

PRESUPUESTOS DE ARBITRABILIDAD EN LOS ARBITRAJES EN CONSTRUCCIÓN: Los Dispute Boards

1. INTRODUCCIÓN

Un elemento clave para comprender por qué suceden las cosas, es saber por qué las personas toman decisiones del modo en que lo hacen¹. Así, en la historia mundial hay innumerables personajes y relatos dignos de un cada vez mejor análisis freudiano, como es el caso del más grande emperador que tuvo Etiopía, Menelik II. Este personaje nació en 1844 y es muy recordado por los etíopes, no sólo por impulsar una profunda transformación en su país, luego de su independencia de Italia en 1896, sino también por ser protagonista de historias difíciles de entender.

Cuentan sus memorias que luego de probado con éxito en 1887 la primera silla eléctrica, los fabricantes recibieron el pedido de 3 unidades por parte del emperador, en su afán comprometido con la modernización de su país; sin embargo, estas sillas eléctricas nunca pudieron ser estrenadas por la sencilla razón que Etiopía –en aquel momento– no contaba con energía eléctrica. Superado con sus asesores, dispuso que estas 3 sillas eléctricas se utilicen como troncos imperiales.

Relatan también que en 1903, Menelik II sufrió un primer infarto cerebral del que

se restableció satisfactoriamente debido a su convicción de que comer páginas de la Biblia lo curaría definitivamente y así lo hizo y efectivamente así sucedió; sin embargo, finalmente y con los años, sucumbió a un segundo infarto cerebral mientras intentaba irrefrenablemente comerse las páginas del Libro Primero de los Reyes del Antiguo Testamento.

Pero la historia más curiosa que cuentan de este personaje fue la forma tan peculiar que tuvo para probar la resistencia de los proyectos de construcción que ejecutaría. Se dice que alguna vez dudó de la solidez de un futuro puente que se construiría en Etiopía y cuya maqueta fue presentada por sus arquitectos para su aprobación. Menelik II decidió golpear fuertemente la maqueta con el puño destrozándolo completamente, lo que a sus ojos demostró su debilidad constructiva. Luego, sus arquitectos prepararon un segundo modelo pero esta vez de madera, que Menelik II intentó aplastar sin éxito, aprobando finalmente el proyecto. De aquí quedó su célebre frase *“Jamás cruzaré por un puente que no pueda soportar el peso de mi puño”*

Entonces, sin apartarnos de la ortodoxia freudiana, este artículo busca entender por qué del éxito de los Dispute Boards

* Socio del Estudio Navarro Sologuren, Paredes, Gray. Abogados. Profesor del curso de Solución de Disputas en Construcción de la Escuela de Post Grado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y de los cursos de Técnicas de Negociación y Diseño de Estrategia Legal Aplicada de la Facultad de Derecho de la misma universidad.

¹ FISHER, Roger. En: Más Allá de Maquiavello. Ed. Gramca. Edición 1996. Pag. 22 y 23.

(DBs) a nivel internacional y al puro estilo de Menelik II poner a prueba la resistencia constructiva de la siguiente premisa: Los Dispute Boards constituyen verdaderos presupuestos de arbitrabilidad en los arbitrajes en la industria de la construcción.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Los DBs son actualmente práctica frecuente y exitosa en los contratos internacionales en la industria de la ingeniería y construcción, y recientemente en el sector de la tecnología de la información y las comunicaciones².

El calificar a los DBs como un mecanismo de solución de conflictos de segunda categoría o pero aún impráctico es un error. Esta es una realidad que opera con éxito en el mundo y como tal debemos entenderla.

El problema en el Perú es distinto, además de su escasa experiencia, hubo y hay una imperdonable confusión que ha reducido a los DBs a un subestimado método de solución de conflictos. Se le ha confundido en algunas ocasiones como un arbitraje técnico y en otras como una conciliación decisoria, desnaturalizando su objetivo por desconocimiento. En el primer caso, las entidades estatales le asignaron un rol de primera instancia arbitral y, en el segundo caso, lo encasillaron a un rol de un conciliador con características y potestades muy peculiares para resolver conflictos, pretexto ideal para cuestionar la validez de sus decisiones por contravenir la Ley de Conciliación.

Este desconocimiento en algunos casos e inexcusable desconcierto en otros, genera que los DBs pierdan terreno y naturalmente sean absorbidos por el poder de atracción del arbitraje.

El punto es que la utilización subestándar de este método de solución de conflicto vacía su contenido y finalidad, la pregunta que se torna esencial es ¿Qué necesitan los DBs para recobrar su eficacia? La respuesta es entenderlo y bien.

Este artículo busca revalorar las ventajas y fortalezas de este método pero bajo una perspectiva de eficiencia en el manejo de los conflictos en el sector de la industria de la construcción³.

3. LOS DISPUTE BOARDS EN EL CONTEXTO DE LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL EN LA INDUSTRIA DE LA CONSTRUCCIÓN

El reconocimiento y la publicación del actual Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (ICC) sobre los DBs viene fortaleciendo su presencia como método de resolución de controversias en la contratación internacional.

A esta realidad se suma el empuje que tanto la ICE⁴, DRBF⁵ y la FIDIC⁶ vienen haciendo desde muchos años atrás con la capacitación y difusión de sus formatos contractuales en el sector de la ingeniería y construcción. El firme reconocimiento de los DBs por parte de las entidades prestatarias internacionales como el Banco Mundial o el Japan Bank for International Cooperation para la ejecución grandes proyectos de infraestructura en países en vías de desarrollo, son prueba de su utilidad práctica.

Por lo dicho, merece la pena conocer por qué de la trascendencia de los DBs. Así, los DBs surgen como una respuesta creativa del propio sector de la construcción por encontrar métodos de mayor eficiencia que el arbitraje, que ayuden a las partes

² David J.A. Cairns y MAGDALENA, Ignacio. En: El Reglamento de la ICC Relativo a los "Dispute Boards". La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía ISSN 0211-2744. Pags. 1677-1682.

³ PAREDES, Gustavo. En: <<Métodos Adjudicativo Prearbitrales en la Solución de Conflicto en Construcción: Un acercamiento a los Dispute Boards>>. Revista Peruana de Arbitraje N° 8/2009, página 103 y ss.

⁴ Acrónimo que identifica al Instituto Británico de Ingenieros Civiles, con sede en Londres, Reino Unido.

⁵ Acrónimo que identifica al Dispute Review Board Foundation, con sede en Washington D.C. EEUU.

⁶ Acrónimo que identifica a la Federación Internacional de Ingenieros Consultores con sede en Ginebra, Suiza.

a administrar mejor sus contratos. En otras palabras, internacionalmente los DBs aparecen como consecuencia del terreno cedido por el arbitraje ante la demora y costos en el manejo del conflicto.

En defensa del arbitraje en la solución de conflicto en el sector de la construcción, diremos que nadie duda de su eficiencia si la comparamos con el tortuoso camino de un proceso judicial, aportando neutralidad y generando un gran impulso y promoción a la inversión y los negocios; sin embargo, no supera aún la presión y exigencia de una actividad altamente conflictiva de tener que resolver sus diferencias dentro del plazo y en el sitio de ejecución de la obra.

En un ambiente muy sensible al reclamo, un mayor tiempo en la solución de un reclamo y/o disputa significa un mayor costo, entonces, no es eficiente para ninguna de las partes que un arbitraje dure más allá del plazo de ejecución de la obra. Hay obras privadas cuyo plazo de ejecución es de dos meses y sus arbitrajes duran seis, nueve e incluso un año. En la contratación de obras públicas esta realidad se agrava ahora al tener que posponer el cierre o liquidación de la obra por 3, 5 ó quizás 7 años hasta que todas las controversias -por ejemplo los adicionales de obra- queden definidas. Deténganse por un momento en este ejemplo e imagínense cuanto demoraría cerrar una obra si se generan controversias derivadas de la propia liquidación, el impacto financiero de resolver estos conflictos resulta descomunal.

A riesgo que piensen lo contrario, la construcción es la industria que ha institucionalizado la probable ocurrencia del reclamo, por tanto debemos ver al reclamo como parte del proceso constructivo, siendo ello así, resulta más costoso para las partes confiar la decisión de su conflicto a quienes no conozcan la obra ni permanezcan periódicamente

en ella para entender porqué aparecen los reclamos y cómo prevenirlos. La intermediación de quienes resolverán un reclamo con la obra se hace esencial para mejorar y/o elevar los niveles de certeza técnica y legal. En los arbitrajes una única inspección arbitral sólo ofrece a los árbitros una visión muy general de la obra, son los peritos quienes profundizan el carácter técnico del problema pero siempre expost conflicto e incluso cuando muchas de las circunstancias que rodearon la obra cambiaron debido a su dinámica.

En este contexto, la presión y exigencias que imprimen los factores de tiempo y costo en la actividad de la construcción para resolver sus conflictos, generan la necesidad constante de crear métodos que permitan a las partes resolver sus reclamos en forma interina, rápida y durante la ejecución de la obra.

A nivel internacional, esta preocupación se tradujo en alternativas adjudicativas nuevas, no en reemplazo del arbitraje sino como métodos que ayuden a las partes a administrar cada vez con mayor eficiencia sus contratos. CHAPMAN califica a los DBs como una revolución en la resolución de conflictos en la construcción, definiéndolo como un << *Proceso de toma de decisión, hecho a la medida e inevitable para la industria de la construcción [...], rápida y eficiente, aunque provisional* >>⁷.

Los DBs fueron diseñados para actuar dentro de un sistema solución conflictual convencional ya existente⁸ para mejorar los estándares de eficiencia en la administración de los contratos internacionales de construcción, cumpliendo además con una importante función preventiva y consultiva⁹, funciones que no fueron diseñados para el arbitraje; pero no por ello, podemos dejar de decir que ambos métodos se complementan.

⁷ CHAPMAN, Peter. En: *La Perspectiva del Reino Unido. La Adjudicación*. Ponencia presentada en el Seminario de Resolución de Disputas bajo los Contratos Internacionales de Construcción. Hotel Concorde La Fayette. Paris 2004.

⁸ Antes de la creación de los DBs, la cláusula 67 de la cuarta edición del Libro Rojo de la FIDIC ya establecía un sistema escalonado para la solución de disputas, en el que era el ingeniero el que asumía esta función, remitiendo subsidiariamente la resolución definitiva del conflicto a un tribunal arbitral. La función de este ingeniero fue sustituida posteriormente por los DBs.

⁹ REIG FABADO, Isabel. En: *Régimen Jurídico del Contrato Internacional de Ingeniería* (2003), tesis doctoral, Universidad de Valencia. Supra nota 3, página 541.

Los DBs entonces forman parte de una cláusula escalonada de ADR en la actividad de la construcción y es así cómo debe entenderse. Los actuales formatos contractuales FIDIC¹⁰ contribuyen enormemente en describir cada uno de estos procedimientos en forma separada, determinan su duración y plazos, así como la definición objetiva del evento que gatilla el inicio del procedimiento subsecuente.

Finalmente, es importante fijar el ámbito de funcionalidad de los DBs en el contexto legal peruano, ya que ello aclara mejor su aplicación. En tal sentido, siempre dentro del espacio del sector de la construcción, los DBs operan sin limitación en el área de la contratación privada, ya que las partes son libres de establecer la mejor forma de administrar y/o gestionar sus conflictos.

En el área de la contratación estatal sí existen reparos de orden legal, ya que los DBs no están reconocidos por la Ley de Contrataciones del Estado como método válido para resolver las controversias sino únicamente lo son la conciliación y el arbitraje, por lo que en tanto no exista una modificatoria explícita para que así sea, los DBs no son actualmente aplicables a este régimen legal. Sin embargo, sí funcionan dentro del régimen de la contratación estatal con organismos internacionales, Estados o entidades cooperantes, siempre que estén asociadas a donaciones u operaciones oficiales de crédito, ya que son estos contratantes quienes utilizan estos formatos contractuales internacionales con previsiones claras al respecto. Este último régimen de contratación está excluido del ámbito de aplicación de la mencionada Ley de Contrataciones del Estado¹¹ y como tal es el ámbito donde pueden operar sin restricción alguna.

4. LOS DISPUTE BOARDS COMO PRESUPUESTO DE ARBITRABILIDAD EN LOS ARBITRAJES EN CONSTRUCCIÓN

Dentro del ámbito de funcionalidad de los DBs antes explicado, sólo si identificamos a los DBs como un engranaje importante y parte de un sistema conflictual convencional en los contratos de construcción entonces podemos comprender mejor su finalidad.

Los expertos que integran un DB permanente identifican tempranamente la aparición de un conflicto o la capturan al tiempo en que aparecen (on time), recomendando o decidiendo su solución durante la ejecución de una obra (on site) sobre la base de un procedimiento contractual, independiente e imparcial.

La recomendación o la decisión emitida por los DBs se convierte en obligatoria y final para las partes en tanto esta recomendación sea aceptada por éstas, en el primer caso, o las partes decidan no recurrir al arbitraje, en el segundo caso. Pero en uno u otro caso, la participación de los DBs constituye una condición o presupuesto de arbitrabilidad; es decir, en una etapa previa e imperativa a ser agotada antes del inicio del arbitraje.

Bajo los formatos contractuales FIDIC, el sometimiento y agotamiento del reclamo de manera expresa al pronunciamiento previo del Ingeniero y ahora a los DBs, constituye un verdadero presupuesto o condición de arbitrabilidad. Así, CAIRNS y MAGADALENA citando a DYALA JIMENEZ¹² señalan:

<<En aquellos supuestos en los que el contrato establezca un

¹⁰ En el año 1999, la FIDIC publicó la nueva versión de los siguientes cuatro formatos contractuales: Condiciones de Contratación para la Construcción (Libro Rojo), Condiciones de Contratación para Proyectos y Obra (Libro Amarillo), Condiciones de Contratación para Proyectos EPC/Llave en Mano (Libro Plateado) y el Modelo Simple de Contratación (Libro Verde). Estos nuevos cuatro formatos contractuales siguen un mismo diseño de la cláusula escalonada en la solución de conflictos

¹¹ El literal t) del numeral 3.3 del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1017, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado señala:

Artículo 3.- Ambito de Aplicación

3.3 La presente norma no es de aplicación para:

t) Las contrataciones realizadas de acuerdo con las exigencias y procedimientos específicos de organismos internacionales, Estados o entidades cooperantes, siempre que estén asociadas a donaciones u operaciones oficiales de crédito.

¹² JIMÉNEZ F., Dyalá. En: *Multi-Tiered Dispute Resolution in ICC Arbitration, ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 14/N° 1 – Primavera 2003, Enforcement of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses Arbitration and ADR*, Vol. 6, N° 02 – Octubre 2001, páginas 7-25 .

procedimiento escalonado –por el que las partes deban someter la controversia a un DAB, como requisito previo al arbitraje– y dependiendo en la propia redacción de la cláusula y la ley aplicable, el cumplimiento del procedimiento prearbitral se constituirá como un auténtico presupuesto para la jurisdicción de un tribunal arbitral.>>¹³

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

En igual línea, el siempre importante referente internacional, Robert Knutson, señala:

<<The dispute resolution provisions in FIDIC contracts are ‘multi-tier’ and require either prior references to an engineer or dispute adjudication board (DAB) or both before the arbitration tribunal can become empowered to determine the matters still in dispute. [...]

It is noticeable that in recent years (since publication of the 1995 Orange Book and particularly since the publication of the 1999 suite of contracts), FIDIC have strongly reinforced the provisions relating to the use of their dispute procedures to settle disputes. In parallel, national courts (including those in England

have been confirming the efficacy of such provisions in keeping disputes out of court and providing the path by which the parties are obliged to seek resolution of disputes.>>¹⁴

En la práctica arbitral internacional, la inobservancia de este procedimiento prearbitral fue y es la razón para que tribunales arbitrales no aceptaran las solicitudes de inicio del arbitraje en tanto el reclamante no haya cumplido con agotar este método de previsión contractual.

En los casos arbitrales N° 6276 y 6277¹⁵ (1990) y N° 6536 (1992) administrados por la Cámara de Comercio Internacional (ICC), los demandados se opusieron al inicio del arbitraje alegando el incumplimiento del procedimiento prearbitral como presupuesto indispensable de arbitrabilidad, en estos casos estos pedidos fueron declarados fundados¹⁶.

A este punto debe quedar muy claro que defender una condición o presupuesto de arbitrabilidad, no debe ser mirado como excusa, salida o justificación para dilatar o evitar el inicio de un arbitraje, sino debe ser mirado como el respeto a un compromiso adquirido en la búsqueda de un manejo eficiente del conflicto en el sector de la construcción.

El arbitraje dentro de este diseño de manejo conflictual convencional actúa como fuero de atracción en la solución de conflictos en los siguientes casos:

- (i) Cuando el DB no pueda conformarse por cualquier razón;
- (ii) Cuando el DB quede disuelto y las partes no tengan cómo recurrir a él;
- (iii) Cuando el DB no emita recomendación o decisión dentro del plazo pactado;

¹³ David J.A. Cairns y MAGDALENA, Ignacio. En: *El Reglamento de la ICC Relativo a los “Dispute Boards”*. La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía ISSN 0211-2744. Pags. 1677-1682.

¹⁴ KNUTSON, Robert. En: *Recent Treatment of Construction Awards by The ICC International Court of Arbitration*. Ponencia presentada en la reunión de la Sociedad de Derecho de la Construcción en Londres Febrero de 2004. www.scl.org.uk

¹⁵ Caso Swedish Company vs The Secretary of the People’s Committee for a municipality of an Arab State (1990).

¹⁶ Los extractos del laudo parcial en los Casos N° 6276 and 6277 (1990) y el laudo final en el Caso 6535 (1992) fueron publicados en el Boletín de la Corte de Arbitraje de la ICC.

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

- (iv) Cuando una de las partes manifieste estar en desacuerdo con la recomendación o decisión de los DBs.

Recurrir al arbitraje por cualquier otra razón que no esté justificada en estas circunstancias, significará cuestionar la competencia de los árbitros. El debate queda abierto.

5. LA PARTICIPACIÓN DE LOS ABOGADOS EN LOS DISPUTE BOARDS

La participación de los abogados es esencial para que este método opere y subsista dentro de este sistema de manejo conflictual convencional.

Existen cuatro formas en la que los abogados podemos vernos envueltos activamente con los DBs¹⁷:

- (i) Asesorando sobre el DB más adecuado a la necesidad de la obra;
- (ii) Diseñando previsiones contractuales para el DB;
- (iii) Contribuyendo con la preparación de presentaciones ante el DB; y,
- (iv) Como miembro de un DB.

Desarrollemos esta participación en el contexto de la realidad peruana.

5.1 Asesorando sobre el DB más adecuado a la necesidad de la obra

Esta es la primera y más importante forma de acercamiento de los abogados especializados en construcción con los DBs. Los abogados deben asesorar sobre qué modelo de DB es el apropiado a la necesidad o envergadura técnica y económica de cada obra o proyecto o mejor dicho, qué proyectos se ajustan a las características y costos de cada tipo de DB.

La experiencia internacional coloca a los DBs regularmente en aquellos proyectos

de ejecución de gran escala y larga duración, ya por sus costos lo justifica; sin embargo el éxito de sus resultados, viene siendo ahora utilizado en proyectos de menor inversión y plazos, debido a la flexibilidad de modalidades de DBs. Para estos proyectos de menor envergadura un DB ad hoc o un single dispute resolver, aparecen como alternativas eficientes en el manejo de sus conflictos.

Los abogados tenemos una participación valiosa en el diseño de un DB hecho a la medida del valor del proyecto y preservando otras consideraciones relevantes relacionadas no sólo con la complejidad y naturaleza de los trabajos sino con el objetivo claro que las partes mantengan una buena relación comercial.

5.2. Diseñando previsiones contractuales para el DB

Cada proyecto es único y requiere previsiones contractuales particulares. En el diseño de las previsiones contractuales es fundamental el detalle de las especificaciones del DB así como también las responsabilidades de sus miembros, los criterios para la designación, sus potestades, su remoción y retribución. Sin embargo, actualmente esta tarea viene siendo simplificada debido a la participación de diferentes instituciones como DRBF, FIDIC, ICC y sus reglamentos o previsiones standard.

La tarea de los abogados se expresa en el diseño de previsiones o la adaptación de especificaciones standards de DBs de manera adecuada a las necesidades de las partes y condiciones particulares del proyecto. La flexibilización de las reglas de procedimiento también pueden estar orientados a reducir sus costos. Por ejemplo reduciendo el número de miembros, permitiendo la designación de miembros expertos nacionales al lugar de ejecución de la obra así como la periodicidad de las visitas a la obra, etc.

¹⁷ ONG, Brennan y Dr. GERBER, Paula. En: Dispute Boards: Is there a role for lawyer?. Construction Law International. Volumen 5 Issues 4 December 2010.

5.3 Contribuyendo con la preparación de presentaciones ante el DB

La participación de abogados en las audiencias de DBs es un punto que genera gran discusión. Algunos consideran –con justa razón– que los abogados más estorban que ayudan en este tipo de actuaciones, y la razón es que los abogados tienden a generar o crear un desfavorable clima adversarial o confrontacional similar a la de un arbitraje.

En efecto, los DBs no son procesos judiciales ni arbitrales, la flexibilidad de las reglas está bajo el control de sus miembros, siempre que no se afecte el derecho de defensa de las partes. Sin embargo, sí es cierto que en estas actuaciones las partes deberán sustanciar su reclamo con el objetivo de persuadir a los miembros para tomar una posición ante el reclamo (sea recomendando o decidiendo), pero este ejercicio debe estar orientado a ayudar a los miembros expertos a la toma de una posición técnica lo más cercano a lo que haría un árbitro y con ello educar a las partes a prever cual podría ser un posible resultado arbitral, y así se pueda legitimar la recomendación o decisión con la aceptación de las partes.

Los abogados deben ayudar a las partes a lograr dicho propósito, pero detrás de escena, ayudando a sus clientes a preparar la presentación de sus argumentos sobre sus reclamos de una manera clara y lógica.

Los abogados no deben abogar por sus clientes sino ellos deben hacerlo solos, la participación de abogados en esta actuación cargaría de formalidad o sobrelegalizaría un método en esencia flexible, generando mayor conflicto.

5.4 Como miembro de un DB

La participación de un abogado como miembro experto de un DB no está prohibida, por el contrario el perfil del abogado como miembro de un DB debe

considerar su práctica negociadora, su predisposición a visitar la obra y conocimiento de la filosofía que este método persigue, como es el asegurar un manejo temprano y por consiguiente eficiente del conflicto sin afectar o afectando lo menos posible una relación positiva de trabajo de las partes.

Recordemos que las partes llegan al contrato con un interés original que motivó la generación de una relación de confianza, que los miembros de los DBs deben mantener en el tiempo, de otro modo, pierde contenido el DB.

La participación de un abogado como miembro de un DB ayudará a poner el justo balance en la interpretación y correcta aplicación del contrato durante su ejecución contribuyendo a beneficiar el interés real de las partes, es decir para el propietario: Tener su obra dentro del plazo, precio y calidad contratado; y, para el contratista: Lograr su utilidad.

6. CONCLUSIÓN

Los DBs han ido ganando un reconocimiento internacional de notable éxito en el manejo del conflicto en una actividad muy sensible y altamente conflictiva como es el sector de la construcción.

Esta es una realidad que no es posible ocultar ni negar, por el contrario, apremia evaluar cuán importante puede significar utilizar bien nuevas herramientas de administración del conflicto en el mercado nacional y trabajar arduamente como los arquitectos de Menelik II en mejorar la maqueta para cristalizar su aplicación.

Luego de esto, los DBs deberán solos ganar su espacio para justificar su actuación como verdaderos presupuestos de arbitrabilidad en los arbitrajes en construcción.