

♦RESOLUCIÓN DE DISPUTAS EN EL CONTRATO INTERNACIONAL DE CONSTRUCCIÓN: LA LABOR DEL ENGINEER Y DE LOS DISPUTE BOARDS¹

Por Maximiliano Rodríguez Fernández²

Sumario:1. **Introducción: La Disputa en el Contrato Internacional de Construcción** 2. **Que son y cuando se generan las disputas o conflictos** 3. **Participantes en la Resolución de Conflictos desde el punto de vista del Contrato.** 3.1. Engineer. 3.2. Los Dispute Boards (Dispute Adjudication Board – Dispute Resolution Board) 3.2.1. Antecedentes 3.2.2. Diferencias entre el DRB y el DAB 3.2.3. Como y cuando se conforman los Dispute Boards 3.2.4. Requisitos y funciones de los miembros 3.2.5. El Acuerdo o Contrato con los miembros del Dispute Board 3.2.6. Objetivos y Ventajas de la resolución de conflictos a través de un Dispute Board en el sitio de trabajo 4. **Aspectos relevantes en los procedimientos Contractuales para la Resolución de Conflictos. El Red Book de FIDIC.** 4.1. Los Requisitos de la Cláusula 4.2. Inicio de la Disputa: El reclamo 4.3. La resolución del Conflicto o Disputa 5. **Consideraciones finales.** 6. **Anexo: Cláusulas modelo de la Cámara de Comercio Internacional**

1. Introducción: La Disputa en el Contrato Internacional de Construcción

La industria de la construcción es una de las actividades que mayor desarrollo ha tenido en el comercio internacional, a su vez, es la que mayor énfasis ha puesto al estudio de las formas contractuales que en la misma se desarrollan. Son variadas las formas contractuales que encontramos durante la ejecución de proyectos de infraestructura, entre ellas, los contratos de obra, contratos de suministro, los contratos relacionados con la financiación del proyecto, contratos de seguro y muchos otros. También son variadas las obligaciones que asumen las partes en dichos proyectos y mucho mas variadas las prestaciones que deben ejecutar. Todo lo anterior genera una tendencia al conflicto. En el campo de la construcción la cantidad de prestaciones que se generan, los largos periodos

♦ Este artículo fue presentado a la revista el día 9 de octubre de 2006 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 7 de diciembre de 2006, previa revisión del concepto emitido por el árbitro evaluador.

¹ El presente trabajo constituye una segunda entrega del proyecto de investigación denominado “El Contrato de Construcción Internacional” adelantado dentro del marco del grupo de investigación Derecho Comercial Colombiano y Comparado del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia.

² Abogado de la Universidad Externado de Colombia, Especialista en Derecho Financiero y Bursátil de la misma Universidad con Maestría (LLM) en Derecho Comercial Internacional de la Universidad de Londres, Queen Mary and Westfield College, Docente Investigador del Departamento de Derecho Comercial.

de tiempo en que se realizan las obras y la naturaleza internacional de las partes contratantes son elementos que desafortunadamente hacen que las disputas sean el pan de cada día. Se ha llegado a pensar, y así se ha demostrado en la práctica, que las disputas son inevitables en el mundo de la construcción³.

Como regla general, los litigios que se presentan en los contratos de construcción internacional se encuentran relacionados con problemas técnicos, aunque no faltan los problemas derivados de la interpretación de los contratos y de la ley aplicable a los mismos. Las técnicas y tecnologías involucradas en los contratos de construcción son difíciles de entender y son sujeto de cambios que en la gran mayoría de los casos dan lugar a argumentaciones y conflictos entre las partes.

Teniendo en cuenta su naturaleza la industria de la construcción, como todas las otras actividades del comercio internacional, se ha puesto a la búsqueda de mecanismos eficaces para la resolución de los conflictos que se presentan durante y después de la ejecución de las obras. Igualmente, ha buscado que los mecanismos de resolución de disputas respondan efectivamente a la naturaleza y necesidades de los contratos de construcción, los cuales tienen elementos que los diferencian sustancialmente de otros contratos propios del tracto comercial internacional.

Es por ello que los contratos de construcción internacional han evolucionado significativamente en lo que respecta a la resolución de conflictos y hoy podemos decir que estos contratos establecen de manera particular una forma y procedimiento idóneos que las partes pueden adoptar al momento de resolver los conflictos que surjan durante y después de la ejecución de las obras⁴.

Si bien la información en el campo de la construcción es bastante escasa se señala que hasta los años 40's los métodos de resolución de conflictos, tales como, la negociación amigable o la decisión del Engineer (Interventor), eran suficientes para resolver las disputas que se presentaban para ese entonces. Después de la segunda guerra mundial, la competencia por la obtención de los contratos de construcción se intensificó, los contratos empezaron a ser mucho más complejos y el proceso de construcción se entorpeció con demandas no relacionadas con problemas técnicos, entre ellos, problemas ambientales, requerimientos gubernamentales y la presión de grupos sociales. Unido a esto, la estabilidad financiera de las empresas Constructoras atrajo un gran número de asesores financieros y legales quienes fueron incorporados a los proyectos de

³ Charles Molineaux en "Moving Towards a Construction Lex Mercatoria" Artículo basado en un estudio entregado a la Conferencia en Arbitramento Internacional (Boston, del 26 al 28 de Septiembre 1996) "The Commercial Way to justice", auspiciada por el Chartered Institute of Arbitrators, the London Court of International Arbitration y la American Arbitration Association. En ese documento el autor también señala que: *"Es importante destacar que un gran porcentaje de complejos casos referidos al arbitramento provienen directamente de la actividad de la construcción. Desde hace algunos años, y gracias al uso frecuente de modelos o formas contractuales desarrolladas por diferentes instituciones, se viene generando una tendencia al envío de este tipo de disputas al arbitramento, donde las partes generalmente encuentran eficiencia y profesionalismo"*.

⁴ En ese sentido debemos mencionar el desarrollo que en la materia ha sufrido el llamado Red Book. Esta forma contractual en 1999, fecha en la cual se publicó su última edición, paso de utilizar al Engineer como persona idónea para resolver los conflictos surgidos entre el Empleador y contratista, a utilizar a un órgano colegiado, mejor llamado, Consejo de Resolución de Disputas.

construcción generando un mayor grado de profesionalismo y especialización en la actividad. Esto condujo a un deterioramiento de las relaciones entre los agentes de ese mercado y conllevó a relaciones mucho más complejas y tendientes al conflicto⁵.

Como solución al problema, en primer término con el arbitramento se logró eficiencia en la resolución del conflicto. Sin embargo, para algunos el proceso arbitral se ha convertido en uno lento y cada vez más costoso para las partes y por ende engorroso⁶. Aunque vale la pena señalar que para otros las razones que han llevado a pensar que la figura del arbitramento dejó de ser efectiva, están relacionadas directamente con el mal uso de los procedimientos que la misma implica. Esa fue una de las conclusiones a que se llegó con el Reporte Final sobre los Arbitramentos en la Industria de la Construcción (Final Report on Construction Industry Arbitrations), en donde se señaló que “las respuestas señalan que, mientras las reglas de arbitramento de la ICC proveen un marco normativo eficiente, aún es frecuente encontrarse con la falta de conocimiento sobre lo que es necesario para la buena y eficiente administración de los largos y complejos arbitramentos comerciales. Existe una remarcable falta de conocimiento por parte de algunos árbitros o apoderados quienes son nombrados sin tenerse en cuenta su falta de conocimiento en la materia. Igualmente, es clara la falta de colaboración por parte de algunas instituciones en lo que tiene que ver con la administración del procedimiento arbitral”⁷.

No obstante lo anterior, para la década de los años ochenta era muy claro que la actividad necesitaba de mecanismos de resolución de disputas apropiados (diferentes al arbitramento) y de métodos idóneos para evitar el surgimiento de las disputas. Como lo mencionamos anteriormente, ese proceso se inició como consecuencia de la percepción negativa que de la figura del arbitramento se había generado para la época.

Como reacción a este problema se crearon dos dispositivos que permiten solucionar las disputas sin necesidad de acudir al arbitramento. Hablamos del DAB (Dispute Adjudication Board) en el Reino Unido y el DRB (Dispute Resolution Board) en los Estados Unidos de Norteamérica, mecanismos estos que se han convertido en el pilar fundamental de la solución de conflictos derivados de los contratos de construcción⁸. Estos mecanismos tienen como única finalidad la solución de disputas de una manera eficiente, eficaz y sencilla, todo dentro del mismo sitio de las obras y sin necesidad de paralizar parcial o totalmente el proyecto.

⁵The Dispute Resolution Board Foundation. *DRBF Practices and Procedures for Dispute Review Boards, Dispute Resolution Boards and Dispute Adjudication Boards*

⁶No obstante para la English Society of Construction Arbitrators los errores del arbitramento han sido engrandecidos para dejar atrás lo que esa institución considera que deberían denominarse como los aportes positivos de la figura. WHAT'S WRONG WITH ARBITRATION?, Lessons learned from Adjudication and the new 100-Day Procedure Professor John Uff QC, Profesor Emérito de Derecho de la Construcción, Kings College London.

⁷Final Report on Construction Industry Arbitrations. This report is the result of a study commissioned by the ICC Commission on International Arbitration. It was produced by the Construction Arbitration Section of the Commission's Forum on Arbitration and New Fields, under the joint leadership of Dr Nael G. Bunni and Judge Humphrey Lloyd QC, assisted by Mr Michael E Schneider,⁷ Mr William Laurence Craig, Dr Aktham El Kholy, Dr jur. Joachim E. Goedel, Mrs Vera van Houtte, Mr Sigvard Jarvin and Dr Igor Leto.

⁸Ello no significa de ninguna manera que la figura es exclusiva de este tipo de contratos. Sin embargo, es en esos contratos en donde ha tenido un desarrollo más significativo.

Si bien hoy en día se discuten otros mecanismos de resolución de disputas como la mediación⁹, el presente estudio está dirigido a demostrar la importancia de las funciones y modo de operación de la figura del Engineer y de los Consejos de Resolución de Disputas en la actividad de la construcción¹⁰. Igualmente, analizaremos los procedimientos contractuales predominantes en materia de resolución de conflictos en el contrato internacional de construcción.

2. Que son y cuando se generan las disputas o conflictos

Para que se active el aparato de resolución de conflictos debe existir claro está, un conflicto o disputa entre las partes. Es obvio que para que se disponga del mecanismo de resolución de disputas señalado en el contrato, ya sea Engineer o Consejos de Resolución de Disputas (en adelante Dispute Boards o DB), es imperativa la existencia de un conflicto entre las partes. No sería lógico activar el mecanismo de resolución para conocer de un determinado grupo de eventos que no cumplen con los requisitos de lo que se conoce como disputa o conflicto.

En la actualidad existe diversidad de laudos arbitrales y decisiones de altas cortes de diferentes países que pretenden dar respuesta a la pregunta de que se debe considerar como un conflicto o disputa¹¹. Desafortunadamente, esa diversidad de casos ha dado lugar a diferentes y poco consistentes respuestas. No obstante, como regla general la doctrina acepta el criterio según el cual existe una disputa cuando el reclamo formal y con el lleno de los requisitos de una de las partes no es aceptado por la otra parte, siempre y cuando, ese reclamo envuelva una discusión acerca de un derecho a que tiene lugar una de las partes.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la disputa se genera una vez se ha inadmitido el reclamo de la contraparte, es imperativo tener claridad respecto de las características de esa inadmisión. Para ese propósito, vale la pena traer a colación el caso *Ingles de Amec Civil Engineering v the Secretary of State for Transport*¹², caso conducido por la Corte de Construcción y Tecnología de la Corte Suprema de Justicia Inglesa, cuyo fallo, analizó las diferentes posiciones existentes en la materia. Las posiciones se pueden resumir de la siguiente manera¹³:

⁹ Según la American Arbitration Association “Las partes pueden desear someter su controversia a una mediación internacional antes de acudir al arbitraje. En la mediación, un mediador imparcial e independiente ayuda a las partes a alcanzar un acuerdo pero no está facultado para dictar una decisión vinculante o laudo”.

¹⁰ Teniendo en cuenta la importancia y éxito de la figura en el campo de la construcción, esa experiencia puede ser de gran importancia para otros tipos de relaciones jurídico negociales en donde la resolución de conflictos requiere de mecanismos oportunos y eficaces que redunde en beneficio de dichas relaciones.

¹¹ Ver ICC Laudo en el asunto No 6535 de 1992 por ejemplo.

¹² [2004] EWHC 2339 (TCC) (11 Octubre de 2004). En donde se trató el rechazo a la competencia del arbitro en un contrato de construcción que incorporaba las condiciones de contratación ICE.

¹³ En el caso en mención el Juez señala en primera instancia que La palabra “Disputa” debe ser entendida bajo su significado más simple y que no existe un significado especial otorgado a la misma por abogados. Igualmente señala que la jurisprudencia no ha generado reglas de índole legal que definan de manera particular el significado de la palabra. Sin embargo, si son una guía muy útil en la determinación del significado.

1. La sola notificación de un reclamo por alguna de las partes no da lugar de manera automática a una disputa. La Disputa no se genera hasta tanto no se rechace o inadmira el reclamo por la parte que lo recibe;
2. Existen diversas circunstancias en que es claro que el reclamo no ha sido admitido. Por ejemplo:
 - a) El rechazo expreso del reclamo,
 - b) Discusiones entre las partes que, de una u otra manera, objetivamente permiten determinar que el reclamo no ha sido admitido,
 - c) El silencio de la parte que recibió el reclamo da lugar a inferir que el mismo no ha sido admitido¹⁴.
3. El tiempo que la parte que recibe el reclamo permanece en silencio y las características particulares de cada estructura contractual pueden dar lugar a señalar que el reclamo no ha sido admitido.
4. Cuando existe un término límite para contestar el reclamo, se debe verificar que ese término límite corresponde al adecuado para contestar ese tipo particular de reclamos,
5. En aquellos casos en que el reclamo no llena los requisitos contractuales o legales, el silencio o la no admisión generará automáticamente una Disputa¹⁵.

Los anteriores lineamientos nos señalan claramente los parámetros que se deben tener en cuenta para determinar la existencia de una disputa o conflicto susceptible de poner en marcha el aparato de resolución de conflictos. Esos parámetros son reproducidos en los contratos modelo de FIDIC, en las formulas contractuales propuestas por esa institución si el Constructor se considera con derecho a obtener una extensión de tiempo o un incremento del valor del contrato, deberá dar aviso oportuno al Engineer o administrador del proyecto dentro del término señalado en el contrato¹⁶. Una vez analizada la documentación por el Engineer, este procederá a proferir una decisión y notificarla a las partes. Si alguna de las partes no está conforme con la decisión tomada, debe solicitar la conformación del Dispute Board dentro del plazo contractual señalado, en ese momento se entiende que se genera una disputa o conflicto la cual deberá ser solucionada de acuerdo a lo señalado por la cláusula 20 del contrato mismo.

Nos encontramos entonces frente a un procedimiento en donde se destaca la labor de dos entes u órganos principales, Engineer y Dispute Board. A continuación nos referiremos a cada uno de ellos.

¹⁴ UNIDROIT, Principios de los Contratos Comerciales Internacionales, artículo 2.6. Como regla general, es aceptado en el comercio internacional que el silencio o inactividad de una de las partes no significa de ninguna manera aceptación de la oferta o solicitud.

¹⁵ En el mismo sentido *Collins (Contractors) Ltd v Baltic Quay Management (1994) – CA (7.12.04)*

¹⁶ FIDIC, Red Book, Cláusula 20.1 Cada aviso de reclamo deberá contener la documentación que el Constructor considere necesaria para probar su causa. Si el Constructor no da el aviso dentro del periodo señalado perderá el derecho a la extensión del tiempo o incremento del precio.

3. Participantes en la Resolución de Disputas derivadas de los Contratos Internacionales de Construcción

3.1 Engineer

El Engineer es la persona, natural o jurídica, nombrada por el empleador u originador del proyecto para desarrollar funciones relacionadas con la administración del proyecto. En cumplimiento de sus deberes él Engineer actúa, como regla general, como agente del empleador¹⁷, representando a este frente al contratista en la supervisión del proyecto y en la toma de decisiones relevantes, tales como, la aprobación de adiciones, omisiones y variaciones del trabajo. Igualmente, el Engineer esta en capacidad de determinar el valor del trabajo del contratista y de expedir los correspondientes certificados de pago¹⁸. Adicionalmente, en gran parte de los proyectos de construcción que se adelantan en la actualidad, antes del inicio de las obras de la construcción, él es responsable del diseño del proyecto y de la preparación de los documentos del mismo.

De lo anterior es evidente que el Engineer es un órgano que se encuentra directamente ligado con el contrato y a su vez conoce de manera particular el desarrollo de las obras y de todos y cada uno de los eventos que se presentan durante la ejecución de las mismas¹⁹. Esa cercanía con el proyecto permitió que la industria de la construcción también lo facultara para ser el encargado de resolver los conflictos que se presentaran entre las partes en el contrato de construcción²⁰, señalándole igualmente el procedimiento que debía adelantar en aquellos eventos en que se presentaban disputas entre las partes.

Inicialmente, en uso de esta facultad de decisión el Engineer emitía decisiones que eran bien fundamentadas y comprensivas. Esas decisiones se convertían en finales y de obligatorio cumplimiento por las partes a menos que fueran desafiadas por las mismas en un procedimiento arbitral²¹.

Desafortunadamente, se presentaron casos en que la imparcialidad del Engineer quedo en tela de juicio. En buena parte de los proyectos de construcción el Engineer era el encargado de elaborar los diseños de las obras y hacer evaluaciones o estudios previos sobre la factibilidad técnica y financiera del proyecto y luego era nombrado administrador del mismo. Ello genero que en muchos casos las fallas en el diseño de las obras y los estudios previos, se hacían evidentes en el momento de ejecutarse las obras, momento en el cual el Engineer cumplía no solo funciones de administrador del proyecto sino que también tenia poder de decisión. Poderes que le otorgaban la posibilidad de actuar en su propio beneficio ocultando en buena parte de los casos sus propios errores. Esta

¹⁷ Ver Powell-Smith / Stephenson, *Civil Engineering Claims*, 2nd ed., pag.11 refiriéndose a la cláusula 1(1)(c) de las ICE Conditions.

¹⁸ Ver por ejemplo el caso ingles *Sutcliffe v. Thackrah* [1974] AC 727, 1 All ER 859.

¹⁹ La cláusula 1.1.2.4 del mencionado Red Book define al Engineer como "la persona designada por el dueño del proyecto como Engineer para los propósitos del contrato". Por consiguiente, el Engineer solamente tiene relación contractual alguna con el dueño del proyecto.

²⁰ El Red Book de FIDIC, Conditions of Contract for Construction (1999 edition), en la Cláusula 3ra regula la figura del Engineer, sus funciones y responsabilidades.

²¹ En FIDIC Conditions of Contract for Construction (1999 edition), la Cláusula 20 estipula el procedimiento aplicable para aquellos casos en los cuales se presentan disputas entre las partes.

situación evidenció una falla en la estructura y características de la figura y a su vez una ardua discusión en las décadas de los 80s y 90s sobre la imparcialidad de la figura.

No obstante ser nominado por el empleador y si bien su relación contractual es con el empleador y no con el constructor, el contrato de construcción generalmente estipula que el Engineer, en ejercicio de la facultad de decisión de los conflictos surgidos entre las partes, debe actuar imparcialmente²². Bajo la concepción tradicional el Engineer está siempre bajo el deber de imparcialidad completa en su juicio o decisión²³.

Sin embargo, ese deber de imparcialidad fue sujeto a una discusión intensa entre los juristas con una formación en la ley común que utilizan extensamente el sistema descrito y los juristas con un fondo de la ley continental o civil, quienes desapruban generalmente este modelo²⁴. La discusión surge ya que el Engineer como juez o árbitro encargado de la decisión de las disputas surgidas entre las partes debe decidir una disputa en la cual su empleador es parte, por lo cual se señala por los detractores de la figura que no existe independencia absoluta en la toma de las decisiones. Es por ello que se ha decidido que sus decisiones del Engineer deben ser sometidas a la revisión de un DB en aquellos eventos en que las partes así lo dispongan²⁵.

En ese sentido, y con el único propósito de suplir la necesidad de solucionar el conflicto que se suscito respecto de la independencia del Engineer, FIDIC en el Red Book edición de 1999, ha resuelto que las disputas generadas por las partes, luego de la intervención del Engineer, deberán ser resueltas por un Dispute Adjudication Board nominado por las partes en los términos del contrato. Ese Dispute Adjudication Board decide los conflictos que surjan entre las partes "en conexión con el contrato o la ejecución de los trabajos", incluyendo cualquier conflicto en cuanto a certificados, las determinaciones, las instrucciones, las opiniones y las valoraciones del Engineer antes del comienzo de los procedimientos arbitrales. El Consejo de Resolución de Disputas será designado por las partes y estará compuesto por tres personas generalmente.

A continuación analizaremos la figura.

²² Schmitthoff's Export Trade, The Law and Practice of International Trade, pag 528.

²³ Ver Bunni, The FIDIC Form of Contract, 2nd ed., p. 81. In FIDIC, Guide to the Use of FIDIC (Red Book), 4th ed.

²⁴ [Vincent Powell-Smith](#), [John Redmond](#) y [Douglas Stephenson](#) en **Civil Engineering Claims** – Enero de 1999.

²⁵ Maximiliano Rodríguez, El Contrato Internacional de Construcción: Aspectos Generales. Revista E@mercatorira Volumen 4. No se puede negar que la relación del Engineer y el empleador es muy cercana, puesto que él ha actuado como consejero antes de la construcción y sus servicios para el proyecto son remunerados únicamente por el empleador. Además, es normal que para la toma de las decisiones el Engineer deba o tenga que consultar al empleador u obtener su aprobación específica antes de proferir cualquier decisión. Para los jueces continentales esta asociación con el empleador y la alegada carencia de independencia imposibilita al Engineer jugar el papel de un juez imparcial.

3.2 Los Dispute Boards (Dispute Adjudication Board – Dispute Resolution Board)²⁶

3.2.1. Antecedentes

Como se menciona anteriormente, con el propósito de resolver de manera más eficiente los conflictos generados en el desarrollo de los contratos de construcción se crearon el DAB (Dispute Adjudication Board) en el Reino Unido²⁷ y el DRB (Dispute Resolution Board) en los Estados Unidos²⁸. Los Dispute Boards son comités encargados de resolver las disputas de una manera ágil y económica, generalmente se constituyen desde el inicio del contrato y se mantienen con permanencia y remuneración durante toda la duración del mismo. Los Dispute Boards están compuestos por uno o tres miembros que conocen a profundidad el contrato y su ejecución, ayudan de manera informal a las partes a resolver los desacuerdos que puedan surgir durante la ejecución del contrato y emiten recomendaciones o decisiones²⁹ con respecto a cualquier disputa que le planteen las partes. Los DB constituyen un mecanismo común para la resolución de disputas contractuales en el ámbito de contratos a medio o largo plazo³⁰.

Fue en ese contexto que FIDIC introdujo al mercado el uso de los Consejos o Juntas de Resolución de Disputas entre 1995 y 1996³¹, incluyéndolos en primer término en el llamado Orange Book, para luego adaptarlos al Red Book³². Ya para 1999 todos los contratos modelo desarrollados por FIDIC incluían de manera particular de la figura.

La aproximación adoptada por FIDIC es la de un Dispute Adjudication Board en donde su decisión deberá ser acatada por las partes una vez en firme. Vale la pena señalar, que la decisión del DAB estará en firme y serán de obligatorio cumplimiento para las partes si no existe una nota o aviso de no satisfacción dentro de los 28 días siguientes a su

²⁶ En adelante me referiré a esas figuras como Dispute Boards o DB.

²⁷ En ese País con ley de Construcción y Regeneración de 1996 se impuso el estatuto de adjudicación en todos los proyectos de construcción comercial del Reino Unido, el cual está sometido a los siguientes criterios: a. Se faculta a las partes para notificar, en cualquier momento, su intención de resolver el conflicto por adjudicación; b. Entrega de horario de citaciones al adjudicador, 7 días después de la notificación; c. El adjudicador debe promulgar una decisión dentro de los siguientes 28 días o el tiempo pactado por las partes; d. El adjudicador este facultado para extender el tiempo de la decisión en 14 días; e. Actuación imparcial del adjudicador; f. Comprobación de los hechos por parte del adjudicador; g. Decisión vinculante hasta que sea apelada; h. Adjudicador no responsable por omisiones en la resolución a no ser que actúe de mala fe.

²⁸ Parece ser que el uso de la figura se remonta a la construcción de la Represa de Washington en los años sesenta. La figura fue usada igualmente en el túnel Eisenhower en 1975. Luego la popularidad del procedimiento creció significativamente en los años 80.

²⁹ Como se verá mas adelante el DAB emite decisiones y el DRB emite recomendaciones.

³⁰ Cámara de Comercio Internacional de París. *Reglamento relativo a los Dispute Boards Septiembre de 2004*.

³¹ Nael G. Bunni. *Dispute Boards & Dispute Resolution With Particular Emphasis on FIDIC's DAB Procedure*. ICC/FIDIC October 2005.

³² El DAB se condiciona bajo la cláusula 20 del contrato FIDIC. Sus procedimientos se encuentran contemplados en las siguientes cláusulas: 1. Subcláusulas 20.2. a 20.4; 2. Apéndice “condiciones generales para el DAB”, y; 3. Anexo “reglas procedimentales”.

notificación³³. Ese nuevo modelo se ha mantenido intacto en las ediciones posteriores del Red Book y hoy lo encontramos en la Cláusula 20.4 del mismo³⁴.

Su éxito hizo que en 1995 el Banco Mundial estableciera que la figura era obligatoria para todos los proyectos financiados por el International Bank for Reconstruction and Development (IBRD) y que excedieran un presupuesto de 50 millones de dólares.

Teniendo en cuenta la importancia y evolución del tema en 1996 se fundó la Dispute Resolution Board Foundation, organismo creado con el propósito de promover el uso del mecanismo y de servir como mediador entre Empleadores, Constructores y miembros de Consejos y así lograr un mejoramiento en el proceso de resolución de disputas. La DRBF ha iniciado programas que buscan entregar mayor información sobre los DB y mayores oportunidades de educación para las partes envueltas en las disputas de la construcción³⁵.

Igualmente, la Cámara de Comercio Internacional publicó el *Reglamento relativo a los Dispute Boards* en Septiembre de 2004, instrumento este que ha venido tomando cada día mayor popularidad no solamente en los contratos de construcción, sino también otros tipos de contratos.

Siguiendo el trabajo de FIDIC y del Banco Mundial, en febrero de 2005 la Institución de Ingenieros Civiles (Institution of Civil Engineers - ICE) publicó la primera edición de su Procedimiento para la Junta de Resolución de Disputas (Dispute Resolution Board Procedure)³⁶. En la Introducción del texto se puede leer claramente que la ICE trabajó directamente partiendo del trabajo adelantado hasta la fecha por FIDIC. Ese documento también adopta de manera particular el mecanismo de una nota o aviso de no satisfacción usado por FIDIC, como requisito para acudir al arbitramento.

Hoy se estima que aproximadamente se han resuelto disputas relacionadas con contratos de construcción por un valor de 90 billones de dólares, lo que representa el 97% de las disputas en ese campo. En los siguientes cuadros se señala de manera particular los niveles de uso y éxito de la figura a nivel mundial³⁷:

³³ Este modelo se adoptó con el propósito de dejar atrás un Viejo modelo en el cual la junta profería una simple recomendación que carecía de total fuerza ejecutoria frente a las partes.

³⁴ Dr. Robert Gaitskell, Q.C., Using Dispute Boards Under ICC's Rules - What Is A Dispute Board And Why Use One? Originally given as a lecture at the ICC Dispute Review Board Rules Launch Seminar, Thursday 14 October 2004, London

³⁵ Para mayor información sobre esta fundación y sus actividades visite la pag web: www.drb.org.

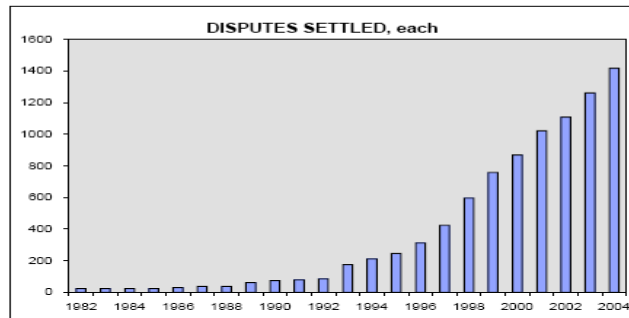
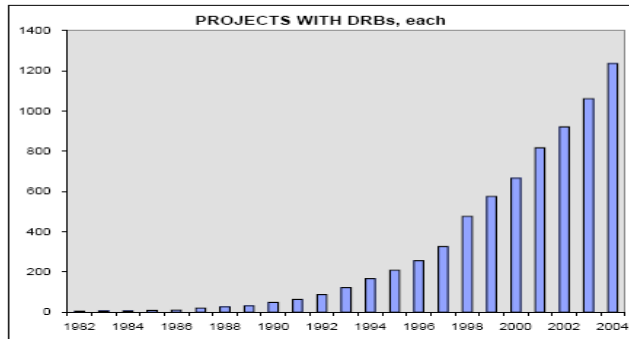
³⁶ Dispute Resolution Board Procedure. Institution of Civil Engineers.

³⁷ Tomado de la página web de The Dispute Resolution Board Foundation, www.drb.org.

CONTRACTS COMPLETE & UNDER CONSTRUCTION

Year	PROJECTS WITH DRBs each	CONTRACT VALUE US \$ Billion	DISPUTES SETTLED each
1982	5	0.4	23
1983	7	0.4	23
1984	7	0.4	24
1985	9	0.5	24
1986	11	15.4	30
1987	20	15.8	38
1988	26	16.0	38
1989	32	16.6	61
1990	49	18.5	74
1991	63	22.5	78
1992	87	23.7	85
1993	122	36.8	174
1994	166	39.1	211
1995	209	45.3	246
1996	256	49.4	312
1997	326	51.8	424
1998	477	55.5	596
1999	576	59.3	758
2000	666	62.1	869
2001	818	67.7	1021
2002	922	72.9	1108
2003	1062	77.0	1261
2004	1237	89.7	1418

See discussion on DRB Database.



El éxito de la figura es evidente, la gran mayoría de los proyectos que han incorporado la figura se han visto considerablemente favorecidos por la labor del Dispute Board, entre ellos, el proyecto de la Represa Harvey en Australia Occidental el cual fue construido en los años 2000 y 2001 bajo un contrato avaluado en 50 millones de dólares. En este proyecto un Dispute Adjudication Board fue constituido al comienzo del proyecto y en desarrollo de sus funciones recibía reportes mensuales sobre el desarrollo del proyecto y realizó visitas periódicas al sitio de las obras. En el curso del proyecto unas ordenes de trabajos adicionales en las bases de la obra resultaron un una solicitud de pago extra por parte del Constructor. Si bien no se presento una disputa formal, la existencia del DAB y sus recomendaciones sobre el evento particular fueron suficientes para obtener una solución oportuna al problema y así evitar un conflicto entre las partes.

Otro caso importante es el del Hong Kong International Airport, en este proyecto fueron otorgados 22 contratos por un valor total de 10 Billones de Dólares³⁸ y se constituyo un

³⁸ Vale la pena señalar que el costo total de la operación oscilo entre los 15 y 20 billones de dólares.

Dispute Resolution Board de siete miembros con paneles de tres miembros para conocer diferentes disputas. El Dispute Board realizó aproximadamente unas diez y seis visitas al sitio de trabajo y resolvió seis disputas, de las cuales entregó cinco recomendaciones que fueron debidamente aceptadas por las partes sin necesidad de acudir al arbitramento. Vale la pena mencionar que la única disputa referida por las partes al arbitramento fue confirmada.

Como regla general los Dispute Adjudication Boards (DAB) y los Dispute Resolution Boards (DRB) son una forma de resolución de disputas en el sitio o lugar de las obras y regulada directamente por disposiciones contractuales. Estos sistemas, como se ha evidenciado previamente, son una forma efectiva de evitar la remisión de disputas al Arbitramento. Igualmente, han probado ser métodos económicos, efectivos y amigables para evitar los excesivos costos relacionados con la resolución de disputas.

Como lo mencionamos anteriormente, bajo la mecánica de la figura se nombran personas independientes³⁹ (sin ningún tipo de vínculo con alguna de las partes) que deben estar vinculadas de manera permanente al desarrollo del proyecto y que por ende, están facultadas para resolver los conflictos que se generen con motivo del mismo.

3.2.2. Diferencias entre el Dispute Resolution Board (DRB) y el Dispute Adjudication Board (DAB)

Si bien ambas figuras responden a un mismo objetivo, cada una toma una aproximación diferente. Como regla general, el DRB emite "Recomendaciones" que guardan relación con las disputas que le han sido planteadas y constituye un método consensual para resolver las disputas. Cuando ninguna de las partes manifieste su desacuerdo ante una recomendación dentro del plazo establecido, éstas se comprometen contractualmente a acatarla. Igualmente, cuando alguna parte expresa su desacuerdo ante una recomendación dentro del plazo establecido, puede ella misma someter la totalidad de la disputas a arbitraje, si existe acuerdo para ello, o al órgano jurisdiccional competente. En tanto se emite la resolución del tribunal arbitral o del juez, las partes pueden cumplir voluntariamente la recomendación aunque no están obligadas a hacerlo.

Por su parte el Dispute Adjudication Board emite "Decisiones" que guardan relación con cualquier disputa que le sea planteada y constituye una opción menos consensual de resolución de disputas. En virtud del acuerdo entre las partes, la decisión deberá ser cumplida desde el momento de su recepción. Cuando una de las partes exprese su desacuerdo con la decisión dentro del plazo establecido, ésta puede someter la disputa al arbitraje, si existe acuerdo para ello, o al órgano jurisdiccional para que sea resuelta definitivamente. No obstante, las partes se comprometen contractualmente a acatar la decisión mientras una decisión contraria no haya sido dictada por el tribunal arbitral o el juez competente. Si ninguna de las partes manifiesta su desacuerdo en el plazo establecido quedan contractualmente obligadas a cumplir la decisión⁴⁰.

³⁹ Generalmente tres experimentados en el campo, respetados por la industria e independientes de las partes.

⁴⁰ Cámara de Comercio Internacional de París. Reglamento relativo a los Dispute Boards Septiembre de 2004.

3.2.3. Como y cuando se conforman los Dispute Boards⁴¹

Como regla general los DAB deberán ser constituidos antes del inicio de las obras. Como se señaló anteriormente, la dinámica de la figura exige que el Dispute Board este conformado y vinculado permanentemente al proyecto. Esa vinculación debe presentarse con anterioridad al inicio de las obras para que se cumplan a cabalidad los fines para los cuales fue creada la figura. Si la vinculación es previa al inicio de las obras se garantiza el pleno conocimiento por parte de los miembros del DB de todos y cada uno de los eventos que suceden durante la ejecución del proyecto, así como de la documentación que se genera durante el mismo. Sería lógico pensar que, inclusive, la vinculación del DB debería originarse desde el momento mismo en que se adjudican el o los contratos de obra, ello seguramente redundaría en un mejor conocimiento del proyecto mismo, aunque esa no sea la tendencia en la práctica.

Bajo la óptica de los contratos modelo de FIDIC⁴², el Dispute Adjudication Board esta conformado por una o tres personas⁴³ que deben ser nombradas por las partes 28 días antes de la iniciación de las obras. Si no hay acuerdo la escogencia es hecha por los organismos independientes nominados para tal efecto en el contrato.

Lo mismo acontece con los Dispute Boards nombrados bajo el *Reglamento relativo a los Dispute Boards* de la Cámara de Comercio Internacional de París de Septiembre de 2004, según el cual si las partes no han convenido el número de miembros del Dispute Board éste estará compuesto por tres miembros. Cuando las Partes hayan convenido que el Dispute Board se componga de un miembro único, éstas nombrarán de común acuerdo al miembro único del Dispute Board⁴⁴.

Cuando el Dispute Board se componga de tres miembros, las Partes nombrarán de común acuerdo los dos primeros miembros. Si las Partes no han nombrado a uno de los miembros o a ninguno de los dos en un plazo de 30 días siguientes a la firma del contrato o dentro de los 30 días siguientes al inicio de cualquier ejecución prevista en el Contrato, acogiéndose a lo que ocurra primero, el Centro nombrará, a petición de cualquiera de las Partes, los dos miembros⁴⁵.

El tercer miembro del DB será propuesto a las Partes por los dos miembros del DB en un plazo de 30 días contados a partir del nombramiento del segundo miembro del DB. Si las Partes no nombran al tercer miembro del DB propuesto dentro de los siguientes 15 días

⁴¹ Robert Hunt, Dispute Resolution Boards.

⁴² Red Book, Cláusula 20.2

⁴³ Cuando es compuesto por un integrante, es escogido por acuerdo entre las partes, y si es compuesto por tres integrantes, el Contratante escoge un representante para el Contratista, quien debe ratificar a la persona escogida. El Contratista hace el mismo procedimiento con la respectiva ratificación del Contratante. La tercera persona se escoge de común acuerdo.

⁴⁴ Si las Partes no han nombrado al Miembro único del DB en el plazo de 30 días siguientes a la firma del Contrato o en el plazo de 30 días siguientes al inicio de cualquier ejecución prevista en el Contrato, acogiéndose a lo que ocurra primero, o dentro de cualquier otro plazo acordado por las Partes, el Centro nombrará, a petición de cualquiera de las Partes, al Miembro único del DB.

⁴⁵ Cámara de Comercio Internacional de París. *Reglamento relativo a los Dispute Boards Septiembre de 2004*, artículo 7°.

contados a partir de la recepción de la propuesta, o si los dos miembros del DB no proponen al tercer miembro del DB, el tercer miembro del DB será nombrado por el Centro a petición de cualquiera de las Partes. El tercer miembro del DB ejercerá las funciones de presidente del DB salvo que todos los miembros del DB acuerden, con el consentimiento de las Partes, que sea otro el presidente.

Igualmente, se establece la posibilidad de incluir en el contrato mismo una lista de los posibles candidatos al DB. Esto concuerda con los avances que en la materia ha tenido la Cámara de Comercio Internacional de París en materia de nombramiento de árbitros para los procesos sobre contratos de Construcción Internacional. En 1986 el Tribunal de Arbitraje de la CCI, en colaboración con FIDIC y la EIC (European International Constructors), elaboraron un listado de profesionales propuestos por esas organizaciones para actuar como árbitros en las disputas derivadas de esos contratos.

3.2.4. Requisitos y funciones de los miembros.

Como regla general los miembros de los Dispute Boards (DB) deben:

- **Ser independientes a las partes⁴⁶.**

La independencia de los miembros del DB es el punto de mayor relevancia para las partes involucradas en un Contrato de Construcción Internacional. Lo anterior, si se tiene en cuenta que la figura fue creada con el propósito de dejar atrás la vieja discusión acerca de la independencia del llamado Engineer o Administrador de Proyectos en los contratos modelo de FIDIC. Como Regla general, todos los Miembros del DB deben ser y permanecer independientes de las Partes⁴⁷. Ello implica que su elección por las partes no genera vínculo contractual alguno y no los hace subordinados de las mismas. Su vinculación es más bien con el proyecto mismo y sus obligaciones corresponden claramente a la necesidad de lograr la ejecución de las obras sin mayores sobresaltos. Es por ello que las reglas sobre DB señalan que cualquier candidato para ser elegido miembro debe firmar una declaración de independencia y comunicar por escrito a las Partes, a los demás miembros del DB y al respectivo Centro cualesquiera hechos o circunstancias susceptibles, desde el punto de vista de las Partes, de poner en duda su independencia como miembro del DB.

Los DB conllevan objetividad y neutralidad al proyecto ya que sus miembros son nombrados de mutuo acuerdo por las partes. Mejor aún, los DB pueden crear una atmósfera en la cual las partes son obligadas a ser más realistas al momento de realizar declaraciones a su contraparte y al momento de iniciar una disputa contra su contraparte⁴⁸.

- **Tener disponibilidad de tiempo y visitar el proyecto cada tres o cuatro meses.**

⁴⁶ Cámara de Comercio Internacional de París. *Reglamento relativo a los Dispute Boards Septiembre de 2004.*

⁴⁷ FIDIC, Red Book, Condiciones Generales del acuerdo con el DAB, Cláusula 4 (Condiciones Generales de los Miembros)

⁴⁸ Geoff Brewer, Case law: Dispute boards, *Contract Journal*, 6 de septiembre de 2006, pag 34.

Al inicio de sus actividades el Dispute Board deberá, después de haber consultado a las Partes, fijar un calendario de reuniones y, si la naturaleza del Contrato lo exige, un calendario de visitas al sitio de las obras. Las reuniones y visitas al sitio deben ser lo suficientemente frecuentes con el fin de que el DB se mantenga informado de la ejecución del Contrato y de cualquier desacuerdo. Salvo acuerdo en contrario de las Partes y del DB, cuando la naturaleza del Contrato exija que se realicen visitas al sitio, éstas tendrán lugar al menos tres veces por año. En ese sentido, los modelos de FIDIC exigen que las visitas al lugar de las obras deberán hacerse con intervalos no mayores a 140 días y no podrán, en todo caso, realizarse en periodos seguidos de menos de 72 días⁴⁹. Todo con el propósito, en primer lugar, de mantener bien informados a los miembros de DB de las actividades y eventos que suceden en el sitio de las obras y, en segundo, de evitar obstrucciones al desarrollo de las obras con motivo de visitas frecuentes realizadas por los miembros⁵⁰.

Las Partes y el DB participarán en todas las reuniones y las visitas al sitio. En caso de ausencia de una de las Partes, el DB puede decidir que proceda la reunión o visita. En caso de ausencia de un miembro del DB se puede decidir que proceda la reunión o la visita si las Partes están de acuerdo o si el DB así lo decide⁵¹.

- **Revisar todas las situaciones concernientes al proyecto.**

La naturaleza de la figura exige que los miembros del DB conozcan a profundidad todos y cada uno de los términos contractuales del proyecto. Igualmente, exige de los miembros un conocimiento absoluto de todos los acontecimientos relacionados directa o indirectamente con las obras adelantadas. Lo anterior le permite al DB emitir decisiones oportunas y coherentes con las necesidades y propósitos para los cuales se construyen las obras.

3.2.5. El Acuerdo o Contrato con los miembros del Dispute Board

El acuerdo o contrato celebrado para la conformación del DB es uno suscrito por tres partes a saber⁵²: 1. El Empleador; 2. El Constructor y; 3. Los miembros del DB. El acuerdo en si regula de manera específica el momento de inicio de actividades del DB y el momento en que finalizan sus actividades. Como regla general, el acuerdo tiene efectos a partir del momento en que se inician las obras de construcción o a partir del momento en que el acuerdo es firmado⁵³. Las actividades del DB terminarán en el momento estipulado en el contrato o en el evento de su renuncia la cual, deberá ser notificada a las

⁴⁹ Con excepción de aquellos casos en que se deben decidir disputas surgidas entre las partes.

⁵⁰ FIDIC, Red Book 1999 Edition, Orange Book 1999 Edition, Silver Book 1999 Edition y también: Conditions of Contract for Construction: For Building and engineering works Designed by The Employer, Multilateral Development Bank Harmonised Edition March 2006.

⁵¹ Cámara de Comercio Internacional de París. *Reglamento relativo a los Dispute Boards Septiembre de 2004, Artículo 12.*

⁵² American Arbitration Association, Dispute Review Board Guide Specifications. En uso desde el 1o de diciembre de 2000. Todos los miembros del DB y los representantes autorizados de el Constructor y Empleador, deberán suscribir el acuerdo 14 días después del nombramiento por las partes del tercer miembro.

⁵³ FIDIC, Red Book 1999 Edition, Orange Book 1999 Edition, Silver Book 1999 Edition y también: Conditions of Contract for Construction: For Building and engineering works Designed by The Employer, Multilateral Development Bank Harmonised Edition March 2006.

partes con no menos de 70 días de anterioridad a la finalización de la labor. Igualmente, las partes podrán dar por terminadas las actividades del DB, notificando a sus integrantes con no menos de 42 días de anterioridad⁵⁴.

Como regla general, los miembros del DB deberán hacer declaración expresa sobre su independencia e imparcialidad. En ese mismo sentido, los miembros del DB deberían revelar a las partes cualquier información que ellos consideren podría aparecer inconsistentes con su declaración de independencia.

Igualmente, los miembros del DB deberán declarar lo siguiente:

- Que son lo suficientemente experimentados para realizar las labores que le son encomendadas;
- Que tiene la experiencia suficiente para interpretar la documentación del contrato;
- Que son fluidos en el lenguaje o idioma del contrato;
- Que no tienen interés financiero alguno en ninguna de las partes en el contrato;
- Que no han sido empleados previamente por ninguna de las partes en el contrato;
- Que no tienen relación alguna con los empleados, oficiales o directores de las partes en el contrato;
- Que durante la ejecución del contrato no serán empleados por ninguna de las partes;
- Que trataran toda la información a ellos suministrada como confidencial;

Otro aspecto importante que se deberá tener en cuenta en el contrato con el DB será el precio o valor de los honorarios que se les cancelarán a sus miembros de DB. Como regla general se establece un valor fijo de honorarios por mes y unas sumas adicionales por cada vez que se presenta una visita del DB al sitio de trabajo mas sumas adicionales que corresponden a los gastos en que incurren los miembros para la ejecución de sus funciones⁵⁵.

3.2.6. Objetivos y Ventajas de la resolución de conflictos a través de un Dispute Board en el sitio de trabajo

El objetivo principal de la constitución de Dispute Boards es la obtención de decisiones que sean acordes con las necesidades del proyecto y no de las partes. El propósito de la figura es el de garantizar la adecuada y oportuna resolución de los conflictos que surjan entre las partes durante la ejecución del proyecto. En ese sentido, el término “adecuada resolución de conflictos” debe ser entendido bajo la óptica de una solución acorde con las necesidades del proyecto y en beneficio del proyecto en sí. La solución deber ser, al mismo tiempo, oportuna o adecuada desde el punto de vista del tiempo o momento en que se ofrece. Es claro que el mecanismo de resolución de conflictos esta diseñado con el único propósito de obtener soluciones eficientes y oportunas y el no logro de esos

⁵⁴ FIDIC, Red Book, Condiciones Generales del acuerdo con el DAB, Cláusula 5 (Terminación). Cámara de Comercio Internacional de París. *Reglamento relativo a los Dispute Boards Septiembre de 2004, Artículo 17.*

⁵⁵ FIDIC, Conditions of Contract for Construction: For Building and engineering works Designed by The Employer, Multilateral Development Bank Harmonised Edition March 2006 APPENDIX I.

objetivos haría que la figura perdiera sus aptitudes dejando de ser atractiva para la industria.

Ahora bien, en lo relacionado con la prontitud de las soluciones, vale la pena señalar que las partes no pueden desconocer de manera alguna la naturaleza de los conflictos en los contratos de construcción en pro de obtener una decisión apresurada. Es por ello que los contratos modelo de FIDIC señalan de manera particular un sistema flexible que permite la obtención de una decisión acorde a las necesidades del proyecto. Como regla general, se señala que el DAB dispondrá de un periodo de 84 días para proferir su decisión. No obstante, es inteligente la forma contractual al señalar que el DAB podrá, con la aprobación expresa de ambas partes, señalar un periodo que esta considere oportuno para la resolución de la controversia. Esta disposición le permite a los miembros del DAB analizar las características propias de cada disputa y determinar así un término para la toma de la decisión que realmente se ajuste a las necesidades de cada disputa que se les encomiende.

Todo lo anterior debe estar respaldado por una cláusula en el contrato que señale de manera clara y precisa la obligación en cabeza del Constructor de no paralizar las obras durante el periodo en el cual se solucionan las controversias. Como se menciono anteriormente, las controversias son el pan de cada día en este tipo de proyectos. Es por ello que se debe contar con mecanismos contractuales que permitan un desarrollo continuo y desvinculado de los procesos de resolución de disputas que se encuentran en curso. Caso contrario, el normal desarrollo se vería interrumpido continuamente, generando claro esta, una disrupción al desarrollo de las obras, lo cual a su vez afecta la viabilidad financiera del proyecto.

Ahora bien, entre las ventajas más significativas tenemos:

- **Disponibilidad Inmediata:** El mecanismo de resolución de conflictos debe estar disponible en todo momento, permitiendo así, no solo un conocimiento inmediato y efectivo de las disputas que se presentan sino también un conocimiento de los hechos que tienen la potencialidad de generar una disputa. De esa manera no se limita la actividad de dicho órgano a la toma de decisiones sino que también se brinda consejo y dirección a las partes durante la ejecución del proyecto.
- **Economía:** En la gran mayoría de los casos el mecanismo otorga una resolución económica y eficiente, evitando incurrir en los altísimos costos del arbitraje.
- **Calidad de la decisión:** Las partes deben entender la decisión como justa, respetable y elaborada por un experto.
- **Finalidad:** Resuelve todo conflicto con el firme objetivo de evitar situaciones y disputas pendientes, al terminar el proyecto.
- **Armonía del Proyecto:** Genera relaciones enmarcadas en el respeto y la cooperación puesto que evita conflictos extendidos en el tiempo⁵⁶.
- **Reducción de Disputas:** El sistema debe invitar e incentivar a las partes a solucionar sus conflictos por sí solos.

⁵⁶ Como lo mencionamos en el caso de la Represa Harvey, si bien no se presento una disputa formal, las existencia del DAB y sus recomendaciones sobre el evento particular fueron suficientes para obtener una solución oportuna al problema y así evitar un conflicto entre las partes.

- **Uso Extendido:** El proceso debe utilizarse en todo momento mientras dure el proyecto e inclusive una vez finalizado el mismo ya que las disputas, en gran parte de los casos se generan con posterioridad a la terminación y entrega de las obras, porque es allí en donde se vislumbran los defectos en las mismas.
- **Firmeza:** El proceso no cede ante presiones por la naturaleza del proyecto o por los participantes ya que los miembros del tribunal son independientes.

No obstante, a pesar de las prerrogativas y ventajas que ofrece la solución de conflictos por parte de un Dispute Board, estas se pueden ver subrogadas por factores como la posibilidad de apelar la decisión ante un tribunal de arbitramento si alguna de las partes no queda satisfecha con la disposición. Esa inconformidad, como lo analizaremos más adelante deber ser notificada dentro del término contractual señalado para tal efecto, so pena de que la decisión quede en firme y sea de obligatorio cumplimiento para las partes.

4. Aspectos relevantes en los procedimientos Contractuales para la Resolución de Conflictos. El Red Book de FIDIC.

En lo que respecta a las cláusulas de resolución de conflictos a nivel contractual, el Red Book establece uno de los procedimientos o medidas más adecuados para la resolución de controversias entre las partes en el contrato de construcción internacional. Ese procedimiento se encuentra regulado de manera particular en la Cláusula 20 del contrato y consta de tres etapas principales.

- Una primera etapa en la cual la controversia ha de ser resuelta por el Engineer en un periodo que no podrá exceder de 84 días, contados a partir del momento en que alguna de las partes interpone una reclamación.
- Una segunda etapa en donde si la decisión del Engineer no es aceptable para alguna de las partes, la parte inconforme deberá solicitar la intervención del Dispute Adjudication Board (DAB), quien deberá proferir su decisión dentro de los 84 días siguientes a la solicitud.
- En una tercera etapa si una vez conocida la decisión del DAB, la misma no satisface el interés de alguna de las partes y la misma no se encuentra conforme, deberá acudir al arbitramento, informando como primera medida a la otra parte y al Consejo acerca de la insatisfacción frente a la decisión de DAB.
- Vale la pena señalar que si no se presenta la noticia o aviso de no satisfacción dentro del término contractual estipulado, la decisión del DAB será definitiva y de obligatorio cumplimiento para las partes.

Como se menciono anteriormente, el Red Book adicionalmente establece de manera detallada el procedimiento que se deberá seguir para la conformación del DAB. La Cláusula 20.2 del contrato establece que el DAB estará compuesto por una o tres personas calificadas según lo dispuesto por las partes. Si las partes no dispusieron nada acerca del número serán tres los miembros. Si el DAB esta compuesto por tres miembros, las partes deberán nombrar un miembro cada una y el tercero será nombrado por mutuo acuerdo de las partes y a su vez tendrá la calidad de presidente del DAB.

El procedimiento ante el DAB se inicia con la denuncia de alguna de las partes respecto de un hecho o circunstancia que ya ha sido decidido en primera instancia por el Engineer.

Una vez recibida la solicitud el DAB determina el lugar en donde las audiencias y procedimientos se llevarán a cabo. Generalmente las partes señalan sus posiciones en documentos y en algunos eventos se convendrá la realización de audiencias que en la mayoría de los casos no son presididas por abogados sino por profesionales en el tema de la ingeniería y la construcción. Una vez finalizadas las audiencias, el Consejo toma su decisión lo más pronto posible, generalmente dentro de las dos o tres semanas siguientes. La mayoría de las decisiones son tomadas por mayoría, a menos que el contrato disponga algo diferente.

En algunos eventos, las partes pueden solicitar la colaboración del DAB como consejero y para que opine respecto de temas concretos. Esto permite de alguna manera que las partes se ahorren el trámite mencionado anteriormente, ya que las mismas poseen de antemano la opinión del DAB en temas puntuales. Igualmente puede colaborar de antemano en la resolución de problemas contractuales que surgen desde el contrato mismo y que de no ser solucionadas podrían dar lugar a un sinnúmero de controversias⁵⁷.

Ese método de resolución de controversias sin lugar a dudas permite un manejo más eficiente de las disputas que se generan con motivo de las obras o de la ejecución del contrato en general⁵⁸. Si bien muchos de los casos que pasan por los Consejos de Resolución de Controversias llegan al arbitramento, es muy claro que la decisión del Consejo es un muy buen indicativo de la posición que podrían adoptar los tribunales en su debido momento, razón por la cual en la gran mayoría de los casos, las partes se abstienen de referir sus disputas al arbitramento.

4.1 Los Requisitos de la Cláusula

Teniendo en cuenta que los procedimientos contractuales para la resolución de conflictos antes señalados son métodos alternativos de solución de conflictos, estos pueden y deben ser regulados por la legislación interna de los países. Ese es el caso del Reino Unido en donde la Housing Grants, Construction and Regeneration Act of 1996, señala de manera particular los requisitos que deberán contener este tipo de cláusulas. Bajo los preceptos de la mencionada norma, si un contrato de construcción, sea este nacional o internacional, contiene una provisión acerca de la adjudicación de conflictos entre las partes dicha provisión deberá cumplir con ocho requerimientos básicos para ser considerada legal o aceptable por la norma. Si bien dicha disposición no se encuentra inmersa en otras legislaciones, sus parámetros nos dan un buen ejemplo acerca del contenido ideal de una disposición contractual respecto de la resolución de conflictos. Los requerimientos son los siguientes:

- La cláusula debe permitir a las partes un término prudente para referir sus disputas al consejo o tribunal que se establezca en el contrato;
- Debe establecer un cronograma de trabajo, en donde se especifiquen claramente los términos aplicables al procedimiento;

⁵⁷ Peter Chapman “Dispute Resolution Boards” 15 May 2001, mencionado por Roderick O’Driscoll.

⁵⁸ Hoy se estima que, aproximadamente, se han resuelto satisfactoriamente disputas relacionadas con contratos de construcción por un valor de 90 billones de dólares, lo que representa el 97% de las disputas en ese campo

- Debe establecerle términos específicos a los adjudicadores para la toma de las decisiones;
- Imponer la obligación de actuar imparcialmente;
- Debe permitir a los adjudicadores establecer claramente los hechos y la ley aplicable;
- Debe establecer que la decisión de los adjudicadores es definitiva y de obligatorio cumplimiento en aquellos eventos en que no es impugnada por las partes⁵⁹;
- No debe establecer responsabilidad alguna en cabeza de los adjudicadores por las decisiones que estos profieran.

Anexo al presente encontrarán las cláusulas modelos recomendadas por la Cámara de Comercio Internacional.

4.2 Inicio de la Disputa: El reclamo.

El primer paso para dar inicio a la controversia generada por un hecho desfavorable a la ejecución y terminación del contrato de construcción es presentar un reclamo frente a la parte que lo genera o que por negligencia en su labor no lo está evitando. En estos casos, el Contratante y el Contratista, se encuentran facultados para levantar quejas desde el momento que evidencien irregularidades que afectaran el buen desarrollo de su labor y el buen desarrollo del contrato.

El Red Book de FIDIC establece claramente los derechos y obligaciones de las partes en el contrato de construcción internacional. Llegado el momento de la ejecución del contrato, estos derechos pueden verse vulnerados por la mala gestión de alguna de las partes, perjudicando a la otra, lo que genera retardo en el proyecto y costos adicionales. Es por esto que se le da la oportunidad a la parte perjudicada de reclamar por la ocurrencia de estos hechos. Los reclamos pueden hacerse por el contratante o el contratista, nunca por el Engineer, consultor o subcontratista. El reclamo deberá hacerse:

1. En concordancia con la cláusula que establece que el contratista se hará a más tiempo y dinero en ciertas circunstancias, o el contratante podrá reclamar el dinero del contratista.
2. Cuando una parte alegue que la otra parte falló en el cumplimiento de sus obligaciones.
3. Cuando una parte alegue su facultad para exigir el pago por otras razones.

De acuerdo con lo anterior, debemos examinar lo que debemos entender por reclamo. Las definiciones clásicas de reclamos contractuales nos llevan a señalar que los reclamos en el contrato son aquellos que surgen de la aplicación de las provisiones contractuales y que le permiten al Constructor recuperar las sumas de dinero perdidas o no cubiertas de manera particular en el valor del contrato o por las variaciones a las obras ordenadas por el Empleador. Igualmente, podemos señalar que existe un reclamo en aquellos eventos en que se hace necesario para el Constructor obtener una extensión de tiempo por

⁵⁹ Las formas Típicas de DRB en los Estados Unidos, Canadá y en otros países incluyen, desafortunadamente, recomendaciones que no son de obligatorio cumplimiento por las partes.

eventos que no están en la esfera de su control o no han sido previstas por las partes en el contrato.

En ese sentido, es válido el reclamo que hace el constructor al Empleador para obtener una remuneración adicional por los costos en que este incurrió con motivo de unas ordenes de variación⁶⁰ a las obras propuestas originalmente y una extensión del tiempo, por el mayor tiempo en que incurrió el Constructor durante la ejecución de esas ordenes de variación. Los reclamos pueden surgir igualmente en aquellos eventos en que alguna de las partes ha incumplido con las prestaciones a que estaba obligado en virtud del contrato de construcción⁶¹. Este sería el caso en que el Constructor se ve afectado por la falta de pago de los anticipos a que esta obligado el Empleador, o por la falta en la entrega de los predios en donde se ejecutarán las obras.

Ahora bien, la práctica señala que la falta de cautela al momento de documentar un proyecto de construcción internacional da lugar a una deficiente estructuración de los reclamos en el mismo. Los acuerdos escritos y la evidencia documental siempre tendrán mayor peso probatorio que cualquier otro tipo de evidencia (como arreglos verbales). Con el propósito de tener una buena base probatoria al momento de realizar un reclamo siempre es crucial tener en cuenta lo siguiente al momento de ejecutar un proyecto:

- a. Mantener toda la documentación de la oferta y del contrato debidamente archivada;
- b. Asegurarse que el contrato ha sido debidamente suscrito por las partes que lo conforman;
- c. Tener total conocimiento de las disposiciones contractuales;
- d. Grabar todas las conversaciones y mantener debidamente archivada la correspondencia entre las partes;
- e. Tomar fotos y videos del desarrollo de las obras;
- f. Mantener los planos y diseños;
- g. Mantener un diario del proyecto;
- h. Llevar un record de todos los eventos del proyecto;
- i. Llevar un record de las ordenes de variación, y;
- j. Documentar debidamente los costos que se asumen durante las obras;

- **Reclamo por parte del Empleador o Contratante.**

Según lo estipulado en el Red Book, el Contratante estará facultado para presentar reclamos cuando por ejemplo el Contratista haga pruebas después del término pactado⁶², cuando no cumpla con las exigencias generales para los seguros⁶³ o fracase en el intento de corregir los defectos⁶⁴. Si se presenta una de estas causales u otras contenidas en el contrato FIDIC, el contratante debe levantar la queja ante el Contratista para que este responda por las acusaciones que se la hacen.

⁶⁰ Las órdenes de variación pueden provenir del Engineer o directamente del Empleador.

⁶¹ Paul Cullinan “*Making and defending contract claims*”, director of construction contract and disputes firm Aster Consultants Ltd - Dublin.

⁶² Cláusula 9.2

⁶³ Cláusula 18.1

⁶⁴ Cláusula 11.4

El Contratante debe seguir los siguientes pasos para presentar el reclamo.

- a. Una vez el Contratante evidencia el evento o circunstancia que puede generar inconvenientes en el desarrollo del proyecto, deberá dar aviso detallado al Engineer dentro del término contractual señalado⁶⁵.
- b. El Engineer traslada el reclamo al constructor quien a su vez, deberá aportar toda la documentación que considere necesaria.
- c. El Engineer busca una solución para acabar con las diferencias entre contratante y contratista, en muchos casos se puede presentar la aceptación de un acuerdo bilateral, y si no es así, el Engineer elaborara una determinación dentro del término contractual previsto.
- d. Se genera la disputa.

- **Reclamo por parte del Contratista.**

Por su parte el Contratista podrá presentar reclamos cuando incurra en gastos adicionales que no fueron previstos en el contrato o que no eran posibles de prever. Situaciones como el encuentro de fósiles⁶⁶, retraso en las órdenes e instrucciones para llevar a cabo la labor⁶⁷, malas condiciones físicas del terreno⁶⁸ o fuerza mayor⁶⁹ serán justificante para levantar quejas ante el Contratante, con el fin de recibir de este solución al problema o la indemnización correspondiente.

En todos estos casos el Constructor deberá adelantar el mismo procedimiento que adelanta el Empleador.

- **Forma y Oportunidad del Reclamo**

Ahora bien, como regla general los reclamos tienen una formalidad expresa⁷⁰. En este punto es oportuno tener en cuenta que la mayoría de reclamos se convierten en disputas que serán evaluadas en un futuro por los miembros del Dispute Board o por árbitros. De manera tal que cada reclamo deberá, como mínimo, contener una relación clara de los eventos que se consideran idóneos para dar lugar a una extensión de tiempo o a una revisión del precio de contrato, así como de los documentos y demás evidencia que la parte reclamante considera válidos para justificar su causa. Igualmente, deberá hacer una descripción expresa de los mayores costos asumidos, discriminando cada uno de ellos y el evento que obligo al Constructor a asumir esos costos.

⁶⁵ En el caso de los contratos modelo de FIDIC, el aviso deberá darse dentro de los 42 días siguientes al conocimiento del hecho que da lugar al reclamo.

⁶⁶ Cláusula 4.24

⁶⁷ Cláusula 1.9

⁶⁸ Cláusula 4.12

⁶⁹ Cláusula 19.4

⁷⁰ Rick McClymont.

En un caso Ingles⁷¹ la Corte Suprema se rehusó a otorgar al Constructor una compensación por los mayores costos asumidos por este con motivo de unas variaciones a las obras ordenadas por el Engineer, ya que el mismo (Constructor), omitió informar al Empleador del proyecto los mayores costos en que este había incurrido y su respectiva justificación⁷². De esta manera, es evidente que el reclamo deberá estar siempre justificado desde el punto de vista probatorio, no únicamente con el propósito de obtener la compensación correcta, sino también con el propósito de informar de manera adecuada y completa al Engineer y al Empleador de los hechos materia del reclamo para que estos a su vez puedan hacer las previsiones correspondientes.

Ese criterio es el adoptado por los contratos modelo de FIDIC⁷³, según los cuales, en primer lugar, el Constructor deberá informar al Engineer sobre la ocurrencia de un hecho que, según su criterio, lo autoriza para obtener una extensión de tiempo o una revisión del precio. Ese aviso deberá darse dentro de los 28 días siguientes al momento en el cual el Constructor tuvo conocimiento de la ocurrencia del hecho, lo anterior, so pena de perder el derecho a la extensión de tiempo o revisión del precio. Acto seguido, y durante los 42 días siguientes al momento en el cual el Constructor tuvo conocimiento de la ocurrencia del hecho, este deberá entregar al Engineer un reclamo que incluya una descripción detallada de los hechos y las pruebas documentales y de otra índole que el Constructor pretenda hacer valer para probar su causa⁷⁴.

Otras formas contractuales también señalan requerimientos particulares para los reclamos realizados en proyectos regulados por contratos que han adoptado esos modelos. Por ejemplo, la forma contractual JCT 98 desarrollada en el Reino Unido requiere de manera expresa que el Constructor pruebe dos cosas⁷⁵:

1. Que el constructor ha incurrido o incurrirá en un costo que no estaba de ninguna manera previsto en el contrato, y;
2. Que la perdida surja de una de dos cosas: a. la interrupción en la posesión del sitio en donde se llevan a cabo las obras o; b. porque el normal desarrollo de los trabajos se ha visto materialmente afectado por algunos de los eventos enunciados en la Cláusula 26.2 del contrato⁷⁶.

⁷¹Bernhard's Rugby Landscapes Ltd v Stockley Park Consortium Ltd, Queens Bench Division, 7 Febrero 1997

⁷² En el mismo sentido Wharf Properties Ltd v Eric Cumine Associates (No.2) 52 B.L.R. 1, Nauru Phosphate Royalties Trust Ltd v Matthew Hall Mechanical & Electrical Engineering Pty [1994] 2 V.R. 386

⁷³ FIDIC, Red Book 1999 Edition, Cláusula 20.1, Orange Book 1999 Edition Cláusula 20.1, Silver Book 1999 Edition Cláusula 20.1 y también: Conditions of Contract for Construction: For Building and engineering works Designed by The Employer, Multilateral Development Bank Harmonised Edition March 2006.

⁷⁴ FIDIC, Multilateral Development Bank Harmonised Edition March 2006, cláusula 20.

⁷⁵ John Murdoch and Hill Hughes. Construction Contracts, Law and Management. Tercera Edición.

⁷⁶ La Cláusula en mención señala entre los eventos los siguientes: 1. Recibo retardado de instrucciones por parte del Engineer o del Empleador del proyecto; 2. la realización de pruebas o test al adelanto de las obras (siempre y cuando esas pruebas arrojen resultados positivos; 3. Diferencias entre los diseños entregados al Constructor y los señalados en el proceso de licitación; 4. el incumplimiento de terceros no contratados por el Constructor que afecten el cumplimiento de sus obligaciones; 5. el incumplimiento del Empleador en la entrega de materiales; 6. Ordenes del Engineer; 7. Falta de Pago.

Ahora bien, desde la perspectiva del Empleador del proyecto, se debe tener en cuenta que cuando este recibe los reclamos del Constructor, este deberá, en primer término, realizar un recuento de todos y cada uno de los hechos y circunstancias relacionados con el reclamo. Usualmente, los problemas del Constructor pueden ser resueltos de una manera rápida y eficiente, evaluándolos y aplicando la “regla de la razón”, antes de que el reclamo se transforme en una disputa. En ese sentido, una evaluación temprana de los hechos puede conducir a una pronta y negociada resolución de los mismos⁷⁷.

Vale la pena señalar que una vez recibido el reclamo por el Engineer se dispondrá, bajo las formas modelo de FIDIC, de un periodo de 42 días para emitir una respuesta al Constructor sobre la aceptación o no de su reclamo. Para tomar esa decisión, el Engineer deberá proceder según los parámetros de la Cláusula 3.5 del Red Book, es decir, consultar con cada una de las partes para tratar de obtener un acuerdo directo. De no obtener ese acuerdo, deberá proferir su decisión considerando, claro esta, todos los hechos y pruebas relevantes para el caso concreto.

4.3 La resolución del Conflicto o Disputa

Como lo mencionamos anteriormente, existe una disputa cuando el reclamo formal y con el lleno de los requisitos, no es aceptado por la contraparte de manera expresa, siempre y cuando, ese reclamo envuelva una discusión acerca de un derecho a que tiene lugar alguna de las partes. En el caso de los contratos internacionales de construcción, es claro que la disputa se origina en el momento en que la decisión del Engineer, proferida una vez surtido el trámite previamente señalado, no es aceptada por alguna de las partes y así se lo informa a su contraparte.

Después de levantado el reclamo en donde se demuestra el inconformismo de una de las partes por la ocurrencia o advenimiento de un hecho que afectará el buen desarrollo y cumplimiento del contrato y que por ende generará retrasos en la terminación de obras, se da paso a los diferentes mecanismos establecidos en el contrato para resolver las controversias que no fueron solucionadas directamente por el Engineer o administrador principal de la obra.

Vale la pena recalcar que la finalidad de estos dispositivos es la de llegar a una solución eficaz y en lo posible rápida, sobre un conflicto que no merece paralizar un proyecto de gran escala debido a la falta de convenio entre los intervinientes directos (Contratante y Contratista).

Como primera medida, la disputa naciente es remitida al Dispute Board. Si la decisión de este no es acogida por las partes se intentará que los sujetos involucrados lo resuelvan por amigable composición y si esto no es posible, la disputa es enviada a un tribunal de arbitramento o ante una corte para iniciar un proceso judicial que la resuelva.

La resolución del conflicto se encaminará en el siguiente orden⁷⁸:

⁷⁷ [Andrew D. Ness](#), OWNER'S PERSPECTIVE: A Guide to Avoiding and Responding to Construction Claims.

⁷⁸ Brian Totterdill, FIDIC User's Guide: A Practical Guide to the 1999 Red Book.

- **Una de las partes remite la disputa al Dispute Board pactado en el contrato.**

Para lograr mayor efectividad en el proceso, el DB deberá ser llamado a conocer de la disputa tan pronto se conoce de la existencia de la misma por alguna de la partes. Igualmente, se recomienda que las partes deban hacer los mayores esfuerzos para lograr una solución negociada de la disputa, antes de remitir la misma al DB. No obstante, es evidente que en el momento en que alguna de las partes cree que no se llegará a una solución negociada, la misma deberá remitir la disputa al DB

La Dispute Resolution Board Foundation recomienda que para obtener un uso óptimo de la figura se debe evitar incluir términos contractuales que demoren la remisión de la disputa al DB⁷⁹. En la gran mayoría de los casos ese tipo de términos disminuyen los beneficios de tiempo y costos propios de la figura⁸⁰

Ahora bien, para someter un conflicto al DB, una de las Partes debe presentar a la otra y al DB una exposición escrita de la disputa (la "Exposición de la Disputa"). Esa exposición debe incluir⁸¹:

1. una descripción clara y concisa de la naturaleza y de las circunstancias de la Disputas;
2. 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;
3. cualquier justificante que fundamente la posición de la Parte solicitante como documentos, dibujos, programas y correspondencia, y;
4. una exposición del objeto de la Determinación requerida al DB por la Parte solicitante⁸².

De igual manera, existen requerimientos para la parte que contesta a las demandas de la contraparte. 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:

1. una presentación clara y concisa de la posición de la Parte que contesta respecto de la Desavenencia;
2. cualquier justificante que fundamente su posición como documentos, dibujos, programas y correspondencia;

⁷⁹ Tales como el uso de mecanismos de negociación directa sin límites de tiempo previamente señalados en el contrato.

⁸⁰ The Dispute Resolution Board Foundation. *DRBF Practices and Procedures for Dispute Review Boards, Dispute Resolution Boards and Dispute Adjudication Boards*

⁸¹ Lo anterior según lo dispuesto por la Cámara de Comercio Internacional de París en su *Reglamento relativo a los Dispute Boards Septiembre de 2004, Artículo 17.*

⁸² The Dispute Resolution Board Foundation. *DRBF Practices and Procedures for Dispute Review Boards, Dispute Resolution Boards and Dispute Adjudication Boards.* La remisión de una disputa al DB, por cualquiera de las partes, deberá ser enviada al director del Tribunal, con copias para la otra partes y para cada miembro del DB. El documento deberá explicar de manera detallada la naturaleza y detalles de la disputa. Igualmente, deberá incluir una valoración de la misma y el método utilizado para llegar al valor señalado.

3. una exposición del objeto de la Determinación solicitada al DB por la Parte que responde;

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 solicitudes⁸³.

- **El Dispute Board adelanta audiencias o diligencias**

Según lo señalado por las Reglas de Procedimiento del Red Book⁸⁴, el DB deberá adelantar una audiencia sobre cada disputa, informando a las partes previamente sobre la misma. Igualmente, podrá solicitar de manera directa que las partes suministren la información y documentos que este considere necesario.

Para el caso de las disputas referidas al *Reglamento relativo a los Dispute Boards* se señala que “deberá celebrarse una audiencia referida a una disputa, salvo que las Partes y el DB acuerden otra cosa”. Como regla general, 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 restantes⁸⁵.

- **El Dispute Board promulga su decisión.**

Decisión que en todos los casos debe ser motivada. Según lo dispuesto por el Red Book, esa decisión deberá ser proferida máximo 84 días desde que el Consejo conoció del caso⁸⁶.

Cuando las Partes hayan optado someter las decisiones de un DB a examen de la CCI, el DB someterá su decisión al Centro en forma de proyecto antes de firmarla. No obstante, vale la pena tener en cuenta que el Centro solamente puede ordenar modificaciones en cuanto a la forma de la decisión. Los miembros del DB no pueden firmar ni comunicar a las Partes Decisiones sometidas al examen del Centro antes de su aprobación por el mismo⁸⁷.

⁸³ Cámara de Comercio Internacional de París, *Reglamento relativo a los Dispute Boards Septiembre de 2004*, Artículo 18

⁸⁴ Anexo A.2 del contrato.

⁸⁵ Artículo 19. En el mismo sentido: DRBF Practices and Procedures for Dispute Review Boards, Dispute Resolution Boards and Dispute Adjudication Boards.

⁸⁶ Cámara de Comercio Internacional de París, *Reglamento relativo a los Dispute Boards Septiembre de 2004*, Artículo 20. El DB emitirá su Determinación con prontitud y, en cualquier caso, dentro de los 90 días siguientes a la Fecha de Inicio establecida en el artículo 17(2). No obstante, las Partes pueden acordar una prórroga de dicho plazo previa consulta al DB y tomando en consideración la naturaleza y la complejidad de la Desavenencia así como otras circunstancias pertinentes.

⁸⁷ Cámara de Comercio Internacional de París, *Reglamento relativo a los Dispute Boards Septiembre de 2004*, Artículo 21.

La decisión del DB generalmente incluye una relación concisa de los hechos materia de la disputa y las declaraciones de cada una de las partes. Acto seguido, incluirá la decisión, siempre motivada con las razones que dieron lugar a la misma, refiriéndose siempre a las cláusulas contractuales o legislación invocada.

La decisión deberá contener⁸⁸:

1. un resumen de la disputa, de las posiciones respectivas de las Partes y de la determinación que se solicita;
2. un resumen de las disposiciones pertinentes del Contrato;
3. una cronología de los hechos relevantes;
4. un resumen del procedimiento seguido por el DB, y
5. una lista de los escritos y de los documentos entregados por las Partes durante el procedimiento.

Como regla general los miembros del Tribunal harán su mayor esfuerzo para adoptar una decisión unánime. Si no es así se deberán señalar los puntos de desacuerdo entre los miembros y las recomendaciones particulares de cada miembro para cada decisión.

- **Efectos de la decisión del DB.**

Una vez notificada la decisión del DB las partes tienen 2 opciones:

- a. Adoptar la solución que promulga el tribunal, con lo cual le darán carácter vinculante y la disputa se habrá resuelto.
- b. No adoptar la solución y remitirla a un tribunal de arbitramento.

Como regla general la aceptación de la decisión del DB es enteramente voluntaria. Las cláusulas contractuales sobre resolución de conflictos generalmente señalan que en el evento de falta de satisfacción por alguna de las partes, esta tendrá la posibilidad de dar un aviso de falta de conformidad. En el caso de FIDIC y sus contratos modelo este aviso deberá darse con un máximo 28 días después de promulgada la solución por el tribunal. Lo anterior, so pena de que la decisión quede en firme y sea obligatoria para las partes.

Acto seguido, se otorgará un periodo de 56 días, donde se concede nuevamente la oportunidad a las partes para que resuelvan el conflicto por medio de amigable composición. Si no se presenta un acercamiento satisfactorio entre las partes de donde surja una solución a la disputa, esta será remitida a un tribunal de arbitramento o a una corte para iniciar un juicio.

De esta manera encontramos un procedimiento eficiente y económico que no solamente otorga la posibilidad al órgano colegiado de tomar una decisión acorde a las necesidades

⁸⁸ Las Determinaciones deben indicar la fecha de su emisión y exponer las conclusiones del DB así como las razones en que se fundamentan. Las Determinaciones pueden incluir igualmente los elementos que figuran a continuación, sin limitaciones y sin seguir forzosamente el mismo orden. *Reglamento relativo a los Dispute Boards Septiembre de 2004, Artículo 22.*

del proyecto, sino que a la vez, otorga la posibilidad a las partes de llegar a un acuerdo amigable el cual, evidentemente, redundará en beneficio del proyecto de construcción.

5. Consideraciones finales.

- Tal y como se evidencia en el presente documento, tanto el Engineer, como los Dispute Boards son figuras idóneas para la resolución de las disputas generadas durante el desarrollo de las obras en los contratos internacionales de construcción. La práctica en la materia es testigo del desarrollo de estas figuras y de la utilidad que represente para la misma. Índices de efectividad del 97%, tal y como se muestra en las estadísticas que reproducimos, sólo con comparables con la efectividad de instrumentos como el arbitramento. Lo anterior, con un elemento adicional, tanto la operación del Engineer como la de los Dispute Boards, es mucho más económica y eficiente que el arbitramento mismo.
- El éxito de las mismas, mas aún para el caso de los Dispute Boards, radica en el carácter de independencia e imparcialidad propios de los miembros que integran dichos órganos.
- Igualmente, es evidente que los procedimientos contractuales que se han elaborado por la industria se constituyen en herramientas de gran uso, no solo para las partes en el contrato de construcción, sino también, para las partes que suscriban acuerdos que impliquen el cumplimiento de obligaciones complejas por las partes.

6. Anexo: Cláusulas Modelo de la Cámara de Comercio Internacional⁸⁹.

6.1 Modelo de Cláusula de Dispute Review Board CCI Seguido por un Procedimiento de Arbitraje CCI en caso Necesario.

Por la presente cláusula, las Partes se comprometen a constituir un Dispute Review Board (“DRB”) conforme al Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional relativo a los Dispute Board (el “Reglamento”), el cual es considerado parte integrante de la presente cláusula. El DRB se compone de uno/tres miembro(s) nombrado(s) en el presente contrato o nombrado(s) de acuerdo con el Reglamento.

Todas las desavenencias derivadas del presente contrato o relacionadas con el mismo serán sometidas en primer lugar al DRB conforme al Reglamento. Para cualquier desavenencia, el DRB emitirá una Recomendación de conformidad con el Reglamento.

Si una de las Partes no acata una Recomendación exigida de conformidad con el Reglamento, la otra Parte puede someter este incumplimiento a arbitraje mediante el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, a uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento de Arbitraje.

⁸⁹ Cámara de Comercio Internacional (CCI), ICC Publicación 829 (que contiene los reglamentos de la CCI para los Dispute Board, Las cláusulas estándar de la CCI y el modelo de acuerdo con los miembros del Dispute Board) Todos estos documentos pueden ser encontrados en la página web: www.iccdisputeboards.org.

Si una Parte notifica por escrito a la otra y al DRB su desacuerdo con una Recomendación, según lo previsto en el Reglamento, o bien si el DRB no ha emitido una Recomendación en el plazo establecido por el Reglamento, o incluso si el DRB es disuelto conforme al Reglamento, la desavenencia será resuelta definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento de Arbitraje.

6.2 Modelo de Cláusula de Dispute Adjudication Board CCI Seguido por un Procedimiento de Arbitraje CCI en caso Necesario.

Por la presente cláusula, las Partes se comprometen a constituir un Dispute Adjudication Board (“DAB”) conforme al Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional relativo a los Disputes Boards (el “Reglamento”), el cual es considerado parte integrante de la presente. El DAB se compone de uno/tres miembro(s) nombrado(s) en el presente contrato o nombrado(s) de acuerdo con el Reglamento.

Todas las desavenencias derivadas del presente contrato o relacionadas con el mismo serán sometidas, en primer lugar, al DAB de conformidad con el Reglamento. Para cualquier desavenencia, el DAB dictará una Decisión de acuerdo con el Reglamento.

[Si lo desean, las partes pueden solicitar a la CCI el examen de las Decisiones del DAB mediante la inclusión de la siguiente frase: El DAB deberá someter cada Decisión a examen de la CCI de conformidad con el artículo 21 del Reglamento.]

Si una de las Partes no acata una Decisión exigida de conformidad con el Reglamento, la otra Parte puede someter este incumplimiento a arbitraje mediante el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, a uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento de Arbitraje.

Si una Parte notifica por escrito a la otra y al DAB su desacuerdo con una Decisión, según lo previsto en el Reglamento, o bien si el DAB no ha dictado una Decisión en el plazo previsto por el Reglamento, o incluso si el DAB es disuelto conforme al Reglamento, la desavenencia será resuelta definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento de Arbitraje

6.3 Modelo de Cláusula de Dispute Board (Combined) CCI Seguido por un Procedimiento de Arbitraje CCI en caso Necesario.

Por la presente cláusula, las Partes se comprometen a constituir un Combined Dispute Board (“CDB”) conforme al Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional relativo a los Disputes Boards (el “Reglamento”), el cual es considerado como parte integrante de la presente

Cláusula. El CDB se compone de uno/tres miembro(s) nombrado(s) en el presente contrato o nombrado(s) de acuerdo con el Reglamento.

Todas las desavenencias derivadas del presente contrato o relacionadas con él serán sometidas, en primer lugar, al CDB de conformidad con el Reglamento. Para cualquier

desavenencia, el CDB emitirá una Recomendación, salvo que las Partes hayan acordado que el CDB debe dictar una Decisión o que el CDB decida hacerlo a petición de una de las Partes y de acuerdo con el Reglamento.

[Si lo desean, las partes pueden solicitar a la CCI el examen de las Decisiones del CDB mediante la inclusión de la siguiente frase: El CDB deberá someter cada Decisión a examen de la CCI de conformidad con el artículo 21 del Reglamento.]

Si una de las Partes no acata una Recomendación o una Decisión exigida de conformidad con el Reglamento, la otra Parte puede someter este incumplimiento a arbitraje mediante el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, a uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento de Arbitraje.

Si una Parte notifica por escrito a la otra y al CDB su desacuerdo con una Recomendación o Decisión, según lo previsto en el Reglamento, o bien si el CDB no ha emitido una Recomendación o dictado una Decisión en el plazo establecido por el Reglamento, o incluso si el CDB es disuelto conforme al Reglamento, la desavenencia será resuelta definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento de Arbitraje.