

Los Dispute Boards en los Contratos Internacionales de Construcción: un mecanismo de resolución de controversias en tiempo real

Por Hernán Martín Oriolo y Melina Mabel Dirakis

1. Introducción.

La realización de obras de infraestructura se caracteriza por una alta incidencia de disputas contractuales, fenómeno que responde a la complejidad inherente a su dinámica operativa y a la temporalidad de sus proyectos. En este entorno, los conflictos entre las partes involucradas no sólo son frecuentes, sino que se han convertido en una parte estructural del proceso constructivo. La sensibilidad del sector frente a los desacuerdos, sumada a la multiplicidad de actores con intereses divergentes, genera un escenario propenso a la litigiosidad.

En este marco, es frecuente que estos proyectos se instrumenten mediante contratos “EPCM” (Engineering, Procurement and Construction Management), en los que el contratista gestiona y administra la ingeniería, las adquisiciones y la construcción sin asumir directamente el riesgo constructivo, o mediante contratos “llave en mano”, donde el contratista asume la obligación integral de entregar la obra terminada y operativa.

La 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 Podetti¹, señala que: *“En efecto, siendo las divergencias² 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”*.

Desde una perspectiva de eficiencia, resulta más conveniente prevenir los conflictos o resolverlos en sus etapas iniciales, que esperar al final del proyecto. La prolongación de los mecanismos de resolución más allá del plazo contractual compromete la eficacia del proceso y afecta negativamente a todas las partes involucradas. Por ello, se ha evidenciado una necesidad creciente de implementar métodos que permitan resolver los reclamos de forma rápida y provisional, sin interrumpir el avance de las obras.

En igual línea apunta Podetti³ 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.”*

¹ PODETTI, Humberto. Contrato de Construcción. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma-Buenos Aires 2004. Pág. 422

² 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.

³ IDEM, Pág. 425

Ante este panorama, se ha consolidado la necesidad de adoptar mecanismos alternativos de resolución de controversias, que permitan evitar el surgimiento de disputas o resolverlas de manera eficiente. En este contexto, los “Dispute Boards” (en adelante, “DB”) han emergido como instrumentos fundamentales para la gestión de conflictos en contratos de construcción. Su propósito es ofrecer soluciones eficaces, ágiles y sencillas, directamente en el sitio de obra, sin necesidad de suspender parcial o totalmente el proyecto.

En tal sentido, Dyalá Jiménez Figueres y Roque J. Caivano sostienen: *“Los dispute boards están concebidos como un mecanismo para resolver los conflictos durante la ejecución de un contrato, **sin necesidad de extinguir el vínculo ni de paralizar los trabajos más allá del breve tiempo que el panel de expertos necesita para emitir un pronunciamiento.** En ese contexto, la existencia de este cuerpo consultivo, cuyos integrantes gozan de la confianza y el respeto de las partes y que está presto a responder a sus inquietudes, es un valor en sí mismo, por cuanto **su función es más preventiva que resolutive.** Se trata entonces de un mecanismo ágil y eficiente, el cual hará que la mayor parte de las controversias sean resueltas con celeridad e idoneidad.” (...)*El método admite diversas variantes, ya que **esa intervención puede consistir en la mera expedición de recomendaciones no vinculantes o en la emisión de decisiones revestidas de obligatoriedad.**⁴ (la negrita es propia)

En definitiva, los DB surgen como una respuesta práctica a la necesidad de resolver disputas en tiempo real, preservando la continuidad del proyecto y la cooperación entre las partes. A fin de comprender su alcance actual, resulta útil repasar su origen y evolución.

2. Origen de los DB.

El origen de los DB se remonta a los Estados Unidos, en la década de 1970, cuando comenzaron a emplearse como una herramienta destinada a reducir los conflictos entre contratistas y comitentes en grandes proyectos de infraestructura. Se advirtió entonces que las controversias surgidas durante la ejecución de las obras requerían un mecanismo distinto de los medios tradicionales de resolución, ya que su falta de gestión oportuna podía derivar en demoras significativas y sobrecostos.

El primer panel de este tipo se conformó en 1975 durante la construcción del Túnel Eisenhower, en el Estado de Colorado. Las partes acordaron designar un grupo de expertos que permaneciera disponible a lo largo del proyecto y que pudiera emitir recomendaciones ante la aparición de diferencias o reclamos. Este modelo inicial, de carácter consultivo, dio lugar al denominado *“Dispute Review Board”* o *“Dispute Recommendation Board”*, en función de su rol orientado a emitir recomendaciones no vinculantes.

Posteriormente, el Reino Unido desarrolló una variante conocida como *“Dispute Adjudication Board”*, concebida con los mismos objetivos, pero dotada de mayores facultades: sus decisiones son obligatorias para las partes, aunque de manera provisional. En 1996, la legislación británica incorporó este sistema como requisito en los contratos de obras públicas de vivienda, buscando mitigar los problemas financieros que afectaban al sector de la construcción.

A mediados de la década de 1990, el Banco Mundial adoptó formalmente los DB como condición para el financiamiento de proyectos superiores a los 50 millones de dólares. En un principio, en 1995, optó por el modelo de *“Dispute Recommendation Boards”*, pero en el año 2000 avanzó hacia la exigencia de los *“Dispute Adjudication Boards”*, con autoridad para emitir decisiones obligatorias.

Por su parte, la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC, por su sigla en francés) incorporó la figura del *“Dispute Adjudication Board”* en sus condiciones de contrato para obras de construcción: en 1996 en el Libro Rojo, en 1997 en el Libro Amarillo, y en 1999 en las versiones revisadas de ambos, así como en el Libro Plateado.

⁴ Jiménez Figueres, D., & Caivano, R. J. (2007). Funcionamiento de los dispute boards de la CCI y su encuadre en el derecho argentino. Revista Internacional de Arbitraje, enero-junio.

Un hito relevante en esta evolución fue la intervención de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), que en 2004 aprobó su propio reglamento denominado “*Dispute Board Rules*” con el fin de unificar criterios y promover la utilización del mecanismo en el ámbito internacional. Dicho reglamento no sólo sistematizó las experiencias previas, sino que además introdujo por primera vez la figura del “*Combined Dispute Board (CDB)*”, una modalidad híbrida que junto con las otras dos modalidades existentes —*Dispute Review Board (DRB)* y *Dispute Adjudication Board (DAB)*—, dotó al sistema de una estructura flexible y adaptable a las particularidades de cada contrato. Con ello, la CCI contribuyó decisivamente a la consolidación y difusión global de los DB como una herramienta eficaz para la gestión temprana de controversias en proyectos de construcción e infraestructura.

3. Principales rasgos de los DB.

La ICC define al DB como un “*órgano permanente compuesto por uno o tres miembros. Generalmente se constituye al firmarse o comenzar la ejecución de un contrato a mediano o largo plazo, y su función es ayudar a las partes a evitar o resolver desacuerdos o disputas que surjan durante la implementación del contrato. Si bien son comunes en proyectos de construcción, los dispute boards también son eficaces en otros ámbitos, como la investigación y el desarrollo, la propiedad intelectual, la producción compartida y los acuerdos de accionistas.*”⁵

En el mismo sentido, Arnoldo Wald sostiene que “*Los disputes boards (DB) son paneles, comités o consejos para la solución de litigios cuyos miembros son nombrados en ocasión de la celebración del contrato y que acompañan a su ejecución hasta el fin, pudiendo, conforme el caso, hacer recomendaciones (en el caso de los Dispute Review Boards – DRB) o tomar decisiones (Dispute Adjudication Boards – DAB) o hasta teniendo ambas funciones (Combined Dispute Boards – CDB), conforme el caso, y dependiendo de los poderes que les fueran otorgados por las partes*”.⁶

Las características más comunes de los DB en los contratos internacionales de construcción son las siguientes: i) **composición**: generalmente están conformados por tres miembros. Cada parte designa uno, y ambos seleccionan conjuntamente al tercero, quien actúa como presidente. En algunos casos, se opta por un panel unipersonal; ii) **independencia e imparcialidad**: los integrantes deben mantener una posición neutral frente a las partes; iii) **implementación temprana**: se constituyen al inicio del contrato para familiarizarse desde el comienzo con el proyecto, evitando demoras en caso de controversias; iv) **seguimiento activo**: los miembros deben mantenerse informados del progreso del proyecto mediante visitas frecuentes, revisión de documentos, entrevistas con testigos y lectura de informes técnicos; v) **flexibilidad procedimental**: los paneles gozan de libertad para definir sus métodos de trabajo, lo que los distingue del arbitraje convencional; vi) **confidencialidad**: las deliberaciones del panel son reservadas y no pueden divulgarse fuera del ámbito contractual o en procedimientos judiciales o arbitrales; vii) **celeridad**: las decisiones deben emitirse en plazos breves, usualmente dentro de los tres meses posteriores a la presentación de la disputa.

4. Reglamentos institucionales.

Con el objeto de tener una visión global, resulta útil revisar los Reglamentos que han sido creados por las instituciones que contemplan el uso de los DB, y que ofrecen dicho sistema de solución pre- arbitral de controversias, y en particular, los DB de la Cámara Internacional de Comercio de París (ICC), el DB del Banco Mundial, los Dispute Adjudication Boards de la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC), y los Dispute Boards Review de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA); que pasaremos a analizar:

⁵ ICC Argentina. Consulta página web <https://iccwbo.org/dispute-resolution/dispute-resolution-services/adr/dispute-boards/>

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

4.1. Los DB de la Cámara Internacional de Comercio de París (ICC).

En septiembre de 2004, la ICC publicó por primera vez las reglas que regulan el funcionamiento de los DB. Estas normas han sido ampliamente aceptadas por las partes que buscan métodos neutrales para resolver controversias contractuales.

El sistema previsto por la ICC les permite a las partes escoger entre tres distintas variantes. Como se mencionó previamente, además de los tradicionales *dispute adjudication board* y *dispute review board*, existe otra posibilidad: el *combined dispute board*. De esta manera, al momento de celebrar el contrato las partes deben identificar el tipo de DB que desean.

Según el reglamento, la existencia de un contrato entre las partes y los miembros del panel es obligatoria. Para facilitarle la tarea a las partes interesadas en aplicar este mecanismo, la ICC elaboró un modelo del contrato que se debe celebrar entre cada uno de los miembros del panel y las partes.

Adicionalmente, el reglamento permite a las partes acordar que los miembros del panel se encarguen no solo de emitir decisiones, sino también de dirimir desavenencias menores de cualquier tipo.⁷

En el reglamento se puntualiza la relación de cooperación que debe existir entre las partes y los miembros del panel. Conforme al artículo 12 del reglamento, al inicio de sus actividades y previa consulta a las partes, el panel deberá fijar un calendario de reuniones o, si la naturaleza del contrato lo exige, realizar visitas al sitio. Estas deberán ser lo suficientemente frecuentes con el fin de que el panel se mantenga informado de la ejecución del contrato y de cualquier desacuerdo que pueda surgir entre las partes.

En el sistema de la ICC, los miembros del panel pueden ser uno o tres. Si las partes no determinan el número, este será integrado por tres expertos.⁸ En los paneles de tres miembros, cada parte propone un integrante, sujeto a la aceptación de la contraparte. Si el nombramiento no se concreta en un plazo de 30 días, la ICC procederá a designarlos a solicitud de cualquiera de las partes, conforme al artículo 7 inciso 4 del reglamento.

Posteriormente, los dos miembros designados deben proponer al tercer integrante, quien actuará como presidente. Si las partes no logran acordar su nombramiento en un plazo de 15 días, la ICC lo designará directamente, según lo dispuesto en el artículo 7 inciso 5. En este sentido, el "ICC Dispute Board Centre" desempeña un rol central en el nombramiento de los integrantes del panel, así como en la resolución de objeciones o inhabilidades que pudieran surgir.

Es importante mencionar que todos los miembros del panel deben ser independientes de las partes y que toda la información obtenida por ellos en el ámbito de sus actividades dentro del panel es confidencial.⁹

4.1.1. Tipos de DB según la ICC

La ICC establece tres modalidades de paneles para la resolución de disputas contractuales en proyectos de construcción: los Dispute Review Boards (DRBs), los Dispute Adjudication Boards (DABs) y los Combined Dispute Boards (CDBs). Para cada uno de estos mecanismos, la ICC proporciona cláusulas estándar que pueden ser incorporadas directamente en los contratos.

⁷ En el artículo 16 del reglamento se le denomina "asistencia informal" a este tipo de servicio. Según Genton, la asistencia informal a las partes es el corazón de la intervención del dispute board, en términos de su eficiencia: "... the informal assistance of the parties by the dispute board is probable the heart of the dispute board intervention in terms of efficiency" -Genton, P. ICC promotes dispute board rules worldwide..., cit., p. 108-. Dorgan es de la misma opinión, quien la describe como "...una de las cualidades más valiosas de aquellas que distinguen el dispute board" -Dorgan, C.S. The ICC's new dispute board rules".

⁸ Artículo 7(2) del reglamento.

⁹ Artículo 9(2) del reglamento.

1. **Dispute Review Boards (DRBs):** Los DRBs se limitan a emitir recomendaciones no vinculantes respecto de las controversias que se les presentan. Las partes tienen un plazo de treinta días para manifestar su rechazo mediante notificación formal. En caso de que ninguna parte objete la recomendación dentro del plazo estipulado, esta adquiere carácter obligatorio. Si se rechaza, el conflicto puede ser sometido a arbitraje.

2. **Dispute Adjudication Boards (DABs):** A diferencia de los DRBs, los DABs emiten decisiones que, aunque pueden ser objetadas, tienen carácter obligatorio. La parte que desee impugnar la decisión debe hacerlo dentro de los treinta días siguientes a su emisión. En tal caso, la controversia será resuelta en última instancia mediante arbitraje. Este mecanismo resulta especialmente eficaz para garantizar el cumplimiento contractual, ya que obliga a la parte deudora a ejecutar el pago, reservándose el derecho de impugnar posteriormente (*"pagar ahora, discutir después"*).

3. **Combined Dispute Boards (CDBs):** Los CDBs constituyen una modalidad híbrida que combina elementos de los DRBs y los DABs. Generalmente emiten recomendaciones, pero pueden emitir decisiones vinculantes si una parte lo solicita y la otra no se opone. En caso de objeción, el panel tiene la facultad de decidir si emite una recomendación o una decisión obligatoria, considerando factores como la urgencia del asunto, el riesgo de ruptura contractual, o la necesidad de preservar evidencia crítica.

4.2. DB del Banco Mundial.

El Banco Mundial publicó en el año 1995, una edición revisada de un contrato standard para la construcción de obras, conocida por su sigla en inglés, SBDW¹⁰, que corresponde a una versión tipo obligatoria de contrato que debe ser empleada en cualquier contrato de obra civil importante que financie el Banco Mundial. Fue la primera oportunidad en que el uso de los DRBs fue incorporado a proyectos de obra internacionales.

Mediante una modificación a dicho contrato Standard se estableció el uso obligatorio de los Dispute Review Boards de 3 miembros para la resolución de disputas en una primera instancia para contratos a partir de USD 50 millones. Para contratos inferiores a USD 50 millones, las partes tienen la opción de emplear un DRB de 1 o 3 miembros o una sola persona que actúe como Dispute Review Expert (DRE) o un ingeniero independiente de las partes. Posteriormente, en el mes de mayo del año 2000, se hizo una nueva modificación al SBDW, conforme a la cual las recomendaciones de los DRBs o del DRE, pasan a ser obligatorias, pudiendo ser revisadas en la instancia de un arbitraje. Adicionalmente, la opción de emplear un ingeniero independiente para resolver las disputas contractuales fue eliminada.

La versión actualmente vigente de los DRBs o DREs fue publicada en mayo de 2005. Entre sus modificaciones más relevantes se destaca el reemplazo de las denominaciones DRB y DRE por el término *"Dispute Boards"* (DB), así como la eliminación del requisito obligatorio de conformar un panel de tres miembros en los contratos cuyo monto supere los USD 50 millones. En su lugar, se otorga a las partes la facultad de decidir si el panel estará integrado por uno o tres miembros. Solo en caso de no existir una estipulación contractual específica, se presume que el panel estará conformado por tres miembros.

4.3. Dispute Adjudication Boards de la FIDIC.

La FIDIC introdujo en el año 1995, por primera vez el concepto de *"dispute boards"* a sus contratos para los proyectos de diseños y obras de infraestructura, en el conocido *"Orange Book"*. Posteriormente, el empleo de los *"dispute boards"* se fue extendiendo para otros tipos de contratos, esto es, al *"Red Book"* en el año 1996 y al *"Yellow Book"* en el año 1997, para las obras de construcción civil y para el diseño y construcción de las obras públicas, respectivamente.

Hasta antes de la publicación del *"Orange Book"*, el primer medio para resolver las disputas entre el mandante y el constructor bajo el sistema contractual de FIDIC fue mediante un ingeniero, el

¹⁰ Standard Bidding Documents- Procurement of Works.

cual era remunerado por el mandante, por lo que era difícil para él actuar en forma independiente e imparcial. Fue entonces que FIDIC decidió, siguiendo al criterio adoptado por el Banco Mundial, adoptar el uso de los “*dispute boards*”, llamado por la FIDIC “*Dispute Adjudication Boards*”, estableciendo que las decisiones de los DABs eran obligatorias para las partes, a menos que la decisión fuere revisada de común acuerdo por las partes, o sometida a arbitraje por alguna de ellas.

El establecimiento de los DABs conforme a FIDIC es parte de la cláusula sobre resolución de disputas aplicable cada vez que un contrato FIDIC es empleado, a menos que las partes convengan en modificar o eliminar dicha estipulación.

4.4. Dispute Boards Review de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA).

Desde la adopción de los DRBs en los Estados Unidos a principios de los años 1970, han sido ampliamente usados en una gran variedad de proyectos de construcción. Al mes de septiembre de 2003, más de 1000 proyectos de construcción habían empleado los DRBs, habiéndose solucionado 1.200 disputas, y solo menos de 30 de ellas ha terminado en litigio.¹¹

La Asociación Americana de Arbitraje ofrece el servicio de administración de los DRBs a partir del mes de diciembre de 2000, y la Fundación de DRBs señala que existen diversos factores que han contribuido al éxito de estos mecanismos; a saber: (i) los tres miembros del DRB son neutrales y su nombramiento está sujeto a la aprobación de ambas partes; (ii) todos los miembros del panel firman un acuerdo con las partes, obligándose a darles un trato igualitario y justo; (iii) los honorarios y gastos del DRB son compartidos por partes iguales entre las partes; (iv) los DRBs se constituyen y comienzan su labor al inicio del proyecto, antes de que cualquier disputa se haya producido; (v) los miembros del panel se mantienen permanentemente informados del desarrollo del contrato, mediante una revisión periódica de todos los documentos relevantes y la visita al lugar donde se desarrollan las obras; (vi) cualquier parte puede someter una disputa a la resolución del panel de expertos; (vii) se brinda apoyo informal a las partes, las cuales son escuchadas por los miembros del panel en audiencias que se verifican en un tiempo breve; (viii) las recomendaciones de los DRBs no son obligatorias para las partes, salvo que se establezca lo contrario en los contratos; (ix) dichas recomendaciones constituyen una importante prueba si el conflicto deriva en un arbitraje o un litigio; y (x) los miembros del panel se encuentran liberados de cualquier responsabilidad personal o profesional por sus actividades como DRBs.

5. Procedimiento de los DB ante la ICC.

En cualquiera de las modalidades de DB, las resoluciones que emite el panel reciben el nombre genérico de “determinaciones”, las cuales pueden adoptar la forma de “recomendaciones” —en el caso de los Dispute Review Boards— o de “decisiones” —en el caso de los Dispute Adjudication Boards.

Cualquiera sea la modalidad de DB elegida por las partes en su contrato, la parte interesada en obtener una determinación deberá presentar una solicitud formal, denominada “*exposición de la desavenencia*”, tanto a la otra parte como al panel.

Salvo que las partes acuerden un procedimiento distinto, o que el panel disponga otra cosa, la parte contraria debe presentar una respuesta escrita dentro de los treinta (30) días siguientes a la recepción de la exposición de la desavenencia. Dicha contestación debe contener: (i) una descripción clara y concisa de la posición asumida frente al reclamo; (ii) los fundamentos o justificaciones en que se apoya dicha postura; y (iii) una exposición del objeto de la determinación que se solicita al panel.

En el caso de un Combined Dispute Board, la respuesta también debe incluir la posición de la parte respecto de la solicitud de decisión planteada por su contraparte o, si esta no la hubiera

¹¹ The Construction Industry’s Guide to Dispute Avoidance and Resolution, American Arbitration Association, Octubre de 2004.

formulado, cualquier requerimiento propio de decisión, con la correspondiente explicación de los motivos por los cuales considera que el panel debería emitir una determinación de ese tipo.

Una vez presentada la contestación, debe celebrarse una audiencia, la cual —salvo decisión en contrario del panel— tendrá lugar dentro de los quince (15) días posteriores a la recepción de la respuesta. En dicha audiencia deben estar presentes todas las partes y los integrantes del panel, salvo circunstancias excepcionales. El procedimiento habitual consiste en que la parte reclamante expone primero su posición, seguida por la presentación de la parte que contesta. El panel puede solicitar aclaraciones adicionales a cualquiera de ellas, brindando la oportunidad de responder a la contraparte.

Estas “*determinaciones*” deberán ser emitidas por el panel con prontitud y, en cualquier caso, dentro de los 90 días siguientes a la fecha de recepción de la exposición de la desavenencia. Este plazo es prorrogable por acuerdo de las partes o por decisión fundada del panel, previa consulta a ellas.¹²

Dado que se trata de un panel colegiado, este debe procurar que sus decisiones se adopten por unanimidad. Si ello no fuera posible, la determinación se tomará por mayoría de votos y, en caso de no alcanzarse esta, prevalecerá la decisión del presidente del panel. Los miembros que disientan de la posición mayoritaria deberán expresar los motivos de su desacuerdo en un informe escrito separado, el cual no formará parte de la determinación, aunque será comunicado a las partes.

En este sistema, las partes pueden optar por someter la decisión del panel a revisión por parte de la ICC¹³, revisión que es llevada a cabo por el “*ICC Dispute Board Centre*” de dicha institución. En tal supuesto, el panel debe remitir su decisión al Centro en forma de proyecto, antes de su firma definitiva. La función revisora del Centro se limita a un control formal del documento, sin facultades para intervenir en el contenido sustantivo de la decisión.

Cumplidos estos pasos, la determinación es notificada a las partes. En el caso de una recomendación —emitida por un *Dispute Review Board*—, esta no adquiere carácter vinculante de inmediato, sino una vez transcurrido un plazo de treinta (30) días desde su recepción¹⁴, período durante el cual las partes pueden expresar su desacuerdo.

Si ninguna de ellas formula objeciones dentro de ese término, la recomendación se vuelve obligatoria, debiendo ser cumplida sin demora, y no podrá ser impugnada, en la medida en que ello sea compatible con la ley aplicable.

Por el contrario, si alguna de las partes manifiesta su disconformidad dentro del plazo previsto, la controversia deberá ser sometida a arbitraje ante la ICC o, en su caso, ante los tribunales judiciales competentes.

Por su parte, una decisión emitida por un *Dispute Adjudication Board* tiene cumplimiento inmediato. Incluso si alguna de las partes manifiesta su desacuerdo dentro del plazo de treinta (30) días —o del término distinto que hayan acordado—, la decisión debe ser acatada, ya que dicha impugnación no produce efectos suspensivos.

En caso de discrepancia, será en el arbitraje o ante la justicia ordinaria donde se resolverá de manera definitiva la cuestión, ya sea confirmando o revocando la decisión, pero dichos procedimientos posteriores no suspenden su ejecución.

¹² Artículo 20(1) del reglamento.

¹³ Artículo 20(2) del reglamento. Según Genton, la CCI es la única institución que ofrece el servicio de examen de la decisión -véase Genton, P. ICC promotes dispute board rules worldwide, cit., p. 109-.

¹⁴ Los plazos de 30 días se fijaron para permitirles un tiempo razonable de reflexión a las partes y, de ser necesario, para realizar consultas con los ejecutivos superiores de las empresas -Genton, P. ICC promotes dispute board rules worldwide..., cit., p. 107--. Sin embargo, las partes pueden estipular plazos diferentes.

Por último, en la modalidad de *Combined Dispute Board*, los efectos de las decisiones serán los mismos que los descritos anteriormente, según la naturaleza de la determinación emitida. No obstante, en todos los casos, cuando la determinación sea vinculante y de cumplimiento obligatorio¹⁵, si la parte obligada a acatarla no lo hace, dicho incumplimiento —y no el fondo de la controversia— será sometido a arbitraje o a los tribunales estatales competentes para obtener una decisión final.

Cabe señalar que, precisamente por su carácter, este procedimiento puede ser utilizado tantas veces como surjan desavenencias durante la ejecución del proyecto para el cual se haya designado el DB. Asimismo, es posible que se constituyan varios paneles vinculados a un mismo proyecto, en función de la multiplicidad de contratos que puedan celebrarse.

5.1. Función preventiva de los DB.

Además de su rol resolutorio, los DB desempeñan una función preventiva de gran relevancia en la industria de la construcción. Su capacidad para intervenir tempranamente en situaciones potencialmente conflictivas ha demostrado ser eficaz en términos de costo, rapidez, flexibilidad e informalidad. Su intervención no se limita a resolver conflictos ya manifestados, sino que busca anticiparlos y desactivarlos antes de que escalen.

Esta función preventiva se potencia cuando los miembros del panel realizan visitas periódicas a la obra, revisan documentación relevante y mantienen un conocimiento actualizado del avance del proyecto. La inmediatez se erige como principio operativo fundamental, permitiendo a los adjudicadores identificar y abordar los conflictos en el momento en que emergen (*“on time”*), y resolverlos directamente en el sitio de ejecución (*“on site”*), mediante procedimientos contractuales imparciales e independientes.

Este tipo de intervención temprana suele ser suficiente para evitar que una diferencia se transforme en una disputa formal. Además, contribuye a preservar las relaciones entre las partes, reducir los costos asociados a los litigios, evitar interrupciones en la ejecución y garantizar la continuidad del proyecto.

6. Efectos y cumplimiento de las determinaciones del DB en el régimen ICC.

En el régimen ICC, una determinación del DB puede adquirir carácter “vinculante” —ya sea por tratarse de una recomendación no objetada dentro del plazo o una decisión formal del panel—. Este carácter “vinculante” implica únicamente que la determinación debe cumplirse, pero no le confiere efectos equivalentes a un laudo arbitral.

Conforme a los artículos 4(4) y 5(4) del Reglamento ICC, si una de las partes incumple una determinación vinculante, la otra puede someter ese incumplimiento a arbitraje (si así se pactó) o, en defecto de ello, a un tribunal competente. El propio reglamento deja claro que la determinación del DB no puede ejecutarse mediante los mecanismos previstos para los laudos arbitrales, pues no tiene su misma naturaleza.

En el arbitraje posterior que pretenda cuestionar una recomendación no objetada o una decisión formal del panel, el tribunal arbitral no se limita a analizar las consecuencias del incumplimiento. Tiene plena competencia para revisar de manera integral el fondo de la controversia, sin quedar vinculado por lo decidido por el DB. La determinación del panel no produce efectos de cosa juzgada: obliga a las partes a cumplirla provisionalmente, pero puede ser cuestionada y revisada en el arbitraje de fondo.

7. Remuneración de los DB.

¹⁵ Se debe recordar que ello sucede con las “recomendaciones”, desde que vence el plazo previsto sin que hayan sido cuestionadas y con las “decisiones”, desde su misma notificación.

Como se mencionó anteriormente, la extensión del trabajo que ejecutan los miembros de los paneles técnicos es amplia; desde el comienzo del proyecto deberán mantenerse informados de todo lo que va ocurriendo durante el desarrollo del contrato; deberán visitar la obra y prestar apoyo informal a las partes en la resolución de sus diferencias que pudieran producirse.

Conforme al Reglamento de la ICC, la remuneración del panel comprende una tarifa fija mensual¹⁶ y un cobro por horas de trabajo. El propósito de la remuneración mensual es que los miembros del panel estén siempre disponibles para mantenerse informado acerca de: (i) el contrato y el seguimiento de su ejecución; (ii) el estudio de los informes de seguimiento y de la correspondencia; (iii) la disponibilidad para asistir, cuando sea necesario, a todas las reuniones y visitas al sitio y (iv) los gastos generales de cada integrante del panel en su lugar de residencia.

El principio general del reglamento ICC es que las partes soportarán los honorarios y gastos del panel en partes iguales y que, salvo acuerdo en contrario, cuando este se encuentre integrado por tres miembros, estos reciban sus honorarios también en proporciones iguales. No obstante, las partes pueden convenir libremente con los miembros del panel el sistema de retribución.¹⁷

Adicionalmente, existe una tarifa fija por las labores que desempeña la administración institucional del sistema, en el caso de la ICC, por medio de su Centro de DB. Los costos por el uso del sistema de DB durante la vida de los contratos de construcción de obras, ha fluctuado entre un 0,04 % al 0,51% del total del costo del contrato.

8. Diferencias entre DB y Arbitraje.

Existe una percepción errónea según la cual los DB y el arbitraje serían mecanismos excluyentes, lo que llevaría a las partes a optar por uno u otro de manera definitiva. Sin embargo, esta interpretación no se ajusta a la realidad. Los DB no fueron concebidos como una alternativa competitiva frente al arbitraje, sino como una evolución del modelo tradicional de resolución de conflictos en obra.

A diferencia del arbitraje, que interviene en la etapa crítica del conflicto, los DB operan desde el inicio del contrato, lo que les permite conocer el proyecto en profundidad y actuar de manera inmediata ante la aparición de disputas.

Respecto a ello, Fernando Estavillo Castro 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.”*¹⁸

En contraste, el árbitro interviene en una etapa posterior del conflicto, cuando muchas de las circunstancias que lo originaron ya no están presentes. Su actuación se produce generalmente en la denominada *“etapa crítica”* del diferendo, momento en el cual las partes han agotado todos los remedios posibles. Su intervención suele limitarse a una única inspección arbitral, y la reconstrucción de los hechos depende casi exclusivamente de la labor de los abogados, lo que implica un esfuerzo considerable y costoso.

¹⁶ Conforme al reglamento CCI, salvo estipulación en contrario, los honorarios mensuales equivaldrán a tres veces los diarios fijados y serán pagaderos desde la fecha de la firma del contrato y hasta su terminación, por trimestre adelantado.

¹⁷ El reglamento contiene disposiciones detalladas al respecto. En general, véanse los artículos 27 al 29.

¹⁸ ESTAVILLO CASTRO, Fernando. Seminario “Arbitraje y solución de controversias en Materia de Construcción”. Organizado por la Internacional of Commerce de México y el Centro de Arbitraje de México, en Ciudad de México-junio 2007. Pág.15

Por otro lado, el arbitraje tiene atributos que los DB carecen, como la ejecutabilidad de sus laudos bajo la Convención de Nueva York. En efecto, los DB 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 aplicables al arbitraje.

Asimismo, las decisiones de los DB pueden ser plenamente revisadas en su contenido por un tribunal arbitral, mientras que los laudos arbitrales no son susceptibles de revisión sobre el fondo, limitándose el control judicial a causales de nulidad. Esta irrevisabilidad del fondo constituye una de las garantías que sustentan la eficacia jurídica del laudo.

Sin embargo, si bien ambos métodos tienen atributos diferentes y en apariencia podrían competir, estos no deben interpretarse como incompatibilidades. Por el contrario, los DB aportan inmediatez, conocimiento continuo del proyecto y capacidad preventiva, reduciendo la escalada de conflictos y permitiendo que las controversias se aborden cuando aún son manejables. El arbitraje, por su parte, aporta la certeza jurídica de una decisión final, con fuerza ejecutoria internacional y un marco normativo consolidado. Así, lejos de excluirse, DB y arbitraje conforman un modelo integrado que promueve eficiencia, previsibilidad y continuidad en la ejecución de obras complejas.

9. Conclusión

Este artículo ha analizado los beneficios de los DB como mecanismo de solución de controversias en contratos de infraestructura de larga duración. La experiencia técnica y jurídica de sus miembros, sumada a su cercanía con las obras, la documentación y las partes, permite anticipar y prevenir conflictos antes de que escalen. Cuando las diferencias efectivamente surgen, los DB facilitan su gestión temprana y eficiente, contribuyendo a desescalar tensiones y a preservar la continuidad de los proyectos.

De este modo, los DB se consolidan como mecanismos pre-arbitrales altamente eficaces, capaces de abordar disputas que combinan aspectos técnicos y legales de manera ágil, económica y con resultados prácticos. Su intervención oportuna clarifica los puntos controvertidos, lo que favorece una eventual instancia arbitral más precisa y acotada.

La incorporación de cláusulas estándar de DB, como las ofrecidas por la ICC, permite aplicar automáticamente los reglamentos correspondientes, garantizando un marco normativo previsible y funcional. Esta práctica resulta especialmente recomendable en contratos de gran envergadura, elevada complejidad técnica y larga duración, donde los beneficios del mecanismo justifican sobradamente su adopción.

Lejos de competir con el arbitraje, los DB lo complementan, conformando un sistema articulado que potencia la eficiencia en la gestión de controversias. La experiencia internacional respalda su efectividad, con índices de resolución cercanos al 97%. En América Latina, su adopción ha avanzado de manera gradual, pero los casos en que han sido implementados muestran un elevado grado de efectividad y beneficios tangibles para las partes. Todo ello evidencia la necesidad —y la oportunidad— de consolidar su regulación y promover su utilización sistemática, permitiendo que estos mecanismos cumplan plenamente su función como herramientas modernas, preventivas y colaborativas en la resolución de disputas complejas.

Citar: elDial DC3759

copyright © 1997 - 2025 Editorial Albrematica S.A. - Tucumán 1440 (CP 1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina

