



Jugando a las vencidas: Dispute Boards vs Árbitro de Emergencia

Playing hard: Dispute Boards vs Emergency Referee

Gustavo Paredes Carbajal*
NPG Abogados

Resumen:

En el contexto de las disputas de construcción bajo la Cláusula 20° de los modelos contractuales FIDIC, este artículo analiza una situación muy particular de conflicto entre las funciones de un *dispute board* y las atribuciones de un árbitro de emergencia y sus implicancias en el contrato.

Abstract:

In the context of construction disputes under clause 20 of FIDIC contractual models, this article analyzes a very particular situation of conflict between the functions of a dispute boards and the powers of an emergency arbitrator and its implications in the contract.

Palabras clave:

Resolución de Disputas FIDIC - *Dispute board* - Medida cautelar - Arbitro de emergencia

Keywords:

Dispute Resolution FIDIC - Dispute board - Interim measures - Emergency arbitrator

Sumario:

1. Introducción — 2. Problema: Existe conflicto de competencia — 3. Es útil conocer quién es competente — 4. Desarrollo — 5. Ensayando una respuesta — 6. Conclusión — 7. Bibliografía

* Socio fundador de NPG Abogados, especialista en Derecho de la Construcción, Contratación Estatal y Resolución de Disputas. Profesor de la Facultad de Derecho y Escuela de Post Grado de la Universidad del Pacífico y Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Presidente de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción. Fundador de la Asociación Latinoamericana de Derecho de la Construcción (ALDEC), Miembro de la Dispute Resolution Board Foundation (DRBF) y de la International Construction Projects Committee (ICP) de la International Bar Association (IBA). ORCID iD: 0000-0002-4088-3376. Contacto: gparedes@npg.pe.

1. Introducción

Este trabajo plantea una situación de conflicto real entre las funciones de un *Dispute board* (DB) y las atribuciones de un árbitro de emergencia, en la emisión de medidas cautelares al inicio de la etapa de solución de conflictos, bajo la Cláusula 20 de los formatos contractuales, elaborados por la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC) y el Reglamento relativo a los *Dispute boards* de la Cámara Internacional de Comercio (CCI), así como sus alcances contractuales. Esperamos que inicie una interesante discusión académica y aplicación práctica en el país.

El caso que motivó este interés académico fue la controversia suscitada con ocasión de la construcción de toda una infraestructura fronteriza física y tecnológica para el control y regulación del ingreso migratorio de personas y bienes entre dos países. Este proyecto fue contratado mediante el uso del modelo Libro Amarillo FIDIC (Edición 1999). El contrato previó un *Dispute Adjudication Board* (DAB) Ad hoc para la solución de sus controversias de manera previa al inicio del trato directo y arbitraje.

Con especial atención a la controversia surgida por la resolución contractual, las partes deciden dar inicio al procedimiento de solución de controversias de la cláusula 20 del contrato y conformar el DAB Ad hoc acordado, conformación que retrasó algunos meses la presentación de las sumisiones. En el transcurso, el contratista acude a la CCI para pedir ante árbitro de emergencia medidas cautelares las que fueron concedidas, impidiendo al propietario la ejecución de las garantías otorgadas a su favor.

Iniciado el procedimiento ante el DAB Ad hoc, las partes presentaron sus sumisiones escritas en forma simultánea. Sin embargo, la entidad contratante presentó además un singular pedido preliminar para que el DAB Ad hoc se declare competente y se pronuncie sobre la medida cautelar concedida por el árbitro de emergencia para dejarla sin efecto y, solo en caso su respuesta sea afirmativa, decida sobre el fondo de su sumisión. Aquí está el nudo de la historia y el desenlace se reserva para el final.

Los modelos FIDIC ofrecen una estructura contractual que incorpora al DB como *método* de solución de controversias para prevenir o decidir cualquier disputa que pudiese surgir entre las partes durante el desarrollo del proyecto. Así se aprecia en las Subcláusulas 20.2 a 20.4 de sus modelos Libros Rojo¹, Amarillo² y Plata³ y cuya decisión las partes se obligan a cumplir, siendo su agotamiento condición previa para el inicio del arbitraje.

La Subcláusula 20.2 es complementada con las Condiciones Generales del Acuerdo de Resolución de Conflictos FIDIC. Estas condiciones generales enmarcan la relación contractual existente entre las partes y el DB y, en específico, el literal e) de la Cláusula 4⁴ precisa que el DB debe cumplir con las Reglas Procedimentales FIDIC.

Las Reglas Procedimentales FIDIC⁵ regulan con precisión las funciones del DB, entre las cuales se encuentra el “otorgamiento de medidas provisionales”, término utilizado para referirse a las medidas cautelares, tal y como se conocen en la doctrina legal continental y eje central de este análisis.

Sin embargo, las Reglas Procedimentales FIDIC no son mandatorias por sí mismas para todos los procedimientos de DB que nacen de un contrato FIDIC. Las partes pueden modificar o eliminar determinadas reglas aplicables al DB, pudiendo acordar —por ejemplo— que el DB se sujete exclusivamente al Reglamento de la CCI Relativo a los *Dispute Boards*.

El artículo 15 del Reglamento de la CCI Relativo a los *Dispute Boards*⁶ precisa con claridad las funciones de un DB y, entre ellas, resalta el numeral 1. Este se refiere a la facultad de “decidir sobre cualquier remedio temporal, como una medida provisional o cautelar”. De esta manera, tenemos que el DB sujeto a las reglas de la CCI cuenta también con facultades similares a aquel que se encuentra sujeto a las Reglas Procedimentales de FIDIC.

1 FIDIC, Condiciones de Contratación para la Construcción para Trabajos de Ingeniería y Edificación diseñados por el Cliente (Suiza: FIDIC, 1999), 65-67.

2 FIDIC, Condiciones de Contratación para Proyecto y Obra para Instalaciones Mecánicas Eléctricas y para Trabajos de Ingeniería y Edificación diseñados por el Contratista (Suiza: FIDIC, 1999), 65-67.

3 FIDIC, Condiciones de Contratación para Proyectos Llave en Mano (Suiza: FIDIC, 1999), 57-59.

4 FIDIC, Condiciones de Contratación para la Construcción para Trabajos de Ingeniería y Edificación diseñados por el Cliente, 68; FIDIC, Condiciones de Contratación para Proyecto y Obra para Instalaciones Mecánicas Eléctricas y para Trabajos de Ingeniería y Edificación diseñados por el Contratista, 70.

5 FIDIC, Condiciones de Contratación para la Construcción para Trabajos de Ingeniería y Edificación diseñados por el Cliente, 72-73; FIDIC, Condiciones de Contratación para Proyecto y Obra para Instalaciones Mecánicas Eléctricas y para Trabajos de Ingeniería y Edificación diseñados por el Contratista, 73-74.

6 Cámara de Comercio Internacional, Reglamento Relativo a los Dispute Boards (Trappes : Imprimerie Port Royal, 2015), 28.

Se hace *énfasis* a la facultad del DB de conceder medidas cautelares, debido a que esta facultad también se le reconoce al árbitro de emergencia bajo las reglas CCI, cuya intervención precede al inicio de un arbitraje. En el caso peruano, los reglamentos de los principales centros de arbitraje del país⁷ recogen también esta facultad cautelar del árbitro de emergencia.

El hecho de que existan dos entidades de gestión de conflictos previas al arbitraje (DB y árbitro de emergencia), las cuales puedan otorgar medidas cautelares, plantea los siguientes cuestionamientos: ¿Puede una parte recurrir indistintamente al DB o al árbitro de emergencia? ¿Puede la intervención de uno excluir la competencia del otro? ¿Quién es competente?

En momento justo y previo a la cuarentena por la pandemia, en los pasillos de la oficina, encontré a un distraído abogado totalmente perdido porque *él mismo no sabía si llegaba o se iba* y a quien con temor —por no saber que pasaría— lancé las interrogantes referidas.

Al final de la historia, estoy convencido de que fue el mejor con quien pude conversar de esto. Su lucidez y profundidad motivó escribir estas líneas, de seguro siempre imperfectas para él, pero que —así espero— lo anime a escribir una segunda parte. Por ello, no quiero dejar de agradecer al Dr. Alvaro Castillo, abogado brillante y con grandes cualidades académicas del equipo de Ingeniería de NPG, con un gran futuro para el Derecho de la Construcción y quien impulsó a presentar este artículo que anhelo sea fiel expresión de esa charla.

2. Problema: Existe conflicto de competencia

Del caso referido en la introducción de este ensayo, se identifica el siguiente punto en conflicto: el alcance de las competencias de un DB y el de un árbitro de emergencia; y, en medio, un núcleo marcado por la intromisión de uno de ellos en afectar la eficacia de una medida cautelar concedida.

Tal y como fueron planteadas las interrogantes iniciales, pareciera muy simple afirmar que una parte contractual que necesite una medida cautelar, en el marco de un contrato que contiene un DB como mecanismo de solución de controversias, puede recurrir indistintamente al DB o a un árbitro de emergencia para obtener el remedio temporal que asegure el cumplimiento de una decisión final. Aún más, esta aparente simpleza es reforzada, debido a que la regulación FIDIC y la de CCI son lo más amplia y abstracta posible.

Ninguna de estas reglamentaciones denota mayor contenido a la facultad cautelar del DB; las cuestiones que pueden ser objeto de dichas medidas; la existencia de procedimiento especial; ni mucho menos respecto a la interacción del DB con la del árbitro de emergencia.

Sin embargo, esto en la práctica no es tan sencillo: sí existen limitaciones competenciales que aparecen en determinados escenarios que resulta interesante explorar y que, además, puedan servir de guía para una futura regulación en ley peruana.

3. Es útil conocer quién es competente

Es esencial para las partes identificar de manera clara y precisa la competencia tanto del DB como la del árbitro de emergencia, a fin de identificar a cuál de los dos se debe recurrir en caso necesite presentar una solicitud cautelar para proteger o garantizar un derecho.

De esta manera, ante la falta de delimitación de competencias, las partes podrían enfrentar casos límites como los siguientes:

- Que un árbitro de emergencia se considere competente para conocer y emitir una orden cautelar, sin verificar la existencia de un procedimiento pre-arbitral acordado con facultades para conceder medidas provisorias.
- Que un árbitro de emergencia se considere competente para conocer y emitir una orden cautelar, sin verificar si un DB permanente está en plena actividad y con atribuciones para conceder medidas provisorias.
- Que un árbitro de emergencia se declare competente para conocer y emitir una orden cautelar, porque considera que el DB conformado no puede otorgar medidas cautelares similares a las que podría otorgar, ignorando totalmente sus funciones.

⁷ Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima; Centro de Arbitraje y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Cámara de Comercio Americana del Perú.

- Que un árbitro de emergencia se considere incompetente para conocer y emitir una orden cautelar, a pesar de la demora en la conformación de un DB.

Recurrir a la entidad equivocada generará toda una discusión de conflicto de competencias, cuya solución representa un retraso y un costo para las partes, y, en el peor escenario, en la denegación de la medida cautelar. Por lo tanto, se hace imprescindible entender bien cómo funciona el procedimiento y, en su caso, mejorar la regulación para eliminar estas posibles implicancias contractuales.

El uso del DB y de modelos internacionales de contratación no es ajeno al derecho de construcción en el Perú. Cada vez, es más común la implementación de ambos en proyectos de infraestructura relevantes en la búsqueda constante de eficiencia en la gestión del proyecto⁸. En ese sentido, es *útil* analizar esta situación porque de seguro las partes se verán envueltas en largas discusiones y debates que generarán costos innecesarios que se pueden evitar.

Es importante hacer énfasis en que la *búsqueda de una* respuesta adecuada a esta situación no significa en absoluto desincentivar el uso de los DB ni la figura del árbitro de emergencia; por el contrario, la idea es perfilar el análisis y a la interpretación más ajustada a la dinámica de un proyecto de construcción y cuyo resultado sirva como orientación al sistema legal peruano.

4. Desarrollo

4.1 Ámbito de análisis

La implementación del DB en los modelos internacionales de contratación FIDIC, puede darse de dos formas⁹:

- i) El Libro Rojo y el Libro Dorado (Edición 1999) establecen un DB permanente, designado por las partes desde la suscripción del contrato de construcción y opera a lo largo de la ejecución del proyecto.
- ii) El Libro Amarillo y el Libro Plata (Edición 1999) establecen como estándar un DB Ad hoc, designado por las partes al surgir una disputa. Su único rol es adjudicar la decisión a la disputa, desactivándose una vez resuelta la controversia.

Dependiendo del tipo de DB que se haya elegido para un proyecto, la interacción entre el DB y el árbitro de emergencia estará sometida a consideraciones diferentes, por lo que se analiza cada uno de los supuestos que se pueden presentar para responder a las interrogantes planteada sobre el potencial conflicto de competencia.

4.2 Supuesto 1: DB permanente

En caso las partes opten por un DB permanente, éste debe haber sido nombrado a la firma del contrato. En este supuesto, en caso una de las partes solicite una medida provisoria debe acudir en primer orden a dicho DB, conforme a las reglas del procedimiento de DB del contrato.

Sin embargo, incluso aquí, la interacción entre el DB y el árbitro de emergencia es objeto de latente preocupación a nivel internacional, como refiere Kantor:

“En el contexto de los proyectos internacionales de construcción gobernados por los contratos FIDIC, también existe la duda respecto al rol de los *Dispute Adjudication Boards* (DAB's) en la solución de disputas y el otorgamiento de medidas. Siendo que el procedimiento del DAB precede al reciente fenómeno de los árbitros de emergencia, su interacción con las medidas otorgadas por el árbitro de emergencia es incierta. El rol del DAB es, por supuesto, distinto del correspondiente al árbitro de emergencia (...). Cualquier decisión del DAB conlleva la terminación de la controversia, a no ser que se emita una no conformidad. En contraste, el procedimiento del árbitro de emergencia siempre es un precursor al arbitraje (...)¹⁰.”

8 El caso más reciente es el proyecto de los Juegos Panamericanos Lima 2019, en el cual se emplearon tanto modelos internacionales de contratación (New Engineering Contract-NEC), como Dispute Boards.

9 Ellis Baker, Ben Mellors, Scott Chalmers y Anthony Lavers, *FIDIC Contractis: Law and Practice* (Oxon:Informa Law from Routledge, 2009), 509-510. Traducción libre.

10 Elizabeth Kantor, “Emergency Arbitration of Construction Disputes – Choose Wisely or End Up Spoilt for Choice”, *Kluwer Arbitration Blog*, Febrero 2017, <http://kluwerarbitrationblog.com/2017/02/15/emergency-arbitration-construction-disputes-choose-wisely-end-spoilt-choice>. Traducción libre.

La CCI que gestiona los arbitrajes bajo la Cláusula 20° FIDIC, ha identificado la posible existencia de un conflicto de competencias entre el DB y el árbitro de emergencia y ha buscado definir esta situación.

En el numeral 6 del artículo 29 de su Reglamento de Arbitraje, la CCI establece supuestos en los cuales no son de aplicación las disposiciones del árbitro de emergencia y, específicamente, el literal c) de dicho numeral señala que no serán de aplicación las disposiciones del árbitro de emergencia si es que “las partes han acordado otro procedimiento pre-arbitral que prevé la concesión de medidas provisionales, conservadoras o similares”¹¹. Al ser el DB un procedimiento esencialmente pre-arbitral, que está habilitado para otorgar medidas de este tipo, no sería posible acudir al árbitro de emergencia para el otorgamiento de una medida cautelar y de ser así debería declararse incompetente.

Este razonamiento fue confirmado por la CCI, en la *Secretariat's Guide for Arbitration*, señalando lo siguiente:

“Pactar otro procedimiento pre-arbitral que permita el otorgamiento de medidas conservatorias, interinas o similares representa una renuncia tácita y, en consecuencia, excluye la aplicación de las previsiones del árbitro de emergencia (...). Por ejemplo, esto ocurriría en caso las partes hubiesen pactado un procedimiento de dictaminador pre-arbitral ICC, o emplear un *dispute board* que pueda otorgar medidas cautelares”¹².

La posición de la CCI es evitar un posible conflicto de competencias entre un árbitro de emergencia y cualquier DB, otorgándole incluso valor de una renuncia tácita de recurrir a un árbitro de emergencia, al acuerdo de las partes de implementar un DB para su contrato.

En ese sentido, la CCI excluye claramente la intervención del árbitro de emergencia, en caso se hubiese pactado la intervención de un DB con facultades para conceder una medida provisoria.

Sin embargo, la existencia de un acuerdo expreso de incluir un DB en un contrato no garantiza absoluta protección cautelar, ya que pueden existir algunas situaciones en que este acceso a la tutela cautelar no sea así de efectivo. Por ejemplo, ¿qué sucedería si las partes decidieron diferir el nombramiento de los miembros de un DB permanente para un momento posterior a la firma del contrato? o ¿qué ocurriría si las partes, como resultado de las controversias surgidas y por motivos ajenos a su control, no logran nombrar o conformar oportunamente al DB? De acuerdo con lo establecido por la CCI, no tendrían acceso al árbitro de emergencia pues, a pesar de que el nombramiento del DB no se haya concretado, por el simple hecho de haber pactado la implementación del DB, se entiende que habrían excluido de manera tácita la intervención del árbitro de emergencia. Estas contingencias se aprecian más concretamente cuando se trata de un DB *Ad hoc*, las cuales serán analizadas en el numeral siguiente.

En el marco legal peruano, no hay nada que evite este conflicto. No existe siquiera regulación de la función cautelar de una JRD. No existe en el Decreto Legislativo N° 1071, “Decreto Legislativo que norma el arbitraje” ni los reglamentos de los centros de arbitraje más conocidos del país¹³. Tampoco disposición que permita delimitar la competencia de uno u otro ni determinar si existe una prelación de estas entidades y, esto en el futuro, será necesario.

4.3 Supuesto 2: DB Ad hoc

Como se ha referido al inicio del presente apartado, es posible que las partes acuerden designar un DB Ad hoc, cuya intervención comienza con el surgimiento de una controversia contractual y termina una vez que se ha decidido esta.

De acuerdo con lo establecido en la Subcláusula 20.2 de los Libros Amarillo (Edición 1999)¹⁴ y Plata (Edición 1999)¹⁵, las partes deben designar al DB *Ad hoc* “dentro de los 28 días siguientes a la notificación de una de las partes a su contraparte de su intención de someter una controversia a un DB”. Si bien es cierto este plazo puede ser modificado por las partes, la conformación del DB *Ad hoc* nunca es inmediata, lo cual quiere decir que existe una ventana de tiempo entre el surgimiento de la controversia y la designación-conformación del DB, durante la cual una de las partes puede necesitar de una medida urgente y provisoria

11 Cámara de Comercio Internacional, Reglamentos de Arbitraje y de ADR (Trappes:Imprimerie de l'Orangerie, 2011), 34.

12 Jason Fry, Simon Greenberg y Francesca Mazza, *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration* (Paris: Cámara Internacional de Comercio, 2012), 309. Traducción libre.

13 Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima; Centro de Arbitraje y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Cámara de Comercio Americana del Perú.

14 FIDIC, *Condiciones de Contratación para Proyecto y Obra para Instalaciones Mecánicas Eléctricas y para Trabajos de Ingeniería y Edificación* diseñados por el Contratista, 65.

15 FIDIC, *Condiciones de Contratación para Proyectos Llave en Mano*, 57.

para resguardar algún derecho y no podría recurrir ni al DB, por obvios motivos, ni al árbitro de emergencia CCI, en aplicación de lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 29 de su Reglamento de Arbitraje.

En mi opinión, esta situación hace insostenible argumentar que el simple hecho de que las partes hayan pactado la implementación de un DB implica necesariamente una renuncia tácita de recurrir a un árbitro de emergencia. En la situación descrita, no es posible negar tutela cautelar a una de las partes ante la urgencia de protección de un derecho por la inactividad temporal del DB generada por la demora en su conformación.

Al respecto, Petkutė ha manifestado una opinión similar:

“(...) la exclusión del artículo 29(6)(c) de las Reglas de Arbitraje ICC obviamente asumió que los otros procedimientos pre-arbitrales acordados por las partes ofrecerían el efectivo ‘otorgamiento de medidas conservatorias o interinas’. Si esa condición no se cumple, no existe razón alguna para denegar el acceso a un árbitro de emergencia. Es necesario recordar que el propósito prevalente del árbitro de emergencia es la urgencia de la medida solicitada (...)”¹⁶.

Así también, Ehsani manifiesta lo siguiente respecto a la imposibilidad de las partes de recurrir al árbitro de emergencia como consecuencia del acuerdo de la implementación de un DB:

“(...) mientras que esto es aceptable cuando un DB ha sido conformado y puede emitir decisiones rápidamente, esto no puede ser razonable cuando un DB no se encuentra conformado porque, en esas circunstancias, el auxilio puede no ser obtenido con la urgencia suficiente. Por otra parte, si el DB no ha sido conformado por causas imputables a una de las partes, esa parte no puede beneficiarse de sus incumplimientos”¹⁷.

Es relevante la precisión final formulada por Ehsani, ya que el retraso en la conformación del DB puede deberse a causas imputables a una de las partes, el cual -de mala fe- puede estar obstaculizando el procedimiento. Si bien es cierto que los contratos FIDIC contienen provisiones que habilitan a un tercero imparcial a designar al DB en caso de falta de acuerdo, ello no previene el daño que podría ser causado por dicho retraso, pudiendo resultar en la pérdida irreparable de un bien o un derecho.

Estas consideraciones tampoco fueron ajenas a la CCI. De acuerdo con el *Commission Report Emergency Arbitrator Proceedings* de la CCI, se verificaron casos en los cuales fue necesario precisar la reglamentación respecto a la exclusión del árbitro de emergencia:

“(...) El árbitro de emergencia concluyó que carecía de jurisdicción de acuerdo con lo establecido en el Artículo 29(6)(c) y aceptó que las partes, efectivamente, habían acordado “otro procedimiento pre-arbitral” (...). El árbitro de emergencia precisó, sin embargo, que no se debió simplemente a que el contrato preveía un procedimiento de DAB, sino que este DAB en particular: (i) se encontraba conformado cuando se presentó la solicitud al árbitro de emergencia; y, (ii) que estaba facultado para otorgar medidas provisionales similares”¹⁸.

Como se puede apreciar, un árbitro de emergencia designado bajo la reglamentación de la CCI —para asumir competencia— no sólo debe verificar la existencia del pacto de las partes de implementación del DB, sino que el DB debe encontrarse conformado y pueda estar en condiciones de ofrecer a las partes una protección cautelar similar a la que podría ofrecerle el árbitro de emergencia de la CCI.

Este criterio prioriza la tutela cautelar efectiva de las partes, ofreciendo una repuesta consistente a los posibles conflictos que puedan surgir entre ambas entidades, sin vulnerar el derecho de las partes a recibir auxilio cautelar.

Lamentablemente, este criterio aún no ha sido implementado ni uniformizado a nivel reglamentario en otras instituciones distintas a la CCI, lo cual implica que el análisis que se realice a continuación se encuentre limitado al enfoque específico de la CCI.

16 Jurgita Petkutė, “Access to Arbitral Justice in Construction Disputes” en *Construction Arbitration in Central and Eastern Europe* ed. Crina Baltag y Cosmin Vasile (Alphen:Kluwer Law International B.V., 2020), 17. Traducción libre.

17 Sara Ehsani, “Quick Step: Emergency Arbitration v DAB”, Corbett & Co International Construction-Knowledge Hub, Febrero 2017, <https://www.corbett.co.uk/quick-step-emergency-arbitration-v-dab/>. Traducción libre.

18 Cámara de Comercio Internacional, ICC Commission Report-Emergency Arbitrator Proceedings (Paris: CCI,2019), 91.

4.4 La facultad cautelar del DB vs la facultad cautelar del árbitro de emergencia

En este acápite se confronta la facultad cautelar de un DB y un árbitro de emergencia para conocer sus diferencias (si existen), a fin de responder a las interrogantes planteadas al inicio de este trabajo.

Si bien es claro que el DB como el árbitro de emergencia se encuentra habilitados para emitir medidas cautelares, el alcance, contenido y su ejecutabilidad no parecieran ser los mismos.

En cuanto al alcance de las medidas cautelares del DB, el *Handbook of Arbitration* de la CCI señala lo siguiente:

“De acuerdo a lo establecido en el artículo 20.4 del Libro Rojo, un DAB puede ordenar medidas interinas y de conservación en el contexto de sus poderes de adjudicación. El alcance de las medidas que un DAB puede ordenar es, sin embargo, amplio; y excede con creces lo que un árbitro de emergencia puede hacer. Un DAB puede, por ejemplo, ordenar al empleador realizar adelantos o pagos de hitos, a fin de aliviar las necesidades de flujo de caja del contratista. En esos casos, el árbitro de emergencia, en principio, no puede ordenar dichas medidas, pues exceden el alcance de sus medidas cautelares y provisionales”¹⁹.

Como se aprecia, criterio con el que se puede disentir, la CCI considera que las facultades cautelares del DB cuentan con un alcance mucho más amplio que el del árbitro de emergencia porque sus funciones inciden directamente en asegurar el flujo de caja del contratista para continuar con la ejecución del proyecto, pudiendo ordenar al empleador la realización de adelantos y pagos. Sin embargo, esa misma naturaleza contractual que le permite al DB cautelar con alcances mayores el derecho de las partes a lo que podría hacer un árbitro de emergencia presenta al mismo tiempo cuestionamientos en cuanto a su ejecutabilidad.

Existe un sector de la doctrina que considera que las medidas cautelares otorgadas por un DB no otorgan a la parte solicitante la misma protección que aquellas otorgadas por un árbitro de emergencia, como manifiesta Petkuté:

“Los DB son enteramente contractuales en naturaleza, y a pesar de que sus características proveen una mezcla entre la determinación experta y el arbitraje, ‘los *Dispute Boards* no son tribunales arbitrales, y sus conclusiones no son ejecutables de la misma forma que un laudo arbitral. En vez de ello, las partes acuerdan contractualmente cumplir las decisiones bajo ciertas condiciones específicas’. Sólo en casos excepcionales las decisiones finales y vinculantes del DB serán ejecutables. De otra forma, las decisiones del DB son ejecutables a un nivel contractual, y la parte interesada deberá someter la materia a un juez o un árbitro y solicitar que la decisión final y vinculante del DB sea transformada en una sentencia o un laudo, final y ejecutable, según sea el caso”²⁰.

El enfoque de Petkuté muestra la particular condición de ejecutabilidad de una decisión del DAB y si esta condición la presenta así para una decisión final y vinculante, la ejecutabilidad de una medida provisoria de un DB pareciera depender, casi exclusivamente, de la buena fe contractual de las partes.

Sin embargo, es preciso matizar esta afirmación, pues las condiciones de ejecutabilidad de las determinaciones de un DB no lo desacredita como un método de solución de controversias eficiente orientado a preservar la continuidad de un proyecto de construcción.

Al respecto, Beisteiner precisa lo siguiente:

“Es una obviedad que los arbitrajes de construcción pueden tomar varios años. En ese contexto, el DAB -particularmente, en su modalidad ‘permanente’ (...)- está pensado para, de una manera célere y provisional, poner fin a una disputa mientras el proyecto sigue su curso. Su propósito es proveer soluciones interinas para asegurar que el proyecto pueda continuar y, notablemente, asegurar los flujos de caja, en resumen, para pacificar a las partes temporalmente por el bien del proyecto”²¹.

19 Thomas Webster y Michael Buhler, *Handbook of ICC Arbitration: Commentary, Precedents, Materials* (Londres:Thomson Reuters, 2014), 473. Traducción libre.

20 Petkuté, “Access to Arbitral Justice in Construction Disputes”, 5. Traducción libre.

21 Lisa Beisteiner, “Provisional Measures Specific to Construction Arbitration: Focus on the Austrian Legal Framework and Jurisprudence” en *Construction Arbitration in Central and Eastern Europe* ed. Crina Baltag y Cosmin Vasile (Alphen:Kluwer Law International B.V., 2020), 17. Traducción libre.

Como se puede apreciar, la finalidad esencial de un DB es garantizar que el proyecto continúe y, en consecuencia, sus decisiones y medidas provisionales deben estar siempre orientadas a ese fin; y es así, como se debería comprender el extendido alcance de las medidas cautelares del DB, las cuales –como ha referido la CCI– llega a afectar aspectos intrínsecos a la ejecución del proyecto mismo.

En este contexto, es cierto que una medida provisoria de un DB no es una decisión de fondo de la controversia; pero no por ello, el incumplimiento de dicha medida provisoria puede pasar desapercibida. Por el contrario, considerando la razonabilidad y la gravedad de los hechos que motivaron su pedido, su incumplimiento, inobservancia o desatención debe ser considerada como un evidente incumplimiento contractual y por tanto generador de un reclamo de daños.

Así, Beisteiner señala lo siguiente:

“A pesar de que el lenguaje empleado para describir este poder del DAB es similar al de las leyes de arbitraje respecto a medidas cautelares, y a pesar de que el procedimiento que puede llevar a su conclusión puede ser similar a un mini-arbitraje de justicia expedita, no requiere mayor explicación el que la medida emitida por el DAB no califica como una medida cautelar arbitral. Su efecto es de naturaleza puramente contractual, al igual que la ‘decisión del DAB’ de acuerdo con la cláusula 21.4 de la suite FIDIC del 2017(...). La medida cautelar del DAB, sin embargo, no califica como una decisión del DAB, por lo que las partes no deben emitir una notificación de no conformidad. Sin embargo, el incumplimiento de una medida cautelar del DAB implicaría un incumplimiento contractual de una de las partes y tendría como consecuencia un reclamo por daños”²².

Las controversias que pueden surgir entre las partes en el marco de un contrato de construcción, así como las circunstancias que rodeen las mismas, pueden ser muy variadas, por lo que es muy difícil fijar un estándar respecto al alcance y ejecutabilidad de la protección cautelar que aquellas puedan requerir.

Sin embargo, hay que contrastar las características de alcance y ejecutabilidad desarrollados con el criterio empleado por la *Commission Report Emergency Arbitrator Proceedings* de la CCI al ser el único caso desarrollado a la fecha a un nivel reglamentario.

Este criterio fijó dos condiciones que debían verificarse para que el árbitro de emergencia decline su competencia: (i) que el DB esté conformado; y (ii) que el DB pueda ofrecer a las partes una protección cautelar similar a la que podría ofrecerle el árbitro de emergencia de la CCI.

La primera de las condiciones es importante, porque la demora en la conformación de un DB por una situación no atribuible al solicitante tiene que habilitar al árbitro de emergencia a conocer y dictar una orden cautelar, de otro modo se le negaría gravemente auxilio cautelar.

La segunda condición parte de que el DB esté conformado, pero, no obstante ello, no podría ofrecer la misma protección que lo haría un árbitro de emergencia, y esto es lo más discutible, porque no se aprecia ninguna limitación al árbitro de emergencia para dictar medidas innovativas, aun cuando en la práctica buscan conceder cautelares que sean lo menos intrusivamente posible para el contrato, buscando por lo general mantener el estado de cosas que evite un posible perjuicio; por ejemplo, la no ejecución de garantías.

En cuanto a la ejecutabilidad de una orden cautelar, este es y será un foco de discusión importante cuando un árbitro de emergencia justifique su competencia para conocer y dictar una medida cautelar fundamentando que la autoridad del DB es insuficiente para ofrecer eficacia a una decisión cautelar. Esta discusión deberá ser evaluada dependiendo de cada caso.

Analizada la diferencia entre las medidas cautelares que puede emitir un DB y un árbitro de emergencia, así como los criterios existentes para tratar de delimitar las competencias de aquellos, se ensaya una respuesta que pueda guiar la regulación peruana.

22 Beisteiner, “Provisional Measures Specific to Construction Arbitration: Focus on the Austrian Legal Framework and Jurisprudence”, 91. Traducción libre.

5. Ensayando una respuesta

Es preciso empezar reconociendo que los casos reportados de conflicto de competencia que se han presentado entre un DB y un árbitro de emergencia a nivel internacional son escasos, por lo que cualquier respuesta encontrará su principal sustento en lo desarrollado en los apartados anteriores.

Existen diversas respuestas posibles al conflicto de competencia entre el DB y el árbitro de emergencia. La primera y más simple solución sería que las partes retiren la facultad del DB de emitir medidas cautelares mediante una modificación al contrato. Sin embargo, esta respuesta es la más radical pero no idónea para el proyecto.

Como se desarrolló en el apartado anterior, durante la ejecución del proyecto las partes pueden requerir medidas que recaigan sobre aspectos intrínsecos al proyecto como mantener o recobrar el flujo de caja; preservar el rendimiento estimado; ordenar la actualización del cronograma; ordenar el pago de valorizaciones no controvertidas; exigir la formalización de una orden de aceleración o recuperación del plazo; prohibir el inicio; continuación o reinicio de actividades por situaciones inseguras; etc., los cuales parecen ir más allá de la competencia del árbitro de emergencia, o por lo menos en la práctica, no se aprecian medidas de este tipo.

Por otro lado, delimitar la competencia del DB para ordenar medidas provisorias respecto del árbitro de emergencia en un posible texto del contrato traslada a las partes un costo de transacción innecesario que puede perturbar la negociación y equilibrio contractual.

El criterio desarrollado en el *Commission Report Emergency Arbitrator Proceedings* de la CCI, el cual ha servido de estándar comparativo para el presente trabajo, es un enfoque mesurado para dar solución al posible conflicto de competencia entre el árbitro de emergencia y el DB.

En base a dicho criterio, se debería excluir la intervención del árbitro de emergencia en caso se verifique la concurrencia de tres supuestos: (i) que las partes hubiesen acordado implementar un DB; (ii) que dicho DB esté conformado al momento de presentar la solicitud al árbitro de emergencia; y (iii) que el DB se encuentre facultado para conceder medidas provisorias similares a las que puede otorgar el árbitro de emergencia, teniendo en cuenta los criterios de alcance y ejecutabilidad.

No obstante, este criterio abre la discusión a cuestionamientos sobre el alcance y ejecutabilidad de la medida cautelar dictada por un DB o árbitro de emergencia que los pone en plano de fortalezas y debilidades. El DB con mejor fortaleza que un árbitro de emergencia en cuanto al alcance de la orden cautelar; pero en plano de debilidad respecto a la ejecutabilidad.

Por ello, la solución más viable al conflicto de competencia presenta dos salidas: (i) excluir la competencia del árbitro de emergencia en caso las partes hayan pactado un DB y esté en plena actividad; y (ii) fortalecer la facultad cautelar del DB a fin de extender, normalizar su uso y garantizar la ejecutabilidad de las medidas provisorias que concedan.

La forma de incorporar este criterio a nivel del ordenamiento peruano sería vía modificación del Decreto Legislativo N° 1071, que recoja el criterio precisado en el párrafo anterior; o vía modificación de los reglamentos de los centros de arbitraje nacionales los cuales podrían incorporar este criterio y su posterior implementación.

Para terminar, es oportuno comentar el desenlace del caso que motivó este trabajo. El DB Ad hoc acordado por las partes declaró no tener competencia para modificar, alterar, corregir o dejar sin efecto la orden cautelar dictada por árbitro de emergencia porque el contexto de urgencia en el que fue emitido era perfectamente justificable.

Es decir, el solicitante recurrió al árbitro de emergencia para buscar tutela cautelar por la demora en la conformación e inicio de actividades del DB y así debía mantenerse vigente la orden hasta el inicio del arbitraje, a menos que se susciten eventos posteriores al otorgamiento de la cautelar que motiven su alteración y sea evaluado así por el mismo órgano que lo emitió.

Un evento posterior es, sin duda, la decisión de fondo del DB y su sentido puede alterar las condiciones originales del otorgamiento de la cautelar y, por lo tanto, el afectado podría pedir al mismo árbitro de emergencia dejar sin efecto su propia orden.

6. Conclusión

El DB y el árbitro de emergencia son entidades que coexisten en el contexto de la solución de conflictos contractuales en el sector de la construcción y que han ido evolucionando en el tiempo con algún conflicto. En ese contexto de evolución y desarrollo, es entendible que se presenten interrogantes, cuyo análisis pueda ayudar a lograr una mejor interacción para dar solución a cualquier conflicto de competencia.

El conflicto de competencia entre el árbitro de emergencia y el DB como tal es una situación muy particular, que no tiene una respuesta sencilla ni mucho menos definitiva. El criterio desarrollado representa una primera aproximación a una posible solución que deberá ser revisada, constantemente, para garantizar entre ambos una convivencia sin disputas y sin representar un impacto negativo en los costos de gestión de los conflictos.

Hará falta mayor desarrollo y debate en el país para evitar situaciones como las descritas en un sector con la construcción sensible en la búsqueda de eficiencia.

7. Bibliografía

Baker Ellis, Mellors, Ben, Chalmers, Scott y Anthony Lavers. *FIDIC Contractis: Law and Practice*. Oxon: Informa Law from Routledge, 2009.

Beisteiner, Lisa. "Provisional Measures Specific to Construction Arbitration: Focus on the Austrian Legal Framework and Jurisprudence" en *Construction Arbitration in Central and Eastern Europe*, editado por Crina Baltag y Cosmin Vasile. Alphen:Kluwer Law International B.V., 2020.

Cámara de Comercio Internacional. *Reglamentos de Arbitraje y de ADR*. Trappes: Imprimerie de l'Orangerie, 2011.

Cámara de Comercio Internacional. *ICC Commission Report-Emergency Arbitrator Proceedings*. Paris: CCI, 2019.

Ehsani, Sara. "Quick Step: Emergency Arbitration v DAB", *Corbett & Co International Construction-Knowledge Hub*, Febrero, 2017. <https://www.corbett.co.uk/quick-step-emergency-arbitration-v-dab/>.

FIDIC. *Condiciones de Contratación para la Construcción para Trabajos de Ingeniería y Edificación proyectados por el Cliente*. Suiza: FIDIC, 1999.

FIDIC. *Condiciones de Contratación para Proyecto y Obra para Instalaciones Mecánicas Eléctricas y para Trabajos de Ingeniería y Edificación proyectados por el Contratista*. Suiza: FIDIC, 1999.

FIDIC. *Condiciones de Contratación para Proyectos Llave en Mano*. Suiza: FIDIC, 1999.

Fry, Jason, Greenberg, Simon, y Mazza, Francesca. *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*. Paris: Cámara Internacional de Comercio, 2012.

Kantor, Elizabeth. "Emergency Arbitration of Construction Disputes – Choose Wisely or End Up Spoilt for Choice", *Kluwer Arbitration Blog*, Febrero 2017. <http://kluwerarbitrationblog.com/2017/02/15/emergency-arbitration-construction-disputes-choose-wisely-end-spoilt-choice>.

Owen, Gwyn, y Totterdill, Brian. *Dispute Boards: Procedures and practice*. Londres:Thomas Telford, 2008.

Petkutė, Jurgita. "Access to Arbitral Justice in Construction Disputes" en *Construction Arbitration in Central and Eastern Europe*, editado por Crina Baltag y Cosmin Vasile. Alphen:Kluwer Law International B.V., 2020. Webster, Thomas, y Buhler, Michael. *Handbook of ICC Arbitration: Commentary, Precedents, Materials*. Londres: Thomson Reuters, 2014.