

en una
or que
ambio,
endido
rodu-
leva a
pues.
se" no
nguna
tro de
al. de
debe
ctores
perso-

el Có-
están
1.- El
brado
alquier
e halla

l lado,
ara la
sados
como:
lidad);
ación
cia del
e cau-
necho
na en
ó: "No
rina la
haber
es del
nite al
e que
mento
chaza

LOS DISPUTE BOARDS O PANELES TÉCNICOS EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE CONSTRUCCIÓN

JUAN EDUARDO FIGUEROA VALDÉS
*Árbitro de la ICDR, división internacional
de la Asociación Americana de Arbitraje
Árbitro del CAM Santiago de Chile*

1. INTRODUCCIÓN

La industria de la construcción es especialmente prolífica en las disputas, siendo muchas las razones para ello. Así, por ejemplo, son pocos los proyectos de construcción que se ejecutan conforme a lo planificado, siendo sus modificaciones una práctica habitual; si el constructor tiene derecho a pagos adicionales por cambios durante el desarrollo de la obra es usual que sea un motivo de conflictos que tensiona la relación entre el mandante y el contratista; igualmente los plazos de ejecución de los proyectos son regularmente insuficientes y los retrasos ocasionan la aplicación de severas multas. (1)

Existe una creciente percepción en los negocios internacionales, especialmente en la industria de la construcción, y en la comunidad legal que al menos dos de los beneficios del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias (esto es, el tiempo de duración y el costo) frente a la litigación, se han visto erosionados, hasta el punto que nuevas soluciones resultan necesarias.

Como consecuencia de lo anterior, en los proyectos de construcción es importante que las partes puedan contar con métodos para obtener resoluciones obligatorias para resolver sus diferencias sobre bases provisionales, de modo que la ejecución del proyecto pueda continuar mientras las partes esperan el resultado de un proceso arbitral o de litigación. Por otro lado, dentro de las preocupaciones se encuentran aquellas de poder contar con los elementos probatorios adecuados, que éstos no sean destruidos o no se encuentren disponibles para una inspección o verificación posterior, lo cual resulta muchas veces difícil de poder cumplir para una instancia posterior de arbitraje o litigación. Así, por ejemplo, si se trata de materiales defectuosos u obras mal ejecutadas o que no cumplen con las especificaciones técnicas, es difícil determinarlos en una etapa posterior si ello ha sido incorporado en el producto final. (2)

La solución a ello ha sido dada por los "dispute boards", conocidos en español como "paneles técnicos de expertos", o simplemente "paneles técnicos". Es usual que en los proyectos de construcción internacionales se contengan en los contratos estipulaciones de consagran dicho mecanismo como instancia pre-arbitral. Así, por ejemplo, existen numerosos importantes proyectos en que los "dispute boards" han sido empleados; a saber: el proyecto del Túnel bajo el

(1) R. Harbst & Mahnken, ICC Dispute Boards Rules: The Civil Law Perspective, 72 Arb., 2006, p. 310.

(2) H. Arkin, Pre-Arbitration Dispute Resolution: What is it, Where is it and Why?, 21 Int'L Business Lawyer, September 1993, p. 374.

Canal de la Mancha; el Aeropuerto de Hong Kong; el proyecto hidroeléctrico de Ertan en China; el proyecto del Túnel para el tren bajo el Canal de la Mancha en Gran Bretaña; el túnel de Eisenhower en Colorado, Estados Unidos; la autopista de Mount Baker Ridge en Washington; el túnel de Chambers Creek en Washington; el proyecto de la Central Hidroeléctrica el Cajón, en Honduras. En forma más reciente, en los mediados de los años 1990s el mecanismo de los paneles técnicos también ha sido incorporado en los Estados Unidos en otro tipo de obras de construcción, por ejemplo autopistas, edificios públicos, y otras tales como American Telephone & Telegraph, The Hawaiian Department of Transportation y el Fondo Monetario Internacional. (3)

2. QUÉ SON LOS "DISPUTE BOARDS" O PANELES TÉCNICOS DE EXPERTOS

Los "dispute boards" o paneles técnicos de expertos son órganos establecidos para solucionar disputas contractuales tan pronto ellas se producen. Ellos usualmente se constituyen tanto pronto se firma el contrato, y están formados generalmente por uno o tres miembros familiarizados con las partes, el contrato y su ejecución.

El término "dispute boards" y "dispute review boards" pueden tener distintos significados para las partes de diferentes sistemas jurídicos o jurisdicciones. Por ello es importante comprender el efecto que la decisión del panel tendrá en las partes. Tal como veremos a continuación, las determinaciones de los "dispute boards" pueden ser decisiones obligatorias provisionalmente para las partes, tal como acontece en los contratos tipos FIDIC (4), el Banco Mundial

(3) J. Jenkins and S. Stebbings, *Internacional Construction Arbitration Law*. Kluwer Law 2006, p. 66.

(4) "FIDIC" son las siglas en francés de la Federación Internacional de Ingenieros Consul-

y los "dispute adjudication boards" creados conforme a las reglas de la Cámara Internacional de Comercio de París, o por el contrario, pueden emitir recomendaciones no obligatorias, tal como es habitual en los Estados Unidos y en los "Dispute Review Boards" creados de acuerdo con las reglas dadas por la ICC.

Las características más comunes de los "dispute boards" en los contratos internacionales de construcción, son las siguientes: i) el panel lo conforman 3 miembros, en que cada parte elige a un miembro, y las partes, previa consulta, con los miembros elegidos, seleccionan al tercer integrante, el que actuará como presidente del panel. Algunas veces se nombra un panel de un solo miembro; ii) la exigencia que los miembros del panel deben ser y mantenerse independientes e imparciales frente a las partes. Ellos no son abogados ni representantes de las partes; iii) deben implementarse al inicio del contrato, para asegurarse que ellos se familiaricen con el proyecto desde su inicio, de modo que no necesitan un tiempo extra para interiorizarse de la obra cuando una controversia se presenta; iv) la exigencia que los integrantes del panel se mantengan permanentemente informados de los avances y progresos del proyecto en cuestión, correspondiéndoles un rol activo, por ejemplo, haciendo visitas frecuentes al sitio o lugar donde se ejecuta el proyecto, requiriendo la entrega a las partes de documentos, consultando a testigos o a los representantes de las partes, y leyendo los informes de avances de obras y anotaciones del libro de obras aportadas por las partes. La libertad que tienen los miembros del panel en cuanto a los procedimientos que ellos adoptan y el uso de su experiencia constituye una de las diferencias más significativas frente al arbitraje; v) la confidencialidad de las discusiones de los paneles frente a cualquiera que no sea parte en el

Continuación nota (4)

tores, cuya Secretaría funciona en Ginebra, Suiza (www.fidic.org.)

contrato c
o judicial;
deben ev
periodos
dentro de
que la d
vii) Las d
boards" s
en el cas
recomenc
boards".

3. TIPO PANELES

De ac
nal de C
reglas se
pute boar
diferentes
Review B
cation Bo
Boards (C
una cláus
que se de
en el cont

i) D

Los D
nes", que
en relació
pueden re
los treinta
nota en ta
puede inic
contrario:
zo dentro
a ser oblig

(5) J. Je

(6) Al re-
bo.org.

(7) Artícu-
Boards de

boards" creados por la Cámara Inter-
nacional de Comercio, o por el
arbitraje, o por el
recomendaciones
habitual en los
Dispute Review
Boards en las reglas

comunes de los
arbitrajes internacio-
nales, las siguientes: i)
los miembros, en que
las partes,
los miembros elegidos,
los miembros que actúan
algunas veces como
miembro;
los miembros del panel
pendientes de ser
nombrados. Ellos no son
representantes de las partes; iii)
los miembros del contrato,
los miembros familiaricen con
el modo que no
se interiorizan
la experiencia se pre-
senta a los integrantes
anteriormente
los progresos del
trabajo, poniéndoles
pendientes de visitas
de trabajo se ejecuta el
trabajo a las partes
de los testigos o a
los miembros, y leyendo
los documentos y anotadas
por las partes, los miembros
procedimientos
de experiencia
de las partes más sig-
nificativa la confiden-
cia de los paneles
de la parte en el

contrato o frente a un procedimiento arbitral
o judicial; vi) la exigencia que los paneles
deben evacuar sus decisiones dentro de
periodos cortos de tiempo, frecuentemente
dentro de los 3 meses, a contar de la fecha
que la disputa se somete a su decisión;
vii) Las decisiones que toman los "dispute
boards" son provisionalmente obligatorias,
en el caso de los "adjudication boards", o
recomendaciones en el caso de los "review
boards". (5)

3. TIPOS DE "DISPUTE BOARDS" O PANELES TÉCNICOS DE EXPERTOS

De acuerdo con la Cámara Internacio-
nal de Comercio, en adelante, ICC, cuyas
reglas se analizarán más adelante, los "dis-
pute boards" ofrecen tres tipos de paneles
diferentes a las partes; esto es, los Dispute
Review Boards (DRBs), los Dispute Adjudi-
cation Boards (DABs) and Combined Dispute
Boards (CDBs). La ICC ofrece a las partes
una cláusula standard, según el tipo de panel
que se desee ocupar, para ser incorporada
en el contrato. (6)

i) DRBs.

Los DRBs sólo emiten "recomendacio-
nes", que no son obligatorias para las partes
en relación a cualquier disputa. Las partes
pueden rechazar la recomendación dentro de
los treinta días, mediante la notificación de una
nota en tal sentido, en cuyo caso el agraviado
puede iniciar un procedimiento arbitral. Por el
contrario, si las partes no manifiestan su recha-
zo dentro de 30 días, la recomendación pasa
a ser obligatoria para las partes. (7)

(5) J. Jenkins and S. Stebbings, ob. cit. p. 67.

(6) Al respecto, puede consultarse: www.iccwbo.org.

(7) Artículo 4º del Reglamento sobre Dispute
Boards de la ICC

ii) DABs.

Mientras los DRBs sólo emiten recomen-
daciones, los DABs emiten "decisiones" que
las partes pueden objetar. Al efecto, una
parte puede expresar su rechazo mediante
la notificación en tal sentido dentro de 30
días de emitida la decisión, en cuyo caso la
decisión es provisionalmente obligatoria, ya
que el asunto deberá ser finalmente determi-
nado por arbitraje (8). Desde la perspectiva
de la parte que persigue el cumplimiento de
un contrato y el pago de las obligaciones
contractuales, los DABs constituyen un ins-
trumento contractual poderoso para lograr
dicho objetivo. La parte que tiene que pagar
tendrá sólo la opción para dejar sin efecto
el pago mediante un arbitraje o un proceso
judicial (pay now, argue later). (9)

iii) CDBs.

Los CDBs constituyen un híbrido entre
los DRBs y los DABs. Ellos usualmente
emiten recomendaciones en relación a cual-
quier diferencia sometida a su resolución;
sin embargo, ellos pueden emitir decisiones
obligatorias si, por ejemplo, una parte recuie-
re al panel una decisión y la otra parte no la
objeta. (10) Sin embargo, si esta última objeta
la decisión, el panel técnico tendrá la facultad
discrecional para emitir una recomendación
o una decisión obligatoria. Generalmente el
panel considerará diversos aspectos para
optar por una u otra: a saber: la urgencia de
la situación; si la disputa puede producir un
quiebre grave en el contrato; si es necesar-
io la decisión para preservar una prueba o
evidencia que posteriormente será difícil de
reconstituir, etc.

(8) Artículo 5º del Reglamento sobre Dispute
Boards de la ICC.

(9) R. Harbst & Mannken, ob. cit. p. 312

(10) Artículo 6º de las reglas sobre Dispute
Boards de la ICC.

4. REGLAMENTOS INSTITUCIONALES

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

4.1. Dispute Boards del Banco Mundial.

El Banco Mundial publicó en el año 1995, una edición revisada de un contrato standard para la construcción de obras, conocida por su sigla en inglés, SBDW (11), que corresponde a una versión tipo obligatoria de contrato que debe ser empleada en cualquier contrato de obra civil importante que financie el Banco Mundial. Fue la primera oportunidad en que el uso de los DRBs fue incorporado a proyectos de obras internacionales. Mediante una modificación a dicho contrato standard se estableció el uso obligatorio de los Dispute Review Boards de 3 miembros para la resolución de disputas en una primera instancia para contratos a partir de USD 50 millones. Para contratos inferiores a USD 50 millones, las partes tienen la opción de emplear un DRB de 1 ó 3 miembros o una sola persona que actúe como Dispute Review Expert (DRE) o un ingeniero independiente de las partes. Posteriormente, en el mes de mayo del año 2000, se hizo una nueva modificación al SBDW, conforme a la cual las recomendaciones de los DRBs o del DRE, pasan a ser obligatorias, pudiendo ser revisadas en la instancia de un arbitraje. Adicionalmente, la opción de emplear un ingeniero independiente para resolver las disputas contractuales fue eliminada.

(11) Standard Bidding Documents- Procurement of Works.

La versión actualmente vigente de los DRBs o de los DRE fue publicada en mayo de 2005, y uno de sus cambios más relevantes fue el reemplazo de los términos DRB y DRE por "Dispute Boards" (DB); la eliminación del requerimiento obligatorio de un panel de tres miembros para contratos a partir de USD 50 millones; se entrega a las partes la decisión de constituir un panel de 1 miembro o de 3 miembros. Sólo en ausencia de una estipulación contractual al respecto, se entiende que el panel estará constituido por 3 miembros.

4.2. Dispute Adjudication Boards de la FIDIC.

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

Hasta antes de la publicación del "Orange Book", el primer medio para resolver las disputas entre el mandante y el constructor bajo el sistema contractual de FIDIC fue mediante un ingeniero, el cual era remunerado por el mandante, por lo que era difícil para él actuar en forma independiente e imparcial. Fue entonces que FIDIC decidió, siguiendo al criterio adoptado por el Banco Mundial, adoptar el uso de los "dispute boards", llamado por la FIDIC "Dispute Adjudication Boards", estableciendo que las decisiones de los DABs eran obligatorias para las partes, a menos que la decisión fuere revisada de común acuerdo por las partes, o sometida a arbitraje por alguna de ellas.

El establecimiento de los DABs conforme a FIDIC es parte de la cláusula sobre resolución de disputas aplicable cada vez que un contrato FIDIC es empleado, a menos que

las partes convengan en modificar o eliminar dicha estipulación.

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

Desde la adopción de los DRBs en los Estados Unidos a principios de los años 1970, han sido ampliamente usados en una gran variedad de proyectos de construcción. Al mes de septiembre de 2003, más de 1000 proyectos de construcción han empleado los DRBs, habiéndose solucionado 1.200 disputas, y sólo menos de 30 de ellas ha terminado en litigio. (12)

La Asociación Americana de Arbitraje ofrece el servicio de administración de los DRBs, a partir del mes de diciembre de 2000, y la Fundación de DRBs señala que existen diversos factores que han contribuido al éxito de los DRBs; a saber: que los tres miembros del DRBs son neutrales y su nombramiento sujeto a la aprobación de ambas partes; todos los miembros del panel firman un acuerdo con las partes, obligándose a dar a las partes un trato igualitario y justo; los honorarios y gastos de los DRBs son compartidos por partes iguales entre las partes; los DRBs se constituyen y comienzan su labor al inicio del proyecto, antes que cualquier disputa se pudiera haber producido; los miembros del panel están permanentemente informados del desarrollo del contrato, mediante una revisión periódica de todos los documentos relevantes y la visita del lugar donde se desarrollan las obras; cualquier parte puede someter una disputa a la resolución del panel de expertos; el apoyo informal a las partes, las que son escuchadas por los miembros del panel, en audiencias que se verifican en un tiempo breve; las recomendaciones o decisiones de los DRBs no son obligatorias para las partes, salvo que se

establezca lo contrario en los contratos; las recomendaciones o decisiones constituyen una importante prueba si el conflicto deriva en un arbitraje o un litigio; los miembros del panel se encuentran liberados de cualquier responsabilidad personal o profesional por sus actividades como DRBs. (13)

4.4. Los Dispute Boards de la Cámara Internacional de Comercio de París (ICC).

La Cámara Internacional de Comercio de París publicó, por primera vez, en el mes de septiembre de 2004, las reglas de funcionamiento de los Dispute Boards, las cuales aseguran un nivel alto de aceptación entre las partes, que están en búsqueda de un método neutral de resolución de controversias en sus contratos. Conforme a lo indicado por el Presidente del Grupo de Trabajo que estuvo a cargo de la elaboración de estas normas, el principal factor diferenciador de estas reglas frente a otras existentes, ha sido que el sistema de la ICC se busca que se pueda adaptar y que sea plenamente aplicable a contratos no sólo de duración larga sino también mediana, a toda industria en cualquier lugar del mundo.

Otra de las características distintivas de los DB contenidos en el Reglamento de la ICC es el poder entregado a la Cámara Internacional de Comercio, conforme a su artículo 21, para revisar una decisión adoptada por los DAB o los CDB antes que ella sea comunicada a las partes. Sin embargo, dicha facultad es otorgada únicamente si las partes así expresamente lo han convenido. Adicionalmente, conforme a lo dispuesto en el artículo 17 (3), las partes son motivadas para buscar la resolución amistosa de las

(12) The Construction Industry's Guide to Dispute Avoidance and Resolution, American Arbitration Association, octubre de 2004.

(13) *Ibid* p. 13.

(14) *Ibid* p. 113.

disputas, a pesar que el procedimiento a través del panel de expertos se esté desarrollando. (14)

5. CONSTITUCIÓN DE LOS "DISPUTE BOARDS" O PANELES DE EXPERTOS

Los DB son concebidos como un panel permanente, el cual —en ausencia de estipulación contraria de las partes— se constituye al inicio del contrato, antes de iniciarse la ejecución del proyecto. La principal ventaja de su constitución temprana es que los miembros del panel se mantienen informados del proyecto y su desarrollo, desde su inicio. Como consecuencia de ello, cuando una disputa se produce, el panel está ya constituido y operativo para que, pueda conocer y resolver la dificultad, sin perder el tiempo que significaría entrar en ese momento a seleccionar el panel.

Tratándose del sistema de DB de la ICC, existe una institución denominada ICC DB Centre, cuya más importante función es intervenir en el nombramiento de los miembros del panel como también al existir objeciones o inhabilidades de éstos. El Reglamento de los DB no establece que los miembros deban tener formación jurídica.

Por su parte, tratándose de los DB de 3 miembros, los dos primeros de ellos deben ser nominados directamente por las partes. Cada parte sugerirá un miembro, que debe ser aceptado por la otra parte. De acuerdo a lo estipulado en el artículo 7º (4) del Reglamento de la ICC, si el nombramiento no es concretado dentro del plazo de 30 días, los dos primeros miembros serán nombrados por la ICC, a simple solicitud de cualquiera de las partes. Dentro de los 30 días siguientes después de dicho nombramiento, los dos primeros miembros nominados deben sugerir el tercer miembro a las partes. Conforme a lo establecido en el artículo 8º (5), si las partes no nombraran al tercer miembro dentro del plazo de 15

días, el tercer miembro deberá ser designado por la ICC.

Ahora bien, en el caso del sistema administrado por la AAA, conforme al Reglamento sobre DRB, el proceso de nombramiento de los miembros del panel podría tornarse en lento y dificultoso si una de las partes objeta el miembro designado por la otra parte. Cada parte tiene un plazo de 14 días para nominar un reemplazante y la otra parte tiene, a su turno, otros 14 días para objetar el reemplazante sin expresión de causa. Conforme a lo dispuesto en el punto 1.02.C 5.c. del Reglamento, dicho proceso se volverá a repetir las veces que fuere necesario hasta que las partes de común acuerdo nombren a los miembros del panel.

6. FUNCIONAMIENTO DE LOS "DISPUTE BOARDS"

Si bien la tarea final de los DBs es emitir recomendaciones o decisiones, conforme a lo dispuesto en el artículo 16 del Reglamento de la ICC, el panel debe "asistir informalmente" a las partes en la resolución de toda disputa que pudiera emerger durante la ejecución del contrato. Dicha asistencia informal puede ocurrir, ya sea durante cualquier reunión del DB con las partes o en una visita que se efectúe al lugar donde se ejecuta la obra. La asistencia informal puede tomar la forma de una conversación entre el panel y cualquiera de las partes, con el objeto de lograr un acuerdo entre las partes; la expresión informal de puntos de vista dados por los miembros del panel; una nota escrita emanada del DB dirigida a las partes; o, en general, cualquier otro tipo de asistencia que pueda ayudar a las partes a resolver una diferencia entre ellas. Conforme a lo dispuesto en el artículo 16(3) del Reglamento de la ICC, si un panel es llamado a formular una determinación relativa a una desavenencia respecto a un asunto que ya prestó su asistencia informal, no se verá compelido por ninguna opinión, oral o escrita, que hubiere emitido durante el curso del apoyo informal prestado.

á ser desig-

istema admi-
Reglamento
ramiento de
tornarse en
partes objeta
a parte. Cada
para nominar
te tiene, a su
etar el reem-
sa. Conforme
22 C 5 c. del
se volverá a
esario hasta
ndo nombren

DS "DISPUTE

DBs es emitir
conforme a lo
Reglamento de
"formalmente"
a toda disputa
a la ejecución
informal pue-
quier reunión
a visita que se
ta la obra. La
aria forma de
rei y cualquier
de lograr un
resión informal
los miembros
anada del DB
eral, cualquier
a ayudar a las
ra entre ellas.
artículo 16(3)
n panel es lla-
nación relativa
a un asunto
nformal, no se
opinión, oral o
durante el curso

Por otro lado, si bien las partes son libres para convenir el procedimiento de funcionamiento del panel de expertos, los Reglamentos sobre DB proveen un procedimiento a ser adoptado en ausencia de acuerdo de las partes, esto es, de carácter supletorio. Así, por ejemplo, conforme al artículo 17 del Reglamento de la ICC, el procedimiento se inicia a partir del momento en que una de las partes presenta un requerimiento escrito a la otra parte y al propio panel de expertos. Dicha presentación debe incluir una descripción clara y concisa de la disputa y de sus circunstancias, una lista de los temas sometidos a la determinación del panel, cualquier prueba que sirva de fundamento a la presentación, con un petitorio que indique qué somete a la determinación del panel. Por su parte, la contestación de la otra parte debe ser evacuada dentro de 30 días después de la recepción del reclamo, y debe ser clara y concisa, acompañándose los documentos sustentatorios. A menos que las partes convengan en otras cosas, conforme a lo dispuesto en el artículo 19 (1) del Reglamento de la ICC, el panel debe fijar una audiencia con las partes dentro del plazo de 15 días, después de la fecha en que recibió la contestación del reclamo. La audiencia oral otorga a las partes una buena oportunidad para verificar si los miembros del panel han comprendido a cabalidad la disputa sometida a su determinación, y según fuere el caso, para formular aclaraciones o complementaciones que fueren necesarias para ilustrar al panel. (15) Generalmente los abogados o asesores externos tienen una participación menor en las audiencias ante los DB; por el contrario, cada parte presenta su posición frente al reclamo, por medio de los representantes que se encuentran más familiarizados con los aspectos más relevantes del conflicto, tales como el ingeniero administrador del contrato, el representante del mandante, el administrador del contrato, etc. El objetivo

esencial del procedimiento es obtener un proceso más expedito e informal de lo que sería un arbitraje. (16)

7. LA DECISIÓN DEL DB

De acuerdo a lo estipulado en el artículo 22 del Reglamento de la ICC, el procedimiento finaliza con la emisión de la recomendación por parte del panel de expertos, que debe siempre ser fundada. El Reglamento nada señala si el DB puede resolver en equidad. Sin embargo, a menos que el contrato en forma expresa estipule que la controversia debe ser decidida conforme a derecho, nada impedirá que el DB resuelva conforme a equidad o *ex aequo et bono*.

Conforme a las reglas de la ICC, los DB deben emitir su determinación en un plazo breve, y en todo caso, dentro de los 90 días, desde el inicio del procedimiento. Sin embargo, las partes de común acuerdo pueden extender dicho plazo máximo. (17)

Según cuales fueran las reglas, las decisiones del panel de expertos deben ser tomadas unánimemente o por simple mayoría. Así, por ejemplo, tratándose del Reglamento de la ICC, se establece que los tres miembros del panel deben hacer sus mayores esfuerzos para que cada determinación sea adoptada en forma unánime. Si ello no fuera posible, se puede adoptar una decisión por simple mayoría. Es útil otorgar facultades especiales al panel para corregir errores menores, aritméticos, etc. que pudieran contener las determinaciones que emitan. Las decisiones también deben pronunciarse sobre los costos asociados al reclamo, esto es, cual de las partes o si ambas, deben hacerse cargo de ellos. Lo usual es que cada parte pague sus propios gastos y los gastos comunes sean pagados por mitades. Es in-

(16) J. Jenkins and S. Stebbings, ob. cit. p. 123.

(17) Artículo 20 del Reglamento de la ICC.

(15) R. Harbst & Mahnken, ob. cit. p. 316.

usual, pero posible, que el panel de expertos resuelva que los costos sean pagados por la parte que resulte vencida.

8. EJECUCIÓN DE LAS DECISIONES DE LOS DB

A diferencia de una sentencia arbitral, no existe un régimen de reconocimiento y ejecución obligatoria de las determinaciones emanadas de los paneles técnicos. Como regla, las determinaciones de los DBs son contractualmente obligatorias, sólo en el sentido que los tribunales ordinarios pueden ser requeridos para su ejecución. Por consiguiente, el método apropiado de ejecución de las decisiones de los DBs es a través de una acción ordinaria de violación de contrato. Partiendo del presupuesto que la ejecución de las determinaciones de los paneles técnicos es difícil, es conveniente que las partes consideren, dentro de las estipulaciones contractuales, sanciones o multas por incumplimiento de las determinaciones de los DBs, tales como que las partes convengan que constituirá suficiente motivo suspender la ejecución del contrato en favor de la parte que se ha emitido una determinación del panel técnico; incluso podría estipularse como sanción, por ejemplo, la terminación del contrato para el evento de no cumplirse con una determinación del DB. (18)

9. REMUNERACIÓN DE LOS "DISPUTE BOARDS"

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

Conforme al Reglamento de la ICC, la remuneración del panel comprende una tarifa fija mensual y un cobro por horas de trabajo. El propósito de la remuneración mensual es que los miembros del panel estén siempre disponibles para atender reuniones, visitas al lugar donde se ejecuta el proyecto y mantenerse informado acerca de las últimas novedades del desarrollo del contrato. Una tarifa adicional se considera si los miembros del DB deben destinar tiempo a visitas al sitio, audiencias, viajes, estudio de documentos, etc.

La remuneración debe ser convenida entre las partes y el panel técnico. Adicionalmente, el Reglamento de la ICC establece que, salvo estipulación distinta, la remuneración mensual debe ser igual a la tarifa convenida para 3 días de trabajo. El principio general es que las remuneraciones a pagar al panel al igual que sus gastos, deben ser pagados por mitades por las partes. (19) Adicionalmente, existe una tarifa fija por las labores que desempeña la administración institucional del sistema, en el caso de la ICC, por medio de su Centro de DB (20).

Los costos por el uso del sistema de DBs durante la vida de los contratos de construcción de obras, ha fluctuado entre un 0.04 % al 0.51% del total del costo del contrato.

10. CONCLUSIONES

Los DBs constituyen mecanismos de resolución de controversias pre-arbitrales que son idóneos para todo tipo de contratos de larga ejecución –especialmente en proyectos internacionales de construcción–, durante los cuales un gran número de disputas pueden ocurrir, donde se combinan asuntos legales y técnicos, que pueden ser resueltos en forma más eficiente sin mayor retardo. Los paneles de expertos, como medios de resolución de disputas, intervienen ya sea mediante e apo-

(18) R. Harbst & Mahnken, ob. cit. p. 317.

(19) Artículos 26 y 32 del Reglamento de la ICC.

yo informal a las partes, o también emitiendo recomendaciones o decisiones obligatorias provisionales, que pueden posteriormente ser sometidas a arbitraje.

Los DBs son más baratos que la instancia arbitral; a lo cual se agrega que las disputas sometidas a la resolución del panel de expertos quedan normalmente a firme, por ejemplo aquellas que surgen relativas a la terminación del contrato. Por otro lado, los DBs, actuando como filtro, ayudan a refinar las disputas, dejando los temas controvertidos normalmente claros, lo que no ocurriría de otra manera.

Tratándose de las normas sobre DB dadas por instituciones tales como la ICC, o la AAA, es suficiente incorporar al contrato

una cláusula standard, para que la normativa contenida en los respectivos Reglamentos sobre DBs sea aplicable.

En suma, los DBs constituyen una herramienta muy útil de solución de controversias pre-arbitral –aún desconocida en muchos países– y un método flexible para resolver todos los asuntos que emergen especialmente en contratos de construcción complejos, tal como ocurre con los contratos de construcción de grandes obras, que usualmente tienen el carácter de internacionales. Como consecuencia de lo anterior, estimamos muy aconsejable incorporar en dicho tipo de contratos la cláusula standard de DBs que ofrecen los Centros de Arbitraje Internacionales.



ASOCIACION NACIONAL DE MAGISTRADOS
DEL PODER JUDICIAL DE CHILE

GACETA JURIDICA

AÑO 2010 / OCTUBRE / N° 364



 Legal