometidas a arbitraje, de las cuales dos (2) fueron transigidas antes de emitirse el laudo arbitral. En la ejecución de la ARTERIA CENTRAL Y TÚNEL DE BOSTON (Siete mil millones de dólares) se suscribieron un total de ciento cuarenta y siete (147) contratos, de los cuales cuarenta y siete (47) tuvieron un *DB* como mecanismo para la solución de controversias. Durante su ejecución, se presentaron tan sólo quince (15) reclamos al *DB* y ninguno de ellos fue sometido finalmente a arbitraje. En la construcción del AEROPUERTO INTERNACIONAL DE HONG KONG (quince billones de dólares) se presentaron seis (6) reclamos al *DB* y sólo una (1) disputa fue sometida a arbitraje, confirmando el pronunciamiento de éste; lo mismo ocurrió durante la ejecución de la REPRESA DE KATSE (dos y medio billones de dólares), en donde se presentaron doce (12) reclamos al *DB*. En el caso

de la construcción de la CENTRAL HIDROELECTRICA ERTAN (dos billones de dólares) se tuvo cuarenta (40) reclamos presentados al DB y ninguna disputa sometida a arbitraje. Finalmente, tanto en la construcción de la OBRA FERROVIARIA DE DOCKLANDS (Quinientos millones de dólares) como en la PLANTA PRIVADA TURBOGENERADORA DE GAS DE SALTEND (doscientos millones de dólares) los DB funcionaron como un método consultivo eficiente que eliminó incluso la aparición de reclamos y por consiguiente disputas a arbitrar.

La *Dispute Resolution Board Foundation (DRBF)* tiene publicada en su página web estadísticas sobre la utilización de los DB hasta el año 2006, las cuales registran que en el año 1982, en tan sólo cinco (5) proyectos de construcción se presentaron veintitrés (23) reclamos al DB. En el año 2006, se tiene registrados mil ochocientos sesenta (1860) proyectos con DB en los que la utilización de este método significó que sólo cincuenta y dos (52) disputas prosiguieran sus etapas resolutivas finales.

En suma desde el año 1980, en el que los DB se introdujeron en la actividad de la construcción, éstos han estado presentes en inversiones globales de cerca de cien (100) billones de dólares, preservando la ejecución de proyectos casi sin batallas arbitrales y/o judiciales.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Nadie duda que el arbitraje en el país ha ganado el justo reconocimiento como un 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, no obstante estar por buen camino y pese a las *grandes rocas* que el arbitraje sortea con éxito en el ámbito de la contratación estatal, *pareciera no superar plenamente aquellas exigencias que emergen de la naturaleza misma de la actividad de la construcción.*

La actividad de la construcción por su naturaleza es temporal, las obras se inician y terminan dentro de un cronograma de tiempo que programan actividades que el contratista debe seguir rigurosamente. Este cronograma original puede modificarse en atención a la necesidad de la obra; sin embargo, ello no debe perder de vista el interés original de las

partes que motivó su contratación: El interés del propietario de tener su obra en un tiempo y presupuesto determinado; y, el interés del constructor, de obtener su utilidad.

Aunque muy pocas veces las partes alinean este interés originario de contratación, ello es fundamental para administrar con eficiencia la obra. Cuando las partes, no *enganchan* este interés originario que motiva el contrato, el conflicto aparece casi de manera inevitable.

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 de la solución de conflictos dentro de la actividad de la construcción, la curva de influencia de costo de Cushman, Myers, Butler y Fisher es una herramienta interesante para conocer la relación directa entre el tiempo y costo en la solución de disputas, y cuya premisa central es resumida con la siguiente afirmación: *A mayor tiempo en la solución de la disputa, mayor costo.*

Resolver un conflicto vinculado con la concepción del proyecto, el diseño o sobre su administración en la etapa misma de la construcción de la obra, resulta altamente costoso, llegando a su nivel más alto en el momento de la conclusión y entrega de la misma. Imaginémonos, lo prohibitivamente costoso que significaría resolver una disputa relacionada con el diseño de un proyecto de construcción en la etapa de su conclusión y entrega; sin duda ello sería una aventura descomunadamente costosa que muy pocos constructores 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 tiempo real o cuando éste aparezca. Entonces, si esto así, *no es eficiente para ninguna de las partes que un arbitraje dure más allá del plazo mismo de la obra*; el asunto se complica aún más en el ámbito de la contratación pública cuando no puede liquidarse la obra sino hasta que todas las controversias concluyan.

De esta manera, las exigencias de tiempo y costo en la actividad de la construcción generan la necesidad constante de crear métodos

que permitan a las partes resolver sus reclamos en forma interina y rápida *pero mejor aún en plena ejecución de la obra*.

A nivel internacional, esta preocupación ha tenido respuestas interesantes de instituciones relacionadas con la actividad de la ingeniería y construcción, algunas de las cuales pasaron de ser recomendaciones a ser cláusulas que forman parte de formatos contractuales muy utilizados en la industria; en tal sentido, estas respuestas deben ser conocidas y analizadas como alternativas adjudicativas nuevas, no en reemplazo del arbitraje sino como métodos de mayor eficiencia que ayuden a las partes a administrar mejor sus contratos.

3. MÉTODOS ADJUDICATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Los métodos adjudicativos emergen luego de que los esfuerzos preliminares de las partes no han logrado eliminar las diferencias, sin embargo, aún llegado el momento de formular un reclamo, siempre las partes estarán en la mejor condición para controlar el conflicto y al hacerlo poder resolverlo de manera eficiente. En esta etapa, encontraremos mecanismos que requieren de un tercero que ayude a las partes a resolver sus disputas, surgiendo así los métodos adjudicativos.

3.1. Definición

Se denominan métodos adjudicativos a aquellos en los que las partes deciden *adjudicar* a un tercero la potestad para conocer, analizar y resolver un conflicto.

3.2. Clases

Con la finalidad de ordenar el análisis, propondremos una clasificación basada en un punto de vista práctico: La ejecutabilidad de las decisiones de este *tercero adjudicador* o *adjudicadores*; por lo que desde nuestro punto de vista, los métodos adjudicativos pueden ser de dos clases:

- Métodos de adjudicación con decisiones obligatorias no ejecutables.

- Métodos de adjudicación con decisiones obligatorias y ejecutables.

En la primera clasificación ubicaremos a los *DB* y en la segunda ubicaremos al Arbitraje y al Juicio Civil como los representativos.

4. **DISPUTE BOARDS (DBs)**

Chapman los califica como una revolución en la resolución de conflictos en la construcción, definiéndolo como “un proceso de toma de decisión, hecho a la medida e inevitable para la industria de la construcción (...), rápida y eficiente, aunque provisional”⁽¹⁾.

Los *DBs* pueden ser definidos como una junta de adjudicación de disputas *on site* o *en el sitio de la obra*, por lo general, conformado por tres (3) expertos⁽²⁾ independientes e imparciales designados por las partes al inicio del proyecto⁽³⁾. Es función de estos expertos hacer visitas periódicas o regulares a la obra para involucrarse activamente en su concepción, desarrollo y complejidad.

La traducción libre del término *DB* es junta, comité, consejo, panel o mesa de disputas, integrada por expertos que –sobre la base de un procedimiento contractual, independiente e imparcial– *resuelven reclamos en plena ejecución de una obra y cuya decisión se torna obligatoria y final para las partes, en tanto decidan no recurrir al arbitraje*, en cuyo caso, se convierte en una *condición de arbitrabilidad*; es decir en una vía previa e imperativa a ser agotada antes del inicio del arbitraje.

Bajo los formatos contractuales FIDIC⁽⁴⁾, el sometimiento del reclamo al pronunciamiento previo del Ingeniero y ahora a los *DB*, constituye un verdadero presupuesto de arbitrabilidad. La inobser-

(1) CHAPMAN, Peter, en: *La Perspectiva del Reino Unido. La Adjudicación*. Ponencia presentada en el Seminario de Resolución de Disputas bajo los Contratos Internacionales de Construcción, Hotel Concorde La Fayette, París, 2004.

(2) En ciertas ocasiones puede ser designado un único adjudicador.

(3) De igual forma, en ciertas ocasiones puede conformarse de manera *ad hoc* para la atención de una disputa específica.

(4) Acrónimo que identifica a la Federación Internacional de Ingenieros Consultores con sede en Ginebra, Suiza.

vancia de este procedimiento prearbitral, motivó que en muchos casos tribunales arbitrales no aceptaran las solicitudes de arbitraje, al no haber cumplido el demandante con agotar estos mecanismos de previsión contractual.

En los casos arbitrales N° 6276 y 6277⁽⁵⁾ (1990) y N° 6536 (1992) seguidos ante la Cámara de Comercio Internacional (ICC), los demandados se opusieron al arbitraje alegando el incumplimiento del procedimiento prearbitral como presupuesto indispensable de arbitrabilidad, en estos casos estos pedidos fueron declarados fundados⁽⁶⁾.

Desde la perspectiva del *management*, los *DBs* se convierten en una herramienta en la prevención y manejo del conflicto, integrándose a la administración del proyecto ya que al hacerlo buscará influir *en tiempo real* en el desempeño de las partes, motivándolas a ser proactivas y evitar tempranamente la evolución del conflicto, siendo ésta la clave de su éxito.

4.1. Sus orígenes

La constante preocupación de la industria de la construcción por manejar eficientemente sus grandes proyectos, despertó el interés creativo de nuevos métodos de control de reclamos, especialmente en los Estados Unidos de América y Europa.

Como bien apunta Chern⁽⁷⁾, la concepción original de los *DB* tuvo como escenario a los Estados Unidos de América pero bajo la modalidad del *Dispute Review Board (DRB)* para evitar y resolver disputas en proyectos de ingeniería civil, particularmente, en la construcción de grandes represas, diques y obras de tunelería.

⁽⁵⁾ Caso entre *Swedish Company v. The Secretary of the People's Committee for a municipality of an Arab State* (1990).

⁽⁶⁾ Los extractos del laudo parcial en los Casos N° 6276 and 6277 (1990) y el laudo final en el Caso 6535 (1992) fueron publicados en el Boletín de la Corte de Arbitraje de la ICC.

En estos casos se aprecia que el arbitraje actúa con carácter subsidiario, es decir, en defecto de los mecanismos contractuales de solución de controversias o vías anteriores.

⁽⁷⁾ CHERN, Cyril, *Chern on dispute boards*, Blackwell Publishing, ed. 2008, p. 9.

El reporte más temprano de su utilización data de la construcción de la Represa de Boundary en Washington (EEUU) en la década de los sesentas, llamándosele *Joint Consulting Board*, siendo éste el embrión de lo que se conocería como el *DRB*.

En el año 1972 el Comité Nacional de Tecnología en Tunelería de los Estados Unidos de América llevó a cabo un estudio para el desarrollo de prácticas contractuales con especial interés en reclamos, disputas y su resolución; que generó la publicación denominada *Better Contracting for Underground Construction* en el año 1974. Como resultado de este estudio, se diseñó un *DRB* en el año 1975 para la construcción de Túnel Eisenhower en el Estado de Colorado (EEUU), los beneficios que generó este método en el manejo de los reclamos fue tan exitoso, que luego se expandió con inesperado entusiasmo en todos los Estados Unidos.

En el año 1980, se presentó el primer caso de utilización de un *DRB* en un mega proyecto, estamos haciendo referencia a la construcción de la Represa y Central Hidroeléctrica *El Cajón*, proyecto financiado parcialmente por el Banco Mundial y en el que, considerando las diferentes nacionalidades de los intervinientes, (constructor italiano, supervisor sueco y el propietario: Compañía de Electricidad de Honduras) se buscó garantizar con éxito, a través de este método la neutralidad en el manejo de sus disputas.

Mientras, tanto el ICE⁽⁸⁾ como la FIDIC incorporaron en sus formatos contractuales la figura del *Ingeniero* como órgano resolutorio en la solución de reclamos entre las partes. Sin embargo, las críticas a su imparcialidad debido a la relación de agencia entre el Ingeniero con su mandante (El comitente) y las críticas a su idoneidad por inobservancia al debido procedimiento (ausencia del principio de contradicción en sus actuaciones), impregnaron de graves cuestionamientos que generaron la obligación de migrar hacia métodos más adecuados.

A inicios de los noventa, el Banco Mundial publicó su *Standard Bidding Document Procurement of Works* incorporando formalmente el *DRB*. La FIDIC por su parte, en 1995, publicó su nueva versión del

(8) Acrónimo que identifica a *The Institution Of Civil Engineers*, con sede en Londres, Reino Unido.

formato contractual *Design-Build* y *Turnkey Project* (Libro Naranja), así como en 1996 publicó un suplemento a la antigua edición del Libro Rojo y Amarillo introduciendo una variante del DRB, creando así el *Dispute Adjudication Board* (DAB) y removiendo la tan cuestionada figura de *El ingeniero*; siendo que, en el año 1999 en la 4ta Edición del Libro Rojo se introdujo formalmente al *DAB* dando inicio a su empleo⁽⁹⁾.

En el año 2000, el Banco Mundial modificó su *Standard Bidding Document Procurement of Works* y en especial lo referido a su modelo de solución de disputas, modificando su *DRB* por un *DAB*, armonizando hoy su utilización a las exigencias de las demás organizaciones internacionales.

4.2. Su reconocimiento internacional

A nivel internacional, la popularidad y la frecuencia de uso de los *DB* vienen creciendo rápidamente, siendo aplicados para proyectos de gran inversión y sometidos a largos períodos de ejecución. Actualmente es conocido el desarrollo de los *DBs* en proyectos de construcción en diferentes países como Estados Unidos, Reino Unido, Irlanda, China, Francia, Suecia, Dinamarca, Bulgaria, Rumania, República Checa, Islandia, Grecia, Italia, Suiza, Turquía, Sudáfrica, Uganda, Etiopía, Egipto, Vietman, India, Pakistán, Nueva Zelanda, Dinamarca, Australia, entre otros.

Este reconocimiento internacional se debe no sólo en gran parte al soporte de instituciones como: Banco Mundial, FIDIC, ICE, ICC, DRBF, etc.; sino también al éxito mostrado por este método al evitar en algunos casos y resolver en otros, disputas de manera rápida, eficiente y con un alto grado de calidad en sus pronunciamientos, ganando la confianza en el sector de la construcción.

4.3. Clases de *Dispute Boards*

Existen diferentes variantes metodológicas en la utilización de los *DB*; las de mayor aplicación y experiencia son: Los *Dispute Review*

⁽⁹⁾ JENKINS, Jane y STEBBINGS, Simon, *International Construction Arbitration Law*, editado por *Kluwer Law International, Netherlands*, 2006, p. 111.

Boards (DRB) y los *Dispute Adjudication Boards (DAB)*; una tercera clase de creación relativamente reciente y vigente desde setiembre de 2004, fue introducida por el nuevo reglamento de los *DBs* de la ICC, es el denominado *Combined Dispute Board (CBD)*. Adicionalmente, la experiencia internacional reporta otras modalidades como el *Dispute Advisory Board (DAdB)* y el *Dispute Mediation Board (DMB)*, que desarrollaremos a continuación:

4.3.1. *Dispute Review Board (DRB)*

Esta fue la forma original como se concibió los *DB* y estuvo dirigido a emitir básicamente *recomendaciones* respecto de los reclamos planteados por las partes durante la ejecución de la obra. En otras palabras, el panel de expertos recomendaba si el reclamo debía ser aceptado o no. El pronunciamiento del *DRB* no es obligatorio, si una de las partes emite su desacuerdo ante una recomendación dentro del plazo pactado, está habilitada para someter la controversia al arbitraje u órgano jurisdiccional, según esté previsto en el contrato. Un punto importante y característico de esta modalidad es *que en tanto se emite la resolución arbitral o judicial, las partes no están obligadas a cumplir la resolución del DRB*⁽¹⁰⁾.

4.3.2. *Dispute Adjudication Board (DAB)*

A diferencia de lo que sucede con el *DRB*, el panel de expertos emite decisiones en relación al reclamo planteado. Estas decisiones son obligatorias y por tanto deben ser cumplidas por las partes sin demora, desde que son notificadas y hasta que sean revocadas por un laudo arbitral o mandato judicial, de ser el caso. En otras palabras, estas decisiones son obligatorias y definitivas, si finalmente son aceptadas por las partes, pero transitorias, en caso la decisión sea finalmente revocada por un laudo arbitral u mandato judicial.

De esta manera, en esta clase de *DB* si una de las partes expresa su desacuerdo a la decisión del panel de expertos, dentro del plazo

⁽¹⁰⁾ QUINTANERO MADERO, Cecilia, en: *Introducción a los Dispute Boards*. Ponencia presentada en el Seminario de Arbitraje y Solución de Controversias en materia de Construcción. Organizado por la *International Chamber of Commerce* de México y el Centro de Arbitraje de México, en Ciudad de México - Junio 2006.

establecido, puede someter tal decisión a arbitraje u órgano jurisdiccional competente; *sin embargo, las partes deben cumplir con la decisión hasta en tanto no haya un laudo o resolución judicial en sentido contrario*⁽¹¹⁾.

Bien comenta Estavillo Castro, que en el caso del *DAB*, la inmediata obligatoriedad de esta decisión, no obstante de ser potencialmente transitoria, tiene la finalidad de que el procedimiento de solución de la controversia no sea obstáculo para la ejecución ininterrumpida del proyecto, lo que es de particular importancia en el caso de proyectos complejos y de gran envergadura en los que existe interdependencia entre los diversos contratistas que participan en actividades coexistentes de las que depende la factibilidad de la ejecución del proyecto⁽¹²⁾.

En esta categoría aparece una subclase: *DAB permanente* y *DAB ad hoc*. La diferencia estriba en que en el primero, el panel de expertos es nombrado desde el inicio del proyecto y ejercen funciones hasta la conclusión de la obra; mientras que en el segundo, las partes designan a sus expertos para el conocimiento de un reclamo específico, concluyendo sus funciones con la emisión de su decisión. En el caso del *DAB permanente*, si bien es más costoso, tiene la ventaja de efectuar labor consultiva con la finalidad de prevenir el conflicto, situación que no sucede en el caso del *DAB Ad hoc* debido al reducido alcance del encargo, sin embargo, ofrece en contrapartida su menor costo.

El *DAB* es la modalidad que más se asemeja al método arbitral⁽¹³⁾, pero con naturales diferencias que serán explicadas más adelante.

4.3.3. *Combined Dispute Board (CDB)*

Esta es una modalidad híbrida introducida por el relativo nuevo reglamento sobre *DB* de la ICC. Conforme a su concepción actúa siempre

(11) QUINTANERO MADERO, Cecilia, cit., p. 4.

(12) ESTAVILLO CASTRO, Fernando, en: "Otros mecanismos de solución de controversias utilizados en proyectos de construcción". Ponencia presentada en el Seminario de Arbitraje y Solución de Controversias en materia de Construcción. Organizado por la *International Chamber of Commerce* de México y el Centro de Arbitraje de Mexico, en Ciudad de México, Junio 2006.

(13) REIG FABADO, Isabel, en: "Régimen Jurídico del Contrato Internacional de Ingeniería", ed. *Universidad de Valencia*, 2003, p. 537.

como un *DRB* salvo que las partes o el propio panel de expertos –por la naturaleza o complejidad del reclamo– considere justificable actuar como un *DAB*.

En otras palabras, el *CDB* normalmente emite recomendaciones sobre los reclamos o desavenencias que le son planteados; *sin embargo, puede emitir una decisión cuando una parte lo solicita y la otra no se opone a ello*, o en caso de existir oposición el *CDB* decidirá si emite una decisión o una recomendación según los criterios establecidos en el Reglamento ICC⁽¹⁴⁾.

Un *CBD*, en opinión de Chern⁽¹⁵⁾, ofrece un escenario más amigable y menos rígido para las partes que un *DRB* o *DAB*, particularmente es recomendable en aquellas situaciones donde el *DB* es un concepto nuevo para los contratantes.

4.3.4. Otras Formas

En adición a estas fórmulas principales, existen otras formas metodológicas como:

4.3.4.1. Dispute Advisory Board (DAdB)

Esta modalidad es muy similar que el *DRB*, en tanto emite sólo opiniones o recomendaciones ante los reclamos sometidos a su conocimiento, pero mantienen una sutil diferencia y es que este tipo de *DB* es elegido sólo cuando surge la necesidad de resolver el reclamo y no de manera permanente desde el inicio del proyecto.

4.3.4.2. Dispute Mediation Board (DMB)

Esta modalidad es desarrollada por mediadores quienes pueden o no conocer el objeto fundamental del contrato que vincula a las partes. Como panel de mediadores ayudan a las partes en forma permanente a resolver sus problemas, quedando alertas a su llamado. Esta modalidad

(14) QUINTANERO MADERO, Cecilia, cit., p. 4.

(15) CHERN, Cyril, cit., p. 23.

recientemente diseñada por el Centro de Resolución Efectiva de Disputa con sede en Londres, forma parte de su Proyecto Modelo de Protocolo y Acuerdos de Mediación cuya primera edición de finales de 2006, aún no ha sido sometida a prueba su eficiencia.

4.4. Atributos de los *Dispute Boards*

Las características y/o atributos de los *DBs* fluyen o emergen compatibles a un contexto aplicable a grandes proyectos de construcción con plazos contractuales extensos y en los que las buenas relaciones son fundamentales para un buen desempeño de las prestaciones, siguiendo a Quintanero Madero⁽¹⁶⁾, citamos los siguientes:

- *Miembros Expertos*: La experiencia y especialización de los miembros garantiza no sólo la credibilidad sino la predictibilidad de las decisiones emitidas por el *DB*.
- *Familiarización con el proyecto*: La intermediación de los miembros del *DB* no sólo con la documentación contractual y con el proyecto sino fundamentalmente con las visitas periódicas al sitio de la obra, ofrece un marco de referencia integrador que permitirá, una vez presentado un reclamo a su conocimiento, resolver en forma mucho más rápida y con un mayor entendimiento del proyecto en su conjunto.
- *Conocimiento y solución del reclamo en tiempo real*: Este es el gran atributo de este método. El que las partes puedan definir sus diferencias durante la ejecución del contrato es una ventaja que el arbitraje no suele lograr. Evitar que la obra se detenga es una prioridad que ayuda a preservar las relaciones de las partes y alinearlas cooperativamente en función a sus intereses.
- *Como requisito de arbitrabilidad*: El someter un reclamo a los *DB* antes que a un juicio o arbitraje, agrega un ventaja especial y es el no dejar de aplicar la regla de eficiencia en el manejo de conflictos, y lograr en la mayoría de las casos resolver en menor tiempo y costo el reclamo y mejor aún durante la ejecución de la obra.

⁽¹⁶⁾ QUINTANERO MADERO, Cecilia, cit., p. 4.

- *Obligatoriedad de sus decisiones:* Depende del tipo de *DB* elegido por las partes, sus decisiones pueden ser o no obligatorias. La obligatoriedad es inmediata pero transitoria en tanto la parte insatisfecha notifique el inicio de un arbitraje.
- *Decisiones no ejecutables:* Las decisiones del *DB* no son ejecutables *per se*. El cumplimiento de las decisiones del *DB* emerge del maduro comportamiento y respeto de las partes de una obligación de origen contractual. Su cumplimiento debe ser requerido judicial o arbitralmente según el caso.

Estos son los atributos más importantes pero no los únicos, valdría la pena citar finalmente dos más:

- *Decisiones revisables en sede arbitral:* Las decisiones de los *DBs* son revisables en cuanto al fondo en sede arbitral. Los árbitros pueden reiniciar la evaluación de toda la disputa y sus alcances para arribar a una posición definitiva expresada en el laudo. Las opiniones o decisiones del *DAB* sólo tienen carácter informativo en sede arbitral.
- *Decisiones que no generan precedentes:* Las decisiones de los *DBs* no generan precedentes de obligatorio cumplimiento, es un error que se pretenda sustentar un derecho en base a la decisión de un *DB*. La decisión del *DB* genera efectos únicamente dentro del ámbito contractual al cual está sometido y no a favor de terceros.

4.5. Los expertos y sus funciones

Los *DB* están integrados por expertos, la elección de los miembros recae en las partes, ya que son éstos quienes mejor conocen la complejidad técnica de la obra y por tanto la especialidad necesaria para el conocimiento de un reclamo. De tal forma, que el riesgo en la predecibilidad de las opiniones o decisiones del *DB* lo asumen las partes, ellos son los responsables de la calidad de *DB* que quieren. En cuanto a las profesiones que los expertos, no se niega la participación de abogados en la conformación de los *DB*, puede darse esta posibilidad en tanto sea aceptada por las partes.

En cuanto al número de miembros queda igualmente a la voluntad de las partes e importancia del proyecto. Pueden elegirse desde un solo adjudicador hasta un *DB* de cinco (5) miembros o más.

En cuanto a las funciones principales de los miembros del *DB* citamos los siguientes:

- *Visitar el sitio de la obra o el lugar de ejecución del proyecto:* La regularidad de estas visitas pueden ser previamente acordadas por las partes. Esta función permite mantener informado al *DB* del estado del proyecto.
- *Revisión de información y reporte:* Los miembros del *DB* como parte de sus obligaciones deben revisar toda documentación contractual, incluida y sin ser limitativo todos aquellos reportes que las partes provean para un mejor conocimiento del proyecto.
- *Realizar labor consultiva:* Dependiendo del tipo de *DB*, la función consultiva es una fundamental herramienta para evitar conflictos. El ejercicio de esta función permite a las partes conocer la eficiencia de su reclamo y con ello disuade los reclamos arbitrarios.
- *Emitir pronunciamiento:* Esta es la función de resultado del *DB*, la cual precede a la recepción del reclamo y organización de las audiencias. Este pronunciamiento puede ser una recomendación u opinión o ser obligatorio, dependiendo del tipo *DB* elegido contractualmente.

Para concluir, conviene citar a Estavillo Castro⁽¹⁷⁾, para definir que el éxito de los *DBs* depende de la capacidad, inteligencia y entendimiento de las partes para actuar con la convicción que están

(17) “(...) no obstante la naturaleza convencional de este tipo de mecanismos, gracias a la magnitud de los proyectos en que se les emplea y a la calidad de las partes que de manera consciente e informada convienen con convicción en su utilización, su nivel de eficacia es sobresaliente y permite sustraer la solución de las controversias del campo de las argucias procesales, para mantenerlo en el nivel sustantivo y teleológico que corresponde (...)”. ESTAVILLO CASTRO, Fernando, cit., p. 12.

ante un método cuya finalidad es ofrecer eficiencia en el manejo de sus conflictos.

5. EL *DISPUTE ADJUDICATION BOARD* Y SUS DIFERENCIAS CON OTROS *ADR*

Los *DAB* son mecanismos *in situ* de resolución de controversias para grandes proyectos de construcción de largo plazo. Son mecanismos de *ADR* que si bien se acercan en su configuración al arbitraje, tiene características que la distinguen.

Es 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⁽¹⁸⁾, siendo testigo así del progreso de los trabajos, discutiendo controversias potenciales, escuchando reclamos, preparando recomendaciones durante el curso del proyecto. Es eficiente por la atractiva relación costo/tiempo/beneficio en comparación con otros sistemas de solución de controversias y por su alto índice de éxito.

El *DAB* al igual que el arbitraje forma parte estructural del nuevo sistema conflictual convencional de la FIDIC (actual Libro Rojo). El *DAB* ayuda a mantener una relación sana y pacífica entre las partes. Efectivamente, la rápida solución de reclamos sin crear una posición hostil entre las partes es imperativa para ahorrar costos y evitar efectos secundarios como las destrucciones de relaciones comerciales entre el propietario de la obra y sus contratistas. Finalmente, por ser un *ADR* (*Alternative Dispute Resolution*), se caracteriza por su flexibilidad y poca rigidez, orientada hacia un resultado aceptable para ambas partes del conflicto.

⁽¹⁸⁾ Bajo el *DRB* del Banco Mundial, las visitas a la obra son no menos de tres veces en un período de 12 meses. Bajo el *DAB* de la FIDIC se precisan tres criterios diferentes: (i) no menos de 140 días (párrafo 1, Anexo); (ii) no antes de los 70 días (Norma de Procedimiento 1); (iii) generalmente cada tres o cuatro meses (Introducción al Anexo).

JAYNES, Gordon, en: *A Dispatch from the front: Dispute Boards at 2002*. Ponencia presentada en el Seminario de Resolución de Disputas bajo los Contratos Internacionales de Construcción, Hotel Concorde La Fayette, París, 2004.

Si bien el *DAB* tiene una conformación muy parecida al arbitraje, por el número de sus integrantes, por los requisitos de imparcialidad e independencia exigidos, por la forma de su designación como adjudicadores⁽¹⁹⁾ por los contratantes y por la forma de su retribución; la diferencia esencial incluso con el resto de las técnicas empleadas como medios alternativos de solución de controversias (mediación, conciliación, etc), se refiere a que el *DAB* se conforma al inicio de un proyecto y que a través de visitas regulares al lugar de la obra, se involucran exclusiva y activamente con la problemática y complejidad del proyecto la obra.

Efectivamente, esta forma de adjudicación de desavenencias se distingue tanto del litigio como del arbitraje y de la mediación; por que a diferencia del litigio, la resolución no está regulada de manera general por la legislación, ni es administrada por el Estado, es decir, la ley no prevé de manera específica un procedimiento a seguir, y no es el Estado, a través de tribunales previamente establecidos, quien pone fin a una controversia, sino que su regulación es resultado de la autonomía de las partes. 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 del Convenio de Nueva York.

Otra diferencia con el arbitraje es que las decisiones de los adjudicadores no son directamente ejecutables. En el arbitraje, los árbitros pueden –a voluntad de las partes o estando previsto en el reglamento arbitral aplicable– tener facultades para ejecutar sus propias resoluciones. Adicionalmente, las decisiones del *DAB* son susceptibles de ser abiertas, examinadas, revisadas, e inspeccionadas en un arbitraje, mientras que

(19) Bajo el *DRB* del Banco Mundial, los adjudicadores *deben tener experiencia con el tipo de construcción involucrado en las Obras y estar capacitados para la interpretación de los documentos contractuales* y deben ser *fluidos en el lenguaje del Contrato*. Para el caso de *DAB* de la FIDIC deben estar: *Apropiadamente calificados*. (Pero vea el párrafo 3, *Garantías*, del Apéndice de la FIDIC, que indica que debe ser acordado junto con los miembros, y contiene las tres mismas exigencias del *DRB* del Banco Mundial.

JAYNES, GORDON, en: *A Dispatch from the front: Dispute Boards at 2002*. Ponencia presentada en el Seminario de Resolución de Disputas bajo los Contratos Internacionales de Construcción, Hotel Concorde La Fayette, París, 2004.

los laudos arbitrales no pueden ser revisables en cuanto al fondo. Desde una óptica temporal, una controversia en el arbitraje puede ser resuelta muy posteriormente a la conclusión de la obra, por ejemplo una ampliación de plazo o la liquidación de la obra; sin embargo, el *DAB* analiza y emite una decisión en tiempo real o contemporáneo a la ejecución de la obra.

Por otro lado, a diferencia de la mediación, a los adjudicadores se les requiere que decidan los asuntos en controversia de acuerdo con el marco contractual y legal, mientras que en la mediación, la función del mediador es asistir a las partes a alcanzar un acuerdo negociado de la disputa, pudiendo en algunos casos hacer una evaluación que exprese su punto de vista que permita ayudar a las partes a negociar.

El *DAB* es un procedimiento esencialmente amigable basado en el contrato. Este procedimiento no debe ser entendido como una alternativa al arbitraje sino como un mecanismo que filtra la solución de reclamos y que permite que sólo disputas relevantes e irreconciliables finalmente concluyan con el arbitraje.

6. LA EXPERIENCIA PERUANA CON LOS *DB*

El Perú reporta escasa experiencia en la utilización de los *DBs* en el manejo del conflicto en contratos de construcción, e incluso en aquellas experiencias que pudieron ser paradigmáticas, fueron desaprovechadas debido al mal entendimiento de este método por sus operadores, desnaturalizándolos e identificándolos erróneamente como un arbitraje técnico.

En el país, la figura adjudicativa más cercana que precedió al *DAB*, fue la participación del Ingeniero en la ejecución de aquellas obras diseñadas contractualmente bajo el formato del Libro Rojo (Tercera Edición) o incluso para el caso de servicios diseñados bajo el formato del Libro Blanco de la FIDIC. Este Ingeniero tuvo la responsabilidad no sólo de la función supervisora de las obras sino también la función decisiva de reclamos; sin embargo, también en estos últimos casos, a la figura del ingeniero se le confundió contractualmente como un caso especialísimo de *conciliador*, y lo mencionamos como tal, porque

aparecen casos en los que un conciliador *decide*, situación que se ha dado en contratos estatales por el desconocimiento de estas nuevas figuras adjudicativas.

El ingreso de mayor inversión al país en la ejecución de grandes proyectos de infraestructura obligará a la utilización de formatos contractuales como los de la FIDIC u otros; y de seguro la utilización de estas nuevas fórmulas en el manejo de conflicto se harán comunes, de ahí nuestro interés por difundirlas. El inversionista extranjero demandará aquella justicia que sea la más neutral posible y en la mayoría de los casos, este esquema conflictual convencional (*DAB-Arbitraje*) representa toda la justicia que exigirá como condición para operar.

7. CONCLUSIÓN

Los *DBs* vienen consolidándose y creciendo exponencialmente a nivel internacional. Los *DBs* no aparecieron como una alternativa o sustitución al arbitraje sino como parte estructural de un nuevo sistema de gestión o manejo conflictual convencional aplicable a proyectos de construcción importantes y de largo plazo, en los que la garantía de neutralidad y eficiencia exigidas por el nuevo contratista está garantizada por la propia experiencia.

En el país tenemos aún experiencia escasa y mal entendida sobre los *DBs*, pero que con el incremento de las inversiones, nos obligarán a reconocerlos y ponerlos en práctica muy rápido y para lo cual debemos estar preparados. ▲

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 descomunadamente 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 Dyalá 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, Dyalá. *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 cuanto 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.

2. LOS PROCEDIMIENTOS

Como hemos visto en el Primer Capítulo, la construcción es una actividad con alto índice de conflictuabilidad, por lo que las partes recurren a los DB para la solución rápida y eficaz de disputas en tiempo real.

Se puede decir que los conflictos surgidos en obra se abordan de dos maneras. Una, evitando que surjan posibles conflictos, mediante la identificación, investigación y discusión de los problemas en una etapa temprana, con el ánimo de no encarecer la solución de un conflicto; o, cuando no pueden ser prevenidos, resolviendo dicha controversia. Para abordar el correcto funcionamiento de una obra, el DB tiene cuatro funciones principales:³³⁵

- a) Estar familiarizado con los detalles del proyecto y visitar periódicamente la obra.
- b) Estar al día con las actividades, progreso, desarrollo y problemas de la obra.
- c) Fomentar que las partes resuelvan sus problemas antes de que escalen a disputas.
- d) Cuando una disputa sea referida al DB, llevar a cabo una audiencia para escuchar a las partes, de ser necesario, llevar a cabo las deliberaciones y preparar una decisión en forma profesional y a tiempo.

Debemos tener en cuenta que la naturaleza jurídica del DB es contractual, al ser una institución del derecho privado, regida por la voluntad de las partes. Ello no quiere decir que sus actuaciones sean libres, sino más bien que estas se van a guiar por un reglamento institucional o Acuerdo Trilateral.

En esta parte del capítulo, se van a abordar los procedimientos que existen en los DB, que son la prevención y solución de controversias,

³³⁵ OWEN, Gwyn y Brian TOTTERDILL. *Op. cit.*, p. 46.

donde se presentarán los cimientos de cada procedimiento que las partes deben seguir.

2.1. Prevención de controversias

La prevención de controversias tiene un impacto directo en la obra, estando relacionado al ahorro en costos directos y ahorro de tiempo, previniendo que un posible problema escale a una disputa entre las partes.

La forma mediante la cual el DB logra esa finalidad se encuentra en la prevención de las controversias, la cual se basa en: el monitoreo de la obra, las visitas *in situ*, la asistencia informal frente a un desacuerdo y la emisión de consejos u opiniones.

Tal como se ha querido explicar en la presente investigación, el DB aborda de manera íntegra una controversia, siendo que no sólo está disponible en el caso de que surja una disputa formal en el desarrollo de una obra, sino también tiene un rol activo en el desenvolvimiento de la misma, tratando de que las partes puedan resolver las controversias de una forma eficiente en el tiempo más breve, con la finalidad de que las mismas encuentren la mejor solución para combatir los problemas que surjan en la obra.

Un ejemplo del rol activo de los adjudicadores, de acuerdo a Hunt, es que la primera reunión del DB debe llevarse a cabo poco después del comienzo de la ejecución del proyecto. En dicha reunión, el DB debe estar plenamente informado sobre las expectativas del propietario para el proyecto, los planes del constructor, sus expectativas y preocupaciones.³³⁶

Allí también se debe presentar a las partes los procedimientos a seguir, adaptando si fuera conveniente algún cambio que las partes deseen

³³⁶ HUNT, Robert. *Dispute Resolution Boards*, p. 3. Consulta en: <http://www.robert-huntbarrister.com/Dispute.pdf>.

conveniente. Y lo más importante, que las partes presenten al representante que va a ser el nexo con los adjudicadores.

A continuación, procederemos a explicar el procedimiento en donde se produce una asistencia informal hacia las partes.

2.1.1. Monitoreo de la obra

Uno de los intereses que tienen ambas partes es que la obra debe ser terminada dentro del plazo pactado, con lo cual el constructor maximiza la rentabilidad de su contrato y el propietario obtiene la obra en el plazo que quiere.

Para cautelar la entrega de la obra a tiempo y poder prevenir el surgimiento de los conflictos mediante la identificación de problemas potenciales entre las partes, el DB debe estar al día con el progreso de la obra. Hunt, afirma que la dinámica del proceso de DB, garantiza que los adjudicadores estén al corriente de todas las evoluciones del proyecto.³³⁷

Una de las formas que se puede lograr lo señalado es a través del monitoreo de la obra, lo cual es reconocido por Gould, Lockwood y King:

La **característica clave** que diferencia al DB de otros procedimientos es que, al iniciar sus actividades al comenzar el proyecto, **permite a los miembros del DB monitorear el progreso del proyecto** y estar disponibles tan pronto como las semillas de la disputa estén sembradas.³³⁸ (Énfasis nuestro)

³³⁷ HUNT, Robert. *Op. cit.*, p. 4.

³³⁸ Traducción libre de: «*The key characteristic that sets DBs apart from other non-court dispute procedures is that its establishment at the start of a project enables the board members to monitor the project's progress and be available as soon as the seeds of a dispute are sown*». En GOULD, Nicholas, Christina LOCKWOOD y Claire KING. *Dispute*

El monitoreo de la obra se logra mediante auditorías periódicas, precisándose que no es necesario que el DB inspeccione físicamente o supervise la ejecución de la misma, sino que el DB cuente con toda la información necesaria para que pueda efectuar sus propias observaciones y conclusiones respecto al avance de la obra.³³⁹

Para llevar a cabo las auditorías, el DB está facultado para pedir la documentación a efectos de llevar a cabo dicha función, lo cual está reconocido en el numeral 1. del artículo 11 del Reglamento ICC, en el cual se establece que «Las Partes deben cooperar plenamente con el DB y facilitarle la información en tiempo oportuno».

Así como en la regla 4 del Anexo Reglas Procedimentales del Libro Rojo Fidic, en la cual se señala que «[e]l Cliente y el Contratista proporcionarán a la MRC una copia de todos los documentos que ésta pueda requerir, incluyendo los Documentos Contractuales, informes de avance, órdenes de modificación, certificaciones y otros documentos relacionados con el cumplimiento del contrato».

Por lo que, si bien el DB está habilitado para requerir la documentación en cualquier momento, sugeriríamos que las partes y el DB establezcan fechas, períodos y plazos en los cuales las partes deben presentar la documentación necesaria y requerida para el DB.

Asimismo, consideramos que las partes, en adición a la documentación que el DB pueda solicitar, pueden presentar informes periódicos donde no sólo se detalle lo que se ha planeado, sino también lo que se deberá cumplir en el lapso de tiempo en que deberá entregarse el próximo informe.³⁴⁰

Board Rules. Consultation, 14 October 2013. Consulta en: http://www.fenwickelliott.com/files/dispute_board_rules_-_consultation_14_oct_2013_2_.pdf.

³³⁹ OWEN, Gwyn y Brian TOTTERDILL. *Op. cit.*, p. 56.

³⁴⁰ *Idem*, p. 58.

Finalmente, es necesario reiterar que, como consecuencia de esta obligación de los adjudicadores, el DB será capaz de abordar las diferencias que surjan entre las partes y prevenir que estas diferencias se conviertan en futuros conflictos. Ello deviene del acercamiento mismo que produce el estar monitoreando la obra.

2.1.2. Las visitas in situ

En el Acuerdo Trilateral se deben pactar visitas a la obra de parte del adjudicador, dichas visitas son el reflejo de la obligación del monitoreo de la obra. Siendo ello una ventaja y un plus en comparación con otros métodos de solución de controversias.

¿Cuál es la ventaja de las visitas respecto a las disputas de la obra? Las disputas en el marco del contrato de construcción surgen en una situación específica y en un momento determinado. Si a estas disputas las tratamos mediante los métodos de solución de controversias tradicionales, la estrategia estaría direccionada a convencer al juez o al árbitro respecto a la posición de alguna de las partes frente a la controversia. Lo cual trae como consecuencia que la parte que presente mejor los hechos y la controversia, tenga la ventaja en el arbitraje o juicio, no siendo necesariamente la parte que, fáctica o jurídicamente, tenga la razón.

No sólo ello, sino que, si bien el árbitro o juez tiene la posibilidad de llevar a cabo una inspección ocular a la obra, revisar los documentos relativos a la disputa o visualizando fotografías o escuchando las versiones de las partes, es difícil o imposible visualizar las circunstancias fácticas que debieron existir al momento de surgimiento de la disputa.

En ese sentido, a comparación de lo anterior, el DB, al tener la obligación de acudir a la obra, si puede visualizar de una forma más cercana y familiar las circunstancias que debieron existir al momento de surgimiento de la disputa, estando al tanto del progreso fáctico de la obras. A esto se le suma que, al haber formado parte y visualizado las

condiciones técnicas y físicas de la obra al momento, las dificultades, los costos y tiempo para la reconstrucción de eventos históricos pueden ser prevenidos.

De acuerdo algunos contratos, la visita de campo es la primera oportunidad que hay contacto directo del adjudicador con las partes; por lo tanto, el rol y la función del adjudicador es asentar un buen ambiente entre todos las partes.

Al respecto, en el numeral 1 del artículo 12 del Reglamento ICC se establece que «[l]as reuniones y visitas al sitio deben ser lo suficientemente frecuentes con el fin de que el DB se mantenga informado de la ejecución del Contrato y de cualquier desacuerdo».

Por su parte, en la regla 2 del Anexo «Reglas Procedimentales» del Libro Rojo Fidic, la parte pertinente señala que «[l]a finalidad de dichas visitas es posibilitar que la MRC esté al corriente del desarrollo de las Obras y de cualquier problema o reclamación real o previsible».

Sobre el intervalo de tiempo en el que las vistas deben ser realizadas, de acuerdo al Reglamento ICC y al Libro Rojo Fidic, se establece que estas visitas sean llevadas al menos tres (3) veces por año (numeral 1 del artículo 12 del Reglamento ICC) o en un intervalo de tiempo no mayor a ciento cuarenta (140) días (Regla 1 del Anexo «Reglas Procedimentales del Libro Rojo Fidic»).

Sin embargo, consideramos que la frecuencia con la que se llevan a cabo las visitas *in situ* dependerá de la naturaleza de la obra, las actividades que se están llevando a cabo y el número de problemas, cuestiones y/o disputas que existan en la misma. Además, se debe tener en consideración si los miembros del DB son locales o están ubicados en diferentes países.

Siendo que, por ejemplo, en los proyectos a menor escala, se pueden ampliar los intervalos de tiempo para llevar a cabo las visitas, ya que el costo por el traslado y alojamiento de los miembros del DB puede llegar a ser alta o medianamente oneroso para las partes.³⁴¹

No obstante ello, consideramos que las partes no deben prescindir de las visitas *in situ*, debido a que deben tener interés en que se lleven a cabo. Puesto que, muchos desacuerdos pueden ser prevenidos por una intervención informal del DB durante las visitas *in situ*.³⁴²

Respecto a los participantes de las visitas, el Reglamento ICC permite que se lleve a cabo una visita en ausencia de una de las partes (numeral 1 del artículo 12).

Al respecto, consideramos que el Reglamento ICC permite la ausencia de una de las partes, al favorecer a la celeridad de las actuaciones del DB y ahorro de costos por parte de las partes y del DB, puesto que, en caso se exija la asistencia de ambas partes y una no asista, se estaría dilatando las visitas realizadas por el DB, al tener que dejar constancia de la inasistencia de una de las partes y reprogramar nuevamente la visita, incurriéndose en gastos como la compra de pasajes para el transporte del DB y su alojamiento, como otros gastos.

Sin embargo, bajo las reglas del Libro Rojo Fidic, todas las partes tienen que estar presentes durante las visitas (regla 3 del Anexo «Reglas Procedimentales del Libro Rojo Fidic»).

Sobre ello, creemos que el Libro Rojo Fidic estaría favoreciendo una supuesta equidad en el trato.³⁴³ Siendo que, en caso se lleve a cabo

³⁴¹ ONG, Brennan y Paula GERBER. *Op. cit.*, p. 9.

³⁴² CORBETT, Edward. «*Moment of decision? The future of dispute boards under the fidic forms and beyond*»..En *Construction Law International*, 2009, vol. 4, n.º 3, p. 20.

³⁴³ La regla 5 del Anexo «Reglas Procedimentales» establece que el DB debe: «[...] actuar justa e imparcialmente entre el Cliente y el Contratista, dando una opor-

la asistencia con una sola parte, su contraparte no tendría la oportunidad de replicar lo dicho por la otra parte.

Sin embargo, nosotros consideramos que, como en el Reglamento ICC, se debe dar preferencia a la celeridad y ahorro de costos, al ser esas características, las que las partes buscan al momento de pactar el DB como método de prevención y solución de controversias. Además, consideramos que la inasistencia injustificada de una de las partes se debería a una actitud dilatoria, en tanto, para llevar a cabo las visitas *in situ*, las partes y el DB pactan la misma con la debida anticipación.

Por lo que recomendamos que las partes pacten que se puedan llevar a cabo las visitas *in situ*, con la inasistencia de una de las partes.

Finalmente, cabe precisar que la regla más importante que debe ser seguida por las partes y que debe hacerse cumplir por el DB es que la discusión respecto de los argumentos de las partes referidos a la defensa de sus posiciones no deben ser presentadas al DB, durante la visita.³⁴⁴

Esto se debe a que, en las visitas *in situ*, el DB revisa el progreso fáctico de la obra y las partes exponen los avances realizados en obra.

Por lo que, un panel de adjudicadores que permanentemente está yendo a la obra, tiene alta información de la misma. Cada vez que se reúne con las partes, se les asiste haciendo preguntas sobre el estado de la obra o sobre las posibles contingencias que van a afrontar y de las acciones inmediatas posteriores o previas para evitar que los problemas se presenten. Dicho momento, es el idóneo para que las partes expongan sus argumentos referidos a los problemas, cuestiones o disputas que existen o pueden existir entre ellas, mas no discutir sobre los mismos.

tunidad razonable a cada uno de ellos para argumentar su caso y replicar al de la otra Parte».

³⁴⁴ CHERN, Cyril. *Op. cit.*, p. 166.

No es raro que el adjudicador deje tarea a las partes para que éstos la trabajen a modo de mejorar la eficiencia en la ejecución de la obra.

Bajo la misma línea, se recomienda que los miembros DB no emitan opiniones sobre la obra, ya que, puede suceder que se estaría emitiendo un juicio de valor sobre un hecho como una posible contingencia, por lo que es mejor ser precavidos y pecar más bien por exceso de seguridad, no haciendo comentarios durante la visita.³⁴⁵

2.1.2.1. Tipos de visitas

Existen diversos tipos de visitas, las cuales son reconocidas tanto en la práctica como en el Reglamento ICC y el Libro Rojo Fidic.

De acuerdo al artículo 12 del Reglamento ICC, existen dos tipos de visitas, las visitas programadas y las visitas urgentes.

Las visitas programadas son las visitas que se fijan de acuerdo a un calendario, normalmente expuestas en el Acuerdo Trilateral. Cabe precisar que las visitas periódicas al sitio se producen independientemente de sí o no se han presentado disputas entre las partes.

Por otro lado, las visitas programadas, salvo acuerdo en contrario, tendrán lugar al menos tres (3) veces por año (numeral 1 del artículo 12 del Reglamento ICC). Por ejemplo, en una cláusula contractual o un pacto posterior, las partes y el DB pueden pactar que el DB tiene la obligación de efectuar las visitas *in situ* cada ciento veinte (120) días calendarios posteriores a la firma del contrato, para verificar el avance de obra.

En cambio, las visitas urgentes son aquéllas solicitadas por cualquiera de las partes, adicionales a las visitas al sitio programadas (numeral 4 del artículo 12 del Reglamento ICC). Las visitas urgentes son las

³⁴⁵ *Idem*, p. 167.

visitas no programadas que pueden ser solicitadas a pedido de parte o de oficio para la constatación de un hecho nuevo o no previsto que, por ejemplo, pueda estar afectando el desarrollo del contrato.

Por otra parte, conforme a la regla 1 del Anexo «Reglas Procedimentales» del Libro Rojo Fidic, sólo existe un tipo de visitas, las visitas programadas, las cuales se fijarían, en principio, en intervalos de tiempo no superiores a ciento cuarenta (140) días o, salvo que el contratista, el propietario y el DB lo acuerden de otro modo, el período entre visitas consecutivas no será inferior a 70 días.

Sin embargo, en la práctica,³⁴⁶ dentro de las visitas *in situ* programadas, se diferencia la primera visita de las visitas posteriores de rutina.

Esto se debe a que, en la primera visita, además de servir para la familiarización de la obra y verificar el progreso fáctico de la misma por parte del DB, el principal objetivo está dirigido a una introducción, tanto para el DB como para las partes.

Es una introducción para el DB, debido a que, en esta visita, por primera vez entra en contacto físico con la obra, lo cual puede servir como una introducción al proyecto y a las partes en obra. Y para las partes, ya que, con la primera visita se puedan familiarizar con la naturaleza de los procedimientos y actividades del DB.

En cambio, en las visitas posteriores de rutina, ya no sería necesaria una introducción, por lo que el principal objetivo sí está dirigido a la familiarización de la obra y a la verificación del progreso fáctico de la obra por parte del DB.

³⁴⁶ OWEN, Gwyn y Brian TOTTERDILL. *Op. cit.*, pp. 68 y ss.

2.1.2.2. Preparación para las visitas

Antes de llevar a cabo una visita *in situ*, es necesario establecer una agenda de trabajo, en la cual se establecerían las actividades que se van a llevar a cabo dentro de la visita, así como su programación en el tiempo.

Al respecto, el Reglamento ICC no establece quién debe elaborar la agenda de trabajo.

Sin embargo, en la regla 2 del Anexo «Reglas Procedimentales» del Libro Rojo Fidic se establece que la «[...] agenda de cada visita al emplazamiento se acordará conjuntamente por la MRC, el Cliente y el Contratista o, a falta de acuerdo, la decidirá la MRC».

La doctrina no es uniforme respecto a la persona que debe elaborar la agenda. Chern señala que la parte que normalmente elabora la agenda es el constructor, quien la preparará y remitirá una copia al DB y al propietario para sus comentarios, adiciones o correcciones, de ser necesarias.³⁴⁷

Por su parte Gould, manifiesta que, en la práctica, el DB elabora la agenda y el presidente pone en conocimiento la misma a las partes y, en caso no reciban objeción alguna respecto a la agenda elaborada, el DB procede con la visita *in situ* bajo los parámetros establecidos en la misma.³⁴⁸

Entendemos que la lógica detrás de que el constructor elabore la agenda, se debe a que es la parte que tiene el control fáctico de la obra y quien está efectuando las labores a ser revisadas por parte del DB en obra.

³⁴⁷ CHERN, Cyril. *Op. cit.*, pp. 162 y ss.

³⁴⁸ GOULD, Nicholas. *Establishing Dispute Boards - Selecting, Nominating And Appointing Board Members*. A paper given at the Society of Construction Law. International Conference in Singapore, 2006. Consulta en: <http://www.scl.org.uk>, p. 31.

Sin embargo, consideramos que quien debe elaborar la agenda debe ser el DB, con asistencia de las partes; debido a que, es el DB quien debe saber qué labores son las que tienen que ser vistas en obra, para poder cumplir con sus funciones, estando al día con las actividades, progreso, desarrollo y problemas de la obra. Y la labor de las partes estaría limitada a la proposición de temas para ser vistos en la visita y que no hayan sido planteados por el DB.

Asimismo, se deben hacer las coordinaciones necesarias para que se lleve a cabo dicha visita. Para lo cual cabe preguntar, ¿quién debe ser el responsable de llevar a cabo dichas coordinaciones?

El artículo 16 del Reglamento ICC no establece quien debería coordinar las visitas. El citado artículo únicamente establece el lugar donde se pueden llevar las reuniones. A la letra dice:

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

Todo lo contrario sucede cuando nos remitimos al Libro Rojo Fidic. Ya que, de acuerdo a la regla 3 del Anexo «Reglas Procedimentales», las visitas serían coordinadas por el propietario con la ayuda del Constructor. El propietario deberá asegurar la disponibilidad de salas de reuniones y servicios de secretariado y copias, demostrando que sus tareas son bien puntuales.

Al respecto, compartimos el criterio de Owen y Totterdill, quienes señalan que la forma Fidic no es la mejor manera de organizar una visita.³⁴⁹ Ya que, como en el caso de la elaboración de la agenda, consideramos que el DB debe ser el actor principal en las coordinaciones, el cual

³⁴⁹ OWEN, Gwyn y Brian TOTTERDILL. *Op. cit.*, p. 65.

centraliza las comunicaciones que se hagan entre las partes y canaliza los requerimientos necesarios para efectuar la visita.

Sin embargo, el DB debe contar con la asistencia de ambas partes, debido a que el constructor tiene el control real del sitio, por lo que puede habilitar instalaciones para llevar a cabo la reunión para las visitas en los lugares más remotos; y el propietario puede tener control de la logística, como llevar a cabo los arreglos hacia y desde la obra. Recordemos que el DB no es una figura externa de la obra, y tampoco son defensores o representantes de las partes, sino participan como miembros independientes e imparciales, siendo su obligación principal la de facilitar la armonía y brindar una asesoría integral para que el cumplimiento de la misma no genere problema alguno.

Por lo mismo, el adjudicador no puede ir a las visitas sin antes prepararse, para ello debe ir leyendo toda la documentación presentada por las partes, además de saber de qué se trata el problema o de lo que busca con la visita de campo.

Por último, si bien el adjudicador maneja la agenda de la visita de campo, ello no quiere decir que va a ser autoritario respecto a lo que quiere ir a visitar. El adjudicador tiene que dejar que las partes le muestren lo que quieren mostrar; y es que, es importante que las partes se sientan que tienen la atención y el respeto de parte del adjudicador, eso fomenta la confianza en el proceso.

2.1.2.3. *El informe de la visita in situ*

Una vez llevada a cabo la visita *in situ*, el DB está en la obligación de presentar un informe. Así lo establecen el numeral 5. del artículo 12 del Reglamento ICC y la regla 3. del Anexo «Reglas Procedimentales» del Libro Rojo Fidic. Dicho informe, como base, debe contar con el siguiente contenido:³⁵⁰

³⁵⁰ CHERN, Cyril. *Op. cit.*, p. 168.

- Documentación de las actividades que se han llevado a cabo en la vista.
- Verificación del estatus de la obra; es decir, qué labores se han llevado a cabo después de la última visita o qué labores están al día y cuáles están atrasadas.
- Cuestiones o problemas formulados por alguna de las partes al DB, dentro de las cuales, puedan afectar el desarrollo de la obra.
- Las observaciones efectuadas por el DB respecto al avance de la obra y sobre las partes.
- Sección «otros», la cual sirve como cajón de sastre para documentar cualquier tema no previsto en los puntos anteriores.
- Detalles de la siguiente visita, cuándo se va a llevar a cabo y el lugar de la misma.

Es importante recalcar que mediante el presente informe, el adjudicador no formule opiniones o decisiones de la visita de campo, es muy importante que la visita de campo sea puramente exploratoria. Por lo mismo, el presente informe tiene finalidad explicativa, mediante la cual se cautela que se esté avanzando la obra de manera apropiada y que las metas que las partes tienen se estén llevando a cabo. Para lo cual, en el informe se señala y grafica la verificación y monitoreo fáctico de la obra llevada a cabo por el DB, exponiéndose sus avances.

De la misma forma, sirve para que el DB y/o las partes tomen algunas decisiones de acuerdo a cómo van trabajando en la obra o si se necesita ajustar el avance de la obra como, por ejemplo, adoptar un calendario acelerado.

Además, consideramos que el informe emitido puede servir como guía, referencia y medio probatorio a nivel del procedimiento de resolución llevado a cabo por el DB, tanto para las partes como para el DB para fundamentar varios hechos, como el atraso en el cumplimiento de prestaciones por una de las partes, comportamiento o actuación de

una de las partes en la obra, al momento de plantear la asistencia, la emisión de un consejo, opinión o *determinación* y que el DB deba tener en cuenta.

2.1.3. Asistencia informal frente a un desacuerdo

En el marco del desarrollo de la obra, las partes pueden tener desacuerdos sobre, por ejemplo, la interpretación de una cláusula contractual o del calendario de obra, un derecho u obligación de una de las partes, los cuales pueden escalar a una disputa.

Cabe señalar que, en esta etapa, las partes deberían estar más tranquilas y abiertas a la discusión de temas, a diferencia de la etapa de solución de controversias, en la cual la relación entre el constructor y propietario es tensa y cualquier detonante puede agravar la relación que tienen en obra.

Antes de que esos desacuerdos escalen a una disputa, las partes pueden requerir al DB su apoyo para afrontar un desacuerdo de manera pacífica e informal, de dos formas, una a través del fomento del diálogo entre las partes y la otra, a través de la emisión de consejos u opiniones.

Aquél es el momento de buscar soluciones, ir alertando tomando las medidas que deben de tomar para evitar que el evento que se presente o se puede presentar afecte a las partes o a la obra. No podemos perder esta función y sólo quedarnos con la función decisoria. Ya que perdemos mucho de la eficacia de los DB.

2.1.3.1. Diálogo entre las partes

Cuando estamos en la etapa de asistencia informal mediante el fomento del diálogo entre las partes, consideramos que la labor del DB es actuar como un tercero neutral que acompaña y guía a las partes para que ellas mismas encuentren la solución más beneficiosa, identificando

los puntos del desacuerdo y explorando las posibles vías de solución, asegurándose de que las partes arriben a una solución propia dentro del marco legal contractual.

Esta asistencia está prevista en el numeral 1 del artículo 16 del Reglamento ICC, en el cual se establece que:

Por iniciativa propia o a petición de una de las Partes y siempre con el acuerdo de todas las Partes, el DB puede, de manera informal, ayudar a las Partes a resolver los desacuerdos que puedan surgir durante la ejecución del Contrato [...].

Sin embargo, cabe precisar que, en el Libro Rojo Fidic, no está prevista la asistencia informal como tal. Únicamente las partes pueden solicitar al DB que emita opiniones sobre un desacuerdo.

De acuerdo a lo anterior, bajo el Reglamento ICC, el único requisito para solicitar la asistencia informal del DB es que la parte solicitante cuente con la aceptación de la otra parte para su formulación.

De lo contrario, llevar a cabo reuniones con una de las partes sin el conocimiento de la otra, puede ser visto como una falta al deber de imparcialidad que tiene el DB, al verse como si el DB estuviese predispuesto a lo que diga una parte o que la está favoreciendo al escuchar la postura de sólo una de ellas.

Cabe precisar que, en caso la solicitud de asistencia informal sea propuesta por una de las partes, de acuerdo al Reglamento ICC, debe ser comunicada, tanto al DB como a la otra parte, lo más pronto posible, lo cual es recogido en el numeral 1 del artículo 16 de dicho reglamento, en el cual se señala que:

[...] La Parte que proponga la asistencia informal del DB debe esforzarse en informar al DB y a la otra Parte con la mayor pron-

titud antes de la fecha de la reunión o de la visita al sitio durante la cual la asistencia informal deba de ser prestada.

Sobre el lugar y tiempo en el que se brinda la asistencia informal, cabe señalar que ella puede brindarse en cualquier locación y momento, siendo que en el numeral 1 del artículo 16 del Reglamento ICC se establece que:

Esta asistencia informal puede prestarse durante cualquier reunión o visita al sitio.

La asistencia informal por parte del DB puede ser tanto verbal como escrita, en una conversación entre el DB y las partes o en reuniones separadas (con el acuerdo de la contraparte). Inclusive, se tiene que considerar que, con el avance tecnológico, la economía procedimental y la agilidad buscada al momento de pactar el DB para la prevención y solución de disputas, la asistencia informal se puede brindar de una forma no presencial, es decir, de manera virtual, ya sea por una videoconferencias.

Atendiendo a lo anterior, podemos observar que la asistencia informal es elástica e ilimitada, ya que no existe una forma o momento predeterminado en que el DB pueda asistir a las partes para buscar una solución en sus desacuerdos.

Finalmente, atendiendo a que el Reglamento ICC sólo prevé la posibilidad de la asistencia informal ante un desacuerdo (artículo 16), mas no un procedimiento en sí y que el Fidic no lo establece, sugerimos que las partes pacten la posibilidad de que el DB pueda brindar asistencia informal, cuando es solicitada a pedido de parte o en conjunto, así como el procedimiento a seguir.

En conclusión, en el marco de la asistencia informal, el DB serviría como un puente entre las partes para que las mismas puedan discutir

sobre el desacuerdo y que ellas arriben a un acuerdo sin que dicho problema llegue a transformarse en una disputa.

2.1.3.2. *Emisión de consejo u opinión sobre las cuestiones pertinentes*

En el marco de la asistencia informal, las partes pueden formular al DB consultas u opiniones sobre materias vinculadas al contrato, como son: la interpretación de una cláusula contractual o una obligación de las partes, entre otras.

Las opiniones informales son una perspectiva rápida de evaluación de parte del DB, es decir se debe utilizar cuando las partes discrepan sobre asuntos muy puntuales, dado que este procedimiento es rápido, pues no prejuzga la oportunidad de audiencias para una actuación profunda de medios probatorios.

Por lo que, ya sea a pedido de parte, siempre con la aprobación de la contraparte, o en conjunto, soliciten que el DB se pronuncie sobre alguna cuestión pertinente, en forma de consejo u opinión.

El consejo u opinión que puede emitir el DB debe ser dirigido a resolver un desacuerdo entre las partes que todavía no es visto como una disputa, y la misma debe servir para que las partes puedan llegar a un acuerdo o resolver cualquier diferencia existente entre ellas.³⁵¹ Es decir, las opiniones consultivas se utilizan normalmente poco después de que las partes encuentran que tienen un conflicto potencial y han considerado cuidadosamente solicitar al DB que emita una opinión no vinculante. Pues las partes, prefieren ejercer en una oportunidad temprana dicha facultad, en vez de gastar recursos adicionales en un procedimiento de resolución de conflictos.

De esta forma, consideramos que ello es una muestra clara de la función preventiva que tienen los adjudicadores, ya que, al evitarse que

³⁵¹ OWEN, Gwyn y Brian TOTTERDILL. *Op. cit.*, p. 59.

dicha cuestión o desacuerdo sea remitido al DB como una disputa formal y al no activarse el procedimiento de solución de controversias, se está logrando esquivar los costos directos adicionales, un ahorro de tiempo y recursos, tanto para las partes como para el DB.

El DB debe emitir un pronunciamiento respecto al desacuerdo o cuestión planteada por las partes; sin embargo, la finalidad es que se propicie únicamente el acercamiento de las partes para que lleguen a un acuerdo.

Cabe señalar que esta facultad de emitir consejos u opiniones está permitida por el numeral 2 del artículo 16 del Reglamento ICC, el cual establece que:

La asistencia informal del DB puede llevarse a cabo a través de una conversación entre el DB y las Partes, reuniones separadas entre el DB y una de las Partes previo consentimiento de la otra Parte, **opiniones informales expresadas por el DB a las Partes**, una nota escrita del DB dirigida a las Partes, o de cualquier otra forma de asistencia que pueda ayudar a las Partes a resolver el desacuerdo. (Énfasis nuestro).

Asimismo, también está prevista en la subcláusula 20.2 del Libro Rojo Fidic:

Si en cualquier momento **las Partes así lo acuerdan, podrán someter un asunto conjuntamente a la MRC para que ésta dé su opinión**. Ninguna de las Partes consultará a la MRC sobre un asunto sin el acuerdo de la otra Parte. (Énfasis nuestro).

Así como en el literal k) de la regla 4 del Apéndice Condiciones Generales del Acuerdo de Resolución de Conflictos del Libro Rojo Fidic.

El miembro:
[...]

- (k) deberá estar **disponible para aconsejar y opinar sobre cualquier cuestión relevante del Contrato**, cuando fuera así requerido conjuntamente por el Cliente y el Contratista, y previa aceptación de los Otros Miembros (en su caso). (Énfasis nuestro).

De lo anterior, podemos observar que, de acuerdo al Reglamento ICC, la emisión de opiniones informales está incluida dentro de la asistencia informal.

Y, bajo el Libro Rojo Fidic, para que el DB emita un consejo u opinión sobre un desacuerdo existente entre las partes, dicha posibilidad debe estar acordada de antemano y su solicitud debe ser formulada en conjunto, lo cual consideramos que se debe con el fin de reducir costos y tiempo, siendo que en dicha solicitud las partes pueden señalar de manera precisa los puntos en controversia, existiendo una necesidad de poner en conocimiento la solicitud de consejo u opinión a la contraparte.

Además, al estar en una etapa de prevención de conflictos, y no en una etapa de resolución de controversias, la presentación del desacuerdo deberá ser breve y, en caso las partes deseen presentar documentación, la misma debe ser restringida y limitada a la materia puesta a consideración del DB, señalando extractos de la documentación a ser adjuntada.³⁵²

Cabe resaltar que las partes deben reconocer que si los problemas llevados a la asistencia informal son complejos y no pueden ser tratados por el carácter informal del proceso, el DB puede negarse a dar una opinión o consejo. El DB debe tener en cuenta la complejidad de los problemas, dado que si se va a necesitar un tiempo holgado para evaluar las pruebas o argumentos presentados por las partes, es mejor que se niegue a comenzar un proceso informal.

³⁵² *Ibidem.*

Por todo lo anteriormente señalado, consideramos que para la emisión de consejos u opiniones, las partes deben discutir con el DB cual va a ser el procedimiento a seguir en el preciso instante a la solicitud; sin perjuicio de ello, en el Acuerdo Trilateral se puede estipular de manera general las etapas obligatorias que se tienen que dar para la emisión de una opinión o consejo.

Sugerimos que se debe utilizar el procedimiento expuesto en el Libro Rojo Fidic; es decir, que ambas partes definan primero el problema al momento de presentar la solicitud de opinión informal, preparando un breve resumen de sus posiciones.

Una vez que el DB tenga en su poder ambas posiciones de las partes, este puede citar a las partes para que expongan sus argumentos en una reunión.

En la misma audiencia o en el plazo estipulado por el DB, se emitirá el consejo u opinión. Dicho consejo u opinión, puede ser presentado de forma variada; es decir, de forma oral o escrita, la misma que será breve, pero incluyendo la fundamentación por la cual se llegó a la conclusión plasmada en el consejo u opinión.³⁵³

Cabe señalar que, una vez emitida la opinión por parte del DB, el mismo no queda vinculado con lo señalado en dicha opinión, por lo cual puede adoptar una postura diferente en caso la cuestión escale a una disputa, lo cual está reconocido en el numeral 3 del artículo 16 del Reglamento ICC, el mismo que a la letra señala que:

Cuando se solicita al DB que emita una Determinación acerca de un desacuerdo sobre el cual ha prestado asistencia informal, el DB no queda vinculado por las opiniones, ya sean verbales

³⁵³ GROUT, Nigel. A paper on obtaining informal advice and opinions from the Dispute Board. 2nd Regional Conference DRBF en Bucharest, 2010. Consulta en: <http://bit.ly/1jWx3wh>.

o escritas, que haya expresado mientras prestaba esta asistencia informal.

Sin embargo, si bien el consejo u opinión no es vinculante, el mismo puede servir para que las partes puedan llegar a un acuerdo antes de someter la cuestión al mecanismo de solución de disputas del DB.

Ya que, en caso no lleguen a un acuerdo sobre la cuestión puesta a conocimiento del DB, las partes estarían perdiendo la oportunidad de tomar una decisión en común, dejando que un tercero decida sobre dicha cuestión, es decir, el DB emitiría una «determinación» al respecto.

Debemos enfatizar que los costos y el tiempo implicados en la resolución de disputas sobre proyectos de construcción son sustanciales. Cuando las partes inician el procedimiento de resolución de disputas, naturalmente la predisposición en el contrato de construcción puede comenzar a transformarse, y ello generaría la desaparición de la confianza entre ellas, siendo este elemento un ingrediente muy importante para el desarrollo de la obra y su entrega, al perderlo su desventaja puede ser significativa para el desarrollo de la misma.

2.2. Solución de controversias

Como mencionamos en el Capítulo anterior, dentro del contrato de construcción se podrán encontrar diversas disputas durante su ejecución y, si un desacuerdo no se soluciona convenientemente para las partes en los términos que subyacen en el contrato, cualquiera de ellas podrá someter la controversia por escrito al DB.

Las preguntas que debemos responder son: ¿cuándo nos encontramos en un desacuerdo? y ¿cuándo nos vemos envueltos en una disputa?

Para ello, nos referimos al artículo 2 del Reglamento ICC, donde define la palabra «disputa» como «todo desacuerdo derivado del Contrato o relacionado con el mismo, que se someta a un *Dispute Board*

para una Determinación según los términos del Contrato y de acuerdo con el Reglamento». *Contrario sensu*, se trataría sólo de un desacuerdo, si ninguna de las partes cuestiona un problema frente al DB, conforme lo establece el artículo 17 del Reglamento ICC.

De acuerdo a Chern, la distinción es importante por dos razones; la primera es que si una controversia no se ha elevado al nivel de disputa, por cumplimiento de la cláusula del DB en el contrato de construcción, no puede ser sometida directamente a arbitraje. La segunda razón es que el DB puede asistir informalmente a las partes para que puedan resolver un desacuerdo (a diferencia de una disputa).³⁵⁴

Al respecto, Owen y Toterdill señalan que la mayor diferencia entre una «determinación» y una opinión es el procedimiento de «determinación» utilizado en sí. Una opinión es considerada como una breve exposición de la consideración de sus autores sobre la base de una solicitud conjunta y limitada, mientras que una «determinación» es más profunda, hecha sobre una derivación efectuada en la consideración de las presentaciones y representaciones de las partes.³⁵⁵

Una vez hecha la precisión sobre la disputa, corresponde analizar el procedimiento de solución de controversias.

Según Chern, antes de que la parte afectada acuda al DB, es una práctica común que la parte demandante notifique primero a la parte demandada mediante una carta notarial precisándole la actual divergencia que existe y la intención de acudir al DB para que emita una «determinación», la cual, puede realizarse de diversas formas, por ejemplo, mediante una simple carta que establezca la naturaleza y el alcance de la controversia.³⁵⁶

³⁵⁴ CHERN, Cyril. *Op. cit.*, p. 14.

³⁵⁵ OWEN, Gwyn y Brian TOTTERDILL. *Op. cit.*, p. 120.

³⁵⁶ CHERN, Cyril. *Op. cit.*, p. 144.

En caso no existiese una respuesta satisfactoria, la parte acusadora es libre de remitir sus reclamaciones al DB, el cual procederá a elaborar un escrito en el que notifica la controversia, y éste es debidamente remitido a los adjudicadores y a las partes del contrato de construcción.

Y es que la parte que ha presentado el escrito con la controversia debe preparar una justificación indicando de manera exacta el motivo, la naturaleza y los fundamentos de hecho, contractuales y legales de la misma. Asimismo, es realmente importante que el escrito esté acompañado por los documentos que se utilizará como medios probatorios, afirmando su posición en la presente disputa.³⁵⁷

Cabe precisar que, a lo largo de la presente investigación, nos referimos a los desacuerdos formales entre las partes derivados del contrato o relacionados con el mismo que se sometan a un DB para una decisión según los términos del contrato y de acuerdo con el Reglamento como disputas. Sin embargo, cabe precisar que en el Reglamento ICC, se utiliza la palabra «desavenencia».

En el presente acápite, procederemos a explicar de manera detallada la segunda obligación principal que tiene el DB, que es la de resolver las disputas que surgen entre las partes durante la ejecución de la obra.

En algunas situaciones, lo considerado por las partes como una controversia, puede ser un simple malentendido entre ellas, el cual puede ser solucionado a través de las herramientas con las que el DB cuenta para prevenir las controversias.

Sin embargo, puede existir la posibilidad de que las partes, aun con la asistencia del DB, no puedan llegar a solucionar sus problemas, cuestiones o desacuerdos y las mismas hayan escalado al nivel de disputa.

³⁵⁷ *Idem*, p. 140.

Por ello, es derecho de las partes que el DB, mediante un procedimiento de solución de controversias, brinde una salida a la disputa surgida entre las partes y es obligación del DB formular una resolución final al respecto dentro de los plazos establecidos para ello. La resolución final que pone fin a la controversia surgida entre las partes se le conoce como una «determinación».

Este procedimiento puede ser parte de los términos de referencia del contrato de construcción, dentro del Acuerdo Trilateral o haber sido celebrado por un pacto posterior.

El objetivo del procedimiento es establecer un cronograma donde se explique de manera detallada las condiciones, los procedimientos, las citas a reunión y audiencias para la emisión de una «determinación».

De acuerdo a lo señalado por Owen y Totterdill,³⁵⁸ posiblemente es necesario incluir lo siguiente en el procedimiento:

1. La notificación de disputa se remite al DB con la solicitud de «determinación»:
 - La solicitud debe indicar las partes en litigio y esbozar los antecedentes y las cuestiones que llevaron a la cuestión de diferencias.
 - La solicitud también debe indicar el desagravio solicitado.
 - Una vez recibida la solicitud, el DB confirmará a las partes la fecha de referencia, que pasa a ser el día uno (1) de las actuaciones.
2. Posteriormente, el DB emitirá instrucciones de procedimiento a las partes, a fin de que se les proporcione un horario y un calendario de las obligaciones, como cuando están por presentar sus respuestas o la defensa con las cuestiones mencionadas.

³⁵⁸ OWEN, Gwyn y Brian TOTTERDILL. *Op. cit.*, p. 121.

3. El DB también decidirá si se requiere una audiencia o una reunión de las partes y, en caso afirmativo, se coordinará los arreglos para celebrar dicha reunión. Si se requiere una audiencia o reunión, entonces el DB emitirá pautas procesales a las partes para su celebración de dicha audiencia.
4. Si el DB necesita información adicional, entonces ella puede ser solicitada a las partes.
5. Por último, el procedimiento incluirá un calendario y la fecha de expedición de la «determinación» del DB.

Una presentación para el procedimiento de solución de controversias puede ser la siguiente:

Programa de solución de Controversias referido a la Disputa «[Insertar referencia sobre la disputa referida al DB, por ejemplo, el cobro de Mayores Gastos Generales 1]»	
Día 0:	El DB recibe la notificación de sometimiento de disputa al DB.
Día 1:	El DB confirma la recepción del sometimiento de disputa y el plazo que tiene para emitir la determinación.
Día 3:	El DB corre traslado a la contraparte el sometimiento de disputa para que manifieste lo conveniente a su derecho, de ser el caso.
Día 13:	La contraparte no se pronuncia sobre el sometimiento o manifiesta lo conveniente a su derecho, oponiéndose a los argumentos y pretensiones planteadas por la parte, se allana a la misma.
Día 16:	El DB pone en conocimiento de la parte lo manifestado por la contraparte.
Día 21:	La parte que sometió la disputa al DB se pronuncia sobre lo manifestado por la contraparte.
Día 26:	El DB cita a las partes a Audiencia y remite a las partes la agenda a llevarse a cabo en la Audiencia.
Día 31:	Se lleva a cabo la Audiencia y se suspende la misma para continuarse en otro día.
Día 34:	Se continúa y finaliza la Audiencia, solicitándose a las partes que presenten documentación adicional que consideren pertinente.

[Continúa en la siguiente página]

Día 44: Las partes presentan la documentación adicional y el DB se reúne para discutir sobre la disputa.

Día 70: El DB se reúne por última vez, ultimando los detalles de la determinación.

Día xx:³⁵⁹ El DB se reúne por última vez, ultimando los detalles de la determinación.

Cabe precisar que en el procedimiento descrito anteriormente, no se ha establecido un día particular para las visitas en la obra; puesto que no existe una obligación de realizar una visita en el marco de solución de controversias; siendo que, en caso se decida realizar esa visita, las partes sólo irían con la consigna de ver el problema técnico, en particular, sobre la obra; todo ello, bajo las reglas de un tipo de visita urgente, la cual se describe en el presente Capítulo.

Una de las ventajas del procedimiento de resolución de conflictos del DB, es que su procedimiento se rige por la autonomía de la voluntad de las partes, teniendo la posibilidad de aplicar el procedimiento que más convenga. Justamente por ello, una de las consignas es que las partes deben hacer hasta lo imposible para cumplir con el calendario procesal pactado, siendo que el propio DB está bajo una restricción de tiempo en virtud del contrato en el que debe emitir su «determinación».

Por ello, se recomienda que las partes, al momento de presentar sus acusaciones o defensa formales, aporten los debidos medios probatorios que sustenten sus posiciones, argumentando el motivo, la vulneración contractual o técnica de su reclamación.

Las partes deben tener mucho cuidado con toda la documentación que presentan, pues cabe precisar que a veces se tiene en el subconscien-

³⁵⁹ El día dependerá del plazo establecido que tiene el DB para emitir la determinación.

te que nos encontramos dentro de un arbitraje, y deben saber discernir entre los documentos que tienen poco o ningún valor probatorio en el caso concreto. Por ejemplo, no es necesario presentar todo el cuaderno de obra; basta con los asientos pertinentes, ya que el DB debería contar siempre con una copia actualizada de dicho documento.

Por otra parte, tal como se ha señalado, el DB debe actuar de forma igualitaria para ambas partes; no importa en qué etapa del procedimiento nos encontremos, ello es importante porque si bien el DB no es jurisdicción, se trata de un órgano que tiene el deber de buscar una equidad procesal a ambas partes; y es que justamente bajo estas razones y más aún cuando los derechos patrimoniales de las partes están en controversia. Por ello, resulta necesario que todo el procedimiento sea garantizado por un abogado en la labor de adjudicador; por otra parte, el DB es libre de considerar las pruebas sin estar sujeta a ninguna norma en particular bajo el sistema jurídico específico del contrato.

Sin embargo, debe tener cuidado de asignar la debida importancia a cada una de las pruebas presentadas, de conformidad con lo creíble de cada una de ellas y si esa evidencia fue apoyada por los hechos, declaraciones o materiales adicionales.³⁶⁰

Habiendo hecho una explicación del procedimiento de solución de controversias, a continuación se abordará los procedimientos a seguir para la solución de controversias surgidas en el marco de un contrato de obra bajo el Reglamento ICC y el Libro Rojo Fidic.

2.2.1. Tipos de procedimiento

Existen diversos tipos de procedimientos para la solución de controversias, para lo cual, a modo de ejemplo, explicaremos los procedimientos regulados conforme el Reglamento ICC y el Libro Rojo Fidic.

³⁶⁰ OWEN, Gwyn y Brian TOTTERDILL. *Op. cit.*, p. 122.

2.2.1.1. *El Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional*

El procedimiento de resolución de controversias está previsto entre los artículos 17 al 20 del Reglamento ICC, el cual está estructurado de la siguiente manera:

2.2.1.1.1. *Sumisión formal de la disputa*

El artículo 17 establece el contenido del pedido formal para el inicio de una disputa frente al DB. A la letra dice:

Artículo 17

Sumisión formal de las Desavenencias a una Determinación; exposición de la Desavenencia

1

Para someter una Desavenencia al DB, una de las Partes debe presentar a la otra y al DB una exposición escrita de la Desavenencia. La exposición debe incluir:

- Una descripción clara y concisa de la naturaleza y de las circunstancias de la Desavenencia;
- Una lista de cuestiones que serán sometidas al DB para una Determinación y una presentación de la posición de la Parte que formula estas cuestiones;
- Cualquier justificante que fundamente la posición de la Parte solicitante como documentos, dibujos, programas y correspondencia;
- Una exposición del objeto de la Determinación requerida al DB por la Parte solicitante; y
- En el caso de un CDB, si la Parte solicitante desea que el CDB emita una Decisión, la solicitud de una Decisión y la indicación de las razones que motivan a esta Parte a considerar que el CDB debe emitir una Decisión, en lugar de una Recomendación.

2

Para todos los efectos, la fecha de recepción de la Exposición de la Desavenencia por el Miembro único del DB o por el presi-

dente del DB, según el caso, será considerada como la fecha de inicio de la sumisión (la «Fecha de Inicio»).

3

Las Partes son libres de llegar a un acuerdo sobre la Desavenencia en cualquier momento mediante la negociación, con o sin ayuda del DB.

Como primera conclusión del precitado artículo, podemos observar que este procedimiento es diferente del arbitral en tanto la sumisión formal da pie para el inicio de la solución de controversias. En cambio, en el arbitral, el inicio está marcado por la solicitud arbitral para someter una controversia a arbitraje.

Además, podemos observar que lo establecido en el numeral 1, es lo que en la práctica procesal se conoce como petitorio y *causa petendi*. El petitorio es uno de los elementos objetivos de la pretensión procesal. En el que se expresa de manera muy precisa la voluntad del pretensor, es decir, de la parte que va a presentar la sumisión formal de la disputa, con relación a lo que busca directamente con la exposición que se hace frente al DB. La *causa petendi* puede ser entendida como los hechos que sustentan la petición o los hechos que configuran el supuesto de hecho contenido en la norma jurídica cuya aplicación se pide.

En el numeral 2 se establece el plazo que tiene el DB para emitir su «recomendación» o «decisión», el cual se cuenta a partir del día en que se presenta la solicitud formal ante el DB, generándose la «Fecha de Inicio».

Dicha fecha es realmente importante, pues el DB, en el caso del Reglamento ICC debería emitir su dictamen dentro de los noventa (90) días siguientes a la «Fecha de Inicio».

No obstante, el citado Reglamento, otorga a las partes la facultad de poder prorrogar una vez dicho plazo, tomando en consideración la

naturaleza y la complejidad de la controversia, así como otras circunstancias pertinentes.

Por último, en el numeral 3 se deja abierta la posibilidad de que las partes puedan entablar un acuerdo conciliatorio en cualquier etapa del procedimiento, recalcando la flexibilidad del mismo que se lleva a cabo en un DB.

Por otra parte, cabe señalar que el escrito que se presente frente al DB y contra la parte afectada, debe ser elaborado de una forma más particular y puntual respecto a los daños que se han causado y a las futuras consecuencias que esto puede generar. Chern³⁶¹ nos presenta los siguientes consejos que se deben tener en cuenta al momento de presentar el reclamo formal ante el DB:

- Todas las reclamaciones hechas bajo los términos del contrato de construcción deben ser identificadas en cada caso bajo los términos invocados, señalando la naturaleza y la cuantía del reclamo.
- Mostrar con precisión cómo se sustenta el cálculo por las sumas adicionales reclamadas por las variaciones, la prolongación o interrupción que se produzcan durante la ejecución del contrato de construcción.
- Las sumas reclamadas se deben identificar por separado.
- El escrito de demanda debe contener un resumen de la controversia.
- El escrito de demanda incluirá una lista de los documentos utilizados para fundamentar su posición y se adjuntarán documentos que el DB ni la contraparte los tuviese, como informes de los expertos.
- Se debe explicar y señalar todos los hechos y los argumentos de fondo que justifiquen su posición.

³⁶¹ CHERN, Cyril. *Op. cit.*, p. 140.

El escrito formal de la parte reclamante ante el DB debe contener varios elementos, los cuales están circunscritos a un pliego concreto de su posición en donde no sólo se explique su punto de vista, sino también manifieste lo conveniente a su derecho respecto a lo expresado por la otra parte durante el curso del procedimiento informal. Es decir, debe diferenciarse lo que respecta a la reclamación de la parte solicitante contra la declaración de su contraparte.

Después de esto, es adecuado tener una introducción al proyecto con una sección sobre lo que es exactamente la «recomendación» o «decisión» solicitada al DB.

Finalmente, las partes deberán facilitar al DB toda clase de información adicional relevante, que los adjudicadores hayan solicitado, además de un adecuado y apropiado acceso al sitio. Con todo ello, el adjudicador no tendría por qué tener problemas para emitir su «determinación».

2.2.1.1.2. Contestación de la solicitud formal

Así como es derecho de cada parte presentar una sumisión formal sobre cualquier disputa, igual derecho asiste a su contraparte en manifestar lo conveniente a su derecho, contestando la sumisión respecto a la disputa que se ha ocasionado en la ejecución de la obra, remitiéndose formalmente al DB.

Para saber cuáles son los requisitos que se deben cumplir en dicha contestación, procedemos a remitirnos al artículo 18 del Reglamento ICC, que a la letra dice:

Artículo 18

Contestación y documentos adicionales.-

1

Salvo acuerdo en contrario de las Partes o salvo instrucciones contrarias del DB, la Parte que contesta debe responder por escrito a la Exposición de la Desavenencia (la «Contestación»)

dentro de los 30 días siguientes a la recepción de la Exposición de la Desavenencia. La Contestación debe incluir:

- Una presentación clara y concisa de la posición de la Parte que contesta respecto de la Desavenencia;
- Cualquier justificante³⁶² que fundamente su posición como documentos, dibujos, programas y correspondencia;
- Una exposición del objeto de la Determinación solicitada al DB por la Parte que responde;
- En el caso de un CDB, una contestación a la solicitud de Decisión presentada por la Parte solicitante o, si ésta no lo ha requerido, cualquier solicitud de Decisión de la Parte que contesta, incluyendo las razones por las que esta Parte estima que el CDB debería emitir el tipo de Determinación que desea.

2

En cualquier momento el DB puede solicitar a una Parte que presente otros escritos o documentos adicionales que ayuden al DB a preparar su Determinación. El DB debe comunicar por escrito a las Partes cada una de estas solicitudes.

Al respecto, cabe señalar que la contestación no escapa de lo que ya en la práctica se ha desarrollado en un arbitraje y en un proceso judicial meramente en el tema formal porque en el fondo la idea es ser más directo, sin ese ritualismo procesalista que tienen muchos abogados.

Mediante la contestación, la contraparte da respuesta a la sumisión formal, oponiéndose a lo pretendido por la parte que activó el procedimiento de solución de controversias, acompañando los medios probatorios que fundamentarían su postura o teniendo la posibilidad de allanarse a la misma, es decir, sometiéndose a la pretensión formulada en la sumisión formal.

Dentro de esta línea, debemos precisar que, en el citado artículo, se faculta al Adjudicador a solicitar pruebas de oficio, en donde se reserva

³⁶² Al respecto, consideramos que la palabra «justificante» se refiere a un documento que prueba la veracidad de algo.

el derecho de disponer oportunamente la actuación de oficio de cualquier otro medio probatorio que consideren conveniente para emitir su «recomendación» o «decisión».

Debemos enfatizar que es realmente importante haber comunicado que se procede a acudir al DB debido a una disputa y que el conflicto debe basarse en hechos en donde realmente se necesita a un tercero para poder darles solución, pues lo que no se desea es acudir a un DB con una solicitud frívola, la cual puede generar que el DB desvíe su atención a situaciones más importantes.

Como señalamos en el primer Capítulo, los adjudicadores al estar plenamente informados respecto del desenvolvimiento de la obra, van a desempeñar la función de desincentivar los reclamos infundados, siendo ellos mismos lo que van a propiciar el correcto camino para resolver cualquier disputa.

2.2.1.1.3. Audiencias

En la práctica se aprecia que algunos tribunales arbitrales y cortes estatales, llevan a cabo audiencias de ilustración con la finalidad principal para dar a las partes una oportunidad para que presenten su caso y las evidencias que lo respaldan, debido a que ellos mismos no están familiarizados con los detalles de la controversia.

Sin embargo, en los DB, al estar los miembros están familiarizados no sólo con la controversia, sino también con las partes y con la obra, cualquier persona se preguntaría si el DB necesita llevar a cabo dicho tipo de audiencias. La respuesta es no. Ese tipo de audiencias, en el marco del DB, únicamente estarían dirigidas para que las partes presenten más información o alguna explicación adicional que requiera el DB.³⁶³

³⁶³ OWEN, Gwyn y Brian TOTTERDILL. *Op. cit.*, p. 63.

En ese sentido, las audiencias que se llevan a cabo en el marco de los DB son limitadas y para establecer las reglas y actuaciones que se llevan a cabo, procedemos a remitirnos al artículo 19, que a la letra dice:

Artículo 19

Organización y conducción de las audiencias.-

1

Debe celebrarse una audiencia referida a una Desavenencia, salvo que las Partes y el DB acuerden otra cosa.

2

Salvo instrucciones contrarias del DB, las audiencias se celebran dentro del plazo de 15 días siguientes a la recepción de la Contestación por el Miembro único del DB o por el presidente del DB, según el caso.

3

Las audiencias se celebrarán en presencia de todos los Miembros del DB, salvo que éste decida, al tenor de las circunstancias y previa consulta a las Partes, que es conveniente llevar a cabo una audiencia en ausencia de uno de los Miembros del DB; se entiende, sin embargo, que antes de la sustitución de un Miembro del DB, sólo podrá celebrarse una audiencia con los dos Miembros restantes previo acuerdo de todas las Partes en virtud del artículo 7(6).

4

Si alguna de las Partes se rehúsa o se abstiene de participar en el procedimiento del DB o en cualquier etapa de éste, el DB procederá su cometido no obstante dicha negativa o abstención.

5

El DB tendrá la plena dirección de las audiencias.

6

El DB deberá actuar justa e imparcialmente y asegurarse que cada Parte tenga la oportunidad suficiente para exponer su caso.

7

Las Partes comparecerán en persona o a través de representantes debidamente acreditados a cargo de la ejecución del Contrato. Asimismo, podrán estar asistidas por consejeros.

8

Salvo que el DB decida lo contrario, la audiencia se desarrolla de la manera siguiente:

- presentación del caso, en primer lugar por la Parte solicitante seguida por la Parte que responde;
- indicación del DB a las Partes de las cuestiones que requieren más amplias aclaraciones;
- aclaración por las Partes de las cuestiones identificadas por el DB;
- contestación de cada Parte a las aclaraciones aportadas por la otra Parte, en la medida en que estas aclaraciones pongan de relieve hechos nuevos.

9

El DB puede solicitar a las Partes que faciliten sumarios escritos de sus declaraciones.

10

El DB puede deliberar en cualquier lugar que considere apropiado antes de emitir su Determinación.

De una revisión del artículo citado, no existe diferencia entre los tipos de audiencia que el DB puede llevar a cabo, salvo la audiencia obligatoria referida a la disputa, lo cual es positivo, pues establecer la obligación del DB para que lleve a cabo determinadas audiencias, atentaría contra la celeridad de un DB, alargando innecesariamente el procedimiento de solución de controversias.

Por otro lado, respecto a la actuación de medios probatorios de actuación diferida, consideramos que no es un impedimento que en la misma audiencia obligatoria se actúen los mismos, como la exhibición de cualquier documento que el DB juzgue necesario para emitir una «determinación» o la interrogación a las partes, a sus representantes y a cualquier testigo que el DB pudiera convocar; todo ello, en el orden que el DB estime, de acuerdo al numeral 1 del artículo 15 del Reglamento de la ICC.

Cabe preguntarse qué es lo que sucede en los casos que las partes objeten algún medio probatorio presentado.

No existe regla sobre la práctica de pruebas en los DB, por lo que las formas tradicionales para las objeciones sobre pruebas no se aplican salvo las que ataquen el valor probatorio de algún medio presentado o sobre su relevancia,³⁶⁴ quedando a criterio del DB el manejo de los medios probatorios presentados, actuando justa e imparcialmente y asegurándose que cada parte tenga la oportunidad suficiente para exponer su caso, de acuerdo a lo establecido en el numeral 6 del artículo 19 del Reglamento de la ICC.

Por ello, consideramos que la valoración de los medios probatorios sería efectuada al momento en que el DB emita su decisión, siendo además que la eficacia o no de los mismos sería ponderada conjuntamente con los demás medios probatorios ofrecidos por las partes, a efectos de resolver la disputa, salvo que se haya acreditado que el medio probatorio presentado fue adulterado, o se ha acreditado su falsedad o que no guarde relación con la materia controvertida, lo cual quedaría a criterio del DB.

Por otra parte, cabe precisar que, tal como se señala en el numeral 5 del artículo 19 del Reglamento de la ICC, el DB tiene pleno control sobre las audiencias, lo cual conlleva detalles simples como el lugar donde el DB y las partes se van a ubicar, si va a llevar a cabo una audiencia única o diversas audiencias, la forma de grabación de las mismas, en forma electromagnética o mediante transcripciones, así como la forma en que se van a llevar a cabo, teniendo un rol más activo en el desarrollo de la misma, haciendo preguntas que considere pertinente a las partes y controlando las preguntas que hacen las partes a los testigos. Inclusive tiene la potestad de suspender las audiencias, así como declarar que las mismas han llegado a su fin.³⁶⁵

³⁶⁴ CHERN, Cyril. *Op. cit.*, p. 193.

³⁶⁵ *Ibid*, p. 191.

Sobre las partes que pueden participar en las audiencias, el DB está facultado para llevar a cabo audiencias en ausencia o bajo la renuencia de alguna de ellas.

Esto se debe a que los plazos establecidos por las partes para la solución de la disputa, son cortos; por lo que la posibilidad de que no se lleve a cabo dicha audiencia y reprogramarla, la misma pondría en riesgo que la «determinación» propuesta por el DB no se notifique en el plazo establecido para tales efectos.

Además, es posible que una de las partes, en un intento de dilatar el procedimiento de solución de controversias, no asista a la audiencia, considerando que la misma no se cita con la debida anticipación. Precisándose que no devendría en una violación a su derecho de defensa, ya que no ha querido ser partícipe de la misma.

Y, ¿qué sucede en el caso de que uno de los miembros del DB no asista? En ese supuesto, existe la posibilidad de que aun así se lleve a cabo dicha audiencia, siempre y cuando se cuente con la aprobación de ambas partes.

Consideramos que las partes deberían pactar que sea facultad del DB el establecer si es necesario llevar a cabo la audiencia señalada en el artículo 19. Puesto que, con las exposiciones de las partes, documentos, informes y visitas realizadas, los hechos y argumentos controvertidos pueden estar debidamente enmarcados en la disputa.

Por ello, consideramos que las audiencias deben ser citadas únicamente en los casos que existan medios probatorios de actuación diferida o que el DB necesite alguna aclaración sobre algún hecho en disputa o significado de una cláusula pactada.

Además, cabe preguntarse si el DB está facultado para realizar una visita a la obra cuando está en la labor de solución de controversias.

Nosotros creemos que el DB sí está facultado para realizar las visitas que sean necesarias para apreciar, observar, describir y adquirir cualquier hecho que sea útil a la emisión de la «determinación», precisando que el tratamiento de esta visita sería la misma que para las visitas *in situ*, con las siguientes diferencias:

- En este caso, la visita realizada tiene una función específica, el DB está realizando una visita para verificar un hecho respecto a una disputa, mas no para verificar el avance fáctico de la obra, lo cual es más genérico.
- La visita realizada en el marco de una audiencia es facultativa, al ser una facultad del DB citarlas, en caso necesiten constatar un hecho para la solución de la disputa. En cambio, las visitas *in situ* son obligatorias, al estar así determinadas en el contrato.

Cabe recalcar que el numeral 8 del artículo 19 del Reglamento ICC establece, salvo pacto en contrario, una suerte de agenda para llevar a cabo la audiencia, a la letra dice:

Artículo 19

Organización y conducción de las audiencias.-

[...]

8

Salvo que el DB decida lo contrario, la audiencia se desarrolla de la manera siguiente:

- Presentación del caso, en primer lugar por la Parte solicitante seguida por la Parte que responde;
- Indicación del DB a las Partes de las cuestiones que requieren más amplias aclaraciones;
- Aclaración por las Partes de las cuestiones identificadas por el DB;
- Contestación de cada Parte a las aclaraciones aportadas por la otra Parte, en la medida en que estas aclaraciones pongan de relieve hechos nuevos.

En dicha agenda se tiene que establecer las actuaciones a llevar a cabo, debiéndose poner en conocimiento de las partes para asegurar que no se esté dejando de lado ninguna actuación y que todas estén cubiertas.

Para lo cual, un modelo de agenda sería el siguiente:

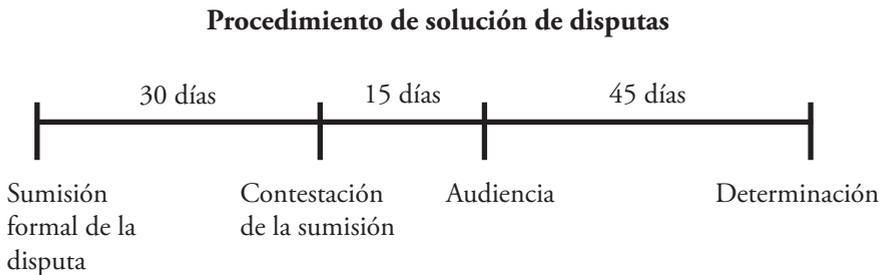
<p>Agenda de Audiencia referente a la Sumisión formal: [Insertar una referencia sobre la disputa planteada, por ejemplo, Ampliación de plazo n.º 1]» n.º xx</p>	
Fecha: xx/xx/xx	
Partes asistentes: xxxxxx - xxxxx	
Día 1:	
9:00 - 9:15:	Presentación del DB y de las partes. Introducción del DB sobre la finalidad de la audiencia.
9:15 - 10:00:	Exposición de la disputa por parte del recurrente y contestación de la contraparte.
10:00 - 10:30:	Actuación de medio probatorio consistente en la declaración de xxxxx.
10:30 - 12:45:	Visita a la Obra
Día 2:	
9:30 - 11:30:	Argumentos finales.
11:30 - 12:00:	Preguntas por parte del DB y respuestas.

Sin embargo, si bien la misma puede servir de modelo para disputas simples, creemos que, en los casos en que las disputas sean más complejas, en donde se pueden identificar varias disputas por separado, el DB debería separar audiencias por cuantas disputas puedan ser identifica-

das.³⁶⁶ Esto es, para que se lleve a cabo un tratamiento diferenciado y ordenado respecto de las disputas.

Una vez que el DB determine la conclusión de la audiencia y habiendo tenido toda la documentación necesaria para emitir una «determinación», el DB procederá a elaborarla, informando a las partes al respecto.

Cabe señalar que, de acuerdo a los plazos establecidos en el Reglamento ICC, independientemente de los días tomados para llevar a cabo la audiencia obligatoria, son noventa (90) los días contados a partir de la sumisión formal de la disputa para que el DB emita una determinación. El procedimiento de resolución de disputa de acuerdo al Reglamento de la ICC, es el siguiente:



2.2.1.2. *El Libro Rojo Fidic*

A diferencia del Reglamento ICC, no se establece un procedimiento propiamente dicho, sino que mediante la subcláusula 20.4 del Libro Rojo Fidic establece que cualquier parte puede someter una disputa al DB y que éste debe resolverla en el plazo de ochenta y cuatro (84) días después de recibir la comunicación; o en cualquier otro plazo propuesto por el DB y aprobado por ambas partes.

³⁶⁶ OWEN, Gwyn y Brian TOTTERDILL, *Op. cit.*, p. 102.

2.2.1.2.1. *Sometimiento de la disputa al Dispute Board*

Como se ha señalado, al amparo de la subcláusula 20.4 del Libro Rojo Fidic,³⁶⁷ cualquiera de las partes puede someter una controversia al DB.

³⁶⁷ «20.4. Solicitud de Decisión de la MRC

Si surgiera un conflicto (independientemente de su naturaleza) entre las Partes con relación a, o como resultado del Contrato o de la ejecución de las Obras, incluyendo cualquier conflicto relacionado con un certificado, determinación, instrucción, opinión o valoración por el Ingeniero, cualquier Parte podrá someter por escrito el conflicto a la MRC para su decisión, enviando copias a la otra Parte y al Ingeniero. Dicha comunicación deberá indicar que se realiza al amparo de esta Subcláusula.

En el caso de una MRC formada por tres personas, se considerará que la mesa ha recibido dicha comunicación en la fecha en la que lo ha recibido su presidente. Ambas Partes deberán poner inmediatamente a disposición de la MRC toda información adicional, acceso al Emplazamiento y las facilidades apropiadas que la MRC pueda requerir para poder tomar una decisión sobre el conflicto. Se considerará que la MRC no actúa como árbitro(s).

En el plazo de 84 días después de recibir la comunicación, o en cualquier otro plazo propuesto por la MRC y aprobado por ambas Partes, la MRC deberá emitir su decisión, que deberá ser razonada y deberá hacer constar que se dicta de acuerdo con esta Subcláusula. La decisión deberá ser vinculante para ambas Partes, que deberán ponerla en ejecución de inmediato, salvo y hasta que sea revisada mediante acuerdo amistoso o laudo arbitral tal y como se describe más adelante. Salvo que el Contrato haya sido ya abandonado, denunciado o resuelto, el Contratista deberá continuar con las Obras de acuerdo con el Contrato.

Si una de las Partes no está satisfecha con la decisión de la MRC, podrá, dentro del plazo de 28 días a partir de la recepción de la decisión, notificar a la otra Parte su disconformidad. Si la MRC no comunica su decisión en un plazo de 84 días (o en cualquier otro plazo aprobado) después de recibida dicha comunicación, cualquiera de las Partes podrá, dentro de los 28 días siguientes a la terminación de este plazo, notificar a la otra Parte su disconformidad.

En cualquier caso, esta notificación de disconformidad deberá hacer constar que se emite de acuerdo con esta Subcláusula, y deberá indicar el asunto en conflicto y la razón (o 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.

Dicha subcláusula únicamente establece como requisitos que:

- La solicitud sea por escrito.
- Se remita copias a todas las partes involucradas.
- Se indique expresamente que se está efectuando la solicitud al amparo de dicha subcláusula.

A diferencia del Reglamento ICC, en el Libro Rojo Fidic, no se establecen los elementos que debe contener la solicitud.

Por lo que, si bien no es requisito que la solicitud contenga elementos adicionales a la señalización de la disputa, consideramos que la misma debería contar con algunos elementos básicos para que el DB pueda resolver la disputa, los cuales deberían ser proporcionados por la parte reclamante. De lo contrario, si la solicitud está mal redactada o no se entiende, no existiría certeza sobre lo que el DB debe pronunciarse.³⁶⁸

En dicha subcláusula se establece un plazo que tiene el DB para emitir su decisión, el cual se cuenta desde que se presenta la solicitud de decisión ante el DB, momento que se conoce como «Fecha de Inicio».

Dicha fecha es realmente importante, pues el DB, en el caso del Libro Rojo Fidic debería emitir su dictamen dentro de los ochenta y cuatro (84) días siguientes a la Fecha de Inicio, o en cualquier otro plazo propuesto por el DB y aprobado por ambas partes.

Finalmente, consideramos que los elementos básicos que deben contener las solicitudes son los mismos requeridos en el Reglamento

En caso de que la MRC haya comunicado a ambas Partes su decisión sobre un conflicto, y ninguna Parte haya entregado ninguna notificación de disconformidad en el plazo de 28 días después de recibir la decisión de la MRC, la decisión será definitiva y vinculante para ambas Partes».

³⁶⁸ OWEN, Gwyn y Brian TOTTERDILL, *Op. cit.*, p. 83.

ICC. Asimismo, estimamos que deberían seguirse los consejos señalados para la presentación de la sumisión formal de la disputa.

2.2.1.2.2. Contestación del sometimiento de la disputa

De una revisión de la subcláusula 20.4, pareciera que el DB no requiere de la posición de la contraparte para emitir una decisión sobre lo que está en disputa, así como la contraparte no está obligada a emitir un descargo sobre la solicitud efectuada ante el DB.

Sin embargo, si la contraparte desea emitir sus descargos, el DB no puede negarse a recibirlos y emitir una decisión no teniéndolos en consideración. Ya que, de acuerdo a la regla 5 del Anexo: «Reglas Procedimentales», el DB debe «actuar justa e imparcialmente entre el Cliente y el Contratista, dando una **oportunidad razonable** a cada uno de ellos para **argumentar su caso y replicar al de la otra Parte**». (Énfasis nuestro).

Al igual que en el caso del sometimiento de la disputa, podemos apreciar que no se establecen los elementos que debe contener la contestación al tratamiento de la disputa. Así que, consideramos que los elementos básicos que debe contener la contestación deben ser los mismos elementos requeridos y explicados en el Reglamento ICC.

2.2.1.2.3. Audiencias

Así como lo señalamos en la sección audiencias del Reglamento ICC, para el caso del Libro Rojo Fidic, las mismas estarían dirigidas para que las partes presenten más información o alguna explicación adicional que requiera el DB.

Por ello, consideramos que el tratamiento de las audiencias sería el mismo que en el caso del Reglamento ICC, salvo la siguiente precisión. De una revisión de la regla 6 del Libro Rojo Fidic se aprecia que:

6

La MRC podrá llevar a cabo un **examen de pruebas o testimonios sobre el conflicto**, en cuyo caso decidirá sobre la fecha y lugar donde se desarrollará dicho examen, y podrá requerir la presentación de documentación escrita o argumentos por parte del Cliente o del Contratista, antes o en el momento del examen de las pruebas y/o testimonios. (Resaltado nuestro).

De acuerdo a lo anterior, las audiencias se denominan «exámenes de pruebas o testimonios». Al respecto, consideramos que dicha traducción genera confusión, ya que se puede interpretar que la audiencia que el DB tiene que llevar a cabo es una audiencia de pruebas. Sin embargo, rescatamos que, en la versión en inglés, sí se señala que las audiencias que se llevan a cabo son *hearings*, utilizando un término más genérico que la de una relativa al examen de pruebas o testimonios. Lo cual estaría acorde con lo que se establece después, en el cual el DB podrá requerir la presentación de documentación escrita o argumentos por parte del propietario o constructor.

Finalmente, una vez que el DB determine que la audiencia haya concluido y habiendo tenido toda la documentación necesaria procederá emitir su decisión, para lo cual, de acuerdo a los plazos establecidos en el Libro Rojo Fidic, incluidos los días tomados para llevar a cabo la audiencia obligatoria, tiene ochenta y cuatro (84) días contados a partir de la sumisión formal de la disputa. El procedimiento de resolución de disputa bajo el Libro Rojo Fidic es graficado de la siguiente manera:

Procedimiento de solución de disputas



2.3. *La determinación*

La «determinación» es la emisión final de un DB. Dependiendo del acuerdo de las partes contractuales o de los reglamentos institucionales sobre DB, los adjudicadores pueden emitir «recomendaciones» no vinculantes o «decisiones» provisionales vinculantes.

La principal función de cualquiera de las dos es ayudar a las partes a solucionar la disputa y, por tanto, por su propia naturaleza son de una forma consensual. Sin perjuicio de ello, queremos ir un paso atrás y recordarles el motivo por el cual se solicita la emisión de una «determinación» por parte de un DB.

De acuerdo a lo explicado en el presente capítulo, existen dos obligaciones de parte de los adjudicadores; la primera es cuando los adjudicadores cumplen una función de prevención de la obra, acompañando la ejecución de la obra, en donde visitan la obra periódicamente, revisan los informes mensuales o trimestrales que elaboran las partes, realizando la labor de un consultor, respondiendo a los desacuerdos que en ese momento existan, emitiendo consultas informales sobre ellas; mientras que la segunda obligación es cuando existe una disputa entre las partes, la misma que no es conciliable y deciden que el DB emita una «determinación» sobre ella.

Una «determinación» del DB, por lo general, toma la forma de declaración formal del panel de expertos, es una evaluación o un examen profesional realizado sobre la base de un ámbito limitado de la información proporcionada, lo que ha llevado a una visión sostenida sobre las circunstancias en el caso concreto, sumado a todo el conocimiento previo de los adjudicadores sobre el trayecto de la ejecución de la obra.³⁶⁹

³⁶⁹ OWEN, Gwyn y Brian TOTTERDILL. *Op. cit.*, p. 116.

Como todo escrito que resuelve una controversia, una «determinación» debe estar bien redactada, evitando errores gramaticales; siendo que la «determinación» es el reflejo del compromiso que han tenido los adjudicadores para con las partes y con la obra.

Existe una diferencia fundamental en comparación con un laudo o una sentencia, y es que, una vez que se notifica la determinación, el DB debe exponer oralmente los motivos de su «determinación», para que las partes puedan identificar los pasos analíticos y lógicos que han servido de motivación en la «determinación». Lo importante es que los adjudicadores, sean concisos al momento de demostrar en qué basan su «determinación», expresando un resumen de los puntos que fueron vitales para llegar a la misma.

Consideramos que esto ayudará a las partes a entender la lógica que ha utilizado el adjudicador, pues cabe recordar que las partes tienen un mayor campo de información, siendo ellas las más interesadas en analizar la «determinación» y su fundamentación.

Es evidente que en esta etapa, las partes pueden estar susceptibles y a la defensiva por lo manifestado por el DB; sin perjuicio de ello, es la oportunidad de hacer observaciones sobre cualquier evidencia en la que el DB haya basado su «determinación». Por ello, creemos importante que las partes deben estar acompañadas de sus técnicos de confianza y recomendamos que el adjudicador, en ese sentido, tome notas de las observaciones y hagan notar a las partes que se va a emitir una solución o una respuesta directa.

En la mayoría de casos, la «determinación» incluirá información básica sobre el contrato, el desarrollo de la controversia, el nombramiento de los adjudicadores y lo que ocurrió durante el proceso de disputa. Igual que una sentencia o laudo, debe incluir la parte de antecedentes, incluyendo la posición de las partes.³⁷⁰

³⁷⁰ OWEN, Gwyn y Brian TOTTERDILL. *Op. cit.*, p. 108.

De acuerdo a lo señalado por Owen y Totterdill, la «determinación» del DB no es sólo una cuestión de preferencia personal, o incluso de decidir lo que es justo; es decidir lo que es correcto según el contrato y la ley aplicable. La determinación es un proceso serio de intercambio de opiniones, siendo continuo y se puede resumir de la siguiente manera.³⁷¹

- Decidir sobre los hechos que están involucrados en las disputas.
- Decidir sobre la ley aplicable al conflicto.
- Aplicar la ley sobre los hechos, lo que genera la «determinación».

El DB ha sido designado para tratar de resolver la disputa; por ende, el compromiso para resolver de cada adjudicador debe ser necesario y expresado en la «determinación» emitida por un DB.

Finalmente, cabe señalar que el documento donde se recoge la «determinación» debe seguir una secuencia lógica. Contando con una portada con los datos de las partes, el nombre del contrato de construcción y de los adjudicadores que conformaron el DB. En la práctica, es usual que una «determinación» incluya un índice, donde la lectura sea más eficiente y más fácil para los intereses de las partes.

En el presente acápite desarrollaremos la «determinación» como la solución de los problemas que se presenten al momento de ejecutar la obra, explicando sus clases, cómo se desarrolla su contenido, la forma de notificación y las consecuencias de su incumplimiento.

2.3.1. Contenido de la determinación

El contenido de la «determinación», es la manifestación de todo lo actuado por las partes al momento de presentar sus alegatos de demanda y de defensa, por la cual el adjudicador, con ayuda de su experiencia y conocimiento, entabla un juicio final estipulado en su «determinación».

³⁷¹ *Idem*, p. 116.

Un DB tendrá que considerar todos los datos y comunicaciones de las partes y la información proporcionada en cualquier audiencia o durante cualquier visita al sitio realizada específicamente para resolver la disputa, siendo posible que pueda solicitar de oficio documentación que sea necesaria para fundamentar su juicio.

El DB deberá basarse en las disposiciones pertinentes del contrato, las leyes y reglamentos aplicables, y los hechos y circunstancias involucradas en la disputa. De acuerdo a lo expresado por Owen y Totterdill, su tarea es determinar si las partes o sus representantes han actuado de conformidad con el contrato o si, de conformidad con el contrato, eran responsables cuando surgieron los hechos en disputa.³⁷²

Consideramos que la «determinación» no debe ser un documento extenso, no es necesario que los adjudicadores redunden de manera tan específica en hechos que las partes han conocido. Básicamente, consiste en proporcionar los detalles necesarios de una manera concisa y lógica.

La «determinación» se hará por escrito y debe ser firmada por cada adjudicador, salvo que por acuerdo de las partes, se haya establecido que sólo es necesaria la firma del presidente del DB.

Cuando el DB esté compuesto por tres adjudicadores, deben esforzarse en que la decisión sea por unanimidad. En caso de que el DB decida por mayoría, el adjudicador que no esté de acuerdo con la «determinación» deberá exponer las razones por las cuales no comparte las conclusiones a las que se llegó por decisión en mayoría. Por otro lado, si los tres adjudicadores tienen una opinión distinta y no se llegan a poner de acuerdo, la «determinación» emitida por el Presidente del DB se considera como la concluyente.

³⁷² *Idem*, p. 122.

Al respecto, encontramos que el artículo 22 del Reglamento ICC, establece el contenido mínimo de una «determinación»:

- Un resumen de la desavenencia, de las posiciones respectivas de las Partes y de la «determinación» que se solicita;
- Un resumen de las disposiciones pertinentes del Contrato;
- Una cronología de los hechos relevantes;
- Un resumen del procedimiento seguido por el DB; y
- Una lista de los escritos y de los documentos entregados por las Partes durante el procedimiento.

Por su parte, en la práctica se reconoce que el formato de cualquier «determinación» debe indicar claramente lo siguiente:³⁷³

- La nominación del contrato de construcción;
- Las partes de ese contrato;
- El procedimiento adoptado por el DB;
- Las circunstancias que dieron lugar a la disputa;
- Los argumentos planteados por las partes;
- La información en que se basa la «determinación»;
- Las razones de la «determinación»;
- Lo que se debe indicar claramente son los detalles de la «determinación» y ordenar las acciones necesarias que deben tomarse;
- Los nombres y firmas de los miembros del DB; y
- La fecha de la «determinación».

Como podemos observar, la idea no es hacer un libro para presentar la resolución de una disputa; basta con determinar los puntos esenciales, fundamentar la posición del DB y siempre otorgar soluciones a las disputas planteadas.

³⁷³ *Idem*, p. 123.

2.3.2. *Determinación: recomendación*

Si las partes deciden que se instale un DRB, están reconociendo que al momento de existir una disputa en la obra, el DB solamente podrá emitir «recomendaciones», las cuales no van a ser vinculantes para las partes. Lo que quiere decir es que las partes no lo tomarán de manera obligatoria en el momento de su publicación.

Sin embargo, en el Reglamento ICC, si ninguna de las partes ha notificado por escrito a la contraparte y al DRB su desacuerdo respecto de una «recomendación» en un plazo de treinta (30) días contado a partir de su recepción, la «recomendación» será obligatoria para las partes. Las partes deberán cumplir la «recomendación» sin demora y acordarán no impugnarla.³⁷⁴ En caso de presentar el desacuerdo, la «recomendación» no tiene efecto y la disputa entre las partes será finalmente resuelta por un arbitraje.

Según Chern,³⁷⁵ el que una «determinación» sea una «recomendación» no debería afectar su eficacia ya que busca, justamente, solucionar una disputa. Para ello, existen dos razones principales: en primer lugar, la «recomendación» es admisible en los procedimientos posteriores, lo cual significa que las partes saben que un árbitro puede verse influenciado por la «recomendación», dado que ésta ha sido elaborada por un panel de expertos en construcción experimentados e imparciales que estaban familiarizados con el proyecto durante su construcción.

En segundo lugar, en el curso de un gran proyecto en el cual se ha instalado un DRB, es poco probable que siempre se esté a favor de una misma parte. Ello generaría que las partes no tengan recomendaciones favorables, y dado que no son de cumplimiento obligatorio, se puede intentar conciliar con la contraparte justamente estas recomendaciones descontentas, generándose un campo mayor de conciliación y negocia-

³⁷⁴ Numeral 3 del artículo 4 del Reglamento ICC.

³⁷⁵ CHERN, Cyril. *Op. cit.*, p. 4.

ción entre las partes respecto al acatamiento sobre las recomendaciones que no le son convenientes.

De acuerdo a lo señalado, podemos concluir en que una ventaja es la obtención de un resultado que no obliga inmediatamente a las partes a cumplir con ella, pues les otorga la posibilidad de poder negociar abiertamente las recomendaciones que les son menos favorables, sin el riesgo de tener que cumplir inmediatamente con la solución sugerida por el DRB. Por lo mismo, la preparación para sus audiencias no son engorrosas, siendo ellas más cortas y más simples. Por lo tanto, incluso si las partes no implementan una «recomendación», se hace con frecuencia el punto de partida de nuevas negociaciones entre ellas, lo que en última instancia conducirá a un acuerdo.

Otra de las ventajas de este procedimiento es que el DRB tiene más flexibilidad en la elaboración de soluciones. El carácter no vinculante de la «recomendación» permite a los adjudicadores analizar un enfoque basado en los intereses de las partes, en lugar de aplicar una «recomendación» basándose solamente en los derechos contractuales. De acuerdo a Koch, el consenso y la naturaleza no contenciosa de los procedimientos hacen que sea más aceptable y atractivo para las partes que operan en una cultura de compromiso, preservando la relación personal entre las partes contratantes, lo cual es de mayor importancia que la certeza contractual.³⁷⁶

Lamentablemente, a veces sucede que la parte que «pierde» asume una actividad pasiva y poco colaboradora, por lo que la parte ganadora se encuentra en una encrucijada. Por un lado, ha ganado pero para forzar el cumplimiento de la «recomendación», se debe acudir a un arbitraje. En la práctica, de poco o nada sirve tener una «recomendación» que no puede ser ejecutada de inmediato, al tener que ir necesariamente a un arbitraje para la eficacia de la misma.

³⁷⁶ KOCH, Christopher. «*ICC's New Dispute Board Rules*». En *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. París, 2004, vol. 15, n.º 2, p. 6.

Tomemos como ejemplo un contrato de obra para la construcción de una Planta de Tratamiento de Aguas Residuales, en el cual las partes pactan que la forma de resolver controversias se va a llevar a cabo mediante la utilización de un DRB, aplicando el Reglamento ICC.

Dentro de las cláusulas contractuales, se pacta que el constructor debe suministrar con medidores especiales contra tierra, siendo que la cantidad y la calidad de los medidores, así como su precio dependen de determinadas condiciones de mercado. Al momento de ejecutar el contrato, las partes discrepan sobre el número de aparatos que debe entregarse. Por lo que, de acuerdo al pacto celebrado, las partes deciden acudir al DRB, emitiendo una recomendación, en la cual se establece la cantidad de medidores a entregar.

Una vez culminado el procedimiento de resolución de disputas, las partes reciben la notificación de la «recomendación» el 1 de enero de 2014. Por lo que, de acuerdo al ejemplo, hasta el 31 de enero de 2014, el constructor no está obligado a entregar los medidores. Sin embargo, si ninguna parte se ha opuesto a la «recomendación» a partir del 31 de enero de 2014, el constructor debe entregar el número adicional de medidores.

Pero, en caso una parte notifique a su contraparte y al DRB su desacuerdo con la «recomendación», la «recomendación» nunca se convierte en vinculante y ninguna de las partes debe cambiar su comportamiento contractual. Por ello, la disputa debe ser sometida a arbitraje.

Con el propósito de ser eficaz, es imperativo que las partes se comprometan con la «recomendación», pues su naturaleza se describe como una sugerencia o una declaración de asesoramiento en relación a una circunstancia establecida. El objeto de una «recomendación» es informar a los destinatarios cómo creen que las cuestiones en disputa deben resolverse, debiendo resaltarse que no es obligación del DB dar consejos

de gestión de contratos a las partes en cuanto a la mejor manera de ejecutar su proyecto.³⁷⁷

En conclusión, consideramos que sería útil una «recomendación» sobre temas netamente declarativos; por ejemplo, si se discutiera sobre la calidad del agua en una Planta de Tratamiento de Aguas Residuales o si las partes no pudieran ponerse de acuerdo con respecto a la interpretación de una cláusula o apartado del contrato, en particular, en esos casos, resulta conveniente el uso de una «recomendación».

Las partes deben ser conscientes de que, al momento en que se les notifica la «recomendación», la misma tiene un valor adicional utilizado para un enfoque consensuado para evitar una disputa o resolverla en lo necesario de la misma, ya que proporciona una clase de orientación sobre un curso de acción o de interpretación que debe adoptarse en un conjunto específico de condiciones.³⁷⁸

2.3.2.1. *Ejecución de una recomendación*

Como hemos explicado, la naturaleza de una «recomendación» es que no resulta de obligatorio cumplimiento. Por ello mismo, no es vinculante para las partes, siendo opcional. No obstante, conforme a la voluntad de las partes, este tipo de «recomendación» puede llegar a convertirse en obligatoria en determinadas circunstancias; es decir, contractualmente vinculante.

Para que una «recomendación» se vuelva vinculante, es necesario que las partes establezcan un período limitado de tiempo posterior a la recepción de la «recomendación» y, si en dicho periodo cualquiera de las partes remite una notificación de desacuerdo, las partes no estarán obligadas a cumplir con la «recomendación» y están libres de remitir dicha disputa a un arbitraje o a la siguiente instancia que hayan establecido.

³⁷⁷ OWEN, Gwyn y Brian TOTTERDILL. *Op. cit.*, p. 116.

³⁷⁸ *Idem*, p. 120.

En caso ninguna de las partes emitiera su desacuerdo con la «recomendación», la misma pasará a ser definitiva y vinculante, por lo que ellas estarán obligadas a cumplir con las recomendaciones formuladas por el DRB.

Una vez que la «recomendación» sea vinculante y final, conforme al procedimiento señalado anteriormente, si una parte ha decidido no cumplir la «recomendación», ésta se convertirá en un incumplimiento contractual. Ello quiere decir que, en caso la parte perdedora no cumpla con la ejecución de la «recomendación», la parte ganadora puede acudir a un arbitraje para lograr el cumplimiento de la misma.

De acuerdo a Owen y Totterdill, en este caso, el laudo arbitral se debería obtener sin dilaciones indebidas, ya que en el mismo solo se expondrá los elementos de procedimiento del cumplimiento y no se examinará nuevamente la disputa *per se*.³⁷⁹

En la práctica, esta situación se ve reflejada en el numeral 2, artículo 4 del Reglamento ICC, donde se establece que, al recibir una «recomendación», las partes pueden acatarla voluntariamente, pero no están obligadas a hacerlo. Ésta es la regla general de una «recomendación».

Sin embargo, el mismo Reglamento, establece la posibilidad de que la misma se vuelva vinculante. En el numeral 3 del artículo 4 señala:

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

³⁷⁹ *Ibidem*, p. 124.

Como se puede apreciar, es esencial que la parte que no desea cumplir con una «recomendación» de la ICC deba emitir una notificación de desacuerdo a la otra parte dentro de los treinta (30) días de haberla recibido. En caso ninguna de las partes remita dicha notificación, la «determinación» que es vinculante y final.

2.3.3. Determinación: decisión

Una «determinación» que es «decisión», nace como consecuencia de que las partes decidan instalar un DAB.

Bajo esta modalidad, los adjudicadores deben emitir una «decisión» que sí es vinculante contractualmente para las partes, pues la parte que pierda bajo una «decisión» deberá acatar sus órdenes; sino, estará incumpliendo el contrato.

Una vez emitida la «determinación», las partes tienen un tiempo prudencial para emitir su desacuerdo con la «decisión», elevando dicho desacuerdo a un arbitraje. Si ambas partes no señalan su desacuerdo, la «decisión» pasará a ser vinculante y final.

Asimismo, en caso una parte no cumpla con dicha «decisión» y, sin perjuicio de cualquier otro derecho que pueda tener, la parte ganadora podrá someter este incumplimiento a arbitraje. Sin perjuicio de ello, una «decisión» sigue siendo vinculante hasta que el conflicto se resuelva de conformidad con el arbitraje.

Como lo explicamos en el primer capítulo, a diferencia de un laudo, no existe un régimen de reconocimiento y ejecución de las «determinaciones» emanadas de los DB. La regla es que las «decisiones» emitidas por el DAB son contractualmente obligatorias, bastando que se requiera a nivel arbitral que se ordene a la parte incumplidora el cumplimiento del mismo.

En ese sentido, las partes pueden considerar, dentro de las estipulaciones del contrato de construcción, una penalidad económica, una estipulación de resolución del contrato o suspensión de la ejecución mismo para la parte a cuyo favor se ha emitido una «determinación» el DAB.³⁸⁰

Chern³⁸¹ señala los argumentos a favor de las «decisiones» emitidas por un DAB:

1. Las «decisiones» pueden ser ejecutadas en procesos legales.
2. El carácter vinculante de la «decisión» puede influir en las acciones de las partes para llegar a un acuerdo conciliatorio anterior a la «decisión» de un DAB.
3. El carácter vinculante de la «decisión» es poco probable que sea ignorado, incluso por voluntad de una de las partes, generando consigo un incumplimiento de contrato.
4. En ciertos lugares, en los casos en que un funcionario público efectúe un pago que tiene como fuente una obligación no vinculante, puede ser vista como un acto de corrupción.

Asimismo, Chern³⁸² declara cuáles son los argumentos en contra de una «decisión» vinculante emitida por el DAB:

1. Las disputas son más peleadas entre las partes, dado que hay mucho más en riesgo.
2. Los costos y tiempos para las preparaciones son más altos; por lo general, se presenta mayor documentación.
3. La «decisión» final no está en la esfera de dominio de las partes.

³⁸⁰ HARBST, R. y V. MAHNKEN. «ICC Dispute Boards Rules: the Civil Law Perspective». En *Papers from a joint meeting of the European Branch of the Chartered Institute of Arbitrators and the Swiss Arbitration Association*, 2006, p. 317.

³⁸¹ CHERN, Cyril. *Op. cit.*, p. 5.

³⁸² *Ibidem.*

4. Algunos asuntos son muy complejos, por lo que los plazos establecidos para la emisión de la «decisión» pueden estar al límite.

El DAB debe basar sus «decisiones» sólidamente dentro del marco contractual, centrándose en un enfoque basado en los derechos, para garantizar, en la mayor medida posible, la legitimidad y la aceptación de la «decisión», adaptándose rápidamente al *estatu quo* de la nueva situación fácticamente, mediante la aplicación y cumplimiento provisionalmente las disposiciones contractuales pertinentes.³⁸³

En conclusión, las «determinaciones» son vinculantes cuando se encuentran en la naturaleza de la «decisión» al haber sido dictadas por un DAB. Respecto a ello, se puede entender el DAB como una función útil en países donde la inseguridad respecto al cumplimiento de una «determinación» se ve resguardada mediante su obligatoriedad.

2.3.3.1. *Ejecución y desacuerdo sobre la decisión*

La ejecución de una «decisión» de DB es una cuestión clave.³⁸⁴ Como señalamos en el primer capítulo, a diferencia de un laudo, el cual cuenta con un reconocimiento internacional bajo la Convención de Nueva York, Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, en el caso de las «decisiones» emitidas por un DAB no existe un régimen de reconocimiento ni ejecución obligatoria.

Por lo que, si bien ambas partes han decidido instalar un DAB que acompañe la ejecución de la obra y entre sus facultades resuelva las disputas que se puedan presentar, siendo que las «determinaciones» que emita un DAB son contractualmente obligatorias, cualquier «decisión» tendrá que ser ejecutada por medio de una acción ante los tribunales

³⁸³ *Ibidem*.

³⁸⁴ Consultar en: GOULD, Nicholas. *Enforcing a Dispute Boards' Decision: Issues and Considerations*. Consulta en: <http://www.fenwickelliott.com/node/1209>.

(arbitral o judicial) por incumplimiento de contrato o en virtud de una orden de cumplimiento específico.

Al momento de elaborar un contrato de construcción, se debe analizar el derecho sustantivo y público de las normas que se utilizarán para su interpretación, y más aún la cláusula de solución de controversias, ello sumado a sus leyes procesales, entre ellas, la de arbitraje.

Ello es así, dado que si nos encontramos en una etapa de resolución de conflicto, la preocupación de las partes es que se ejecute de manera inmediata lo dispuesto por un DAB.

Las partes tienen la obligación contractual de dar inmediato cumplimiento a lo resuelto por el DB. El numeral 2 del artículo 5 del Reglamento ICC, establece que «Una Decisión es obligatoria para las Partes desde el momento de su recepción. Las Partes deben cumplirla sin demora aun cuando exista una manifestación de desacuerdo [...]». Asimismo, la subcláusula 20.4 del Libro Rojo Fidic señala que: «La decisión deberá ser vinculante para ambas Partes, que deberán ponerla en ejecución de inmediato [...]».

Esto quiere decir que no cumplir con la «decisión» efectuada por el DAB sin demora, es una violación de los términos del contrato. Incluso se debe de cumplir si apareciese una notificación de desacuerdo. No cumplir una «decisión», deviene en un incumplimiento contractual.

Sin embargo, ¿qué sucede cuando uno plantea su desacuerdo con la «decisión»?

El Reglamento ICC, así como el Libro Rojo Fidic, al referirse al acto de disconformidad de una parte con la «recomendación» o «decisión», lo denominan «*Dissatisfaction*» que, si bien refleja el supuesto de hecho a que hacemos referencia, al momento de traducirlo al español no se puede tomar en una traducción literal. Por ello, de acuerdo a lo

señalado en el Diccionario de la RAE,³⁸⁵ la palabra más conveniente que comprende este supuesto es la de «desacuerdo».

Es justamente un desacuerdo lo que presenta una parte al momento de emitir una notificación de disconformidad a las partes y al DB. Siendo que la parte que presenta un desacuerdo contra la «determinación», por medio del arbitraje, considera que se va a reparar la «decisión» injusta que ha vulnerado de manera expresa sus derechos contractuales o para tratar de retardar los efectos de la «decisión» sobre dicha disputa.

Cabe señalar que el desacuerdo con respecto a la «decisión» no afecta la ejecución de la misma. El aviso sólo mantiene el conflicto abierto para su posible revisión y resolución final por un medio jurisdiccional.

En el caso del Reglamento ICC, se establece de manera expresa que en todos los tipos de DB, la parte que esté en desacuerdo con una «determinación» debe, dentro de un plazo de treinta (30) días contados a partir de su recepción, remitir a su contraparte y al DB una notificación escrita mediante la cual ponga de manifiesto su desacuerdo, sumándole las razones que motivan su desacuerdo.³⁸⁶ Sin perjuicio de haber notificado su desacuerdo, las partes deben seguir cumpliendo la «decisión», según el numeral 3 del artículo 5 de dicho reglamento.

Lo señalado nos deja en claro que una «decisión» emitida por un DAB es vinculante sin que comience un arbitraje, por lo que no es correcto denominarla provisionalmente vinculante.³⁸⁷

³⁸⁵ Diccionario de la RAE. «Desacuerdo.- Discordia o disconformidad en los dictámenes o acciones». En <http://dle.rae.es/?id=CMHr3kg&o=h>.

³⁸⁶ Numeral 5 del artículo 4 y 5 del Reglamento ICC.

³⁸⁷ BUYSE, William. «*Efficiency of Dispute Boards & Enforceability of DAB decisions*». En *Forum The Dispute Resolution Board Federation*, 2012, vol. 16, Issue n.º 4, p. 21.

Bajo esa línea, en la subcláusula 20.4 del Libro Rojo Fidic se establece que la «decisión» deberá ser vinculante para ambas partes, que tendrán que ponerla en ejecución de inmediato, salvo y hasta que sea revisada mediante acuerdo amistoso o laudo arbitral.

Además, cuando la o las partes presentan su aviso de disconformidad, la parte afectada puede someter este incumplimiento a arbitraje, conforme a la subcláusula 20.6:

Salvo que se resuelva amistosamente, cualquier conflicto con respecto al cual la decisión de la MRC (en su caso) no haya llegado a ser definitiva y vinculante deberá resolverse finalmente a través de un procedimiento de arbitraje internacional. Salvo que se acuerde de otro modo entre ambas Partes:

- a) el conflicto será resuelto finalmente de acuerdo con las Normas de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio,
- b) el conflicto será resuelto por tres árbitros nombrados de acuerdo con dichas Normas,
- c) el arbitraje se desarrollará en el idioma definido en la Subcláusula 1.4 [Legislación e idioma].

El o los árbitros tendrán plenos poderes para reabrir, analizar y revisar cualquier certificado, decisión, instrucción, opinión o valoración del Ingeniero, así como cualquier decisión de la MRC con relación al conflicto. Nada inhabilitará al Ingeniero para ser llamado como testigo y presentar prueba ante el árbitro o árbitros sobre cualquier asunto que, de alguna manera, sea relevante para el conflicto.

Ninguna de las Partes se verá limitada en el procedimiento ante el árbitro o árbitros a las pruebas o argumentos previamente sometidos ante la MRC para obtener su decisión, o a los motivos de disconformidad indicados en su notificación a este respecto. Cualquier decisión de la MRC será admisible como prueba en el procedimiento de arbitraje.

Ninguna de las Partes se verá limitada en el procedimiento ante el árbitro o árbitros a las pruebas o argumentos previamente sometidos ante la MRC para obtener su decisión, o a los motivos

de disconformidad indicados en su notificación a este respecto. Cualquier decisión de la MRC será admisible como prueba en el procedimiento de arbitraje.

De acuerdo a esta subcláusula, en el caso de emitir una notificación de desacuerdo y no acudir al arbitraje para la revisión de la «decisión», se estará en el limbo y sólo será vinculante, para lo cual debe remitirse a lo dispuesto en la subcláusula 20.6. Lo que significa que, si alguna de las partes envía notificación escrita a su contraparte y al DAB manifestando su desacuerdo con la «decisión», en el plazo de veintiocho (28) días contados a partir de su recepción, la «decisión» sería vinculante, pero no final. Adicionalmente, los árbitros tendrán plena facultad para abrir, revisar y modificar cualquier «decisión» de la DAB.

Finalmente, consideramos que el desacuerdo con una «decisión» debe ser considerado la excepción de la regla, teniendo en cuenta que la parte que notifica su desacuerdo va a tener que asumir los costos de un futuro arbitraje, a sabiendas de que la «decisión» va a ser presentada como prueba plena en el arbitraje.

Owen y Totterdill,³⁸⁸ presentan las interrogantes que la parte en desacuerdo debe tener en cuenta:

- Exactamente, ¿por qué está usted en desacuerdo?
- ¿Cuáles son las consecuencias a largo plazo de aceptar o impugnar la «decisión»?
- ¿Existe una posibilidad real de que un tribunal arbitral llegue a una decisión diferente?
- ¿Se puede dar una solución a la disputa que podría ser aceptada por la otra parte?

Las preguntas son válidas, en vista de que en el futuro ha de analizarse cuál es la situación real de la disputa.

³⁸⁸ OWEN, Gwyn y Brian TOTTERDILL. *Op. cit.*, p. 133.

El desacuerdo es una realidad. Por ello, consideramos necesario implementar plazos perentorios que tiene la parte disconforme para acudir a un arbitraje una vez que se formule el aviso de disconformidad. Ya que, al establecer un plazo de ese tipo, se eliminaría la oportunidad de poder dilatar la ejecución de la «decisión».

Asimismo, consideramos que las partes deben tomar dicho aviso y adecuarlo a la situación más ventajosa para las partes, en vista del principio de cooperación, tomando este desacuerdo como un incentivo para formular una nueva negociación en vista del problema a futuro, consistente en la incertidumbre del arbitraje.

2.3.3.2. *Incumplimiento de una decisión*

El incumplimiento de una «decisión» es una realidad; no podemos ser indiferentes y mucho menos tratar de no mencionarlo. Cuando se piensa en el incumplimiento de la «decisión», automáticamente se piensa en que el DB es ineficaz, pues todo al final se va a ver en arbitraje.

Sin embargo, no podemos dejar de mencionar que éste es un argumento que no analiza de manera eficiente el contexto donde se constituye un DB.

Al principio, al momento de firmar un contrato de construcción y adoptar un DAB, las partes saben que contractualmente están obligadas a cumplir con las «decisiones» que éste emita. Si alguna parte decide incumplir lo señalado por el DAB, lo único que está generando es un incumplimiento contractual.

De acuerdo a Owen y Totterdill,³⁸⁹ la parte que firma un contrato a sabiendas de que contiene una cláusula de DAB, tiene la obligación moral y de buena fe, para cumplir con el requisito del contrato y aplicar la «decisión». Si no está preparada para cumplir con sus obligaciones,

³⁸⁹ *Idem*, p. 133.

entonces no debería suscribir un contrato incluyendo la instalación de un DAB.

El DB si bien no tiene jurisdicción, como lo hemos explicado, adquiere autoridad por el acuerdo y voluntad expresa que han tenido las partes al momento de saber que se van a acatar a todas las «decisiones» que emita un DAB. Por ello, la parte que incumpla va a ser responsable de asumir las sanciones establecidas en el contrato.

Cuando exista un incumplimiento, la parte interesada podrá acudir directamente al arbitraje, si así lo pactaron las partes, demandando la ejecución de la «decisión». Para ello, es necesario que se utilicen los remedios frente al incumplimiento de una «determinación», los cuales son, por ejemplo, el cumplimiento forzoso, la indemnización de daños y perjuicios, el establecimiento de penalidades o la resolución por incumplimiento. El análisis del incumplimiento bajo la normativa peruana será estudiado en el tercer capítulo de la presente investigación.

De acuerdo al numeral 4 del artículo 5 del Reglamento ICC, si alguna de las partes no cumple con una «decisión» cuando sea requerida para ello, la otra parte puede someter este incumplimiento directamente a un arbitraje o a cualquier tribunal de jurisdicción competente.

Sin embargo, existe una peculiaridad en el caso del Libro Rojo Fidic, siendo que en el mismo se hace una diferenciación entre el tipo de decisiones que el DB puede emitir. Las «decisiones» son vinculantes, pero las mismas pueden ser finales o no.

La afectación de incumplimiento está prevista bajo dos supuestos, el primero es cuando la «decisión» es final y vinculante, para lo cual nos remitimos a la subcláusula 20.7; y el segundo supuesto es cuando la «decisión» es vinculante y no final, para ello es necesario remitirnos a la subcláusula 20.6.

Cuando se incumple una «decisión» final y vinculante, la parte afectada puede remitirse para su cumplimiento conforme lo estipula la subcláusula 20.7, que a la letra dice:

En el caso de que:

- a) ninguna de las Partes haya notificado su disconformidad en el plazo especificado en la Subcláusula 20.4 [Solicitud de Decisión de la MRC],
 - b) la decisión de la MRC (en su caso) haya llegado a ser definitiva y vinculante, y
 - c) una de las Partes incumple dicha decisión,
- la otra Parte podrá, sin perjuicio de cualquier otro derecho que pueda tener, someter este incumplimiento a arbitraje en virtud de la Subcláusula 20.6 [Arbitraje]. La Subcláusula 20.4 [Solicitud de Decisión de la MRC] y la Subcláusula 20.5 [Acuerdo Amistoso] no deberán aplicar en este caso.

En este supuesto, el tribunal arbitral no tiene la facultad de examinar, abrir y cambiar la «decisión» del DAB. Asimismo, se debe cumplir con los tres requisitos expuestos en dicha subcláusula para recurrir directamente al arbitraje.

En caso la «decisión» sea final y vinculante, el tribunal arbitral solamente puede hacer referencia sobre el incumplimiento de la parte respecto a la «decisión» del DAB, no va a considerar los méritos del caso, o fundamentar si la «decisión» fue o no la correcta.

En cambio, en el caso de la subcláusula 20.6, se puede apreciar que, si se incumple una «decisión» únicamente vinculante, el tribunal arbitral podrá examinar la «decisión» del DAB, analizando si la misma fue adecuadamente tomada y si debe ser implementada. En ese caso, si se concluye que la «decisión» debe ser implementada, en el laudo se debe ordenar la ejecución de la misma.³⁹⁰

³⁹⁰ *Idem*, p. 137.

Ahora bien, ¿qué sucede si una parte intenta ejecutar una «decisión» cuando la contraparte ha presentado un desacuerdo frente a la «decisión» e incumple con ejecutarla? ¿Qué puede hacer la parte afectada para exigir el cumplimiento de la ejecución de la «decisión» emitida por un DB?

Al respecto, consideramos que existe un vacío frente a este supuesto, al no existir una subcláusula que permita la ejecución de «decisiones» vinculantes pero no finales, debido a que el Libro Rojo no aborda dicho supuesto, dejando a las partes sin una solución que aborde este supuesto.³⁹¹

De una revisión de la subcláusula 20.7, uno no puede recurrir a un tribunal arbitral para ejecutar directamente la «decisión» emitida, puesto que hay desacuerdo de una parte. Además, en el supuesto de que las partes presenten un aviso de disconformidad, la «decisión» es vinculante, pero no final, y la subcláusula 20.7 es sólo aplicable a las «decisiones» finales y vinculantes.

Por otra parte, el procedimiento para los casos de disconformidad previstos en la subcláusula 20.5 y 20.6, no contemplan el incumplimiento de una de las partes. Dicho procedimiento está pensado para la revisión por parte de un tribunal arbitral, teniendo en cuenta que dicha revisión no está pensada como una apelación sino como un «nuevo caso», pudiendo presentar nuevas pruebas o argumentos, al establecer que «[n]inguna de las Partes se verá limitada en el procedimiento ante el árbitro o árbitros a las pruebas o argumentos previamente sometidos ante la MRC para obtener su decisión, o a los motivos de disconformidad indicados en su notificación a este respecto»; y no para solicitar la ejecución de las decisiones emitidas por un DB.

³⁹¹ BUNNI, Naël. *The Gap in Sub-Clause 20-7 of The 1999 Fidic Contracts for Major Works*. Consulta en: <http://bit.ly/1j7dYYg>.

En ese sentido, existe un vacío contractual en caso se pacte la aplicación del Libro Rojo Fidic, en los supuestos en que una parte presente una notificación de desacuerdo y además se incumpla la «decisión» vinculante.

Sin embargo, estimamos que este vacío se puede suplir mediante una interpretación sistemática de las subcláusulas del Libro Rojo Fidic. Ya que si nos encontramos bajo el incumplimiento de una «decisión» y con un aviso de insatisfacción de por medio, nosotros consideramos que sí se puede acudir a un arbitraje, para lograr que la «decisión» se convierta en final y vinculante.

En el mismo sentido, no se debería solicitar un laudo definitivo sobre el incumplimiento, porque la «decisión» sólo es «vinculante» y no es «vinculante y final», por lo que la contraparte puede desconocer muy fácilmente la decisión del árbitro por considerarla fuera de su competencia. Sino, lo que la parte debe hacer exigible la «decisión» vinculante, pero no final mediante la vía de laudo provisional (no es un fallo definitivo), a la espera del resultado del arbitraje, como resultado del aviso de desacuerdo. Esto podría conducir a una sentencia definitiva diferente de la «decisión» del DAB.

En tal sentido, Buyse³⁹² señala que lo anterior se trata de dos arbitrajes distintos. El primero indica el incumplimiento de la «decisión» sin revisión del fondo de la misma; mientras que en el segundo arbitraje se emitirá un laudo final después de examinar el fondo de la «decisión».

Debemos tomar lo señalado por Buyse como un respaldo al cumplimiento de una «decisión» que solamente es vinculante, y es que al emitir un laudo provisional se quiere dejar en claro que más allá de una notificación de desacuerdo, debe primar el contrato entre las partes, lo cual está concordado en el principio *pacta sunt servanda*.

³⁹² BUYSE, William. *Op. cit.*, p. 21.

En ese sentido, si bien el incumplimiento de una «decisión» vinculante y no final se circunscribe a un supuesto específico (Libro Rojo Fidic 1999), nos va a ayudar a darnos cuenta de que muchas veces las personas tienden a utilizar el derecho a su conveniencia, haciendo caer en error hasta a los más expertos.

Por ello, al ser el DB una figura eminentemente contractual, el consejo a seguir es que una vez que las partes elaboran las reglas y el procedimiento del DAB no dejen un vacío legal y traten de ponerse en todos los supuestos posibles, como lo hizo el Libro Oro Fidic, que establece expresamente en su Subcláusula 20.9, que una de las partes podrá someter directamente a arbitraje el incumplimiento de una «decisión» del DAB, ya sea «vinculante» o «definitiva y vinculante».

2.3.4. Notificación de la determinación

Es importante resaltar que el plazo de notificación que tienen los adjudicadores y las partes para poder recibir una «determinación», es el mismo para todas las disputas, encontrándose estipulado desde un principio. Ello puede traer consigo detractores, al señalar que los adjudicadores no siempre van a requerir el mismo plazo o que el tiempo no es el adecuado para un conflicto que es sumamente complejo.

Queda claro que, tanto las partes como los adjudicadores, van a ser conscientes, desde el momento en que se firma el Acuerdo Trilateral, sobre cuál es el plazo que tienen para poder emitir una «determinación».

Por otro lado, al momento de encontrar estas críticas, sobre el plazo preestablecido, consideramos que ellas se derivan del hecho de que no se entiende la figura del DB en su mayor contexto. Los adjudicadores no sólo resuelven conflictos, sino que acompañan la obra desde su inicio, conociendo cada detalle mediante informes mensuales presentados por las partes y visitas a la obra. Por ello, cuando se presenten las disputas, éstas ya han sido conocidas, analizadas y examinadas por el adjudicador.

En tal sentido, en el caso del laudo, el plazo para su emisión se encuentra reconocido en el Acta de Instalación o, en algunos casos, en la cláusula arbitral; sin embargo, en el marco del DB este supuesto es diferente.

Se debe tener en consideración que los árbitros no conocen el motivo de la disputa y que la misma tiene que ser presentada por las partes, la cual pasa por diversas etapas en el arbitraje; y, una vez que se ha culminado con la presentación, queda a discreción de los árbitros emitir una resolución cerrando instrucción del arbitraje y dando por iniciado el plazo para emitir el laudo.

Por lo tanto, consideramos que fijar un plazo previo para el arbitraje no es la opción más idónea, puesto que puede suceder que las partes no tengan un tiempo suficiente para defender sus posiciones, vulnerando el debido proceso o, al tener que emitir un laudo dentro de dicho plazo, tenga que acortar etapas en el arbitraje o abstenerse de actuar pruebas que pueden ser realmente necesarias.

En el caso de una «determinación», los adjudicadores conocen el motivo del nacimiento de la controversia; además, las partes pueden haber acordado el plazo fijándolo expresamente o bien remitiéndose al contenido de un reglamento de DB o modelo contractual al que las partes se hayan remitido. Si por alguna razón, el adjudicador no logra notificar la «determinación» en el plazo establecido, se debe aplicar una extensión al plazo, como en el caso del arbitraje, otorgando seguridad a las partes para que no existan futuros malentendidos.

Actualmente nos encontramos en un mundo donde la tecnología debe ser usada a modo de facilitar la convivencia entre las personas. Como bien señalan Owen y Totterdill, para la notificación inicial de una «determinación», a efectos de cumplir con este requisito, es viable la utilización de medios electrónicos, como el correo electrónico, solicitando el DB la confirmación de lo recibido. Posteriormente, se puede

remitir las copias en físico debidamente firmadas a las partes y a sus asesores designados.³⁹³ Cada miembro del DB mantendría una copia original firmada por los adjudicadores.

Si bien los reglamentos del DB son similares, la única diferencia consiste en los plazos para emitir su decisión. El Reglamento ICC establece como plazo para emitir la «determinación» de noventa (90) días y en el caso del Libro Rojo Fidic el plazo es de ochenta y cuatro (84) días, ambos contados desde la presentación de la sumisión formal de la controversia.

Asimismo, el Reglamento ICC incluye una provisión innovadora, donde las partes pueden acordar la revisión de las «determinaciones» por el *ICC DB Centre*. El *ICC DB Centre* debe finalizar su examen en el plazo de treinta (30) días siguientes a la recepción de la decisión o al pago de los gastos administrativos. No obstante, si un plazo adicional es necesario para este examen, se notificará por escrito al DB y a las partes, antes de que expiren los treinta (30) días, precisando la nueva fecha en la que el Centro habrá finalizado su examen.³⁹⁴ Cabe hacer la precisión de que el Centro solamente ordenará las modificaciones en cuanto a la forma de la decisión, conforme lo establece el artículo 21 del Reglamento ICC.

Por otra parte, en el Reglamento AAA establece que la «recomendación» del DB debe ser emitida en un plazo de catorce (14) días después de llevada a cabo la Audiencia Final.³⁹⁵ En cambio, en el Reglamento DRBF no se especifica ningún plazo para la emisión de la «determinación»; sin embargo, afirma que la «determinación» del DB debe ser expedida tan pronto como sea posible después de la audiencia final.³⁹⁶

³⁹³ OWEN, Gwyn y Brian TOTTERDILL. *Op. cit.*, p. 115.

³⁹⁴ Artículo 21 del Reglamento ICC.

³⁹⁵ Reglas de la AAA, cláusula 1.04.I.

³⁹⁶ Reglas del DRBF. Artículo G.1., Apéndice 2A.

El plazo para la emisión de la determinación puede estar estipulado en el Acuerdo de DB o en el Acuerdo Trilateral. En todo caso, las partes y el DB deberán ser flexibles con el tiempo necesario para preparar una «determinación».

Es claro que el tiempo requerido para tomar una «determinación» y la preparación de un escrito motivado, dependerá de la complejidad de la controversia. Por ejemplo, una disputa sobre retrasos relacionados con el tiempo va a requerir un plazo más extenso que una sobre la interpretación de una cláusula contractual.

Una vez emitida y notificada la «determinación», las partes son libres de elegir el camino a tomar. Pueden dar por finalizada la controversia o remitirla a arbitraje, siempre y cuando se cumpla con los requisitos expuestos.

La función del adjudicador, respecto a la disputa sometida un procedimiento de solución de disputas, concluye con la emisión de la «determinación», salvo para los casos en que se soliciten aclaraciones, correcciones de error material o de cálculo, o suplir omisiones sobre puntos accesorios o vinculados con alguna disputa planteada.

2.3.4.1. Notificación de la determinación fuera del plazo

¿Qué pasaría si la «determinación» es notificada fuera del plazo establecido por las partes o bajo lo establecido en un reglamento institucional?

Es posible que a última hora pueda existir un evento de fuerza mayor. Dos adjudicadores tranquilamente pueden suscribir la «determinación», especificando que el tercer adjudicador está de acuerdo y que ha sido suscrita en mayoría o que posteriormente va a emitir su decisión particular, pero que ha sufrido un retraso por un evento de fuerza mayor.

No consideramos correcto que un adjudicador se excuse bajo el argumento de que necesitan mayor información para emitir su «determinación», pues ha podido solicitar una prórroga razonable y, por otro lado, ha debido tener una actuación diligente con respecto a la disputa a resolver.

Como hemos señalado, son distintas realidades, pero el efecto es similar. Si en un arbitraje el laudo es notificado de manera extemporánea, en nuestra legislación arbitral, es una causal de anulación.³⁹⁷ Además, si el laudo se anula por esta causal, puede iniciarse un nuevo arbitraje, se entiende que ante el mismo tribunal arbitral, salvo que las partes acuerden componer un nuevo tribunal para que sobre la base de las actuaciones resuelva la controversia expidiendo un nuevo laudo; o, tratándose de un arbitraje nacional, dentro de los quince (15) días siguientes de notificada la resolución que anula el laudo, decidan por acuerdo que la Corte Superior que conoció del recurso de anulación resuelva en única instancia sobre el fondo de la controversia.³⁹⁸

Como se ha podido observar, el incentivo para los árbitros es que su laudo no sea anulado, creando un mal precedente en sus actuaciones, donde un árbitro estando en un mercado tan corto, tales circunstancias podrían costarle futuras designaciones. Y lo más importante es la sanción, en el sentido de que todo lo actuado no generaría derecho.

Sin embargo, en el caso de los DB, nos preguntamos si es tan importante que la notificación de la «determinación» no sea extemporánea. ¿Ello generaría que la «determinación» pueda ser observada posteriormente?

Consideramos que frente a una notificación fuera del plazo establecido, existen dos posibilidades. La primera, es que las partes, independientemente de la notificación extemporánea, decidan cumplir con lo

³⁹⁷ Literal g) del numeral 1 del artículo 63 del DLA.

³⁹⁸ Literal f) del numeral 1 del artículo 65 del DLA.

establecido por el DB, con lo cual, no existiría disputa alguna sobre la notificación. La segunda, es que alguna de las partes esté disconforme con la «determinación» elaborada por el DB, en ese sentido, la parte disconforme tiene expedito el derecho para remitir a la contraparte y al DB su desacuerdo frente a la «determinación», ello generaría que la «determinación» no tenga efectos, y las partes puedan recurrir de manera directa a un arbitraje para que revise la disputa primaria.

Además, en base a lo que hemos expuesto, consideramos que las partes al momento de establecer las reglas deberían establecer una solución específica para el caso; y es que debemos recalcar que una de las ventajas del DB es la celeridad para justamente solucionar disputas urgentes. Así, no consideramos que el DB haya fracasado por completo por emitir una «determinación» extemporánea, pero las partes deben ser conscientes del contexto de esta emisión tardía. A menos que el DB tenga una buena razón para la demora, habrá incumplido su contrato con las partes.³⁹⁹

Finalmente, consideramos que la falta de pago puede ser una causal de suspensión del plazo para la entrega de la «determinación» y que ésta no se considere fuera del plazo, siendo que se considera justificado que, si las partes no han efectuado el pago de los honorarios de los adjudicadores en la etapa de solución de disputas, antes de que se dicte la «determinación», los mismos pueden confirmar que la «determinación» está lista y será entregada tan pronto como reciban el pago de sus honorarios.⁴⁰⁰

2.4. Arbitraje y litigios

En la actualidad, los contratos de construcción prevén un sistema escalonado para la resolución de controversias.

³⁹⁹ OWEN, Gwyn y Brian TOTTERDILL. *Op. cit.*, p. 116.

⁴⁰⁰ *Ibidem.*

En primer lugar, se debe reconocer que el arbitraje actúa con carácter complementario, esto es, debido a que se busca que la solución de las disputas esté bajo el manto del DB y no de un tribunal arbitral.

Es por ello que se establece un procedimiento en el que la disputa se remite de carácter facultativo al DB, siendo su «decisión» vinculante para las partes. Subsidiariamente, si alguna de las partes no está satisfecha con la solución dada, o desean dar cumplimiento a una «determinación», se remiten a un arbitraje. Con lo cual se puede entender que el DB es un procedimiento prearbitral.

Esta condición *sine qua non* del procedimiento prearbitral, se debe cumplir incluso cuando se ha iniciado el arbitraje; y si surgen nuevas controversias, no es el árbitro quien debe resolver, sino el DB. En caso decidieran, estarían actuando excediendo sus facultades,⁴⁰¹ de lo contrario, el laudo arbitral podría ser inejecutable por incongruencia, conforme lo señala en el ámbito nacional el literal d) del artículo 63 del DLA,⁴⁰² y en el ámbito internacional lo señalado en el literal c) del numeral 1 del artículo v) de la Convención de New York.⁴⁰³

Al respecto, podemos enfatizar que se debe discernir entre la naturaleza de un laudo arbitral y una «decisión» emitida por un DB, la cual

⁴⁰¹ REIG, Isabel. *Op. cit.*, p. 547.

⁴⁰² «Artículo 63.- Causales de anulación.- [...]»

d) Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión».

⁴⁰³ «Artículo v.- 1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: [...]

c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras».

no es susceptible de ser ejecutada en virtud de la Convención de Nueva York.

El ejemplo por excelencia de modelo estándar de una cláusula escalonada en la resolución de conflictos, son los contratos Fidic.

En la subcláusula 20 del Libro Rojo Fidic, que hemos nombrado en la presente investigación, se establece al DAB como una condición previa al arbitraje, que mediante la subcláusula 20.7 se señala que cuando una «decisión» es definitiva y vinculante, y si una de las partes no cumple con la «decisión», la otra podrá, sin perjuicio de que pueda tener otro derecho, someter este incumplimiento a arbitraje.⁴⁰⁴

Lo que debemos hacer, para poder aclarar cuál es la finalidad o el alcance de una «decisión» del DB, es analizar la competencia que tiene el tribunal arbitral; ya que, hemos hecho mención a que, bajo el principio de libertad de contratación y autonomía de la voluntad, la «decisión» sólo es vinculante como una cuestión del contrato entre las partes. Si una de ellas incumple lo resuelto por el DB, se requiere que su ejecución se lleve a cabo mediante una orden de cumplimiento específica de un tribunal de jurisdicción competente.

¿Cuál es la competencia de un tribunal arbitral?

Existen dos situaciones posibles en las que una «determinación» emitida por un DB podría ser seguida por arbitraje. La primera, es cuando la disputa resuelta por el DB es vinculante y su desacuerdo por una parte es remitido al tribunal arbitral; y la segunda, cuando la «decisión» es vinculante y final, produciéndose un incumplimiento de la «determinación» que puede dar lugar a una controversia que se somete a arbitraje.

⁴⁰⁴ Consulta en: GILLION, Fred. «Enforcement of DAB decisions». En *The International Construction Law Review*, 2011.

En primer lugar, analizaremos las situaciones bajo el supuesto del Reglamento ICC.

En base a la primera situación, referida al desacuerdo de una «determinación», la ICC señala que si una de las partes envía dicha notificación escrita manifestando su desacuerdo con la «recomendación» o «decisión», ésta se resolverá definitivamente mediante arbitraje. Esto se establece conforme el numeral 6 del artículo 4 y 5, respectivamente sobre el DRB y el DAB.

En la segunda situación, la ICC establece que si una parte no cumple una «determinación» obligatoria o una «decisión» obligatoria, la otra parte puede someter este incumplimiento a arbitraje; ello, conforme al numeral 4, artículos 4 y 5, respectivamente sobre el DRB y el DAB.

Por último, el Reglamento ICC establece nuevas causales por las cuales cualquiera de las partes puede remitir su controversia directamente a arbitraje. La primera es cuando un DB no emite su «determinación» en el plazo previsto por las partes o por el mismo reglamento y la segunda situación es cuando el DB quedó disuelto conforme al Reglamento antes de la emisión de una «determinación».

En ese sentido, podemos observar que la ICC prevé que, respecto a la primera causal, se trata de salvaguardar los intereses de las partes, ya que no tendría sentido la emisión de una nueva «determinación», conociendo la opinión previa de los adjudicadores si nuevamente se remite dicha disputa en un DB. Y, respecto a la segunda nueva causal, al verse disuelto el DB, la salida más práctica es remitir las controversias a un arbitraje, hasta que se constituya el nuevo DB.

En cambio, bajo las condiciones del Libro Rojo Fidic, respecto al primer supuesto, si una de las partes no está satisfecha con la «decisión» del DAB, debe emitir una notificación de desacuerdo que luego puede ser sometida a arbitraje.

La citada subcláusula establece que, si se notificó el desacuerdo de la «decisión» y la solución amistosa no ha dado lugar a la solución de la disputa, es viable que la disputa pueda ser sometida a un arbitraje conforme a las reglas de la ICC. Si bien el tribunal arbitral puede revisar y modificar la «decisión» emitida por DAB, no es la «decisión» *per se* la que se somete a arbitraje, sino la misma controversia que fue remitida a la DB.

El penúltimo párrafo de la subcláusula 20.6 permite que la «decisión» emitida por el DAB sea admisible como prueba en el arbitraje, precisándose que el adjudicador no puede ser designado como árbitro o como testigo. Ello tiene lógica, debido a que su opinión previa para resolver una disputa no generaría, imparcialidad al momento de discutir la controversia en arbitraje.

Sobre el segundo supuesto, la «decisión» estando en una posición de vinculante y final para las partes, una de las partes incumple su ejecución, para ello es necesario acudir a un tribunal arbitral para que se proceda a emitir una resolución ejecutiva.

La doctrina ha subrayado que el tribunal arbitral competente ante la demanda por incumplimiento de la «determinación», no revisará los méritos de la disputa y mucho menos reexaminará la «determinación».⁴⁰⁵ Los árbitros tienen un alcance limitado. La «determinación» del DB podría incorporarse a un laudo arbitral posterior y así lograr su ejecutabilidad.⁴⁰⁶

Como analizamos anteriormente, Fidic remite el presente supuesto de hecho bajo la normativa de la subcláusula 20.7, donde posibilita remitir directamente a arbitraje el incumplimiento de una «decisión» emitida por el DAB.

⁴⁰⁵ JENKINS, Jane y SIMON STEBBINGS. *International Construction Arbitration Law (Arbitration in Context Series)*. Londres-La Haya: Editorial Kluwer Law International, 2006, p. 124.

⁴⁰⁶ WÖSS, Herfried. *Op. cit.*, p. 19.

Por último, el recurso al arbitraje debe ser declarado con cuidado para asegurarse de que la reparación apropiada y aplicable se solicita en virtud de la cláusula de Fidic correcta.

Como puede apreciarse, el DB y el arbitraje no pueden verse de forma separada, sino debe analizarse ambos de manera conjunta, ya que su utilización en la práctica se da de manera complementaria.