

Irene Nuviala Lapieza

Los Dispute Boards como
mecanismo jurídico de resolución
de conflictos en los contratos
internacionales de ingeniería y
construcción. Un análisis desde la
perspectiva del derecho
transnacional

Director/es

Fach Gómez, Katia

<http://zaguan.unizar.es/collection/Tesis>



© Universidad de Zaragoza
Servicio de Publicaciones

ISSN 2254-7606



Universidad
Zaragoza

Tesis Doctoral

LOS DISPUTE BOARDS COMO MECANISMO
JURÍDICO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN
LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE
INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN. UN ANÁLISIS
DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO
TRANSNACIONAL

Autor

Irene Nuviala Lapieza

Director/es

Fach Gómez, Katia

UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA
Escuela de Doctorado

2019

TESIS DOCTORAL

**LOS *DISPUTE BOARDS* COMO MECANISMO JURÍDICO
DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LOS
CONTRATOS INTERNACIONALES DE INGENIERÍA Y
CONSTRUCCIÓN**

**UN ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO
TRANSNACIONAL**

IRENE NUVIALA LAPIEZA



**UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA
FACULTAD DE DERECHO
ZARAGOZA
2019**

TESIS DOCTORAL

**LOS *DISPUTE BOARDS* COMO MECANISMO JURÍDICO
DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LOS
CONTRATOS INTERNACIONALES DE INGENIERÍA Y
CONSTRUCCIÓN**

**UN ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO
TRANSNACIONAL**

Doctoranda
IRENE NUVIALA LAPIEZA

Directora
Prof^a. Dra. KATIA FACH GÓMEZ
Doctora en Derecho, LL.M.

UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA
FACULTAD DE DERECHO
ZARAGOZA

Fecha de depósito de tesis: 27 de marzo de 2019.

Fecha prevista de defensa de tesis: 10 de junio de 2019.

*A Marcos y Rubén,
por muchas tardes en el parque*

AGRADECIMIENTOS

A lo largo de los quince años que hace conozco a la Profesora Katia Fach, he tenido la suerte de darle las gracias en numerosas ocasiones. Por eso estoy segura de que se sentirá honrada con estas palabras, que encabezan el complejo proyecto que ella me ha considerado capaz de abordar en todo momento. Me siento muy afortunada de poder dar las gracias a la Profesora Katia Fach por haber dirigido mi tesis doctoral con el rigor y la excelencia científicos que presiden su trayectoria académica y el compromiso y la honestidad que la definen como persona. Asimismo, el principal motivo por el que hoy quiero dar las gracias a la Profesora Katia Fach constituye uno de los mayores gestos de generosidad que se puede mostrar hacia una persona. Gracias, Profesora Fach, por enseñarme un oficio: el oficio de la investigación.

May I switch to English in order to acknowledge the welcoming support I found in the international community of legal scholars and practitioners for the accomplishment of this dissertation. I hereby thank Professor Catharine Titi for hosting me in Paris and encouraging me with the necessary strength to face the final stretch of this work. I am sure she will soon be reading this work in Spanish, as she extraordinarily perseveres in every aim she targets. I would also like to thank Dr. Seppälä for his willingness and accurate recommendations, as well as Mr. Van Langelaar for heading me towards outstanding referrals. I must also acknowledge the work of Haruki Murakami, who writes the only books with which I have been able to distract my mind from exhausting research sessions.

Deseo dar las gracias a la Dra. Lapieza y al Dr. Nuviala, mis padres, por educarme en la cultura del esfuerzo con la que hoy me reconcilio. Gracias a Jorge, mi hermano, a quien siempre puedo acudir cuando parece que nada va bien; y a la Profesora Francisca Láñez, mi abuela, por el ejemplo que ha consolidado con su trayectoria, que siempre me resulta inspirador.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
1. LA IMPORTANCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL ÁMBITO DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN.....	4
2. ESTADO DEL ARTE.....	10
3. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA DE INVESTIGACIÓN ABORDADO POR ESTA TESIS DOCTORAL	15
4. PRINCIPALES CUESTIONES A RESPONDER POR ESTA TESIS DOCTORAL	16
5. ESTRUCTURA DE LA TESIS.....	19
6. METODOLOGÍA.....	22
CAPÍTULO I. CONCEPTO, EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y RELEVANCIA CONTEMPORÁNEA DE LOS <i>DISPUTE BOARDS</i> EN LA ESCENA JURÍDICO-EMPRESARIAL INTERNACIONAL	27
1. CONCEPTO Y NOTAS CARACTERÍSTICAS DE LOS <i>DISPUTE BOARDS</i>: LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE	

UNAS PARTES CONTRACTUALES ALTAMENTE INTERNACIONALIZADAS Y ESPECIALIZADAS	28
1.A. Principales ventajas y retos jurídicos de la utilización de <i>Dispute Boards</i> en contratos internacionales de ingeniería y construcción	48
1.A.i. Ventajas	49
1.A.ii. Retos	51
2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y ACTUALIDAD DE LOS <i>DISPUTE BOARDS</i>: DEL MUNDO SUBTERRÁNEO A UNA PROMETEDORA SUPERFICIE.....	58
2.A. El origen de los <i>Dispute Boards</i>: Contratos de ingeniería y construcción en Estados Unidos	59
2.A.i. Primeros contratos en Estados Unidos y factores que propiciaron la generalización de los <i>Dispute Boards</i> en todo el país	59
2.A.ii. Generalización del uso de <i>Dispute Boards</i> en Estados Unidos: Contratos clave en el ámbito de las infraestructuras.....	68
2.B. El desarrollo internacional de los <i>Dispute Boards</i>: Los contratos más significativos más allá de las experiencias estadounidenses.....	79
2.B.i. Complejo hidroeléctrico de El Cajón (Honduras).....	80
2.B.ii. Complejo hidroeléctrico Ertan (República Popular China).....	81
2.B.iii. Presa de Katse (Lesoto).....	85
2.B.iv. Aeropuerto Internacional de Hong Kong (República Popular China).....	88
2.B.v. Otros contratos relevantes	90
2.C. Relevancia contemporánea de los <i>Dispute Boards</i> en contratos internacionales de ingeniería y construcción: Apuntes de derecho comparado	92
3. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO I.....	102

CAPÍTULO II. LAS ORGANIZACIONES PROFESIONALES INTERNACIONALES COMO PRINCIPALES AGENTES EN LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LOS <i>DISPUTE BOARDS</i>.....	109
---	------------

1. AGENTES EMPRESARIALES Y PROFESIONALES: PROMOTORES CLAVES EN LA LABOR DE ESTANDARIZACIÓN DE DISPOSICIONES SOBRE LOS <i>DISPUTE BOARDS</i>	110
2. PRINCIPALES ORGANIZACIONES PROFESIONALES INTERNACIONALES QUE HAN ELABORADO MODELOS DE	

CONTRATO DE INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN: ESPECIAL CONSIDERACIÓN A AQUELLAS QUE INCORPORAN UN <i>DISPUTE BOARD</i> EN SU CLÁUSULA <i>MULTI-TIER</i> DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.....	122
2.A. Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils (Suiza): Modelos de contrato FIDIC.....	122
2.A.i. Relevancia jurídica y principales objetivos de FIDIC	123
2.A.ii. Hitos principales de FIDIC como entidad creadora de estándares internacionales en materia de resolución de disputas	124
2.A.iii. El presente y futuro de FIDIC.....	130
2.B. Institution of Civil Engineers (Reino Unido): Modelos de contrato NEC	132
2.B.i. Relevancia contemporánea del ICE.....	132
2.B.ii. Antecedentes y actividad de uniformización del ICE.....	134
2.B.iii. Los itinerarios <i>multi-tier</i> de resolución de conflictos en el novedoso modelo de contrato NEC4	136
2.B.iv. Aplicación práctica del NEC a nivel internacional	141
2.C. Chambre de commerce internationale (Francia): Modelo de contrato Llave en Mano y disposiciones procedimentales sobre <i>Dispute Boards</i>	144
2.D. Engineering Advancement Association of Japan (Japón) – Modelos de contrato ENAA	150
2.E. Organisme de Liaison des Industries Métalliques Européennes (Bélgica), Modelo de contrato Llave en mano para plantas industriales de ORGALIME.....	155
2.F. Otras instituciones: Banco Mundial y bancos regionales de desarrollo	159
3. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO II	163

CAPÍTULO III. CONSIDERACIONES JURÍDICAS EN TORNO A LAS PRINCIPALES TAXONOMÍAS DE LOS *DISPUTE BOARDS*.....

1. CLASIFICACIÓN EN ATENCIÓN AL MOMENTO DE SU CONSTITUCIÓN: <i>STANDING DISPUTE BOARDS</i> Y <i>AD-HOC DISPUTE BOARDS</i>	170
1.A. La regulación jurídica internacional de los <i>Standing Dispute Boards</i>	173
1.A.i. Consideraciones generales sobre los <i>Standing Dispute Boards</i>	174
1.A.ii. Composición de los <i>Standing Dispute Boards</i>	183
1.A.iii. Remuneración de los miembros de los <i>Standing Dispute Boards</i>	186
1.A.iv. Obligaciones de los miembros de los <i>Standing Dispute Boards</i>	189
1.A.v. Terminación del mandato de los miembros de los <i>Standing Dispute Boards</i> ...	193

1.B.	La legislación británica (<i>Statutory Adjudication</i>) como figura afín a los <i>Ad Hoc Dispute Boards</i> : apuntes de derecho comparado	195
1.B.i.	Consideraciones jurídicas en torno a los <i>Ad Hoc Dispute Boards</i> y al instituto jurídico del <i>Statutory Adjudication</i>	199
1.B.ii.	La legislación británica como paradigma en la consideración del modelo de <i>Ad Hoc Dispute Board</i>	201
2.	CLASIFICACIÓN EN ATENCIÓN A LA FUERZA VINCULANTE DE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS: <i>DISPUTE REVIEW BOARDS</i>, <i>DISPUTE ADJUDICATION BOARDS</i> Y <i>COMBINED DISPUTE BOARDS</i>	215
2.A.	Resoluciones no vinculantes o recomendaciones (<i>recommendations</i>): <i>Dispute Review Boards</i>	220
2.B.	Resoluciones vinculantes o decisiones (<i>decisions</i>): <i>Dispute Adjudication Boards</i> ..	237
2.B.i.	Características principales de las decisiones de los <i>Dispute Adjudication Boards</i>	238
2.B.ii.	Reflexiones en torno a la eficacia jurídica de los <i>Dispute Adjudication Boards</i> : terminología asociada y estado actual de la cuestión	240
2.C.	<i>Combined Dispute Boards</i> : Una figura mixta auspiciada por la CCI.....	253
3.	CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO III	262

CAPÍTULO IV. EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA GESTIÓN DE CONFLICTOS DE INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN EN EL LIBRO PLATA DE FIDIC DE 2017: UN INNOVADOR CONCEPTO DE *DISPUTE BOARD*

1.	EL MODELO DE CONTRATO LIBRO PLATA DE FIDIC DE 2017: JUSTIFICACIÓN JURÍDICA DE SU ESTUDIO DETALLADO.....	273
2.	COMPOSICIÓN Y ESTRUCTURA DEL LIBRO PLATA DE FIDIC DE 2017	280
2.A.	Notas (<i>Notes</i>).....	280
2.B.	Condiciones Generales (<i>General Conditions</i>)	285
2.C.	Guía para la preparación de las condiciones particulares y anexos: Formularios de garantías (<i>Guidance for the Preparation of Particular Conditions and Annexes: Forms of Securities</i>).....	289

2.D.	Modelos de carta de adjudicación, acuerdo contractual y acuerdo del Dispute Adjudication/Avoidance Board (<i>Forms of Letter of Tender, Contract Agreement and Dispute Adjudication/Avoidance Agreement</i>)	291
3.	LA EVOLUCIÓN DEL SISTEMA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL ENTORNO FIDIC: DE LA PREDECESORA CLÁUSULA 20 A LAS ACTUALES CLÁUSULAS 20 Y 21 DE LAS CONDICIONES GENERALES DEL LIBRO PLATA.....	294
3.A.	El perfeccionamiento del sistema <i>multi-tier</i> en el Libro Plata de FIDIC de 2017: Establecimiento de varias oportunidades para resolver el conflicto.....	295
3.B.	El novedoso binomio de cláusulas del sistema de resolución de conflictos del Libro Plata de FIDIC.....	301
4.	EL TRATAMIENTO DEL PRINCIPIO DE EVITACIÓN DE DISPUTAS EN EL LIBRO PLATA DE FIDIC DE 2017	304
4.A.	El principio de evitación de disputas como eje transversal del Libro Plata de 2017	305
4.B.	El régimen explícito de la evitación de disputas en el Libro Plata de FIDIC: Sub-Cláusula 21.3 <i>Avoidance of Disputes</i>	311
5.	RESOLUCIÓN DE DISPUTAS EN EL LIBRO PLATA DE FIDIC DE 2017: UN NOVEDOSO RÉGIMEN JURÍDICO AL SERVICIO DEL BUEN FIN DEL PROYECTO DE INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN	317
5.A.	El régimen de resolución de disputas en el Libro Plata de FIDIC: Nuevas y perfeccionadas disposiciones	318
5.A.i.	Elementos clave del sistema de resolución de conflictos del Libro Plata de FIDIC de 2017	322
5.A.ii.	Localización sistemática y características del sistema de resolución de conflictos en el Libro Plata de 2017	322
5.A.iii.	Procedimiento de reclamaciones relacionadas con los aspectos no esenciales del contrato: Cuestiones distintas a precio y plazo	328
5.A.iv.	Procedimiento de reclamaciones relacionadas con los aspectos esenciales del contrato: Plazo y precio	330
5.A.v.	Procedimiento contradictorio para conformar la noción de <i>Claim</i> : Subepígrafe 20.2.2 <i>Initial Response</i>	340
5.A.vi.	Obligación de documentar el procedimiento de reclamación: subepígrafe 20.2.3 <i>Contemporary Records</i>	342

5.A.vii. Desarrollo del procedimiento de reclamación formal a través de un documento con requisitos cualificados <i>Fully detailed Claim</i> : Garantías y consecuencias jurídicas	343
5.A.viii. El pronunciamiento del <i>Employer's representative</i> como condición para el establecimiento de la <i>Claim</i>	349
5.B. Resoluciones arbitrales sobre la necesidad de remitir las diferencias contractuales al procedimiento establecido en la Sub-Cláusula 3.5 <i>Agreement or determination</i>.....	356
5.C. El concepto formal de <i>Dispute</i>: Requisitos y relevancia jurídica de la clasificación.....	364
5.D. Normas procedimentales aplicables a la noción de <i>Dispute</i>: Tratamiento en el Libro Plata de 2017 y precedentes arbitrales con influencia en esta edición de FIDIC	367
5.E. Los efectos de las resoluciones emitidas por los <i>Dispute Boards</i>: Nueva redacción del Libro Plata a la luz de diversos pronunciamientos arbitrales	374
6. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO IV	392

CAPÍTULO V. SIMILITUDES, DIVERGENCIAS Y RELACIÓN ENTRE LOS <i>DISPUTE BOARDS</i> Y EL ARBITRAJE COMERCIAL EN EL ENTORNO DE LAS CLÁUSULAS <i>MULTI-TIER</i> DE LOS CONTRATOS DE INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN: ESTUDIO DE JURISPRUDENCIA Y LAUDOS ARBITRALES.....	400
---	------------

1. DELIMITACIÓN DE LA NOCIÓN DE <i>DISPUTE BOARD</i>: REFLEXIONES EN TORNO A SU RELACIÓN CON EL ARBITRAJE COMERCIAL Y DISTINCIÓN RESPECTO DE CONCEPTOS JURÍDICOS AFINES	403
1.A. Características comunes a los <i>Dispute Boards</i> y al arbitraje como mecanismos de resolución de conflictos	406
1.B. La configuración jurídica de la distinción entre los <i>Dispute Boards</i> y el arbitraje en los principales modelos de contrato de ingeniería y construcción.....	411
2. GRADO DE IMPERATIVIDAD DE LA REMISIÓN AL <i>DISPUTE BOARD</i> EN EL CONTEXTO DE LAS CLÁUSULAS <i>MULTI-TIER</i>: ANÁLISIS DESDE EL PRISMA DE LA PRÁCTICA JUDICIAL Y ARBITRAL.....	421

2.A.	Cuestiones previas al sometimiento de una disputa formal a arbitraje: La asistencia informal del <i>Dispute Board</i> y el análisis <i>prima facie</i> de la Cámara de Comercio Internacional.....	423
2.A.i.	Asistencia informal por parte del <i>Dispute Board</i>	424
2.A.ii.	Análisis <i>prima facie</i> realizado por la Cámara de Comercio Internacional.....	427
2.B.	La decisión del <i>Dispute Board</i> y el procedimiento arbitral: ¿<i>Condition precedent</i>?.....	430
2.B.i.	Interpretaciones divergentes por parte de órganos judiciales nacionales.....	432
2.B.ii.	Obligación de someter la disputa a un <i>Dispute Board</i> : regla de partida en los principales modelos de contratos internacionales.....	436
2.B.iii.	Excepción a la obligación de someter la disputa a un <i>Dispute Board</i> : La Sub-Cláusula 20.8 de los modelos de contrato de la <i>Rainbow Suite</i> de FIDIC de 1999.....	440
2.C.	Tratamiento otorgado a los <i>Dispute Boards</i> por la <i>Rainbow Suite</i> de FIDIC de 2017: Consecución de una mayor eficiencia jurídica.....	466
3.	EFFECTOS JURÍDICOS DE LA AUSENCIA DE REMISIÓN DE LA DISPUTA A UN <i>DISPUTE BOARD</i> EN EL CONTEXTO DE LAS CLÁUSULAS <i>MULTI-TIER</i>: ANÁLISIS DESDE EL PRISMA DE LA PRÁCTICA JUDICIAL Y ARBITRAL.....	469
3.A.	Consecuencias jurídicas del incumplimiento de la estructura de resolución de conflictos contenida en las cláusulas <i>multi-tier</i> en la <i>Rainbow Suite</i> de 1999.....	470
3.A.i.	Precisiones jurídicas y terminológicas.....	471
3.A.ii.	Interpretaciones ofrecidas por la CCI en relación con la inhibición en el conocimiento de la causa por incumplimiento de la cláusula escalonada de resolución de conflictos: Inadmisibilidad y admisibilidad con suspensión.....	474
3.B.	Reflexiones jurídicas sobre la nueva <i>Rainbow Suite</i> de FIDIC: ¿Perfilando los casos del futuro?.....	486
3.B.i.	Párrafo quinto de la Sub-Cláusula 21.6 <i>Arbitration</i> del Libro Plata de 2017 ...	488
3.B.ii.	Las medidas provisionales y el <i>Dispute Avoidance/Adjudication Board</i>	489
4.	CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO V.....	495
	CONCLUSIONES FINALES.....	503
	BIBLIOGRAFÍA.....	519
1.	FUENTES BIBLIOGRÁFICAS DOCTRINALES.....	519
1.A.	Libros.....	519

1.B.	Capítulos de libro	524
1.C.	Artículos doctrinales	527
1.D.	Conferencias de contenido jurídico publicadas	548
2.	OTRAS FUENTES BIBLIOGRÁFICAS.....	550
2.A.	Guías e informes profesionales.....	550
2.B.	Noticias de prensa.....	553
2.C.	Entradas de blog.....	553
2.D.	Páginas web.....	554
3.	INSTRUMENTOS NORMATIVOS.....	557
3.A.	Leyes y reglamentos	557
3.A.i.	Reino Unido	557
3.A.ii.	Chile.....	557
3.A.iii.	Sao Paulo (Brasil)	557
3.A.iv.	Perú	557
3.B.	Otros instrumentos normativos	558
4.	MODELOS DE CONTRATO	558
4.A.	Fédération Internationale des Ingenieurs-Conseils (FIDIC).....	558
4.B.	Institution of Civil Engineers (ICE).....	559
4.C.	CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE (ICC)	559
4.D.	Engineering Advancement Association Of Japan (ENAA)	559
5.	DECISIONES ARBITRALES Y JUDICIALES	560
5.A.	Laudos De La Cámara De Comercio Internacional (CCI)	560
5.B.	Jurisprudencia nacional	561
5.B.i.	Sao Paulo (Brasil)	561
5.B.ii.	Suiza.....	561
5.B.iii.	Reino Unido	561
5.B.iv.	Singapur	561
	LISTA DE ANEXOS	563

INTRODUCCIÓN

El ámbito empresarial de la ingeniería y la construcción internacionales presenta abundantes retos de naturaleza jurídica, debido a la complejidad de los elementos que se conjugan en los contratos que regulan su régimen jurídico. El referido ámbito constituye un sustrato en el que una deficiente gestión de los conflictos internacionales adquiere una relevancia especialmente adversa para la consecución de los fines perseguidos por las partes y demás agentes contractuales. Como respuesta a este planteamiento, es probablemente en el ámbito de la ingeniería y construcción internacionales donde se ponen en práctica los mecanismos de resolución alternativa de conflictos más sofisticados y atractivos para su estudio desde una perspectiva jurídica interdisciplinar.

Entre estos mecanismos, los *Dispute Boards* han protagonizado una boyante trayectoria en las últimas décadas y son prolijos y relevantes los agentes jurídicos que han dado cuenta de los beneficios de acudir a este método de resolución alternativa de disputas. Los *Dispute Boards* son un mecanismo híbrido de resolución de conflictos dirigido a resolver disputas en uno los entornos industriales jurídicamente más complejos a nivel internacional. La relevancia jurídica de los *Dispute Boards* se refleja tanto en el éxito que este mecanismo tiene entre las partes contractuales, como en la positiva respuesta de la ofrecida por la comunidad jurídico-empresarial internacional, proclive a introducir la figura del *Dispute Board* tanto en estándares internacionales originados en el ámbito privado como también en normativa interna de diversos países.

La complejidad contractual del sector de la ingeniería y construcción internacionales trae su causa en una serie de factores que confluyen, destacando entre ellos los desafíos técnico-jurídicos con los que cuentan los proyectos que se acometen bajo esas fórmulas y la sofisticación y el alto grado de exigencia de los agentes intervinientes en ellos. Por estos motivos las necesidades jurídicas de los instrumentos utilizados en los contratos internacionales de ingeniería y construcción presentan atractivos retos jurídicos que la presente tesis doctoral, como se expondrá posteriormente, aborda desde la óptica del derecho transnacional¹. Ello a su vez supone implementar en esta tesis doctoral un enfoque jurídico interdisciplinar en el que materias como el Derecho Internacional Privado, el Derecho Mercantil y el Derecho Procesal coadyuvan en el estudio y la eficiente resolución de conflictos derivados de complejas relaciones privadas internacionales.

¹ Por lo que respecta a esta tesis doctoral, la noción de Derecho Transnacional es aquella que define este término como una disciplina jurídica dedicada al estudio de normas que no quedan limitadas por fronteras estatales. Desde esta óptica, en el Derecho Transnacional se encuadran tanto instrumentos normativos creados por el legislador nacional tradicional como por agentes distintos a esta figura, ya sean públicos o privados. Como resultado, bajo el paraguas del Derecho Transnacional coexisten disposiciones de diferente naturaleza: normas jurídicas de diferentes estados, normas de derecho blando (*soft law*) y otros instrumentos normativos jurídicos y cuasi-jurídicos. Esta novedosa concepción del derecho hay sido objeto de interés entre la doctrina recientemente, como necesaria consecuencia del estudio del impacto de la globalización en el ámbito jurídico. Reciente bibliografía en la materia es: FARAH, Paolo Davide (ed.), *Transnational law and governance*, Nueva York, 1ª Ed., Routledge Publishing, 2019; CUTLER, A. Claire; DIETZ, Thomas (eds.), *The politics of private transnational governance by contract*, Nueva York, 1ª Ed., 2017, 308 págs; CANEDO ARRILLAGA, María Pilar (coord.), *Diversas implicaciones del Derecho transnacional*, Bilbao, 1ª. Ed, Universidad de Deusto - Deustuko Unibertsitatea, 2006; AMAN, Alferd C. Jr., “Globalización, Derecho transnacional y desnacionalización”, en PAREJO ALFONSO, Luciano José; VIDA FERNÁNDEZ, José (coords.); DE LA QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás (hom.), *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI: libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Valencia, 1ª Ed., Tirant lo Blanch, vol. 1, 2017, págs. 79-94; GIMENEZ-CORTE, Cristián, “Derecho Transnacional, entre el Ius Civile y el Ius Mercatorum (Transnational Law, between Ius Mercatorum and Ius Civile)”, *Derecho comercial y de las obligaciones: Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica*, núm. 249, 2011, págs. 1-24.

El establecimiento de un órgano imparcial como el *Dispute Board*, que está presente normalmente a pie de obra desde el inicio de la ejecución contractual presenta una gran eficiencia jurídica, tanto más cuando aúna funciones de evitación y resolución de conflictos. El impacto de la presencia contractual de un *Dispute Board* en proyectos internacionales de dimensiones faraónicas se percibe de manera positiva a lo largo del extenso *iter* que transcurre desde las primeras reuniones en obra hasta la evitación de interposición de demandas arbitrales o judiciales. Es por todo ello que la presente tesis doctoral centra su atención en la figura del *Dispute Board* como mecanismo jurídico de resolución de conflictos en los contratos internacionales de ingeniería y construcción. Antes de comenzar con el estudio de este novedoso y complejo tema, estas páginas introductorias van a reflexionar sobre la importancia del Derecho Internacional Privado y otras disciplinas como el Derecho Mercantil y el Derecho Procesal en el desarrollo jurídico de este tipo de contratos. Estas primeras páginas también presentan el estado del arte en la referida cuestión y exponen el enfoque de esta tesis doctoral a la hora de estudiar la figura del *Dispute Board*. Todo ello conduce a presentar las principales cuestiones a las que va dar respuesta esta tesis doctoral, así como la estructura de dicho estudio y la metodología empleada para desarrollar una tesis doctoral que pretende elaborar novedosas teorías sobre la eficiencia jurídica de los *Dispute Boards* como mecanismo de resolución de conflictos en el contexto de los contratos internacionales de ingeniería y construcción.

1. LA IMPORTANCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL ÁMBITO DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN

Desde hace más de dos décadas, la doctrina internacional-privativa española² es consciente de la relevancia jurídica de los contratos internacionales de ingeniería y construcción.³ Este interés por dicha materia jurídica se plasmó en la elaboración y posterior publicación de dos tesis doctorales por parte de sendas autoras pertenecientes a importantes escuelas de la doctrina internacional-privatista española⁴. Dichos trabajos monográficos se centran respectivamente en el contrato de construcción llave en mano⁵ y en el contrato de internacional de

² Eminentes profesores de Derecho Internacional también han investigado los contratos de construcción e ingeniería. A modo de ejemplo: BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz, “Practical problems in resolving disputes in an international construction and infrastructure project”, *International Business Law*, vol. 27, núm. 120, 1999, págs.196-199.; FALLON, Marc, “Rapport belge” en *La responsabilité des constructeurs, Travaux de l’ Association Henri Capitant, Journées égyptiennes*, París, 1ª Ed., Litec, 1991, págs, 233 y ss.

³ Ya en la década de los ochenta se publicó este reseñable trabajo, elaborado desde un perspectiva mercantilista: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, “El contrato de ingeniería Caracteres y conceptos”, *Hacienda Pública española*, núm. 94, 1984, págs. 133-147.

⁴ Asimismo, otros profesores de Derecho Internacional Privado español han estudiado estos contratos GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., *Derecho internacional privado*, Madrid, 4ª Ed., Editorial Civitas, 2017, 517 págs.; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Derecho internacional privado*, vol. 2, Granada, 18ª Ed., Editorial Comares, 2018, 1536 págs.; FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos; SÁNCHEZ LORENZO, Sixto A., *Derecho internacional privado*, Madrid, 10ª Ed., Editorial Civitas, 2018, 876 págs.; ABARCA JUNCO, Ana Paloma et al., *Derecho Internacional Privado*, Madrid, 2ª Ed., Uned, 2016, 722 págs.; ESPLUGUES MOTA, Carlos; IGLESIAS BUHIGUES, José Luis; PALAO MORENO, Guillermo; *Derecho internacional privado*, Valencia, 12ª Ed., Tirant lo Blanch, 2015, 701 págs. REIG FABADO, Isabel; LAPIEDRA ALCAMÍ Rosa, “Novedades en la resolución extrajudicial de controversias en los contratos internacionales de ingeniería (de la función cuasi-arbitral del ingeniero a una modalidad de ADR: el Dispute Adjudication Board. Las cláusulas 67 y 20 del libro rojo de la FIDIC)”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, núm. 2000-2001, págs. 317-346.

⁵ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora, *Los contratos internacionales de construcción "llave en mano"*, Granada, 1ª Ed. Editorial Comares, 1999, 464 págs.

ingeniería⁶. Ambas obras dedican un capítulo a la determinación del derecho aplicable al fondo del contrato, realizando la distinción habitual en la disciplina, dependiendo de que la *lex causae* sea consecuencia del ejercicio de la autonomía de conflictual de las partes o por el contrario venga determinada por la norma de conflicto aplicable al caso en ausencia de elección inter-partes. Por la fecha de elaboración de los referidos trabajos, ambos centran su atención en el entonces aplicable Convenio de Roma, estando plenamente justificado que la entrada en vigor del Reglamento Roma I haya impulsado la elaboración de un actualizado artículo doctrinal en la materia por parte de una de las precitadas autoras de Derecho Internacional Privado⁷.

La determinación del derecho aplicable al fondo de estos contratos internacionales es un ejercicio jurídico en el que, como es sabido, la cuestión de la calificación del supuesto de hecho de la norma de conflicto es especialmente relevante. Es por ello que la determinación de la *lex causae*, cuestión que constituye una de las esencias del Derecho Internacional Privado, necesita previamente tender puentes hacia otras disciplinas jurídicas. En consonancia con ello, las dos monografías precitadas que han sido objeto de detallado estudio por parte de esta tesis doctoral, dedican extensos capítulos a exponer las características y la naturaleza jurídica de los contratos internacionales de construcción e ingeniería⁸. Para ello, las autoras referidas recurren al Derecho Civil y al Derecho Mercantil nacional y comparado, concluyendo ambas que la subsunción de las características y naturaleza jurídica de los contratos de ingeniería y construcción dentro de algunas estructuras tradicionales del derecho

⁶ REIG FABADO, Isabel, *El contrato internacional de ingeniería*, Valencia, 1ª Ed., Tirant lo Blanch, 2008, págs. 136 y 228-239.

⁷ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora, “Los contratos internacionales de construcción «llave en mano»”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, marzo 2014, núm. 1, págs. 161–235.

⁸ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora, *Los contratos internacionales de construcción "llave en mano"*, Granada, 1ª Ed. Editorial Comares, 1999, págs. 1-140 y REIG FABADO, Isabel, *El contrato internacional de ingeniería*, Valencia, 1ª Ed., Tirant lo Blanch, 2008, págs. 30-117.

civil o mercantil no es para nada tarea sencilla. Ello es consecuencia de que nos hallamos ante dos tipologías contractuales complejas, en tanto en cuanto contienen una gran variedad de prestaciones dentro de su objeto. Esta variedad de prestaciones redundante en la dificultad de la determinación de las características y naturaleza jurídica del contrato de ingeniería y construcción, porque se trata de fórmulas atípicas que no encuentran una regulación específica en el ordenamiento jurídico español⁹.

Este acercamiento desde el Derecho Internacional Privado a disciplinas jurídicas como el Derecho Civil y Mercantil tradicional confronta a las referidas autoras con una conclusión inicial que dista mucho de ser satisfactoria: *“la evolución y la transformación experimentada en el ámbito de la construcción no ha contado, sin embargo, con el respaldo doctrinal ni legal que el fenómeno merece”*¹⁰ y *“el desarrollo considerable que ha experimentado la contratación en el ámbito del comercio internacional en el sector de la ingeniería [contrasta] con la falta de respuesta jurídica en el plano nacional e incluso internacional”*¹¹.

Dado que en el mundo de los negocios internacionales los proyectos de ingeniería y construcción son una realidad económica consolidada, es innegable que también es necesario contar con una regulación de naturaleza jurídica que permita gestionar las relaciones entre las partes de proyecto de una forma lo más efectiva y eficiente posible. Ya que, según la doctrina española precitada, ni la combinación de fuerzas por parte de los enfoques más clásicos

⁹ NUVALA LAPIEZA, Irene; FACH GÓMEZ, Katia, “El contrato llave en mano”, en ABRIL, ANTONIO (Coord.), *Los contratos mercantiles y su aplicación práctica*, Barcelona, 1ª Ed., Bosch – Wolters Kluwer, 2017, págs. 560-568.

¹⁰ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora, “Los contratos internacionales de construcción «llave en mano»”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, marzo 2014, núm. 1, pág. 162.

¹¹ REIG FABADO, Isabel, *El contrato internacional de ingeniería*, Valencia, 1ª Ed., Tirant lo Blanch, 2008, pág. 131.

del Derecho Internacional Privado, del Derecho Mercantil y del Derecho Civil ha sido capaz de cubrir todo el espectro de necesidades jurídicas planteadas por los proyectos de ingeniería y construcción, la doctrina internacional-privatista española se ha hecho eco de la búsqueda finalista que ha desarrollado con ahínco la doctrina extranjera.

Ello implica que el Derecho Internacional Privado entra en contacto con la *Lex Mercatoria* y, más específicamente, con fenómenos más focalizados materialmente como el *ius ingeniorum* y *lex constructionis*. Acercarse a fenómenos como los recién apuntados supone en primer lugar asumir y aceptar que hay sujetos privados que están creando reglas de esencia jurídica en materia de ingeniería y construcción, las cuales nacen totalmente desvinculadas de los sistemas jurídicos tradicionales elaborados por los estados o demás entes de naturaleza pública. En segundo lugar, aproximarse al *ius ingeniorum* y a la *lex constructionis* supone asimismo constatar que dichas iniciativas jurídicas de origen privado han conseguido ser extremadamente exitosas en el contexto empresarial internacional, pues ofrecen a los actores implicados una extensa reglamentación que satisface sus necesidades. De ahí que esté justificado que la doctrina internacional-privatista española haya dedicado sus esfuerzos a estudiar pormenorizadamente en sus trabajos estas reglas jurídicas armonizadas que han nacido en el seno de asociaciones profesionales y otras organizaciones internacionales.¹²

De todo lo expuesto hasta el momento se desprende que el correcto y completo estudio de los aspectos jurídicos de los contratos de ingeniería y construcción requiere que el jurista realice un ejercicio de complementariedad jurídica. Esto es, las fronteras ficticias creadas por algunos planes de estudio

¹² HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora, *Los contratos internacionales de construcción "llave en mano"*, Granada, 1ª Ed. Editorial Comares, 1999, pág. 141-214 y REIG FABADO, Isabel, *El contrato internacional de ingeniería*, Valencia, 1ª Ed., Tirant lo Blanch, 2008, págs. 131-226.

universitarios no sobreviven al careo que impone la realidad empresarial contemporánea. Contratos complejos como los que son objeto de la presente tesis doctoral requieren la confluencia de conocimientos y enfoques procedentes de sectores jurídicos como el Derecho Internacional Privado, el Derecho Mercantil, y el Derecho Civil. La fusión de sectores como los recién apuntados reciben en la actualidad diversas denominaciones, entre las que destacan: Derecho Económico Internacional, Derecho de los Negocios Internacionales, Derecho Mercantil Internacional, Derecho Global o Derecho Transnacional. Este tipo de disciplinas son una realidad asentada en múltiples universidades extranjeras, las cuales en ocasiones encomiendan su impartición a docentes internacional-privatistas. También algunas universidades españolas han apostado con firmeza por el derecho mercantil internacional, implementando diversas iniciativas teórico-prácticas (*moots*¹³, masters, etc.) que gozan de reconocimiento internacional¹⁴.

La incidencia del Derecho Procesal en los contratos internacionales de ingeniería y construcción es asimismo una realidad insoslayable, máxime en un trabajo como la presente tesis doctoral, la cual centra su atención en la resolución de conflictos en los referidos sectores empresariales. Hasta el momento, la doctrina internacional-privatista española ha dedicado su atención a la relevante

¹³ PERALES VISCASILLAS, María del Pilar; RAMOS MUÑOZ, David, “Participación en concursos internacionales (Moot Viena)”, en TURULL RUBINAT Maxim, ALBERTÍ ROVIRA, Enoch, *74 experiencias docentes del Grado en Derecho*, Barcelona, 1ª Ed., Octaedro, 2016, págs. 251-254; PERALES VISCASILLAS, María del Pilar; RAMOS MUÑOZ, David, “Alternative Dispute Resolution and Career Education - Mooting its Way through the Study Plans”, *Spain arbitration review: Revista del Club Español del Arbitraje*, núm. 2, 2008, págs. 67-74.

¹⁴ ILLESCAS ORTIZ, Rafael; PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, *Derecho mercantil internacional: el derecho uniforme*, Madrid, 1ª Ed., Editorial Universitaria Ramon Areces, 2003, 496 págs.; MORILLAS JARILLO, María José; GÓMEZ JENE, Miguel, *Arbitraje comercial*, Cizur Menor (Navarra), 1ª Ed., Civitas Thomson Reuters, 2018, 540 págs.; PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José, *Estudios sobre el futuro Código Mercantil, Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Madrid, 1ª Ed., Universidad Carlos III, 2015, 2131 págs.; PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, *Arbitrabilidad y convenio arbitral: Ley 60/2003 de arbitraje y derecho societario*, Madrid, 1ª Ed., Thomson Aranzadi, 2005, 266 págs.

cuestión de la resolución de controversias derivadas de las precitadas tipologías contractuales a través de distintas acciones complementarias. En primer lugar, el curso general de Derecho Internacional Privado incorporado a los Grados de Derecho dedica parte de su programa al conocido como Derecho Procesal Civil Internacional. Dentro de esta amplísima materia se estudian los foros contractuales recogidos en la regulación comunitaria, convencional y autónoma, de la misma forma que se estudian los aspectos internacionales de diversos institutos procesales –medidas cautelares, reconvención, litispendencia, etc.–¹⁵ que pueden ser muy relevantes en el curso de una litigación que traiga por causa un contrato de ingeniería y construcción. En segundo lugar, los planes de estudio de diversas facultades españolas han ofrecido y en ocasiones siguen ofreciendo varias asignaturas (comercio internacional, arbitraje, ADR, etc.) en las que se abordan los referidos contratos desde diversas perspectivas. Ello ha generado muy destacadas monografías y obras colectivas dirigidas por la doctrina internacional-privatista española¹⁶. En tercer lugar, las autoras internacional-

¹⁵ HEREDIA CERVANTES, Iván, *Proceso internacional y pluralidad de partes*, Granada, 1ª Ed., Editorial Comares, 2002, 395 págs.; HERRERO PEREZAGUA, Juan Francisco (dir.), *Las transformaciones del proceso civil*, Pamplona, 1ª Ed., Editorial Aranzadi, 2017, 373 págs.

¹⁶ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos; ARENAS GARCÍA, Rafael; MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto de, *Derecho de los negocios internacionales*, Madrid, Iustel Publicaciones, 2016, 757 págs; PALAO MORENO, Guillermo, ESPINOSA CALABUIG, Rosario; FERNÁNDEZ MASÍA, Enrique; ESPLUGUES MOTA, Carlos, *Derecho del Comercio Internacional*, Valencia, 8ª Ed., Tirant lo Blanch, 2017, 450 págs; ESPLUGUES MOTA, Carlos, *Arbitraje marítimo internacional*, Pamplona, 1ª Ed, Thomson Civitas, 2007, 824 págs.; FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, *Del arbitraje, de los árbitros y de la práctica arbitral*, Alcobendas, 1ª Ed., Rasche, 2014; GÓMEZ JENE, Miguel, *El arbitraje internacional en la Ley de arbitraje de 2003*, 1ª Ed., Editorial Constitución y Leyes (Colex), 2008, 256 págs.; ROCA AYMAR, José Luis, *El arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1ª Ed., ICEX, 2006, 371 págs; HEREDIA CERVANTES, Iván, *Arbitraje y concurso internacional*, Madrid, 1ª Ed., Civitas, 2009, 164 págs.; AGUILAR GRIEDER, Hilda, *La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional*, Santiago de Compostela, 1ª Ed., Universidade de Santiago de Compostela, Serv. de Publ. e Intercambio Científico, 2001; PALAO MORENO, Guillermo; “Mediación y Derecho internacional privado”, en VÁZQUEZ GÓMEZ, Eva María, ADAM MUÑOZ, María Dolores, CORNAGO-PRIETO, Noé, *El arreglo pacífico de las controversias internacionales*, Valencia, 1ª Ed, Tirant lo Blanch, 2013, págs. 649-674; PALAO MORENO, Guillermo, “La mediación y su codificación en Europa: aspectos de derecho internacional privado”, en GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, BARONA VILAR, Silvia, CALDERÓN CUADRADO, MONTERO AROCA, Juan (hom.), *El*

privatistas precitadas, que han dedicado parte de su trayectoria investigadora a estudiar *in extenso* los contratos internacionales de ingeniería y construcción, también se han aproximado a los diversos mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos derivados de estas tipologías contractuales¹⁷. Lógicamente, la doctrina procesalista española también se ha dedicado a estudiar *in extenso* estos mecanismos ADR, tanto en el contexto español como en el comparado e internacional¹⁸.

Por todo lo recién expuesto, procede exponer a continuación cuál es el actual estado del arte en materia de resolución de conflictos derivados de contratos de ingeniería y construcción. Ello es necesario para perfilar un objeto material de tesis que permita generar una aportación jurídica novedosa en el contexto jurídico español e internacional.

2. ESTADO DEL ARTE

La presente tesis doctoral toma como punto de partida las carencias e inadecuaciones que la doctrina internacional-privativa española le achaca al arbitraje –también conocido como *arbitrigation* en este contexto crítico¹⁹–

derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango: Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños, Valencia, 1ª Ed., Tirant lo Blanch, 2012, págs. 1337-1352.

¹⁷ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora, “Los mecanismos alternativos de resolución de litigios (ADR) en el ámbito de los contratos internacionales de construcción”, en GARCÍA VILLALUENGA, Leticia; TOMILLO URBINA, Jorge Luis; VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo; FERNÁNDEZ CANALES, Carmen, *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, Vol. 2, *Arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos*, Madrid, Editorial Reus, 2010, págs. 205-222.

¹⁸ A modo de ejemplo, CASTILLO FELIPE, Rafael; (coord.), TOMÁS TOMÁS, Salvador (coord.); SIGÜENZA LÓPEZ, Julio (dir.), GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, Gemma (dir.), *Estudios sobre mediación y arbitraje desde una perspectiva procesal*, Madrid, 1ª Ed., Thomson Reuters Aranzadi, 2017, 357 págs.

¹⁹ FACH GÓMEZ; Katia “La creación y el funcionamiento de los Tribunales comerciales internacionales: Estudio de sus efectos en el ámbito del arbitraje comercial internacional”, en LÓPEZ

cuando este interviene como mecanismo único de resolución de las controversias derivadas de los contratos de ingeniería y construcción. Así, se ha afirmado taxativamente que: “*es fácil entender que, en el ámbito de la construcción internacional, exista una cierta animadversión hace el arbitraje internacional como único medio de arreglo de diferencias. Este recelo se ha visto especialmente incrementado por la propia evolución que el arbitraje ha experimentado en los últimos años, acentuando su carácter jurisdiccional y, consecuentemente, la lentitud y los costes de procedimiento*”.²⁰

Es por ello que esta tesis doctoral centra inicialmente su atención en la figura de los *Dispute Boards*, pretendiendo de esta forma dar un novedoso paso adelante en los estudios monográficos que la doctrina-internacional privatista ha dedicado a los contratos internacionales de ingeniería y construcción. El análisis de las cláusulas escalonadas o en cascada (*multi-tier clauses*) que recogen muchos contratos internacionales de ingeniería y construcción conduce a la presente tesis a defender un enfoque basado en el principio de la complementariedad²¹. De igual forma que el estudio completo y correcto de dichos contratos internacionales requiere implementar una amalgama de disciplinas clásicas como el Derecho Mercantil, Derecho Procesal o Derecho Internacional Privado, un estudio de los *Dispute Boards* que vaya más allá del estado del arte requiere adentrarse en el análisis de las conexiones que esta figura presenta en la práctica con el arbitraje o con la litigación ante foros nacionales – lo cual a su vez reconecta con las disciplinas precitadas–.

RODRÍGUEZ, Ana Mercedes; FACH GÓMEZ, Katia (eds.), Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras en España y Latinoamérica, Valencia, 1ª Ed, Tirant lo Blanch, 2019, págs. 33-68.

²⁰ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora, “Los contratos internacionales de construcción «llave en mano»”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, marzo 2014, núm. 1, págs. 161–235, en esp. 220.

²¹ HWANG, Chun-Yi; YAU, Nie-Jia, “An Experimental Case-Based Reasoning Mechanism for Construction Mediation”, <http://www.iaarc.org/publications/fulltext/S06-3.pdf>.

En la actualidad, y como da detallada cuenta la presente tesis doctoral, el estado del arte en materia de *Dispute Boards* pivota en torno a un conjunto de materiales que tienen en común su contenido jurídico, pero que presentan un origen, características y vinculatoriedad muy diversa. Tratando de perfilar algunos de los aspectos más característicos de los documentos que constituyen el estado del arte en el sector de la resolución de conflictos en el ámbito de los contratos de ingeniería y construcción, esta tesis doctoral procede a apuntar los cuatro siguientes: publicaciones que presentan un carácter marcadamente práctico-técnico y apegado a la factualidad del correspondiente proyecto objeto de estudio; modelos de contrato a los que se incorporan modificaciones con cierta frecuencia; modelos de contrato que no son de libre acceso y suelen requerir que los interesados los adquieran a un precio bastante elevado; e idioma inglés como *lingua franca* de los documentos estudiados en dichos sectores jurídico-empresariales.

Como se expondrá a continuación, existen publicaciones con un marcado enfoque práctico que son escritas con frecuencia por prácticos del derecho o por profesionales con perfiles técnicos. Asimismo, los artículos científicos y doctrinales en materia de *Dispute Boards* suelen estar vinculados a contratos celebrados para acometer un proyecto específico. Ha de tenerse en cuenta además que el ámbito en el que operan los *Dispute Boards* constituye un entorno de gran relevancia práctica y económica, en el que la necesidad de actualización y soluciones prácticas hacen evolucionar el estado del arte a gran velocidad.

En esta línea, es relevante destacar que entre las enunciadas aportaciones jurídico-prácticas existen y se utilizan con frecuencia un tipo de dossieres (*case books*) que recopilan casos concretos en los que han operado *Dispute Boards* y exponen los procedimientos por los que pasa la disputa desde su creación hasta su resolución, frecuentemente en sede de arbitraje. Dichos dossieres suelen ser bastante descriptivos y se limitan a yuxtaponer las

resoluciones de los *Dispute Boards* con motivo de las diferencias surgidas en la ejecución de contratos determinados y a emitir un breve comentario sobre los elementos fácticos de estos proyectos. Es por ello que para elaborar un análisis jurídico de los casos referidos en los *case books* es necesario contar con un lector especializado, capaz de conjugar estas compilaciones y de extraer las conclusiones que se infieren del establecimiento y operación de *Dispute Boards* en los casos expuestos en el contenido de estas peculiares fuentes bibliográficas.

Por otra parte, diversas organizaciones profesionales internacionales llevan décadas realizando una destacada labor de publicación de modelos de contrato y de guías jurídico-divulgativas para la utilización jurídicamente eficiente de los mismos. Los modelos de contrato ofrecidos por dichas instituciones no aspiran a la perdurabilidad que se puede predicar como virtud de textos jurídicos generados por legisladores estatales, sino que por el contrario, dichas iniciativas autonormativas suelen ser especialmente receptivas a las necesidades del sector y publican con frecuencia modificaciones y nuevas guías divulgativas. Esto es, las organizaciones profesionales precitadas son unos destacadísimos agentes del contexto de los proyectos de ingeniería y construcción y se caracterizan por estar especialmente atentos a los problemas que se plantean en el día a día de estos sectores empresariales. Por ello, es habitual que la realidad incida en los modelos contractuales, impulsando a que se introduzcan en ellos las aclaraciones y mejoras que dicho ámbito jurídico-empresarial pueda requerir en cada momento. Es por todo ello que los profesionales del derecho dedicados al ámbito jurídico de los contratos de ingeniería y construcción están llamados no sólo al estudio de la versión actual de dichos modelos contractuales, sino también al análisis de todos los antecedentes jurídicos que han llevado a la redacción de las actuales cláusulas contractuales. Solo mediante este conocimiento de la evolución del gremio empresarial en el que se desempeñan profesionalmente, podrán los juristas dar una respuesta jurídica óptima a las cuestiones planteadas por unas partes especialmente complejas y sofisticadas.

Asimismo, es relevante destacar que el inglés es el idioma en que están publicados los modelos de contrato de las diferentes organizaciones profesionales referidas, así como el idioma en el que se emiten las decisiones generadas por los propios *Dispute Boards*, por los tribunales domésticos y por los paneles arbitrales a los que remiten las cláusulas *multi-tier*. La gran mayoría de las contribuciones doctrinales existentes en la materia están igualmente redactadas en inglés. La reciente regulación de los *Dispute Boards* como mecanismo de resolución de conflictos en contratos de ingeniería y construcción en algunos países latinoamericanos pone de manifiesto la importancia que presenta la cuestión de la resolución de conflictos en estos perfiles contractuales en contextos lingüísticos no anglosajones. Ello justifica la adecuación de realizar un estudio detallado sobre esas cuestiones que, como la presente tesis doctoral, aparezca redactado en español y presente un enfoque de *civil law*.

La referida regulación en materia de *Dispute Boards* realizada por algunos países latinoamericanos generará sentencias que serán publicadas en repertorios jurisprudenciales –posiblemente *online* y tal vez de acceso libre–. Sin embargo, hasta el momento la situación en materia de publicidad de laudos y decisiones de *Dispute Boards* ha sido justamente la contraria. Esto es, la privacidad (motivada en buena medida por la confidencialidad de los procesos arbitrales), ha sido la tónica habitual entre las partes participantes en mecanismos de resolución de conflictos en el ámbito de la ingeniería y construcción. Ello, lógicamente, dificulta el desarrollo de la investigación científica en la materia. Lo mismo puede decirse respecto de los modelos de contrato elaborados por las principales asociaciones profesionales de estos sectores: el texto actualizado de dichos contratos es de difícil acceso y frecuentemente requiere el pago de un precio elevado. Así, el estado del arte se halla hoy en día en laudos y modelos de contrato a los que resulta francamente difícil acceder, lo cual supone un claro obstáculo para trabajos académicos como el que aquí se desarrolla.

3. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA DE INVESTIGACIÓN ABORDADO POR ESTA TESIS DOCTORAL

Se estima que el estado de la ciencia en materia de *Dispute Boards* en contratos de ingeniería y construcción internacionales puede beneficiarse de un estudio como el desarrollado por la presente tesis doctoral.

Por un lado, no existen hasta el momento obras doctrinales que realicen un estudio exhaustivo de las últimas ediciones de los modelos de contrato publicados a lo largo del 2017 por las asociaciones profesionales más relevantes del panorama internacional. Las exiguas contribuciones en la materia, quedan limitadas a breves publicaciones de carácter práctico y descriptivo. Igualmente, y como ya se ha señalado, hasta el momento dichas aportaciones se han realizado mayoritariamente en inglés.

Por otro lado, las ediciones anteriores de los modelos de contrato más importantes a nivel mundial sí que cuentan con un conjunto de contribuciones jurídicas en la materia; entre las que se encuentran manuales, monografías y artículos doctrinales. La presente tesis doctoral realiza un importante esfuerzo por sistematizar y reflexionar sobre todo este acerbo. Asimismo, esta tesis recopila y estudia un buen número de laudos y decisiones judiciales sobre *Dispute Boards*, proponiendo interpretaciones novedosas en la materia.

Por todo ello, se aspira a que este trabajo pueda configurarse como una herramienta jurídica para académicos y profesionales del ámbito técnico pertenecientes al amplio ámbito geográfico hispanoparlante. Como se ha apuntado, la presente tesis doctoral contribuye a que el español adquiera fuerza en el relevante ámbito jurídico y económico que integra la industria de la ingeniería y construcción internacionales. Aunque el inglés sea claramente considerado como la *lingua franca* en el referido sector, contribuciones como el presente trabajo operan en aras de la diversificación idiomática y la potenciación del español como lengua vehicular científica.

Igualmente, se estima que la presente tesis doctoral puede contribuir a que las organizaciones internacionales creadoras de estándares internacionales en materia de ingeniería y construcción puedan avanzar en su labor de difusión de los *Dispute Boards* como eficientes mecanismos de resolución de disputas al más alto nivel. En esta misma línea, es previsible que este trabajo sea valorado por estas instituciones, dado que recopila un número relevante los laudos emitidos por la Cámara de Comercio Internacional en materia de *Dispute Boards*, incluso algunos que todavía no han sido publicados.

En conclusión, la presente tesis doctoral pretende realizar un trabajo exhaustivo y riguroso sobre todas las facetas jurídicas que presentan los *Dispute Boards* como mecanismo de resolución de disputas en los contratos internacionales de ingeniería y construcción. Asimismo, su redacción en español constituye una verdadera innovación con respecto al estado de la ciencia y se estima que este trabajo es el primero de estas características y extensión redactado en este idioma.

4. PRINCIPALES CUESTIONES A RESPONDER POR ESTA TESIS DOCTORAL

Expuesta ya la necesidad de desarrollar el presente estudio doctoral y subrayada asimismo la novedad que tal implica, procede realizar a continuación un esfuerzo sintetizador, para presentar cuáles son las principales cuestiones jurídicas a las que la presente tesis doctoral va a ofrecer respuesta.

El punto de partida radica en que la presente tesis doctoral desea elaborar una definición actualizada de la figura de los *Dispute Boards*, mediante la respuesta a diversas preguntas esenciales como las siguientes: ¿Qué son los *Dispute Boards*?, ¿En qué ámbito se utilizan los *Dispute Boards*?, ¿Qué ventajas ofrece la utilización de *Dispute Boards* en el sector de la ingeniería y construcción internacionales?, ¿Cómo y dónde se originaron los *Dispute Boards*?, ¿Existen

contratos relevantes en los que se puedan encontrar *Dispute Boards* como mecanismo alternativo de resolución de conflictos?, ¿Qué tasas de éxito arroja la introducción de un *Dispute Board* en la cláusula de resolución de conflictos de un contrato bajo cuyo régimen jurídico se ejecuta una infraestructura de grandes dimensiones?, ¿Cómo contribuye el establecimiento de un *Dispute Board* en la vertiente económica de la ejecución contractual de un proyecto de ingeniería y construcción internacional?.

Posteriormente, la labor investigadora se dirige a responder a las preguntas conducidas a descubrir y examinar cuáles son en concreto los instrumentos jurídicos en los que se regula la figura de los *Dispute Boards* como mecanismo alternativo de resolución de conflictos en los contratos de ingeniería y construcción internacionales. Estas preguntas se pueden sistematizar en las siguientes: ¿Existen normas que regulen los *Dispute Boards*?, ¿En qué instrumentos jurídicos se encuentra la regulación jurídica de los *Dispute Boards*?, ¿Cuáles son los agentes que contribuyen a la positivación jurídica de los *Dispute Boards*?, ¿Qué características presentan los agentes creadores de disposiciones sobre *Dispute Boards*?, ¿Dónde radican y cuál es el ámbito de actuación de las asociaciones profesionales que elaboran estándares en la industria de la ingeniería y construcción internacionales, en los que los *Dispute Board* han demostrado su eficiencia jurídica?, ¿Cuán frecuente y relevante es la actividad de estas asociaciones profesionales como agentes redactores de modelos de contrato que incluyen la presencia de un *Dispute Board* en su clausulado?.

Una vez que esta tesis ofrece respuesta a las cuestiones precitadas, este trabajo científico se focaliza en construir nuevas visiones del tratamiento jurídico de los *Dispute Boards*, mediante el planteamiento de nuevos retos, sistematizados en las siguientes preguntas: ¿Qué tipos de *Dispute Boards* existen?, ¿Cuáles son las diferencias entre los tipos de *Dispute Boards*?, ¿Qué relevancia jurídica adquiere la elección de a) un *Standing Dispute Board* b) un

Ad Hoc Dispute Board en un determinado contrato?, ¿En base a qué criterios es jurídicamente acertado decidir la fuerza vinculante de las resoluciones de un *Dispute Board*?, ¿Qué respuestas ha obtenido esta cuestión en la práctica arbitral?.

Tomando como referencia las teorías jurídicas elaboradas en las respuestas anteriores, la presente tesis doctoral profundiza en el estudio de los *Dispute Boards*, dirigiendo su atención a las asociaciones profesionales que elaboran textos jurídicos en torno a la figura de los *Dispute Boards*. En dicho contexto, la presente tesis doctoral da respuesta a las siguientes preguntas jurídicas: ¿Cuáles son los principales modelos de contrato que ofrece la industria de la ingeniería y construcción en los que se introduce un *Dispute Board* como método de resolución de conflictos?, ¿Qué son las cláusulas *multi-tier*?, ¿Cómo opera la existencia de un *Dispute Board* en una cláusula *multi-tier*?, ¿Qué es FIDIC?, ¿Qué tipos de contrato publica FIDIC?, ¿Qué tratamiento otorga FIDIC a los *Dispute Boards*?, ¿En qué medida está reflejado dicho tratamiento jurídico en la práctica arbitral de la ICC?, ¿Qué novedades ofrece FIDIC en materia de *Dispute Boards*?, ¿Qué resultados jurídicos arroja la comparación de la redacción de las nuevas cláusulas de resolución de conflictos del entorno FIDIC con respecto a las anteriores disposiciones sobre la materia?.

Por último, es necesario focalizar la reflexión jurídica que la presente tesis doctoral desea desarrollar hacia la relación entre los *Dispute Boards* y el arbitraje internacional, mediante el planteamiento de cuestiones como las siguientes: ¿En qué se diferencian los *Dispute Boards* del arbitraje internacional comercial como mecanismos de resolución de disputas?, ¿En qué medida reconoce la práctica arbitral y jurisdiccional a los *Dispute Boards* como método de resolución alternativa de conflictos?, ¿Existe una práctica jurisdiccional o arbitral consolidada respecto a la interpretación de las disposiciones publicadas por FIDIC en las ediciones antecesoras a la presente?, ¿A la luz de la nueva

redacción de los modelos de contrato de FIDIC de 2017, qué cuestiones jurídicas es previsible que surjan en el futuro de los *Dispute Boards*?

Una vez formuladas las muy diversas y abundantes cuestiones que la presente tesis doctoral ambiciona a dar respuesta en clave jurídica, procede exponer a continuación cuál es la estructura sistemática del presente trabajo de investigación.

5. ESTRUCTURA DE LA TESIS

Tomando como base las principales cuestiones recién planteadas, esta tesis doctoral está estructurada en torno a cinco capítulos. Ellos a su vez se dividen en diversos epígrafes y múltiples subepígrafes, a los que suele hacerse referencia genéricamente como “secciones”, al objeto de facilitar la lectura del presente trabajo.

El capítulo I comienza con un análisis del concepto genérico de *Dispute Board* y enumera las ventajas jurídicas que presenta este método de resolución alternativa de disputas y los retos actuales a los que esta figura se enfrenta en el ámbito de la ingeniería y construcción internacionales. Con posterioridad, se presentan los antecedentes históricos que han contribuido a la actual consolidación de los *Dispute Boards* como el mecanismo alternativo de resolución de conflictos conocido en nuestros días, que goza de un gran éxito en el ámbito referido. Posteriormente, se pone de manifiesto la eficiencia jurídica de este mecanismo mediante diversos ejemplos de proyectos reales que todavía siguen en funcionamiento, tanto en el país en el que se originaron los primeros *Dispute Boards* (Estados Unidos) como en el ámbito internacional. Por último, se valora el boyante *status quo* que los referidos contratos internacionales han protagonizado como consecuencia de la introducción de este mecanismo jurídico de resolución de controversias comerciales transnacionales en megaproyectos

internacionales a nivel global. El capítulo termina con las conclusiones que se infieren de los temas recién apuntados.

El capítulo II retrata en primer lugar el escenario jurídico que ha propiciado la creación de estándares internacionales en contratos internacionales de ingeniería y construcción redactados por entidades de naturaleza privada, lo cual refleja el reciente fenómeno conocido como *informal lawmaking*. En concreto, se realiza un análisis de los agentes que intervienen en los contratos que regulan las relaciones jurídicas entre unas partes especialmente complejas y exigentes, que son los principales usuarios de los *Dispute Boards* como mecanismo de resolución de conflictos. En segundo lugar, en este capítulo se detallan las principales asociaciones internacionales que publican disposiciones de aplicación en materia de ingeniería y construcción internacional: FIDIC, ICE, CCI, ENAA, ORGALIME y los bancos regionales de desarrollo. También se presentan los modelos contractuales publicados por estas relevantes asociaciones que incluyen la figura de los *Dispute Boards* en sus cláusulas *multi-tier*. Por último, el capítulo finaliza presentando sus conclusiones sobre la labor de uniformización de disposiciones que han acometido las precitadas organizaciones internacionales en fechas recientes.

El capítulo III elabora dos novedosas clasificaciones no excluyentes de los tipos de *Dispute Board*, atendiendo a los parámetros más relevantes que admiten la autonomía de la voluntad de las partes como factor modulador de este método híbrido de resolución de conflictos. En primer lugar, se presentan los diferentes tipos de *Dispute Boards* que pueden originarse según la decisión de las partes contractuales con respecto al momento de constitución del órgano de resolución de disputas: *Standing Dispute Boards* y *Ad Hoc Dispute Boards*. Desde esta perspectiva, en este capítulo se valoran las consecuencias jurídicas de la elección de cada uno de estos órganos, tomando como referencia los modelos de contrato publicados por FIDIC, ICE y CCI y se distingue a los *Ad Hoc Dispute Boards* de la figura afín de la *Statutory Adjudication* realizando un

ejercicio de derecho comparado. En segundo lugar, el capítulo expone la clasificación que atiende a la fuerza vinculante otorgada por las partes a los *Dispute Boards*. La aplicación de este parámetro determina la existencia de *Dispute Review Boards*, *Dispute Adjudication Boards* y *Combined Dispute Boards* y la correspondiente emisión de diversos tipos de resoluciones, que también son objeto de estudio en el correspondiente epígrafe. Por último, se exponen las conclusiones que se infieren de las referidas taxonomías.

El capítulo IV elabora un exhaustivo estudio jurídico de la nueva edición del conocido como “Libro Plata”. Este modelo contractual ha sido publicado en 2017 por FIDIC, la organización profesional más relevante en materia de ingeniería y construcción a nivel mundial. En concreto, el capítulo detalla el sistema de resolución de conflictos que ofrece este modelo contractual y realiza una detallada comparación con su predecesor, el Libro Plata de 1999. En primer lugar, la tesis expone la estructura sistemática del Libro Plata de 2017, desde el punto de vista jurídico y comparado con la edición predecesora. En segundo lugar, se detalla el sistema de gestión de disputas de este sobresaliente modelo de contrato, haciendo referencia al nuevo órgano diseñado para conocer de las diferencias contractuales más relevantes a nivel global: el *Dispute Avoidance/Adjudication Board*. Bajo este *nomen iuris*, se reúnen diversas atribuciones en materia de evitación y de resolución de disputas contractuales. En tercer lugar, la tesis explicita la relevancia del principio de evitación de disputas como eje vertebrador del Libro Plata de 2017, que se refleja de manera tanto implícita como explícita en el referido modelo contractual mediante la introducción de nuevas facultades a este novedoso órgano. En cuarto lugar, en este capítulo se refieren las funciones de resolución de disputas atribuidas al *Dispute Avoidance/Adjudication Board* y se realiza un análisis jurídico del *iter* recogido en el Libro Plata para la resolución de conflictos que se originen a lo largo de la ejecución contractual. Asimismo, se realiza una comparación de la nueva redacción con la edición anterior, de 1999, y se presenta la interpretación realizada de dicha edición de los modelos de contrato del entorno FIDIC por el

corpus de laudos emitidos por la CCI en la materia. Por último, se exponen las conclusiones que se infieren del estudio realizado en este capítulo.

El Capítulo V presenta en primer lugar la distinción jurídica existente entre los *Dispute Boards* y el arbitraje como métodos de resolución de disputas. En segundo lugar, este capítulo analiza diversos laudos arbitrales referidos a la relación entre *Dispute Boards* y arbitraje en la cláusula *multi-tier* de la edición de los modelos de contrato FIDIC de 1999 y examina asimismo cuál ha podido ser su influencia sobre la actual redacción de la *Rainbow Suite* de FIDIC de 2017. Por último, el capítulo expone el contenido de varias resoluciones judiciales de tribunales domésticos nacionales y laudos arbitrales de la CCI, que se pronuncian sobre la interpretación de diversas cuestiones jurídicas que surgen en aplicación de las disposiciones *multi-tier* de las ediciones de FIDIC de 1999, las cuales han contribuido a la nueva redacción de la edición de 2017. El capítulo concluye haciendo referencia a algunas cuestiones jurídicas que, previsiblemente, serán objeto de una creciente atención doctrinal en el futuro. Finalmente, se presentan las conclusiones de este capítulo, así como las conclusiones de toda la tesis, que aparecen bajo el título “Conclusiones Finales”.

6. METODOLOGÍA

Como se viene exponiendo en los apartados precedentes, el estudio de la figura de los *Dispute Boards* como mecanismo jurídico de resolución de conflictos en los contratos internacionales de ingeniería y construcción ha hecho que la doctoranda se haya planteado un relevante número de cuestiones a lo largo de su investigación y que haya ido dando respuesta a dichos interrogantes a lo largo de los cinco capítulos que conforman la presente tesis doctoral.

Con el objetivo de elaborar un trabajo de investigación riguroso y a la vez novedoso, la doctoranda ha realizado un gran esfuerzo a la hora de localizar, sistematizar y reflexionar sobre la bibliografía existente en esta materia. Como ya

se apuntó, dicha bibliografía aparece mayoritariamente escrita en inglés y en ella se utiliza un registro muy especializado que, en ocasiones, requiere que el lector también posea conocimientos de ámbitos técnicos. Asimismo, dicha bibliografía aparece clasificada formalmente bajo las rúbricas de distintas disciplinas jurídicas (Derecho Internacional Privado, Derecho Mercantil, Derecho Procesal), por lo que su correcta comprensión requiere *de facto* poseer conocimientos jurídicos en ámbitos como el derecho nacional, derecho comparado, derecho convencional y derecho transnacional. Pese a que efectivamente el inglés es el idioma considerado hasta la fecha como *lingua franca* en materia científica en el ámbito de la ingeniería y la construcción internacionales, desea apuntarse que la presente tesis doctoral ha hecho un esfuerzo por hallar fuentes doctrinales en español y también recoge contribuciones en francés y portugués. Ello manifiesta la relevancia global del estudio de los *Dispute Boards* como mecanismo de resolución de conflictos.

El correcto desarrollo de la presente tesis doctoral también ha requerido tener acceso a laudos arbitrales y sentencias judiciales, lo cual en ocasiones ha sido difícil de lograr por los motivos expuestos en apartados precedentes. De ahí que se considere que el estudio arbitral y judicial recogido en la presente tesis doctoral sea uno de los puntos en los que se pueda apreciar una evolución en el estado del arte.

Igualmente, para la elaboración de la presente tesis doctoral ha resultado especialmente relevante realizar una exhaustiva labor de acceso y recopilación de los principales modelos contractuales publicados por las asociaciones profesionales que se detallan en secciones posteriores de este trabajo. Es necesario destacar que la mayoría de estos modelos de contrato presentan unos precios de venta muy altos y, dado que en este caso no era posible realizar este abono, ha sido necesario contactar con cada una de estas asociaciones de forma individualizada y justificar de manera cualificada a sus

correspondientes gestores que el acceso que se solicitaba a estos textos estaría enfocado a fines estrictamente académicos.

En este sentido, la doctoranda se ha dirigido a todas las organizaciones internacionales que publican modelos de contrato de relevancia internacional y de esta forma ha conseguido contar con un prolijo compendio de instrumentos jurídicos para el estudio de las cuestiones más relevantes en materia de resolución alternativa de disputas. Muestra de ello es el Anexo que contiene el modelo contractual cuyo estudio se acomete de manera detallada en el presente trabajo. Dicho texto contractual se entrega junto con la presente tesis doctoral a los miembros del comité evaluador de la misma.

A día de hoy, la doctoranda mantiene correspondencia con muchas de estas organizaciones profesionales internacionales, ha asistido a cursos especializados impartidos por estas y realiza un esfuerzo continuo de actualización de las publicaciones ofrecidas por estas organizaciones. Sin duda, las aportaciones de estos relevantes agentes han sido primordiales para poder elaborar una tesis doctoral que no esté desvinculada de la realidad técnico-empresarial imperante en los sectores de la ingeniería y construcción internacional.

Finalmente, otra herramienta metodológica que merece ser destacada tiene una naturaleza empírica y se refiere al establecimiento de una red de contactos con juristas e ingenieros especializados en este tipo de contratos e incluso con miembros de *Dispute Boards* y árbitros de la ICC que conocen de primera mano el funcionamiento de este mecanismo de resolución de disputas. La estancia de investigación realizada por la doctoranda en el principal órgano de investigación de Francia, el *Centre de Recherche en Sciences Administratives et*

*Politiques*²², ha sido sin duda de gran ayuda en este sentido. Este hecho, unido al frecuente contacto directo con las organizaciones profesionales referidas en la presente tesis doctoral (la autora es miembro de algunas de ellas), ha permitido que este trabajo exponga las referencias bibliográficas, laudos arbitrales y sentencias nacionales más recientes en materia de *Dispute Boards* en los contratos internacionales de ingeniería y construcción.

Tras realizar todas estas explicaciones iniciales, procede a continuación dar paso a los cinco capítulos que constituyen la presente tesis doctoral, titulada: “Los *Dispute Boards* como mecanismo jurídico de resolución de conflictos en los contratos internacionales de ingeniería y construcción”.

²² Este centro de investigación, conocido como CERSA por sus siglas en francés, está encuadrado en el *Centre National de la Recherche Scientifique* (CNRS) y en la Universidad Paris II Panthéon Assas (París, Francia).

CAPÍTULO I.

CONCEPTO, EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y RELEVANCIA CONTEMPORÁNEA DE LOS *DISPUTE BOARDS* EN LA ESCENA JURÍDICO- EMPRESARIAL INTERNACIONAL

En este capítulo, en primer lugar, se analiza el concepto básico de *Dispute Board*, con especial incidencia en las ventajas que presenta este método de resolución alternativa de disputas y los retos actuales a los que se enfrenta. A continuación, se presentan los antecedentes históricos que han contribuido a la actual consolidación de los *Dispute Boards* como un mecanismo alternativo de resolución de conflictos²³ (ADR)²⁴ de gran éxito en contratos de ingeniería y construcción internacional²⁵. Por último, se exponen diversos ejemplos de proyectos reales, tanto en el país en el que se originaron los primeros *Dispute Boards* (Estados Unidos) como en el ámbito internacional, los cuales

²³La doctrina califica de métodos de resolución alternativa de conflictos aquellos no judiciales de resolución de conflictos. Entre los prolijos manuales sobre la materia, vid. NOLAN-HALEY, Jacqueline. *Alternative Dispute Resolution in a Nutshell*, 4ª Ed. West Academic, 2013.

²⁴ ADR por sus siglas en inglés.

²⁵ WRIGHT, Ian, “Alternative dispute resolution”, en RAMSEY, Vivian; MINOGUE, Ann; BASTER, Jenny y O'REILLY, Michael P., *ICE manual of construction law*, Thomas Telford Ltd, 2011. págs. 499-519; TERCIER, Pierre, “La résolution des disputes en droit de la construction”, *Journées suisses du droit de la construction*, Friburgo, 2009, págs. 221-237.

han contribuido al boyante *status quo* de este mecanismo jurídico de resolución de controversias comerciales transnacionales.

1. CONCEPTO Y NOTAS CARACTERÍSTICAS DE LOS *DISPUTE BOARDS*: LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE UNAS PARTES CONTRACTUALES ALTAMENTE INTERNACIONALIZADAS Y ESPECIALIZADAS

Las mesas de resolución de conflictos, juntas de resolución de conflictos, comités de resolución de conflictos, paneles técnicos²⁶ o – simplemente– paneles son un mecanismo jurídico de ADR²⁷ calificado como híbrido²⁸, puesto que conjuga rasgos autocompositivos y heterocompositivos

²⁶ El término “mesa de resolución de conflictos” es el utilizado en la actualidad por la prestigiosa institución denominada *Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils* (conocida en el ámbito internacional como FIDIC) para referirse a los *Dispute Boards* en la versión española de sus modelos de contrato (entre ellos, el Libro Plata de 1999 de FIDIC – Condiciones de Contratación para Proyectos Llave en Mano). La denominación “panel” es más común entre la doctrina (FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo, “Los *Dispute Boards* o paneles técnicos en los contratos internacionales de construcción”, *Sociedad Chilena del Derecho de la Construcción*, 20 de agosto de 2016, <http://schdc.cl/wp/los-dispute-boards-o-paneles-tecnicos-en-los-contratos-internacionales-de-construccion/>). Otras fuentes optan por – simplemente– utilizar el término en inglés para referirse a este mecanismo de resolución de conflictos, incluso en las versiones en español de sus documentos (Reglamento relativo a los *Dispute Boards*, ICC Cámara de Comercio Internacional, 2004 y Reglamento relativo a los *Dispute Boards*, ICC Cámara de Comercio Internacional, 2015). A lo largo de este trabajo, se hará referencia las mesas de resolución de conflictos con su nomenclatura en inglés: “*Dispute Boards*”, o sus iniciales: “DB” (“DBs” para expresar el plural).

²⁷ OVERCASH, Allen. L., “Introducing a novel ADR technique for handling construction disputes: Arbitration”, *The Construction Lawyer*, vol. 35, núm 1, 2015, págs. 22–28, 49–53.

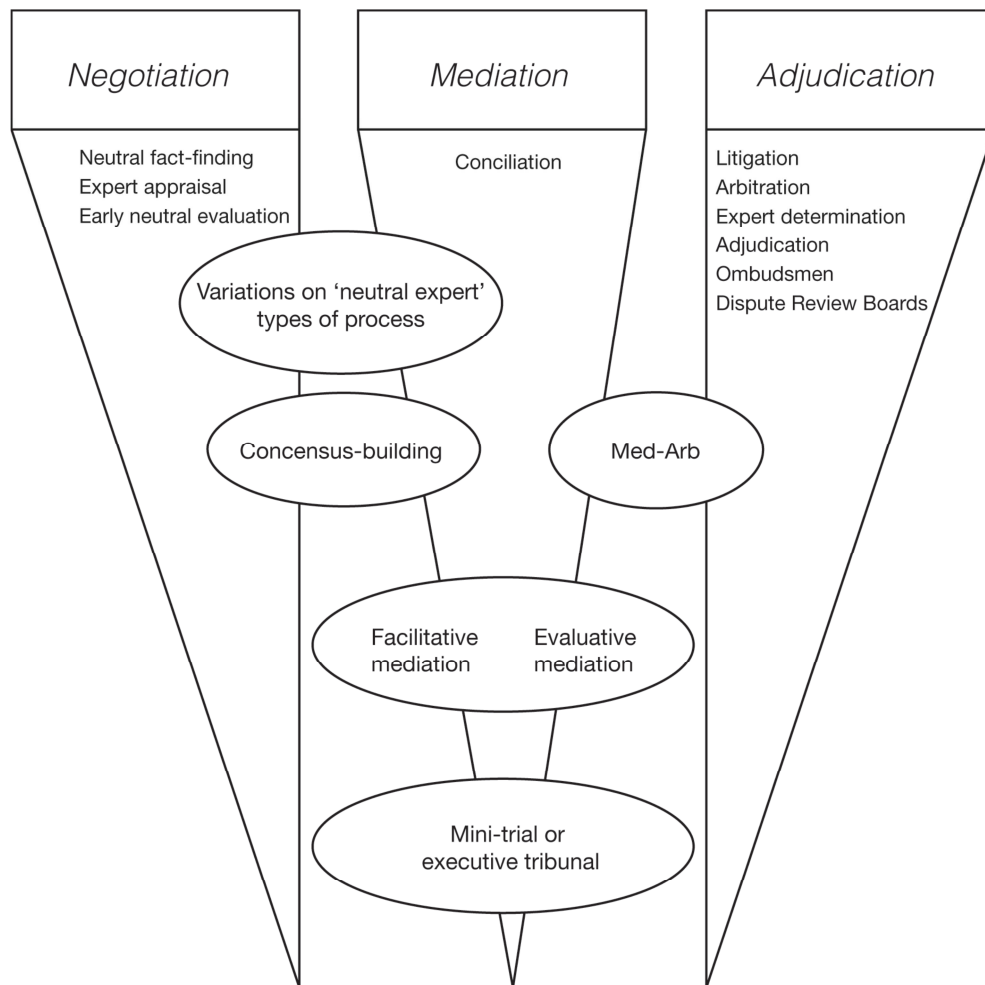
²⁸ Así se pronuncian diversas fuentes: “*Interestingly, dispute boards sit somewhere between avoidance and dispute resolution. Their genesis is in Dispute Review or Recommendation Boards (DRBs). Three dispute board members are appointed at the start of a project. They become familiar with the project by reviewing some of the project documentation and also regularly visiting the site during the course of the works. If and as issues arise they can be asked for their non-binding recommendation. This may relate to general disagreements or disputes. Often their recommendations are used to resolve disputes between the parties, thus*

según las necesidades de las partes contractuales. Son precisamente estas últimas quienes dotan de autoridad al panel técnico mediante el ejercicio de su autonomía de la voluntad, manifestada normalmente en la conclusión de un acuerdo al efecto, que regula las atribuciones y funcionamiento de este órgano²⁹. Como expone esta tesis doctoral a lo largo de su desarrollo, la utilización de *Dispute Boards* presenta grandes ventajas y altas tasas de éxito tanto en la evitación (*dispute avoidance*) como en la resolución (*dispute resolution*) de conflictos jurídico-técnicos que surgen a lo largo de la ejecución contractual de proyectos que suelen presentar como rasgos comunes una larga duración en el tiempo y un alto coste económico.

De acuerdo con la siguiente gráfica (Gráfica 1), los *Dispute Boards* se sitúan en el pilar de la heterocomposición. Sin embargo, su función de evitación de conflictos, recientemente potenciada, está orientada a favorecer la autocomposición. Por ello se viene a determinar que los *Dispute Boards* son un mecanismo híbrido de solución de controversias.

avoiding formal disputes. Dispute Adjudication Boards (DABs), on the other hand, follow a very similar pattern but they make formal written decisions which bind the parties in respect of any disputes that arise. There is therefore a clear distinction between a DRB and DAB. Generically they are called DBs. There is one variation on the theme and that is a combined dispute board which was developed by the International Chamber of Commerce (ICC). The ICC's Combined Dispute Board (CDB) procedure provides for recommendations or decisions. The parties may request the dispute board to deliver either a recommendation or a binding decision. If the parties cannot agree then a dispute board can decide whether simply to issue a non-binding recommendation or a written binding decision". RICS Professional Guidance, 1ª Ed., Londres, 2012, <https://www.rics.org/globalassets/rics-website/media/upholding-professional-standards/sector-standards/construction/black-book/conflict-avoidance-and-dispute-resolution-in-construction-1st-edition-rics.pdf>.

²⁹ Vid. apartado 2. *Ex tempore & Dispute Boards* en VERSTEIN, Andrew, "Ex Tempore Contracting", *William & Mary Law Review*, vol. 55, núm. 5., Yale Law & Economics Research Paper núm. 454, 2014, págs. 1896-1907. <https://ssrn.com/abstract=2125169> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2125169>.



Gráfica 1- Clasificación de los diversos métodos de ADR según sus características³⁰.

Principales ventajas y retos jurídicos de la utilización de *Dispute Boards* en contratos internacionales de ingeniería y construcción

En la actualidad, los *Dispute Boards* –término con el que se conocen en el entorno internacional y por el que se decanta la presente tesis doctoral³¹–

³⁰ MACKIE, Karl, MILES, David; MARSH, William, *Commercial Dispute Resolution: An ADR Practice Guide*, Butterworths, Londres, 1995, pág. 50. Esta gráfica tiene su origen en una clasificación propuesta en 1993 por el Profesor Green, de la Universidad de Boston (Estados Unidos).

³¹ La denominación en inglés es la utilizada en textos tan relevantes como Reglamento relativo a los *Dispute Boards*, ICC Cámara de Comercio Internacional, en su versión en español.

son utilizados en una gran variedad de tipologías contractuales tales como la investigación y el desarrollo, la propiedad intelectual, los acuerdos de reparto de la producción y los acuerdos entre accionistas³². Pero es en el contexto de grandes proyectos industriales y de construcción –con frecuencia, infraestructuras–, tanto públicos como privados, donde las características jurídicas genéricas de los *Dispute Boards* resultan especialmente idóneas³³.

El ámbito de la ingeniería y la construcción internacional³⁴ recrea el escenario ideal en el cual la versatilidad de este mecanismo híbrido de ADR optimiza su rendimiento³⁵. Es por ello que esta tesis doctoral centra su atención en la utilización de los *Dispute Boards* como método alternativo de resolución de conflictos en contratos de ingeniería y construcción³⁶; sectores para los cuales, sintomáticamente, los *Dispute Boards* fueron concebidos originariamente³⁷. Dentro de este ámbito en el que las prestaciones contractuales se cuantifican en cifras muy elevadas, la doctrina ofrece diversas taxonomías para denominar a este tipo de proyectos. Así, según su tamaño, algunas voces denominan

³² Según recoge la Cámara de Comercio Internacional (CCI) sobre los DBs: “Habitualmente utilizados en los proyectos de construcción, también se emplean en otros campos como la investigación y el desarrollo, la propiedad intelectual y los acuerdos de reparto de la producción y accionistas”. Reglamento relativo a los Dispute Boards, ICC Cámara de Comercio Internacional, versión en español, <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/ICC-dispute-board-rules-spanish-version.pdf>, 2015.

³³ En este sentido se pronuncia la doctrina internacional, considerando a los *Dispute Boards* como un mecanismo de resolución de conflictos que pertenece típicamente al ámbito de la construcción. PATCHETT-JOYCE, Michael. “Specialist Techniques for Construction Dispute Resolution: How Many Ways Can the Cat Be Skinned?”, *BCDR International Arbitration Review*, vol. 4, núm 1, 2017, págs. 73-98.

³⁴ STIPANOWICH, Thomas J., “Managing construction conflict: unfinished revolution, continuing evolution”, *The Construction lawyer*, vol. 34, núm. 4, 2014, págs. 13-26, 53-56.

³⁵ ESSEX, Randall J., “Means of avoiding and resolving disputes during construction”, *Tunnelling and Underground Space Technology*, vol. 11, núm 1, 1996, págs. 27-31, en esp. pág. 30.

³⁶ JAFFE, Michael Evan, “United States: ADR in construction”, *International Corporate Law Litigation Yearbook*, 1993, pág. 98 et. seq., en esp. pág. 99.

³⁷ Vid. infra I.2.A.

“megaproyectos”³⁸ a aquellos que tienen un coste capital de 1 billón de dólares. Sin embargo, otros sectores, ya consideran megaproyecto a aquellos que llegan a 0,5 billones de dólares³⁹. Por su parte, la Federación Alemana de Ingeniería (*Verband Deutscher Maschinen- und Anlagenbauer-VDMA*) define a los constructores de proyectos “grandes” como aquellas empresas capaces de diseñar y construir, al menos una planta industrial al año que responda a las necesidades del cliente y cueste un mínimo de 25 millones de Euros. Elaborando una escala gradual en la que se vierten distintas propuestas procedentes del sector profesional, los proyectos industriales pueden dividirse en: “pequeños” –menos de 25 millones de dólares–, “medianos” –de 25 a 50 millones de dólares–, “grandes” –de 100 a 1.000 millones de dólares– y megaproyectos –más de 1.000 millones de dólares–. Al analizar estas cifras, ha de tenerse en cuenta que el parámetro principal que se utiliza para medir el coste del proyecto es el TIC (*Total Investment Cost*). Dentro de esta noción concurren tanto los costes del contratista –que comprenden la ingeniería, el aprovisionamiento y la construcción– como los costes del propietario –que incluyen el desarrollo del proyecto, la adquisición y preparación del emplazamiento, la financiación y seguros, permisos, coste del ingeniero consultor, y cualesquiera otros costes que asuma el cliente–.

Para identificar a los proyectos grandes (*major projects*) es también posible utilizar criterios distintos al económico. En este sentido, se propone por ejemplo que para que sea considerado grande, el proyecto cuente con un mínimo

³⁸ Algunas voces, incluso, introducen como requisito que se trate de obras significativas para la comunidad. “*Megaprojects have been defined by the Federal Highway Administration as ‘major infrastructure projects that cost more than [USD] \$1 billion ... that attract a high level of public attention or political interest because of substantial direct and indirect impacts on the community’*”. LÓPEZ Robert.; AMARA, Alberto, “Comparison of dispute boards and statutory adjudication in construction. Proceedings of the Institution of Civil Engineers”, *Management, Procurement and Law*, vol. 171, núm. 2, 2018, págs. 70-78, en esp. pág. 71.

³⁹ JOBLING, Paul E.; SMITH, Nigel J., “Experience of the role of contracts in megaproject execution. Proceedings of the institution of Civil Engineers”, *Management, Procurement and Law*, vol. 171, núm. 1, 2018, págs. 18-24.

de 100 proveedores o subcontratistas; que la duración de la fase de desarrollo del proyecto sea de al menos 6 meses, – 12 a 24 de media–; que duración de la fase de ejecución del proyecto sea de 2 a 5 años; o que en la implementación del proyecto se incluyan tareas como las siguientes: ingeniería de proceso de los equipos principales, suministros y servicios generales, almacenaje y materiales, cimientos y edificación, planificación integrada del diseño de ingeniería, financiación y otras actividades, aprovisionamiento, recepción e instalación de los equipos y obra civil, pruebas y puesta en marcha y aceptación provisional y definitiva⁴⁰.

Con respecto a las fórmulas contractuales que se utilizan para abordar proyectos de gran envergadura en los que se establecen *Dispute Boards*, merece especial atención el contrato llave en mano (también denominado EPC por sus siglas en inglés, al contener típicamente tres tipos de prestaciones: *Engineering, Procurement, Construction*). A lo largo de esta tesis doctoral, se realiza un estudio de un prestigioso modelo de contrato llave en mano. Dicho contrato es pionero en la introducción de un *Dispute Board* en su clausulado, para el cual el funcionamiento de este método de ADR resulta idóneo⁴¹.

Los *Dispute Boards* comenzaron a ser utilizados en Estados Unidos, en el ámbito de la ingeniería civil. El éxito de este mecanismo en diferentes proyectos estadounidenses propició que, a lo largo de los años 90 del siglo XX, los *Dispute Boards* se extendiesen a otros países y sectores industriales hasta llegar a nuestros días. En la actualidad, un sector importante de doctrina y práctica especializada proclaman el éxito de este mecanismo y le auspician un

⁴⁰ ERBE, Anita, “Evaluating main order contract forms for Major Industrial Plant Projects (MIPP) with respect to completion and performance of design risk allocation”, *Freiberger Arbeitspapiere* (Technische Universität, Fakultät für Wirtschaftswissenschaften 2013), pág. 3, <http://www.econis.eu/PPNSET?PPN=81534290X>.

⁴¹ Vid. infra IV.1.

prometedor futuro⁴². Ello es debido en buena parte al reciente reconocimiento expreso del carácter híbrido (de evitación y resolución de conflictos) de los *Dispute Boards*⁴³. Algunos autores, incluso, excluyen a los *Dispute Boards* de la clasificación método de ADR, en la medida que algunas de sus funciones se limitan a la evitación de las disputas. Sin embargo, la presente tesis doctoral coincide con la línea doctrinal que considera que los *Dispute Boards* sí que son un método alternativo de resolución de disputas, si bien con carácter híbrido. Ello es debido a que la función de evitación de disputas no opera en sí misma, sino que complementa y optimiza la función de resolución de disputas atribuida a los *Dispute Boards* en el sistema de gestión contractual de conflictos en el que esté contemplado este mecanismo jurídico.

El éxito que experimentan los *Dispute Boards* en el momento actual, ya augurado por la doctrina internacional desde hace décadas, se ha visto recientemente reforzado por una serie de relevantes instituciones creadoras de estándares normativos en el ámbito de la ingeniería y construcción⁴⁴. Las referidas instituciones, que cuentan con presencia global, llevan décadas manifestando la relevancia jurídica de los *Dispute Boards* como mecanismo de evitación y resolución de los conflictos en el ámbito de la ingeniería y

⁴² En relación con el concepto e historia de los *Dispute Boards*, así como con su funcionamiento y previsión de continuidad, *vid.* OMOTO, Toshihiko, “Dispute Boards Resolution and Avoidance of Disputes in Construction Contracts”, *The Japan Commercial Arbitration Association*, 2009, núm. 23, págs. 1 a 8, en esp. pág. 2, <http://www.jcaa.or.jp/e/arbitration/docs/news23.pdf>

⁴³ La doctrina se pronuncia en estos términos: “*Although many authors, such as ASFE (1998) and Silberman and Battelle (1997), view the DRB as a form of ADR, strictly speaking it is not, because its focus is on circumventing disputes rather than merely resolving them (Chapman 2001; Harmon, 2001)*”. HARMON, Kathleen M.J., “Resolution of Construction Disputes: A Review of Current Methodologies”, *Leadership and Management in Engineering*, octubre de 2003, págs 187-201, en esp. pág. 196.

⁴⁴ DRAETTA, Ugo, “Dispute resolution in international construction linked contracts”, *Int'l Bus. LJ*, núm. 1, 2011, págs. 69-84.

construcción; considerados como los más complejos que se pueden generar⁴⁵. En la actualidad, las organizaciones internacionales líderes en la creación de modelos de contrato en materias relacionadas con la industria de la ingeniería (*consulting engineering*), la construcción y las infraestructuras⁴⁶, incluyen sofisticadas cláusulas escalonadas⁴⁷ de resolución de conflictos⁴⁸ en los modelos de contratos que publican y actualizan con regularidad. Muchas de estas instituciones, además, optan por incluir *Dispute Boards* en estas relevantes disposiciones contractuales, que son especialmente bien acogidas por la práctica del sector, debido a la eficiencia jurídica en términos de tiempo y coste que han demostrado estos órganos a lo largo de sus varias décadas de práctica⁴⁹. Como esta tesis detalla, la introducción de cláusulas escalonadas de resolución de

⁴⁵ La presente tesis doctoral dedica un capítulo a la novedosa reformulación de las atribuciones de los *Dispute Boards* acometida por FIDIC en los grandes proyectos de ingeniería y construcción transnacional. A este respecto, Vid. infra IV.

⁴⁶ Vid. infra II.2.A.iii.

⁴⁷ A lo largo de la presente tesis doctoral, se hará referencia a este tipo de disposiciones con la expresión “cláusulas escalonadas”, “cláusulas en cascada”, o bien con su denominación en inglés, utilizada también por numerosos artículos doctrinales publicados en español: “cláusulas *multi-tier*”.

⁴⁸ En este sentido: “*What are ‘tiered’ or ‘stepped’ escalation clauses? 1. A tiered or stepped escalation clause is a dispute resolution clause that records the parties’ agreement that any dispute between them shall be resolved on a staged basis. Each step, or tier, is designed to handle the dispute if it has not been resolved by the previous step and each step “escalates” the dispute management to a level above the previous step. An escalation clause typically requires each stage of the process to be engaged before the parties can move on to the next. 2. If drafted carefully, such clauses provide parties with a commercial and cost-effective dispute resolution mechanism. If drafted poorly, however, these clauses can lead to uncertainty - which itself can give rise to a dispute - and, at worst, can leave the parties without a mechanism for proper recourse to the courts or arbitration. 3. Typically, escalation clauses involve as an initial step some form of internal/management resolution followed by a stage (or stages) of alternative dispute resolution (“ADR”) (such as mediation) and conclude - as a last resort - with formal dispute resolution, either by litigation or arbitration. They can also include a provision for resolution by expert determination, which is particularly suited to technical disputes*”. “Escalation Clauses”, Bird & Bird Knowhow Briefs, <https://www.twobirds.com/~media/pdfs/brochures/dispute-resolution/client-know-how/client-briefings---escalation-clauses.pdf?la=en>.

⁴⁹ HARMON, Kathleen M.J., “Effectiveness of Dispute Review Boards”, *Journal of Construction Engineering and Management*, vol. 129, núm. 6, 1 de diciembre de 2003, págs 674-679.

conflictos en los contratos internacionales de construcción y la correspondiente adaptación de su redacción a cada proyecto específico, presenta grandes ventajas que se manifiestan a lo largo de toda la ejecución contractual.

Por una parte, la existencia de una cláusula *multi-tier* dota a las partes de la flexibilidad necesaria para resolver las cuestiones más sencillas de una manera rápida y jurídicamente efectiva, minimizando los efectos adversos en términos económicos y temporales. La introducción de un *Dispute Board* en los escalones de esta disposición permite resolver la disputa en fases muy tempranas e, incluso, mientras el proyecto está en curso, sin siquiera requerir su suspensión⁵⁰. Esto último supone una poderosa ventaja, puesto que la aplicación de estas sofisticadas disposiciones escalonadas está enfocada en todo momento a evitar los incumplimientos clásicos de los contratos de ingeniería y construcción: aquellos relacionados con el precio y el plazo de entrega.

Por otra parte, es necesario poner de manifiesto que el funcionamiento de un *Dispute Board* resulta óptimo cuando la función de este órgano se complementa con otros métodos de resolución de conflictos que aseguran su eficiencia jurídica. Esto es, si la cláusula de resolución de conflictos se limitase a establecer un *Dispute Board* como único recurso para la resolución de disputas, una ejecución no pacífica de las resoluciones emitidas por dicho órgano adolecería de grandes problemas. La redacción de una cláusula *multi-tier*

⁵⁰ Así lo refleja la doctrina: “*Nevertheless, the primary advantage of a DRB is not just speed, or economy, or neutral expertise, but rather the contractual party’s ability to design the process to suit their needs. While a DRB cannot guarantee a resolution of disputes, it could prevent a drain on internal resources that might have been better focused on managing the project or gaining new business. Despite the benefits, a DRB is not a panacea for all of the ills associated with other ADR methodologies or binding dispute resolution mechanisms. If not implemented with careful consideration and planning, the process may not live up to expectations. Both the advantages and disadvantages should be considered before adopting a DRB program*”. HARMON, Kathleen M.J., “To Be or Not to Be – That Is the Question: Is a DRB Right for Your Project?”, *Journal of legal affairs and dispute resolution in engineering and construction*, febrero 2011, págs 10-16, en esp. pág. 16. <http://www.harmonyorkassociates.com/to%20be%20or%20not%20to%20be.pdf>.

precisamente está dirigida a evitar este tipo de conflictos, mediante la introducción escalonada⁵¹ de otros métodos que permiten una ejecución más eficiente en términos jurídicos. Este tipo de disposiciones *multi-tier* está llamado a operar en los casos en los que la resolución de la disputa necesita un refuerzo para que surta los efectos jurídicos que las partes necesitan cuando el *Dispute Board* por sí mismo es insuficiente para garantizar dichos efectos. Estas necesidades suelen surgir, por ejemplo, en los casos en los que el *Dispute Board* requiere un estudio más profundo de las cuestiones jurídicas que rodean a la disputa o en aquellos en los que las materias sobre las que esta versa quedan reservadas por ley a otras instancias y por tanto no pueden ser objeto de resolución por parte de un *Dispute Board*.

El primero de los retos referidos en los ejemplos puede superarse mediante la autonomía de la voluntad de las partes, que admite nombrar como miembros del *Dispute Board* a personas especialmente cualificadas al efecto. Por ello nada obsta a que entre los miembros del *Dispute Board* se encuentren juristas de reputado prestigio que puedan solventar la falta de pericia jurídica de otros miembros con un bagaje exclusivamente técnico. Por operación de la cláusula *multi-tier*, se ha de verificar que el conflicto se someta efectivamente al *Dispute Board*, puesto que los escalones iniciales de la cláusula *multi-tier* suelen configurarse como condición previa necesaria para acceder al siguiente método contemplado en dicha disposición. Esto es, que para acceder al ulterior mecanismo previsto por la cláusula *multi-tier*, es necesario examinar si se ha llegado a agotar la función del *Dispute Board*, puesto que en caso contrario, un arbitraje posterior no podrá en principio pronunciarse sobre la disputa por los referidos motivos procedimentales⁵². El segundo de los retos apuntados en el párrafo precedente se refiere a que una determinada disputa no puede ser

⁵¹ De hecho, las cláusulas *multi-tier* a veces reciben la denominación de cláusulas escalonadas.

⁵² Este aspecto de las cláusulas escalonadas es objeto de estudio en secciones posteriores de la presente tesis doctoral (Vid. infra V.2.B).

sometida a la resolución por parte de un *Dispute Board* porque queda reservada a otras instancias de resolución de conflictos por imperativo legal. En este último caso, la dificultad planteada sobrepasa el ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes, puesto que la materia resultaría legalmente indisponible. Por ello, la función del *Dispute Board* encontraría su delimitación negativa⁵³. Asimismo, tal y como se expone en secciones posteriores de esta tesis doctoral⁵⁴, la ejecución de las resoluciones de los *Dispute Boards* es señalada como un gran reto en la utilización de este método de resolución de conflictos. Por ello, establecer una cláusula escalonada que respalde la ejecución de las resoluciones emitidas por el *Dispute Board* con métodos como el arbitraje internacional trae consigo un aumento en el grado de efectividad jurídica de las resoluciones⁵⁵.

En el contexto de la eficiencia jurídica de los contratos internacionales de ingeniería y construcción, los *Dispute Boards* constituyen una opción solvente en el clausulado de multitud de contratos, lo cual explica su próspera situación. Se pueden encontrar *Dispute Boards* como método de evitación y resolución de conflictos en muchos y muy diversos contratos internacionales como, por ejemplo, contratos de prestación de complejos servicios de ingeniería, contratos de construcción (en sus múltiples tipologías, con arreglo a las prestaciones que lleve aparejadas y con arreglo al reparto de funciones entre las partes del contrato) e, incluso (como se ha anticipado en los párrafos precedentes), en la

⁵³ JENKINS, Jane, “Dispute Avoidance and Resolution”, en JENKINS Jane, STEBBINGS, Simon, *International construction arbitration law, Arbitration in context series*, vol. 3, Kluwer Law International, 2013, pág. 50.

⁵⁴ Vid. infra IV.2.B.

⁵⁵ JENKINS, Jane, *International Construction Arbitration Law*, Alpen aan den Rijn, 2ª Ed, Wolters Kluwer Law & Business, 2014.

fórmula llave en mano –modalidad contractual frecuentemente utilizada en los grandes proyectos de construcción–⁵⁶.

Los *Dispute Boards* son un mecanismo de ADR, establecido por las partes en las disposiciones contractuales por las que se vinculan⁵⁷. Una cláusula de *Dispute Board* dispone que un tercero imparcial va a emitir una resolución sobre una cuestión contractual, como puede ser la posible responsabilidad de una de las partes por un incumplimiento en la ejecución del contrato. Las principales características de los *Dispute Boards* en el contexto de los contratos de ingeniería y construcción son la presencia de este órgano en el lugar donde se realizan las obras⁵⁸ –la cual es especialmente frecuente en algunos casos– y la operatividad no suspensiva de su presencia e intervención –en virtud de la cual, la obra puede continuar ejecutándose aunque alguna cuestión se haya sometido al *Dispute Board*–. El conjunto de las características recién referidas de los

⁵⁶ NUVALA LAPIEZA, Irene; FACH GÓMEZ, Katia, “El contrato llave en mano”, en ABRIL, ANTONIO (Coord.), *Los contratos mercantiles y su aplicación práctica*, Barcelona, 1ª Ed., Bosch – Wolters Kluwer, 2017, págs. 551-602.

⁵⁷ Tal y como queda expuesto en secciones posteriores de la presente tesis doctoral, existen legislaciones domésticas que establecen necesariamente la sumisión de los conflictos a un panel técnico creado al efecto. Sin embargo, es necesario distinguir la figura afín de los *Dispute Boards*. Por otra parte, existen legislaciones domésticas que posibilitan a las partes acudir a un *Dispute Board* en determinados tipos de contratos. Estos paneles se conforman con arreglo a la autonomía de la voluntad de las partes y se corresponden con la naturaleza de los *Dispute Boards*. Vid. infra IV.1.B.

⁵⁸ La presencia de los *Dispute Boards* en las premisas donde se realizan las obras es necesaria en el caso de los *Standing Dispute Boards*, mientras que en los *Ad Hoc Dispute Boards* esta presencia es muy aconsejable. La doctrina resalta que la sola presencia de este tipo de órganos en las obras puede contribuir al arreglo de diferencias, simplemente mediante conversaciones sobre las cuestiones que pueden originar conflictos: “*Some examples of the successful use of open discussions In my experience these open discussions have helped clear up the following arguments: a) Expropriation of land and compensation of owners—the responsibility of this lies generally with the employer, but sometimes owners can cause difficulties to the contractor and it requires a sensible approach to people. b) Finding suitable quarries and borrow pits—the responsibility for this is often unclear in contracts and relies on co-operation. c) Care of the environment, including local populations, wildlife and vegetation. d) Health and safety issues on and off site—careless driving, general cleanliness. e) Measurement rules—various. f) Whether or not a culvert was built. g) Responsibility for providing design information in adverse ground or were conditions unforeseeable? All such issues have been cleared up in a site visit, without any request even for an informal opinion, and certainly not a dispute*”. PAPWORTH, John, “Avoidance of disputes through the use of FIDIC DABs and DRAs”, *Construction Law Journal*, vol. 32, núm. 4, 2016, págs. 362-369, en esp. pág. 364.

Dispute Boards permite tanto evitar como resolver disputas⁵⁹ simultáneamente a la ejecución del proyecto y a un coste⁶⁰ mucho más bajo que otros mecanismos de ADR y, naturalmente, que la litigación internacional⁶¹.

Dichas notas distintivas⁶² dotan a los *Dispute Boards* de un valor en tiempo real⁶³ que les ha procurado un gran éxito en la actualidad jurídica global⁶⁴ y que ha propiciado que –además de constituir un método ADR de resolución de conflictos– obtengan asimismo un gran valor en su función de evitación de conflictos. Por ello, al definir este mecanismo es acertado concluir que se trata de

⁵⁹ THEVENIN, Nancy M. “Dispute Boards: An Effective Tool for Dispute Reduction and Prevention”, *NYSBA New York Dispute Resolution Lawyer*, vol. 3, núm. 2, otoño de 2010, págs. 20-22.

⁶⁰ Sobre la vertiente esencialmente económica de los costes correspondientes al establecimiento y funcionamiento de los *Dispute Boards* en los diferentes proyectos, resulta interesante el completo análisis que lleva a cabo el siguiente artículo: GROVE, Jesse B.; APPUHN, Richard, “Comparative experience with Dispute Boards in the United States and Abroad”, *The Construction Lawyer*, vol. 32, núm. 3, verano de 2012, págs 6 y ss., en esp. págs. 12 y ss.

⁶¹ La doctrina subraya: “*Why DRBs? Legal expenses that result from adversarial dispute resolution can have severe financial consequences on the parties to the dispute. Consequently, one of the greatest challenges facing the construction industry today is how to resolve conflicts "in real time," meaning as they occur, and failing that, to control the cost and time involved in resolving disputes at a later time. It is well known that issues left unresolved until the end of the project often result in either mediation, arbitration, or litigation, or some combination of mediation and an adversarial process. Finding an alternative to mediation is also desirable since, in challenging economic times, parties may be less willing or able to compromise. It is clear that a real-time dispute resolution option that gives the owner and contractor (the contracting parties) control over the process, the costs, and the outcome, is better than traditional dispute resolution options. One option that fits this bill is a dispute review board (DRB). The DRB is a dispute avoidance and resolution technique that has most often been used in public construction projects. It has been shown to help prevent disputes and assist the rapid resolution of disputes brought to the DRB's attention*”. HARMON, Kathleen M. J., “Using DRBs to maintain control of large, complex construction projects”, *Dispute Resolution Journal*, vol. 67, núm. 1, 2012, págs. 70-75.

⁶² CHERN, Cyril, “The role of Dispute Boards in construction – Benefits without burden”, *Spain arbitration review- Revista del Club Español del Arbitraje*, núm. 9, 2010, págs. 5-10

⁶³ CHAPMAN, PETER H.J., “The use of Dispute Boards on major infrastructure projects”, *Turkish commercial law review*, vol. 1, núm. 3, Octubre 2015, pág. 219; CHAPMAN, PETER H.J., “Dispute boards on major infrastructure projects”, *DRBF Conference*, Brussels, Noviembre de 2011, pág. 2, <http://www.drbfconferences.org/documents/brussels2011/1ChapmanPaper.pdf>.

⁶⁴ CHAPMAN, PETER H.J., “The use of Dispute Boards on major infrastructure projects”, *Turkish commercial law review*, vol. 1, núm. 3, Octubre 2015, pág. 219.

un método híbrido, tanto de resolución como de evitación de conflictos. Estas facetas preventiva y resolutoria –englobadas ambas en las funciones de los *Dispute Boards*– serán estudiadas con mayor detalle posteriormente en la presente tesis doctoral⁶⁵.

Tal y como se ha apuntado en los párrafos precedentes, los *Dispute Boards* responden a lo establecido por las partes en sus estipulaciones contractuales. Para ello, estas suscriben un convenio al efecto, que se recoge habitualmente en un documento complementario acordado por ambas partes, normalmente adjunto al contrato principal pero sometido a obligaciones de confidencialidad mucho más estrictas⁶⁶. En consecuencia, es exclusivamente la propia autonomía de la voluntad de las partes la que faculta a estos *Dispute Boards* para la emisión de resoluciones –con diferente grado de fuerza vinculante⁶⁷– y auspicia asimismo su posterior cumplimiento voluntario⁶⁸, lo cual inhibe recurrir al siguiente paso en las cláusulas de resolución de disputas escalonadas que, como ya se ha apuntado, dichos contratos internacionales suelen recoger.

El protagonismo de la autonomía de la voluntad en la constitución de este mecanismo de resolución de conflictos permite a las partes confeccionar un *Dispute Board* a la medida de cada proyecto, mediante la detallada redacción del acuerdo al que las partes se someterán y la elección de los miembros que lo

⁶⁵ Vid. infra V.4 y V.5.

⁶⁶ Con frecuencia (sobre todo en las infraestructuras cuya adjudicación sigue un cauce público), se publica el contrato principal de la obra, mientras que el acuerdo entre los miembros de *Dispute Board* permanece en secreto. Esta confidencialidad cualificada responde a la necesidad de imparcialidad de los miembros del *Dispute Board*.

⁶⁷ La clasificación de los *Dispute Boards* según la naturaleza vinculante de sus resoluciones es objeto de estudio en secciones posteriores. Vid. infra IV.2.

⁶⁸ El cumplimiento de las resoluciones emitidas por los *Dispute Boards* y las cuestiones sobre su ejecución serán objeto de estudio en secciones posteriores. Vid. infra IV.2.B.

componen⁶⁹. Por esta razón, el *Dispute Board* puede responder a las necesidades planteadas por las partes contractuales de una manera óptima. Este rasgo se apoya en la posibilidad convencional de elegir entre los diferentes tipos de *Dispute Board*, dotándose a este órgano de las características que las partes deseen que prevalezcan en su proyecto. De esta manera, son las mismas partes las que pueden otorgar facultades de opinión y consulta al *Dispute Board*, además de otorgarles la potestad de emitir resoluciones formales. Las partes contractuales también pueden optar por un *Dispute Board* cuya presencia sea permanente en las obras, a diferencia de otros métodos de ADR en los que el órgano resolutorio solo se pone en funcionamiento – o bien se crea– una vez que la disputa no solo se ha originado, sino que ya presenta tal grado de avance que ya ha suscitado una postura de enfrentamiento entre las partes.

Para completar una visión general del concepto de *Dispute Board*, es necesario hacer referencia a las características de las partes contractuales que suelen intervenir en los grandes proyectos de diseño y construcción, puesto que este mecanismo de ADR responde a unas necesidades muy concretas planteadas por elementos subjetivos con rasgos singulares. Ello redundaría en la idea de que este método de resolución de conflictos resulta muy adecuado para esta tipología de sujetos debido, en parte, a su alta especialización e internacionalización⁷⁰.

⁶⁹ Aspectos como la selección de miembros para un del *Dispute Board* adquieren gran relevancia en tanto en cuanto estos dirimen disputas con un gran componente técnico. Más allá de las cuestiones jurídico-contractuales, en los grandes proyectos entran en juego cuestiones técnico-contractuales, tales como medidas, pesos, técnicas y metodología de trabajo, etc., que solo pueden ser valoradas por profesionales técnicamente cualificados.

⁷⁰ Las cláusulas de resolución de conflictos son, incluso, blanco de bromas doctrinales debido a su complejidad. En el ámbito de la ingeniería y construcción internacionales, esta complejidad aumenta exponencialmente, debido a diversos factores que se estudian en la presente tesis doctoral. “*Here is the essence and the best advice: If you need an arbitration clause: go and see a fortune-teller at Jackson Square in New Orleans or else: develop your own skills in card -or palm- reading... But in any event: be aware that the skill which is required is that you can predict the future! The second best advice is to carefully study this Report!*” BLESSING, M., “Drafting arbitration clauses”, Worldwide Forum on the Arbitration of Intellectual Property

Presentando las características más destacadas de los sujetos que intervienen en los grandes proyectos de construcción, ha de recalcar nuevamente que la evolución histórica⁷¹ de los *Dispute Boards* ha demostrado que este mecanismo ADR encaja óptimamente en grandes proyectos de construcción (a menudo, infraestructuras). La nota de internacionalidad es característica en estas grandes obras y se manifiesta con frecuencia en la procedencia de las partes, cuyos orígenes y sedes suelen radicar en distintas jurisdicciones. Esta circunstancia supone frecuentemente un verdadero reto para la redacción contractual de la cláusula de resolución de conflictos por muy diversas cuestiones y hace aflorar aspectos tan complejos como los siguientes: el idioma en que redactar la cláusula, la existencia partes pertenecientes a distintos sistemas jurídicos, la participación de subcontratistas que asumen la ejecución de prestaciones contractuales, las limitaciones que responden a la financiación del proyecto, así como la potencialidad de la ejecución de las resoluciones que emita el *Dispute Board* establecido⁷².

Los *Dispute Boards* ofrecen un mecanismo de resolución de controversias basado en fundamentos contractuales técnico-jurídicos, independiente de la legislación interna del país de procedencia de las partes. Esta característica, que busca dotar de neutralidad a las resoluciones que los *Dispute Boards* emiten, adquiere especial protagonismo en los casos en los que una de las partes está formada por un consorcio o *joint-venture* internacional⁷³,

Disputes, March 3-4, 1994, Geneva, Switzerland,
<http://www.wipo.int/amc/en/events/conferences/1994/blessing.html>

⁷¹ Vid. infra II.2.

⁷² Sobre la idiosincrasia de los contratos de construcción internacionales por cuanto se refiere a la identidad y características de las partes, *vid.* STIEGLER, Scott, *Parties To a Construction Contract*, en BREKOULAKIS, Stavros y BRYNMOR THOMAS, David, “The Guide to Construction Arbitration”, Law Business Research Ltd, Londres, Global Arbitration Review, 2016, <http://www.velaw.com/WorkArea/DownloadAsset.aspx?id=12884916198>.

⁷³ MICHAVILA NÚÑEZ, Ana, “La Joint Venture contractual en el ámbito internacional”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, junio de 2014, núm. 27, págs. 1-62,

en virtud del cual una misma parte con intereses contractuales comunes aglutina a miembros de diferentes estados de origen.

En ausencia de un mecanismo de ADR con las ventajas que presentan los *Dispute Boards*, la potencial conexión de un contrato internacional con una pluralidad de jurisdicciones locales suele plantear retos jurídicos que se revelan muy complejos en situaciones litigiosas. Este aspecto aumenta exponencialmente en el caso de los contratos internacionales concluidos para acometer megaproyectos de ingeniería y construcción, en los que la complejidad de las prestaciones obliga a encontrar fórmulas asociativas entre las partes, como es el caso de las *joint ventures*. En el seno de este tipo de formaciones coexisten elementos subjetivos de muy distintos orígenes, de modo que los referidos puntos de conexión se multiplican y acarrear con ello importantes consecuencias jurídicas. Esta pluralidad de jurisdicciones de origen integra muchas de las clásicas limitaciones legales domésticas que estudia el Derecho Internacional Privado clásico, como las que se ponen de manifiesto al formular demandas, obtener sentencias o laudos y ejecutarlos en tiempo y forma en el estado en el que hayan de surtir efectos. Sin duda, la existencia de estas incidencias en el ámbito jurisdiccional puede llegar a impactar de manera muy negativa en el buen fin del proyecto en ejecución que en su día puso en contacto a las partes posteriormente enfrentadas. Para algunos de los elementos subjetivos que concurren en este tipo de contratos, estas adversidades podrían suponer incluso la extinción definitiva de algunos de los agentes que intervienen en ellos, como es el caso de los contratistas⁷⁴. Las consecuencias de la gestión deficiente de las disputas en los grandes proyectos de ingeniería y construcción suelen repercutir

http://www.reei.org/index.php/revista/num27/archivos/Estudio_MICHAVILA_Ana.pdf;
ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso, “El contrato de "Joint Venture" internacional”, *Economist and Jurist*, vol. 15, 2007, núm. 112, págs. 18-28.

⁷⁴ PURNUS, Augustin, BODEA Constanta-Nicoleta, “Multi-Criteria Cash Flow Analysis in Construction Projects”, *Procedia Engineering*, vol. 164, 2016, págs. 98-105.

en los elementos de plazo y precio. Estos desajustes son especialmente amenazantes, puesto que los elementos de plazo y precio son acordados tras largas y complejas negociaciones entre las partes contractuales, consecuencia a su vez de acuerdos tomados desde mucho antes de comenzar las obras⁷⁵. Además, los elementos de precio y plazo no solo afectan a las partes, sino que la configuración contractual suele obedecer a exigencias de múltiples terceros con intereses en el proyecto. La introducción de un *Dispute Board* como método de resolución de conflictos con una especial inclinación hacia las resoluciones autocompositivas consistentes en la evitación de conflictos, evita en buena medida las referidas dificultades que acarrea la aplicación de los métodos tradicionales en este tipo de contratos.

Esta reflexión conduce a analizar otro de los rasgos de las partes que intervienen en los mega-proyectos de construcción en los que se instaura la figura del *Dispute Board*: la diferente naturaleza de los elementos subjetivos que concurren en los contratos de construcción auspicia la necesidad de mecanismos de gestión⁷⁶ de conflictos extremadamente elaborados. En el caso de proyectos de infraestructuras, suele estar presente una entidad de derecho público y es muy frecuente que, además, concurren entidades crediticias y financieras, así como aseguradoras, junto con el contratista⁷⁷. Este contratista a su vez suele estar

⁷⁵ Elementos como el plazo y el precio suelen quedar recogidos como requisitos esenciales en los documentos del proceso de licitación (*Tender*). La elaboración y presentación de una oferta en un *tender* internacional, puede llevar años en fase de preparación previa.

⁷⁶ Según se ha apuntado recientemente, los *Dispute Boards* realizan funciones tanto de evitación como de resolución de conflictos. Al participar de una naturaleza híbrida, la presente tesis doctoral aboga por utilizar la expresión “gestión de conflictos”, en lugar de “resolución de conflictos”.

⁷⁷ La doctrina, incluso, se plantea los supuestos en los que se puedan establecer *Dispute Boards* en contratos de construcción en los que una de las partes es el gobierno de un estado. En este sentido, se pronuncian las siguientes fuentes bibliográficas: GREEN, Allen B.; JORDAN-WALKER, Deneice, “Alternative Dispute Resolution in International Government Contracting: A Proposal”, *George Washington Journal of International Law and Economics*, vol. 20, 1986, págs. 419-444; VAN GRIEKEN, Luke; MORGAN-PAYLER, James, “Using Dispute Boards on PPPs”, *Critical Path – Norton Rose Australia*, octubre de 2012; LIBBEY, Colleen A,

constituido por empresas privadas, con frecuencia agrupadas para acometer las obras. En este escenario tan complejo e internacionalizado, se impone la utilización de un método de ADR de base contractual que las partes puedan modular para satisfacer sus necesidades y responder a unos intereses especialmente cualificados. Sobre esta necesidad, ha llegado incluso a apuntarse que la utilización de los métodos clásicos de resolución de conflictos (tribunales jurisdiccionales nacionales o mecanismos arbitrales) podría llegar a demorar el proyecto hasta el punto de frustrarlo completamente. Además, se puede llegar a malograr el futuro empresarial del propio contratista, debido a la carga financiera que estos sujetos soportan durante el proceso de resolución de controversias, cuya duración y coste aumenta exponencialmente cuando estas se someten a la vía judicial o arbitral⁷⁸. Incluso, una resolución favorable de estos métodos heterocompositivos podría resultar deficiente en términos de resarcimiento para la parte que resultase ganadora, porque el objeto del proceso quedaría perjudicado a resultas del mero *iter* procesal.

Ante un escenario de tales características, es probable que las instituciones financieras precitadas también se muestren reticentes a financiar al Estado en el que se realiza el proyecto de infraestructura. En este caso, embarcarse en una litigación o en un arbitraje internacional podría incluso llegar a afectar negativamente a la competitividad del estado a nivel internacional⁷⁹. Y, por ende, elementos subjetivos presentes en prácticamente la mayoría de estos

“Working Together while Waltzing in a Mine Field: Successful Government Construction Contract Dispute Resolution with Partnering and Dispute Review Boards”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 15, núm. 3, 2000, págs. 825-849; BAHTA, Tecele Hagos, “Adjudication and arbitrability of government construction disputes”, *Mizan Law Review*, 2009, vol. 3, núm. 1, págs. 1-32.

⁷⁸ VAN LANGELAAR, Anton, “Dispute boards – An introduction”, *Civil Engineering*, agosto 2014, págs. 72-73.

⁷⁹ QUINTANILLA MADERO, Cecilia, “Introducción a los Dispute Boards”, *ICC México Pauta, Boletín informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio*, A.C. CAMECIC, núm. 54, octubre 2007, págs. 1-97, en esp. pág. 9.

grandes proyectos (como, por ejemplo, entidades aseguradoras) podrían también mostrar reticencias para prestar sus servicios en el proyecto. Esta actitud recelosa añadiría dificultades tanto en el inicio como en el buen curso de este tipo de ejecuciones contractuales tan exigente. Teniendo en consideración el global de estos factores, no es extraño afirmar que una resolución favorable en forma de laudo o sentencia puede resultar ineficaz y contener disposiciones que no resarcen ni a las partes ni a los demás elementos subjetivos del contrato.

Por último, a la hora de definir el concepto de *Dispute Board* no debe obviarse uno de los rasgos de las partes en los contratos de construcción, que consiste en la alta complejidad de las prestaciones que conllevan este tipo de contratos –tanto cuantitativa como cualitativamente⁸⁰–. Ello trae consigo la participación de unas partes técnicamente muy especializadas, que requieren resoluciones técnico-jurídicas igualmente complejas. Los *Dispute Boards*, al estar compuestos por miembros expertos en las materias que dilucidan, cuidadosamente seleccionados por las partes atendiendo a sus aptitudes y experiencia, suponen una gran ventaja en este aspecto⁸¹. A lo largo de los capítulos que suceden a esta sección introductoria, la presente tesis doctoral analiza en detalle todas las características recientemente apuntadas, con el fin de realizar un estudio jurídico completo de las características, operatividad y funcionalidad de los *Dispute Boards* como método de ADR en grandes proyectos internacionales de ingeniería y construcción.

⁸⁰ ERBE, Anita, “Evaluating main order contract forms for Major Industrial Plant Projects (MIPP) with respect to completion and performance of design risk allocation”, *Freiberger Arbeitspapiere* (Technische Universität, Fakultät für Wirtschaftswissenschaften 2013), pág. 4, <http://www.econis.eu/PPNSET?PPN=81534290X>.

⁸¹ ORLOWSKI, Victoria R., “Using Experts as Adjudicators. Meeting the Demand for Dynamic Dispute Resolution with the ICC Expert Rules”, *ICC Dispute Resolution Bulletin*, vol. 36, núm. 3, 2017.

1.A. Principales ventajas y retos jurídicos de la utilización de *Dispute Boards* en contratos internacionales de ingeniería y construcción

Las ventajas de los *Dispute Boards* como método de resolución de conflictos en grandes proyectos de ingeniería y construcción internacional se plasman en diversos aspectos especialmente relevantes. Sin embargo, este mecanismo de resolución de disputas también adolece de algunos inconvenientes que se han mostrado a lo largo de los años en los que este tipo de órganos han venido operando. A continuación, esta tesis doctoral expone los diversos criterios que pueden ser considerados como ventajas e inconvenientes⁸² de los

⁸² Algunos autores exponen que las características definitorias de los *Dispute Boards* son un arma de doble filo: en determinados proyectos pueden ser reconocidos como ventajas, mientras que en otros, pueden suponer inconvenientes. En algún momento se llegó incluso a señalar que la presencia de un *Dispute Board* en un proyecto invita a la interposición de reclamaciones por parte de los contratistas, de modo que esta ventaja puede convertirse en inconveniente por que ello lleve a una profusión de reclamaciones infundadas. Sin embargo, a día de hoy, esta línea argumental no se sustenta, precisamente por la presencia de un órgano al que se le atribuyen funciones de evitación y resolución de disputas. En este sentido, son especialmente interesantes las siguientes conclusiones: “*Since there are very few construction companies and virtually no owners who have not tasted the bitterness of litigation, exploring new options for ADR methodologies is a laudable task. Having a DRB has many advantages but also has disadvantages; many of the advantages can also be seen as disadvantages, the double-edged sword. Is it any wonder so many contracts and owners feel stuck between a rock and appropriate for them, trying to figure out whether to give that same old thing another shot or to throw in all their chips and start from scratch? Some object to the use of a DRB because it is not “the ways things were done” but one can find errors with old fashioned ways of doing things. There is never an easy answer to all of this. Somehow, juggling flaming swords while maintaining the proper posture needed to keep a book atop our heads, we must follow a complex blend of opposing bits of advice. Keep it together, while ripping it apart. Follow the rules and use the standard ADR methodologies, yet at the same time, rewrite the rules. Maintain consistency, without forgetting to try something new which might be better. So, before establishing a DRB process, owners should consider whether or not the advantages of the DRB outweigh disadvantages. Assess specific needs and goals to decide whether a DRB is the right choice for your project. The DRB process is flexible, informal, and private while allowing the disputants to control their destiny. It holds out a realistic promise of a reduction in the dispute cycle with little risk and relatively minor costs and time. But some may argue that having a DRB provision in the contract encourages contractor claims because of the benefits they gain, including confidentiality, reduced costs, and quicker resolution, contractors may be more likely to assert claims against the owner under a DRB scheme than if they were forced to file a lawsuit or go to arbitration. It could be argued that contractors may be encouraged to challenge even the most minor owner decisions or issues. Thirty years ago, I heard this same argument for including change order provisions in a contract: that it would encourage change*”

Dispute Boards. Sin embargo, más allá de estas consideraciones, el fundamento de este análisis radica en la extensión de la autonomía de la voluntad de las partes y sus límites. Así, la voluntad de las partes como elemento configurador de la autoridad y del funcionamiento individual de cada *Dispute Board* puede salvar los posibles escollos que puedan presentarse, mediante el conocimiento de la casuística y la correspondiente aplicación correctiva.

1.A.i. Ventajas

La autonomía de la voluntad de las partes, además de ser el elemento configurador de la autoridad de los *Dispute Boards*, ostenta una función moduladora de muchos otros aspectos de su funcionamiento⁸³. Así, las partes pueden acordar un mecanismo “a la carta”, estableciendo, por ejemplo, que el *Dispute Board* se rija por un procedimiento más informal que el utilizado en otros métodos de resolución de conflictos, o que sea administrado por personas con un currículum profesional óptimo para conocer de las diferentes disputas e implementar cualesquiera otros acuerdos, estableciendo incluso unas detalladas reglas para la elección de sus miembros⁸⁴. Todo ello, contando con las crecientes

*orders. I do not believe that any experienced construction industry person holds this opinion today. The other side of the coin to the “it will encourage claims” argument is that some believe that the mere presence of a DRB may be a deterrent to marginal, frivolous, or specious claims, and to protracted, intentional delays because of the potential for the claims and delays to be both unsuccessful and embarrassing Barnett 1997; Silberman and Battelle 1997.”. HARMON, Kathleen M.J., “To Be or Not to Be – That Is the Question: Is a DRB Right for Your Project?”, *Journal of legal affairs and dispute resolution in engineering and construction*, febrero 2011, pág 16, <http://www.harmonyorkassociates.com/to%20be%20or%20not%20to%20be.pdf>.*

⁸³ VAN LANGELAAR, Anton, “Dispute boards – An introduction”, *Civil Engineering*, agosto 2014, págs. 72-73.

⁸⁴ KNUTSON, Robert; “ICC, ADR and DRBs-a DIY Solution to ICDs”, *Int'l Bus. Law.*, vol. 30, 2002, págs. 11-125.

garantías que ofrece la comunidad profesional internacional para el respaldo jurídico de la utilización de este método de resolución alternativa de conflictos⁸⁵.

La doctrina jurídica internacional coincide en que la utilización de *Dispute Boards* en los contratos internacionales de ingeniería y construcción permite reducir tanto los costes como el tiempo asociados a la resolución de disputas, en relación con los métodos heterocompositivos tradicionales (tribunales ordinarios y arbitraje internacional). Ello radica en que los *Dispute Boards* funcionan en el mismo lugar donde se realizan las obras⁸⁶ y simultáneamente a ellas, en contraposición con otros métodos tradicionales de resolución de disputas. En este sentido, la doctrina ha llegado incluso a calificar al arbitraje como el “síndrome post-proyecto”⁸⁷.

Además de las ventajas referidas, la función evitadora de conflictos que se predica de los *Dispute Boards* redundando tanto en la disminución de disputas a lo largo de la ejecución contractual, como en la resolución temprana de las mismas, en caso de que ya se hayan constituido formalmente. Como esta tesis detalla en secciones posteriores⁸⁸, este principio ha sido objeto de una profunda renovación conceptual en fechas recientes, fruto de lo cual ha sido publicada una sofisticada regulación del reconocimiento expreso del principio de evitación de conflictos en los contratos que incluyen el establecimiento de *Dispute Boards* en su clausulado.

⁸⁵ El respaldo de la comunidad internacional viene reflejado tanto en la creación de disposiciones que constituyen estándares por parte de instituciones privadas (Vid. infra II.1.), como en las diferentes resoluciones emitidas por tribunales arbitrales administrados por normas internacionales de gran prestigio (Vid. infra V.2.).

⁸⁶ CHERN, Cyril, “A fair fight”, *The architects’ journal*, 8 de junio de 2006, págs. 44 y ss.

⁸⁷ OVERCASH, Allen. L., “Introducing a novel ADR technique for handling construction disputes: Arbitration”, *The Construction Lawyer*, vol. 35, núm 1, 2015, págs. 22–28, 49–53.

⁸⁸ Las novedades en el tratamiento internacional del principio de evitación de disputas son objeto de estudio detallado en capítulos posteriores. Vid. infra IV.4.

1.A.ii. Retos

La doctrina y la práctica jurídica internacional en la materia apuntan diversos aspectos que pueden ser calificados de retos en la utilización de los *Dispute Boards* como método de resolución de disputas. Incluso, se señala que, en algunas jurisdicciones, la utilización de *Dispute Boards* provoca recelo tanto entre las partes como entre otros elementos subjetivos contractuales⁸⁹. A continuación, se abordan los motivos por los que los *Dispute Boards* pueden ser cuestionados como mecanismos contractualmente idóneos, aportando esta tesis doctoral su valoración jurídica al respecto. Algunos de estos potenciales déficits pueden ser fácilmente solucionados mediante la redacción de cláusulas a medida de los proyectos (*bespoke clauses*)⁹⁰, mientras que es más dificultoso integrar algunas de las consecuencias ineludibles que conlleva la utilización de *Dispute Boards* en un determinado proyecto y que pueden ser vistas como retos que dificultan su uso. Estas consecuencias ineludibles suelen obedecer a cuestiones de *ius cogens* sobre las que las partes no pueden disponer contractualmente, como por ejemplo aquellas cuestiones reguladas por la legislación laboral.

Sistematizando estos retos, en primer lugar las decisiones emitidas por los miembros de los *Dispute Boards* pueden resultar en ocasiones eminentemente

⁸⁹ BORYSEWICZ, Eric, “Why are Dispute Boards Not More Widely Used in France?”, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 24, núm. 2, 2013.

⁹⁰ La doctrina ha manifestado en numerosas ocasiones que una cuidada redacción de determinada cláusula, en sí, es un buen método de evitación de conflictos. En relación con la redacción de cláusulas de resolución de conflictos, *vid.* MCLAUGHLIN, Joseph T.; SCANLON, Kathleen M., “A master's checklist for drafting international agreements that use alternative dispute resolution”, *Alternatives to the High Cost of Litigation*, vol. 22, núm 9, 2004, págs. 154-156; MCLAUGHLIN, Joseph T.; SCANLON, Kathleen M., “Updated: A master checklist for drafting contract clauses in transnational matters”, *Alternatives to the High Cost of Litigation*, vol. 27, núm 6, 2009, págs. 97-105; BLANKLEY, Kristin M., “The Ethics and Practice of Drafting Pre-Dispute Resolution Clauses”, *Creighton L. Rev.*, vol. 49, 2015, págs. 743-774; MANUELE, Vincent O., “Alternative contracting strategies for controlling costs and avoiding performance disputes on remediation projects”, *Remediation Journal*, vol. 4, núm 1, 1993, págs. 23-41, en esp. pág. 31.

técnicas, en detrimento de las cuestiones jurídicas⁹¹. Este rasgo, que en principio es considerado por las partes contractuales como ventajoso, puede en algunos casos perjudicar al proyecto⁹². Esta circunstancia suele presentarse en los supuestos en los que la cláusula de resolución de disputas establece que las resoluciones de los *Dispute Boards* ponen fin a la disputa, es decir, sus efectos son definitivos. En este mismo sentido, los miembros de los *Dispute Boards* que ofrecen experiencia esencialmente técnica, pueden no responder adecuadamente a las cuestiones jurídico-contractuales. La combinación de estos dos factores puede conducir, por ejemplo, a que las partes de la controversia cuestionen la legitimidad de la resolución definitiva del *Dispute Board*. Una situación extrema se presentaría en el caso de que las partes considerasen que las cuestiones referidas no han sido comprendidas por los miembros del *Dispute Board*, motivo por el cual el mecanismo habría de ser considerado inservible. No obstante, estas deficiencias pueden solucionarse de manera efectiva, complementando la presencia del *Dispute Board* con la inclusión de otros métodos de resolución de conflictos a través de una cláusula escalonada que conjugue diversos mecanismos de resolución de conflictos. Así, se establece ya no una cláusula, sino un verdadero sistema complejo de gestión de conflictos. Ello se consigue con medidas como la introducción de métodos de ADR, culminando el *iter* con la sumisión de la disputa a los tribunales ordinarios o el arbitraje internacional. en el último escalón de la cláusula de resolución de disputas. Sin necesidad de recurrir a una cláusula *multi-tier*, las posibles carencias técnicas o jurídicas que pudiesen derivarse de la intervención del *Dispute Board* también pueden

⁹¹ JENKINS, Jane, “Dispute Avoidance and Resolution”, en JENKINS Jane, STEBBINGS, Simon, *International construction arbitration law, Arbitration in context series*, vol. 3, Kluwer Law International, 2013, pág. 63.

⁹² En realidad, todos los rasgos analizados pueden percibirse como ventajas o desventajas, dependiendo de las necesidades de cada uno de los proyectos y dado que la configuración de los proyectos internacionales presenta características muy dispares. Atendiendo a la clásica disyuntiva, lo que es alimento para unos, para otros es veneno amargo. “*Ut quod aliis cibus est aliis fuit acre venenum*”, LUCRETIUS CARUS, Tito, *De rerum natura*, 100 a. C., https://www.loebclassics.com/view/lucretius-de_rerum_natura/1924/pb_LCL181.327.xml.

solventarse mediante el establecimiento de órganos de composición mixta, entre los que se encuentren miembros con formación técnica y también jurídica.

En segundo lugar, un sector doctrinal percibe como desventaja el aspecto temporal del procedimiento que siguen los *Dispute Boards*. Los plazos que requiere este método de resolución de conflictos para resultar efectivo, en ocasiones resultan exiguos. Este hecho puede llevar a que el *Dispute Board* no llegue a cumplir los plazos procedimentales establecidos para emitir su resolución, o bien, que por este mismo motivo no pueda pronunciarse sobre cuestiones de fondo. En principio, es lógico que se establezcan plazos ajustados en un ámbito como la construcción, en la que los días de retraso suponen un desembolso muy costoso ya no solo para las partes, sino también para multitud de elementos subjetivos que operan en los grandes proyectos (entidades financiadoras, aseguradoras, etc.). No obstante, este escollo también presenta fácil solución por la vía del acuerdo entre las partes para la extensión de plazo. Por otra parte, dado que los *Dispute Boards* son “criaturas contractuales”⁹³ sus decisiones pueden, en todo caso, ser revisadas por una instancia ulterior, ya sea un tribunal doméstico o un tribunal arbitral internacional. Ahora bien, y como se expone más adelante⁹⁴, una gran parte del éxito de este mecanismo de ADR radica en su vertiente disuasoria. Esta consiste en que, aunque las partes están facultadas para recurrir a las mencionadas instancias para revisar los pronunciamientos del *Dispute Board*, no siempre resulta óptimo que lo lleven a cabo efectivamente. Los motivos de esta afirmación están sustentados en que el proceso judicial o arbitral es largo y costoso; justo lo que se pretende evitar con el establecimiento de un *Dispute Board* en determinado proyecto.

⁹³ SCHILLER, Cristiano, “Dispute board is arbitration: an alternative view on the nature and enforceability of a dispute board's determination”, *Const. L.J.* 2015, vol. 31, núm. 7, 2015, págs. 380-398, en esp. pág. 383.

⁹⁴ Vid. infra IV.2.

En tercer lugar, se señala como reto jurídico en la utilización de los *Dispute Boards* la pluralidad de contratos que coexisten para la ejecución contractual de la prestación global en los grandes proyectos de construcción. Esta circunstancia puede generar inconsistencias entre las resoluciones que emiten los diferentes *Dispute Boards* establecidos para cada uno de los contratos que se concluyen para acometer las diferentes prestaciones presentes en un único proyecto de construcción. Este hecho viene también dificultado por la circunstancia de que, salvo que las partes así lo acuerden, un *Dispute Board* no suele estar facultado para pronunciarse sobre la conveniencia de acumular disputas, aun cuando efectivamente exista una identidad de objeto o de partes sobre las cuestiones en liza. La falta de consistencia que traería causa de la ausencia de estas provisiones, solo puede prevenirse con un abordaje global de la redacción de la cláusula de resolución de conflictos en todos los contratos que se concluyan para la acometida del proyecto. Los autores que subrayan esta circunstancia como reto en la eficiencia jurídica de los *Dispute Boards* recomiendan incluso la introducción de una cláusula general que contemple estos casos, a la que denominan *umbrella clause*⁹⁵.

De los párrafos precedentes se infiere que los elementos cuya configuración depende de la autonomía de la voluntad de las partes contractuales son fácilmente abordables, siempre y cuando vengán acompañados por un buen asesoramiento legal profesional en la redacción de las cláusulas⁹⁶. Ahora bien, existen otro tipo de inconvenientes que plantean mayores dificultades a la hora de ser solucionados: aquellos cuya aplicación se escapa a la configuración del principio dispositivo regido por la autonomía de la voluntad de las partes. La

⁹⁵ JENKINS, Jane, “Dispute Avoidance and Resolution”, en JENKINS Jane, STEBBINGS, Simon, *International construction arbitration law, Arbitration in context series*, vol. 3, Kluwer Law International, 2013, pág. 50.

⁹⁶ SMITH, Richard F.; MACPHERSON, Robert J.; THOMSON, Dean B., “Dysfunctional ADR: Tips to Avoid the Pain”, *Constr. Law.*, vol. 16, 1996, págs. 26-37.

doctrina internacional señala el rápido crecimiento del que han sido objeto los *Dispute Boards* en los últimos años, como causa de la necesidad de respuestas que se ha originado en la actualidad⁹⁷.

En primer lugar, los costes del *Dispute Board*, aunque son claramente más reducidos que aquellos del arbitraje internacional y de la litigación doméstica, siguen representando una preocupación para los usuarios de este método de resolución de conflictos. Tanto más, cuando se he llegado a cuestionar la imparcialidad del mecanismo en los casos en que los costes de este método de ADR son acometidos por solo una de las partes contractuales. El referido argumento encuentra sus raíces en la figura del ingeniero (*Engineer*) como elemento subjetivo presente tradicionalmente en los contratos de construcción. A esta figura clásica de los proyectos se le atribuían algunas funciones de resolución de conflictos que en la actualidad son acometidas por los *Dispute Boards*. La remuneración de esta figura contractual era asumida por el cliente en su totalidad, lo cual planteaba muchos problemas cuando el ingeniero tenía que pronunciarse en contra de los intereses de la parte que pagaba sus servicios. No obstante, en cuanto se instauraron los *Dispute Boards* como método de resolución de conflictos en diversos modelos de contratos utilizados frecuentemente en la industria internacional⁹⁸, el ingeniero quedó despojado de sus antiguas atribuciones en materia de resolución de conflictos. Ante la oportunidad de una nueva regulación, los modelos de contrato y las disposiciones sobre *Dispute Boards* más relevantes a nivel global indican que los gastos del establecimiento y funcionamiento del *Dispute Board* son necesariamente

⁹⁷ En este sentido, algunos autores ofrecen diversas taxonomías en relación con las desventajas que pueden desarrollarse en el seno de los *Dispute Boards*. A este respecto, *vid.* SMITH, Robert J., “Preventive Maintenance for the Dispute Board Process on Construction Projects: Fixing It before it breaks”, *Second Bienial Conference on International Arbitration and ADR*, Salzburgo (Austria), 22-23 de junio de 2002.

⁹⁸ La presente tesis doctoral presenta diversos modelos de contrato con estas características en secciones posteriores. *Vid. infra* II.2.

acometidos por las partes al cincuenta por ciento⁹⁹. Y aunque nada obsta a que las partes pueden modular esta disposición mediante la aplicación de la autonomía de la voluntad, la sospecha de la falta de imparcialidad suele provocar que los gastos sean acometidos en partes proporcionales.

Sin embargo, las principales disposiciones sobre *Dispute Boards* –que son objeto de estudio en secciones posteriores de esta tesis doctoral¹⁰⁰– no contemplan la posibilidad de que las resoluciones de los *Dispute Boards* se pronuncien sobre las costas del procedimiento, a diferencia de lo que ocurre en las sentencias de la litigación doméstica o en los laudos arbitrales internacionales¹⁰¹. Algunos prácticos del derecho perciben esta configuración negativa de las resoluciones de los *Dispute Boards* como una desventaja, mientras que esta tesis doctoral difiere en este punto. La posición de esta tesis parte de que, con el planteamiento actual de los *Dispute Boards*, en los que los gastos son normalmente acometidos por las partes al cincuenta por ciento y no existen pronunciamientos sobre costas, las partes tienen la seguridad de que van desembolsar una serie de gastos, pudiendo realizar un cálculo *ex ante* muy aproximado de su importe¹⁰². Asimismo, las partes tienen la certeza de que las

⁹⁹ Vid. infra III.1.A.iii.

¹⁰⁰ Vid. infra III.1.A.

¹⁰¹ HERRERO PEREZAGUA, Juan Francisco, “Reclamación de honorarios de árbitros (AP Baleares 4ª S 730/1998, de 28 julio)”, *Tribunales de justicia: Revista española de derecho procesal*, núm. 8-9, 1999, págs. 797-800.

¹⁰² La remuneración de los miembros de los *Dispute Boards* y demás gastos asociados al establecimiento y funcionamiento de este órgano a lo largo de todo el proyecto constituye una materia regulada detalladamente en los modelos de contrato estándar que constituyen la práctica consolidada en la industria. Sin embargo, los costes asociados a un procedimiento internacional suelen ser inciertos y pueden incrementarse en cantidades significativamente superiores a las previstas. Por un lado, la doctrina todavía elabora predicciones sobre los costes reales del arbitraje internacional. En este sentido, *vid.* WIEZEL, James P., “Cost-effective construction arbitration”, *The Construction Lawyer*, vol. 31, núm. 15, 2011, págs. 15-45. Por otro lado, la rigidez de los procesos judiciales domésticos puede conducir a sorpresas desagradables como uno de los veintidós millones de libras esterlinas a los que ascendió el total de costas con motivo del litigio iniciado tras las obras del estadio de Wembley en Inglaterra, correspondiente a la factura de fotocopias. A este respecto, *vid.* THOMAS, David, “Lessons from the Wembley litigation”, *Construction Law International*, vol. 4 núm 1, Marzo de 2009, págs. 28-30,

referidas cantidades se emplean en el establecimiento y funcionamiento del *Dispute Board* en su proyecto, lo cual redundaría en la eliminación de la especulación con las costas como criterio de negociación en eventuales conflictos¹⁰³.

Ahora bien, aun reconociendo el recelo que puede llegar a producir el establecimiento de un *Dispute Board* en determinado proyecto internacional de ingeniería y construcción, la cuestión fundamental que ha de ser tenida en consideración como parámetro para su posible ineficacia es el valor de la autonomía de la voluntad de las partes¹⁰⁴. Así, los inconvenientes de la utilización de este mecanismo de resolución alternativa de conflictos no han de ser buscados en la naturaleza del mecanismo en sí, sino en factores externos que escapen al control de las partes contractuales¹⁰⁵.

<http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=A277ECDE-64E0-45E6-A0BD-7F7A82AB4C49>

¹⁰³ Este aspecto es objeto de pronunciamiento en el laudo emitido en el Caso número 20632 de la Cámara de Comercio Internacional, al respecto de diversas cuestiones sometidas a arbitraje con motivo de la construcción de una carretera en la región de Transilvania (Rumanía). Para acometer este proyecto, las partes (la sociedad portuguesa JV Monteadriano-Engenharia e Construção SA / Sociedade de Construções Soares da Costa SA como *Contractor* y demandante arbitral; y la Compañía Nacional Rumana de Autopistas y Carreteras Nacionales como *Employer* y demandado arbitral), concluyeron la aplicación de las Condiciones de Contratación para la Construcción, documento conocido como Libro Rojo de FIDIC. Según lo establecido en dichas condiciones contractuales, las partes remitieron sus diferencias en primer lugar al *Dispute Adjudication Board*, en virtud del procedimiento previsto en la Sub-Cláusula 20.6 del contrato. El árbitro único, el Dr. Cyril Chern (citado en varias ocasiones en la presente tesis doctoral), denegó el pronunciamiento en costas solicitado por el *Employer* y, con ello, estableció que los costes relacionados con el *Dispute Adjudication Board* habían de ser asumidos por las partes con arreglo a lo establecido en las disposiciones contractuales (al cincuenta por ciento). El citado laudo todavía no ha sido publicado.

¹⁰⁴ SLATTERY, Elizabeth, “Deleting DAB Clauses”, *Const. L. Int'l*, vol. 4, núm. 3, 2009, pág. 32.

¹⁰⁵ Los motivos que pueden deteriorar la efectividad de los *Dispute Boards* y que escapan al control de las partes, pueden estar debidos a multitud de motivos. Desde una legislación doméstica débil en la ejecución de resoluciones contractuales hasta, irregularidades en la adjudicación de un proyecto en el que el está prevista contractualmente la presencia de un *Dispute Board*. En este último sentido se han aventurado a señalar algunas voces en el mega-proyecto llevado a cabo para la ampliación del Canal de Panamá. NUVIALA LAPIEZA, Irene, “The expansion of the Panama canal and its ruling international contract: A mega-project sailing in troubled waters?”, *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, núm. 33, 2017, pág. 12.

En este primer capítulo de la presente tesis doctoral se señalan los aspectos que los prácticos del derecho perciben *a priori* como potencialmente negativos en la utilización de los *Dispute Boards* y las posibles soluciones en términos jurídicos. Ahora bien, conforme se avanza en el conocimiento de la naturaleza y el funcionamiento de este método híbrido de ADR en grandes procesos de construcción, afloran cuestiones muy complejas en el ámbito esencialmente jurídico. El abordaje de estas cuestiones obliga a valorar aspectos como la ejecución de sus resoluciones en diferentes territorios, el valor de la autonomía de la voluntad de las partes como elemento configurador de la autoridad del mecanismo y otros elementos con relevantes consecuencias jurídicas, que se analizan a lo largo de la presente tesis doctoral.

Una vez expuestas las características principales y las consecuentes ventajas y retos derivados de ellas, se examinan los factores que han contribuido al exitoso *status quo* de los *Dispute Boards* en materia de regulación y utilización práctica. La favorable situación actual de la presencia de *Dispute Boards* en los contratos internacionales en materia de ingeniería y construcción viene precedida por diversas referencias que muestran una evolución histórica de este método de resolución alternativa de conflictos. A continuación, procede la exposición de los orígenes y evolución de la figura de los *Dispute Boards*, así como un análisis de la situación actual de este sofisticado mecanismo.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y ACTUALIDAD DE LOS DISPUTE BOARDS: DEL MUNDO SUBTERRÁNEO A UNA PROMETEDORA SUPERFICIE

En esta sección de la presente tesis doctoral se realiza un recorrido histórico de la evolución de los *Dispute Boards* como método de ADR, desde sus inicios hasta la actualidad. A lo largo de este epígrafe se incide especialmente en

los proyectos que han ido perfilando las características de estos órganos, para llegar a presentar las tendencias más recientes en su correspondiente escenario.

2.A. El origen de los *Dispute Boards*: Contratos de ingeniería y construcción en Estados Unidos

El comienzo de la andadura de los *Dispute Boards* como método de evitación y resolución de disputas se localiza en Estados Unidos, en la segunda mitad del siglo XX. A lo largo de esta sección se exponen en primer lugar los factores que llevaron a la instauración del primer *Dispute Board* en el citado país. En segundo lugar, se estudian relevantes ejemplos de grandes proyectos en los que funcionaron estos órganos en el siglo pasado, como precursores de la expansión internacional patente en la actualidad.

2.A.i. Primeros contratos en Estados Unidos y factores que propiciaron la generalización de los *Dispute Boards* en todo el país

La primera referencia sobre la utilización de un panel técnico como mecanismo de ADR en un proyecto se remonta a los años 60 del siglo pasado, a lo largo del proceso de construcción de la presa *Bonduary Dam*, en Washington (Estados Unidos). En el seno de este proyecto, se creó el *Joint Consulting Board*, un órgano de naturaleza técnica al que se podían remitir cuestiones sobre conflictos en la realización del proyecto. Este órgano estaba formado por cuatro expertos en las diferentes materias técnicas que constituían el objeto del contrato. Se considera que este órgano realizó una buena labor, debido a que no se llevó ninguna disputa ante los tribunales en la totalidad del proyecto. Este logro se consiguió a través del ejercicio de funciones de asistencia informal, que habían sido atribuidas contractualmente al referido *Joint Consulting Board*. Es por ello

que la doctrina estadounidense identifica la presa *Bonduary Dam* como un proyecto precursor de los contratos que introdujeron *Dispute Boards* en su clausulado, a lo largo del último tercio del siglo XX en los Estados Unidos¹⁰⁶.

El primer órgano conocido oficialmente con la denominación de *Dispute Board* se constituyó al comienzo de la construcción de un túnel del sistema federal estadounidense de carreteras. La ejecución de este contrato se localizaba en el estado de Colorado, concretamente en la división continental conocida como I-70. Las partes del contrato de construcción que se firmó para realizar el proyecto concluyeron sendos acuerdos con tres profesionales experimentados, que se constituyeron bajo el nombre de *Dispute Resolution Board*. Este órgano se reunió frecuentemente con las partes del contrato y les prestó asistencia informal para evitar disputas en el curso de las obras. En ocasiones, la asistencia informal no resultaba suficiente para eliminar las diferencias entre las partes en un momento temprano. En tales casos, se originaba una disputa entre las partes, con componentes de contradicción que necesitaban de un tercero imparcial dotado de autoridad para pronunciarse jurídicamente sobre la diferencia. Al objeto de resolver estas situaciones sin llegar a someter la disputa a los tribunales, el *Dispute Resolution Board* también quedaba facultado para emitir recomendaciones no vinculantes en relación con los asuntos que alguna de las partes había sometido a su conocimiento. Este inteligente sistema de gestión de conflictos contractuales, diseñado por la autonomía de la voluntad de las partes, resultó ser un éxito. La eficiencia jurídica de este método de ADR quedó reflejada en el hecho de que las partes del contrato pudieron superar los

¹⁰⁶ CHERN, Cyril, *Chern on Dispute Boards*, Londres, Informa Law from Routledge, 3ª Ed., 2015, pág. 11; MACROBERTS LLP, *MacRoberts on Scottish Construction Contracts*, Wiley-Blackwell, 3ª Ed., 2015, pág. 422.

escollos de una compleja ejecución contractual sin necesidad de acudir a los tribunales en ningún momento¹⁰⁷.

Tras la ejecución del proyecto recién referido, la Academia Nacional de Ingeniería estadounidense¹⁰⁸ creó el comité estadounidense de tecnología de túneles¹⁰⁹, con fecha 1 de enero de 1972. El citado comité se estableció para estimular el avance en el estado de la ciencia en tecnología de tunelación y propiciar el uso efectivo del subsuelo. Para ello, se perseguían como principales objetivos la promoción y coordinación de actividades de asesoramiento, la formación y la recogida y tratamiento de información. En el ejercicio de las referidas funciones, este comité llevó a cabo un estudio en el año 1974, cuyo contenido reservaba algunas secciones a las cuestiones jurídicas que se plantean en la ejecución contractual de los proyectos del sector. En este sentido, el comité

¹⁰⁷ El contrato concluido para acometer las obras del Bonduary Dam todavía resulta de actualidad entre la doctrina para ilustrar las ventajas de los *Dispute Boards*. “*The first project that employed the use of contractual dispute resolution was a tunnel construction project on the US Federal highway system located in the State of Colorado on the I-70 crossing of the Continental Divide. Parties entered tripartite agreements with three experienced construction and engineering professionals that made up the first Dispute Resolution Board (DRB). The DRB met frequently with the Parties and gave informal assistance to avoid disputes and where that was not possible made non-binding recommendations concerning disputed issues that were referred to it by one of the Parties. The experiment was successful and the Parties could set aside all differences without having to resort to litigation*”. APPUHN, Richard, “History and Overview of Dispute Boards Around the World”, *Dispute Prevention and Settlement*, 2017, págs. 1-63.

¹⁰⁸ La Academia Nacional de Ingeniería estadounidense (*United States National Academy of Engineering* en su inglés original, conocida por su acrónimo NAE) es una institución privada independiente y sin ánimo de lucro que fue fundada en 1964. La misión de esta institución es apoyar el buen funcionamiento de la nación estadounidense mediante la promoción de la ingeniería como profesión y dar directrices sobre la práctica y experiencia de ingenieros notables para proporcionar consejo al gobierno federal sobre cuestiones relacionadas con la ingeniería y la tecnología. La Academia Nacional de Ingeniería estadounidense cuenta con más de 2.000 miembros, elegidos entre la élite de los ingenieros a nivel mundial (profesionales locales y extranjeros altamente experimentados, académicos y gobiernos). Estos miembros proporcionan liderazgo y experiencia en numerosos proyectos, centrados en las relaciones entre ingeniería, tecnología y calidad de vida. Puede encontrarse más información en su página web: <https://www.nae.edu/>.

¹⁰⁹ En su inglés original, este comité es conocido como *U.S. National Committee on Tunneling Technology*. Todavía en funcionamiento, su página web es la siguiente: <https://www.nae.edu/22179.aspx>.

se cuestionaba la eficiencia jurídica de los métodos tradicionales de resolución de conflictos y en el referido estudio se analizaban distintos modos de mejorar la práctica contractual del sector en diversos aspectos. Ya en el año 1974, por tanto, se subrayaba en este análisis¹¹⁰ el impacto negativo tanto de las disputas como de la utilización de métodos de resolución de conflictos puramente contradictorios para resolverlas. Así, el estudio de la Academia Nacional de Ingeniería estadounidense estima que el sometimiento de una controversia a arbitraje o a la vía judicial conducen con frecuencia a desviaciones sobre el tiempo y el coste especialmente reseñables sobre aquellos previstos inicialmente en las condiciones contractuales. Estos aspectos inciden de manera especialmente negativa en el ámbito económico del proyecto. Como ya se ha apuntado, los métodos considerados como tradicionales en la resolución de disputas (vía jurisdiccional y arbitraje), ya manifestaban su ineficacia en diversos aspectos de los contratos de ingeniería y construcción. En materia de resolución de conflictos, los referidos métodos tradicionales presentan como principal desventaja que comienzan a realizar sus funciones al término del proyecto y no durante su ejecución. Este hecho conduce con frecuencia a la ineficacia en términos jurídicos, por cuanto las consecuencias de una disputa pueden llegar a ser irreparables. Por estos motivos, el informe emitido por la Academia Nacional de Ingeniería estadounidense en el año 1974 recomendaba establecer *Dispute Boards* como método de ADR en los contratos de ingeniería y construcción, principalmente para evitar y –en su caso– resolver disputas.

A lo largo de todo el proceso de elaboración y publicación del informe de la Academia Nacional de Ingeniería merece ser destacada la labor realizada

¹¹⁰ La publicación que recoge el estudio realizado por el comité estadounidense de tecnología de túneles lleva el título de “*Better contracting for underground construction*”. U.S. National Committee on Tunneling Technology, *Better contracting for underground construction: report of a study conducted by Standing Subcommittee no. 4, Contracting Practices, of the U. S. National Committee on Tunneling Technology*, National Academy of Sciences, 1974.

por John Matthews¹¹¹. A este ingeniero estadounidense, que formaba parte de los grupos de trabajo creados por el comité estadounidense de tecnología de túneles, se le encomendaron diversas atribuciones en la elaboración del informe. Entre ellas, se encontraba la de desarrollar un concepto de mecanismo de resolución de conflictos en torno a la idea de contratar a un tercero que actuase como parte neutral y que fuese establecido en el proyecto en virtud de las estipulaciones contractuales determinadas por las partes. La función de este tercero imparcial consistiría en prestar asistencia a las partes para resolver las posibles disputas entre ellas. En el informe, se llamó a este órgano “*Dispute Review Board*”, denominación que se comenzó a utilizar en los diversos proyectos que le sucedieron, los cuales se refieren a continuación.

Siguiendo las recomendaciones establecidas a este respecto en dicho estudio auspiciado por la Academia Nacional de Ingeniería estadounidense, se instauró un *Dispute Board* como órgano de resolución de disputas en el contrato celebrado para acometer otro gran proyecto de tunelación en Estados Unidos: el conocido como túnel Eisenhower¹¹². Ante una obra de tal magnitud, esta opción fue implementada como posible solución a la estimación de los costes asociados a la litigación en los distintos contratos del proyecto. En la industria de ese momento, los costes llegaban a ascender a un 25%-30% del valor de la disputa.¹¹³

El túnel Eisenhower –proyecto valorado en 106 millones de dólares americanos en el momento de su construcción– es una gran infraestructura entre

¹¹¹ Fundador de la prestigiosa organización *Dispute Resolution Board Foundation* (a la que se hará referencia más adelante), junto con Robert M. Matyas, P.E. Sperry y Robert J. Smith.

¹¹² Esta virtuosa obra de ingeniería construida en el estado de Colorado todavía es considerada como “*uno de los túneles más fabulosos del mundo*”. CNN en español, “9 de los túneles más fabulosos del mundo”, 11 de julio de 2014, <https://cnnespanol.cnn.com/2014/07/11/9-de-los-tuneles-mas-fabulosos-del-mundo/>

¹¹³ APPUHN, Richard, “History and Overview of Dispute Boards Around the World”, *Dispute Prevention and Settlement*, 2017, págs. 1-63.

cuyas prestaciones se llevó a cabo la excavación del relevante segundo tunelado de la vía en Loveland Pass¹¹⁴. La construcción de esta compleja obra, realizada a 3.401 metros sobre el nivel del mar, comenzó en mayo del año 1975 y fue inaugurada el 21 de diciembre de 1979, siguiendo en funcionamiento a día de hoy¹¹⁵. Como se ha apuntado recientemente, en la fase de elaboración de los documentos contractuales para el proyecto del túnel Eisenhower, el Departamento de Transportes de Colorado solicitó la instauración de un panel técnico que emitiese recomendaciones no vinculantes sobre las disputas que pudieran originarse durante el curso del proyecto.

La operatividad del *Dispute Board* en este proyecto supuso una mejora sustancial con respecto a los problemas que se presentaron en el proyecto predecesor –la primera tunelación de la vía¹¹⁶–, que resultó un desastre en términos financieros. Dicho proyecto previo había sido adjudicado en noviembre de 1967 por 50 millones de dólares americanos y su ejecución comenzó en 1968, con una previsión de cumplimiento para 1971. Sin embargo, hubo varios retrasos atribuibles a disputas entre las partes, que se produjeron durante la ejecución contractual y que trajeron como consecuencia varios impactos adversos sobre el plazo y el precio acordado inicialmente. En virtud de las estipulaciones contractuales, en este primer proyecto de tunelación, las partes estaban sometidas a la jurisdicción de los tribunales de Colorado para la solución de controversias, de acuerdo con la cláusula de resolución de conflictos del contrato. Esta provisión resultó jurídicamente ineficaz, puesto que debido a las numerosas

¹¹⁴ Las coordenadas orográficas oficiales de Loveland Pass pueden ser consultadas en el siguiente enlace: https://geonames.usgs.gov/apex/f?p=gnispq:3:0::NO::P3_FID:181813.

¹¹⁵ La titularidad de esta infraestructura es pública y la ostenta el Departamento de Transportes del estado de Colorado. Su página web es la siguiente: <https://www.codot.gov>.

¹¹⁶ Así lo testimonia la doctrina internacional. “The first bore had been mired in delays and cost overruns due to construction disputes that arose during the construction. The second bore did not experience the same delays and cost overruns”. KRAMPATH, Michael T., “The Use of Dispute Resolution Boards for Construction Contracts”, *The Urban Lawyer*, vol. 46, núm. 4, otoño de 2014, págs. 807-814, en esp. pág. 809.

disputas y la inoperatividad del foro elegido, el proyecto no se inauguró hasta el 8 de marzo de 1973 (esto es, dos años más tarde de lo previsto) y con un coste total de 108 millones de dólares americanos (más del doble de la cantidad presupuestada).

Varios fueron los motivos por los que el establecimiento de un *Dispute Board* en el segundo proyecto para el Túnel de Eisenhower fue calificado de éxito. En un primer momento, las estipulaciones contractuales contrato disponían que se estableciese un *Dispute Board* ante la aparición de disputas¹¹⁷. Sin embargo, las partes diseñaron jurídicamente este instrumento y acordaron anticiparse a la existencia de disputas. Así organizaron un órgano con presencia permanente ya en las primeras fases de la ejecución contractual¹¹⁸. Esta decisión ponía así de manifiesto un rasgo identificativo de los *Dispute Boards* que incluso hoy en día se considera muy ventajoso: su función de evitación de disputas. En línea con la eficiencia jurídica de este mecanismo, únicamente fueron formalmente sometidas a la resolución del *Dispute Board* un número de cuatro disputas¹¹⁹, sobre las que este órgano emitió las correspondientes resoluciones. Los pronunciamientos que emitió el *Dispute Board* establecido en el túnel Eisenhower fueron respetados por las partes sin necesidad de ser objeto de remisión al órgano jurisdiccional competente que se preveía como última instancia la cláusula de resolución de conflictos del contrato. Este fue otro de los motivos de su éxito, puesto que las resoluciones del *Dispute Board* se habían configurado contractualmente como no vinculantes y, aun así, las partes las

¹¹⁷ Esta configuración del órgano de resolución de disputas es conocida como *Ad Hoc Dispute Board* y se analiza secciones posteriores de la presente tesis doctoral (Vid. infra III.1.B.i.).

¹¹⁸ Esta opción es conocida como *Standing Dispute Board* y en ella queda reforzada la función de evitación de disputas. Se dedica una sección a este mecanismo en la presente tesis doctoral (Vid. infra III.1.A.).

¹¹⁹ Este dato ha sido recogido de la base de datos de la *Dispute Resolution Board Foundation*, organización a la que se hará referencia más adelante. Esta base de datos está disponible al público en el siguiente enlace: http://www.drb.org/manual/Database_2005.xls.

respetaron. Este hecho supuso la culminación de la autonomía de la voluntad como elemento esencial en la eficiencia jurídica de los *Dispute Boards* y trajo consigo una última ventaja. Las partes siguieron manteniendo relaciones comerciales, puesto que estas no quedaron resentidas como consecuencia de la gestión de los conflictos ni del cumplimiento de las disposiciones contenidas en los pronunciamientos del *Dispute Board*¹²⁰.

La concatenación de estos hechos favoreció que las relaciones entre el cliente y el contratista del proyecto del túnel Eisenhower fueran cordiales a lo largo de toda la fase de construcción y que las partes quedaran satisfechas con la ejecución de la obra al terminar el proyecto. Por este motivo, el Departamento de Transportes de Colorado adoptó nuevamente el *Dispute Board* como método de resolución de conflictos en sucesivos proyectos accesorios al Túnel de Eisenhower, tales como los trabajos de finalización eléctricos y dos puentes complementarios a la obra principal¹²¹.

Pocos años más tarde –ya en 1978–, la Academia Nacional de Ciencias de Estados Unidos¹²² publicó un informe de seguimiento en el que se proponía una serie de treinta y cuatro recomendaciones para la mejora en la construcción de proyectos subterráneos. Los aspectos jurídico-contractuales no

¹²⁰ Con toda seguridad, las relaciones comerciales entre las partes se habrían visto más afectadas en caso de someter las disputas a los métodos clásicos de resolución de disputas y ejecución de sentencias y laudos. “Introduction and Development of the DRB Concept”, Enero de 2007, https://www.drb.org/manual/1.1_final_12-06.pdf, pág. 2.

¹²¹ HARMON, Kathleen M.J., “To Be or Not to Be – That Is the Question: Is a DRB Right for Your Project?”, *Journal of legal affairs and dispute resolution in engineering and construction*, febrero 2011, pág 11, <http://www.harmonyorkassociates.com/to%20be%20or%20not%20to%20be.pdf>.

¹²² La Academia Nacional de Ciencias de Estados Unidos (NAS por sus siglas en inglés), es una institución privada sin ánimo de lucro formada por académicos distinguidos. Fue creada mediante una ley en 1863, durante el mandato del presidente de los Estados Unidos Abraham Lincoln. La NAS proporciona asesoramiento independiente en materias relacionadas con la ciencia y la tecnología. Sus miembros son elegidos por la comunidad científica de entre académicos con excelentes aportaciones a la investigación. Para más información, puede consultarse su página web: <http://www.nasonline.org/>.

eran ajenos al ámbito de estudio de este informe y se abordaron diversas cuestiones sobre las cláusulas de resolución de conflictos en este tipo de contratos. Una de las principales recomendaciones a este respecto consistía en la utilización de un método innovador para la resolución de disputas simultáneamente a la propia ejecución del proyecto, así como la instauración de un panel de profesionales para ayudar a la resolución de reclamaciones y disputas en el ámbito de la construcción. Las recomendaciones de la Academia detallaban además que este innovador órgano había de ser compuesto por un número de tres a cinco expertos profesionales, con la cualificación adecuada y que contaran con una buena reputación en la industria. Este último requisito quedaba perfilado por la necesidad de un riguroso sentido de la integridad y la justicia. El citado informe de la Academia Nacional de Ciencias de Estados Unidos también recomendaba que se otorgase al panel de resolución de conflictos la facultad de emitir resoluciones vinculantes sobre la responsabilidad de las partes, pero no así sobre los costes de la disputa¹²³.

Las referidas recomendaciones perfilaron las bases del concepto de *Dispute Board* en el ámbito de los contratos para la construcción de túneles. La utilización de esta novedosa fórmula que había demostrado una gran eficiencia jurídica no tardó en expandirse en Estados Unidos, a través de la ejecución de contratos de ingeniería y construcción de grandes proyectos todavía en funcionamiento. El siguiente subepígrafe reúne los proyectos más significativos en la expansión de la utilización de *Dispute Boards* en Estados Unidos, un país de origen especialmente inclinado a adoptar nuevas fórmulas de ADR.

¹²³ HARMON, Kathleen M.J., “To Be or Not to Be – That Is the Question: Is a DRB Right for Your Project?”, *Journal of legal affairs and dispute resolution in engineering and construction*, febrero de 2011, págs.10-16, en esp. pág. 10. <http://www.harmonyorkassociates.com/to%20be%20or%20not%20to%20be.pdf>.

2.A.ii. Generalización del uso de *Dispute Boards* en Estados Unidos:
Contratos clave en el ámbito de las infraestructuras

Como se ha expuesto en el subepígrafe precedente, la utilización del *Dispute Board* en el Túnel de Eisenhower supuso el despunte de los *Dispute Boards* como método de ADR en Estados Unidos, donde se generalizó el uso de este mecanismo a partir de la mitad de los años 70 del siglo XX. Esta tendencia al alza fue debida –en buena medida– al éxito del proyecto recién apuntado y a la difusión del referido informe de la Academia Nacional de Ciencias de Estados Unidos. A partir de entonces, los *Dispute Boards* pasaron a estar presentes como método de ADR¹²⁴ en las cláusulas de los contratos con los que se acometieron grandes infraestructuras de todo el país.

A continuación, se exponen los datos principales de varios de los proyectos que se ejecutaron en Estados Unidos en los años 90, que contaron con la presencia de un *Dispute Board* en su contrato y se justificarán las razones por las que merece una mención especial cada uno de ellos. Aun con la diversidad de tipologías y jurisdicciones que presentan los proyectos referidos, existe un elemento común a todos ellos: queda patente que los *Dispute Boards* resultan un mecanismo híbrido, de evitación y resolución de disputas contractuales, especialmente adaptable a las necesidades de las partes mediante la autonomía de la voluntad plasmada en las disposiciones contractuales.

2.A.ii.a. Túneles del río San Antonio y San Pedro, San Antonio (Texas)

Este contrato –cuyo proyecto fue estimado en 53 millones de dólares americanos, adjudicado por 48 millones de dólares americanos y finalmente ejecutado por 71 millones de dólares americanos– se ejecutó a lo largo de los

¹²⁴ KIRSH, Harvey J., “Dispute Review Boards and Adjudication: Two Cutting-Edge ADR Processes in International Construction”, *Journal of the American College of Construction Lawyers*, vol. 3, 2009, núm. 1.

años 1987 a 1993¹²⁵. El modelo sobre el cual se negociaron las disposiciones contractuales definitivas¹²⁶, fue el publicado por la Sociedad Americana de Ingenieros Civiles¹²⁷. Sobre este modelo de contrato, se acordó una serie de modificaciones, que pasaron a regular finalmente el régimen jurídico del proyecto.

Con respecto a la cláusula de resolución de disputas, se instauró un *Dispute Board* gracias al consentimiento mutuo de las partes: *US Army Corp of Engineers* –cuerpo de ingenieros del gobierno de Estados Unidos– en calidad de cliente, y *Obayashi Corporation* –compañía japonesa con presencia internacional y cotizada en bolsa en el índice Nikkei 225– en el papel de contratista. El objetivo de este mecanismo de ADR se definió en el contrato como la colaboración en la resolución de conflictos y reclamaciones que surgiesen en la ejecución del proyecto. El procedimiento ante este órgano se establecía como una mediación voluntaria, urgente y no vinculante, en el que un panel formado por tres personas examinaría las disputas. Como resultado de este examen, este panel técnico emitiría evaluaciones técnicas, recomendaciones y posibles acuerdos de resolución de las controversias. Procedimentalmente, se estableció como condición para someter la disputa al *Dispute Board* la presentación ante el cliente de una reclamación formal por parte del contratista. Una vez entregada esta

¹²⁵ En su inglés original, estos proyectos fueron denominados “*San Antonio River and San Pedro Creek Tunnels, Phase II*”.

¹²⁶ La utilización de modelos contractuales para el establecimiento del complejo régimen jurídico de aplicación a las partes constituye un fenómeno relevante, que es objeto de estudio en secciones posteriores de la presente tesis doctoral (Vid. infra II).

¹²⁷ La Sociedad Americana de Ingenieros Civiles (*American Society of Civil Engineers* en su inglés original, que se abrevia como ASCE) es una institución estadounidense que publica con regularidad y mantiene actualizados instrumentos jurídicos, a disposición de los usuarios de documentos contractuales. Entre sus principios y directrices, se predicen las ventajas de los métodos alternativos de resolución de conflictos como opción idónea para la ejecución contractual de proyectos de construcción. Existe información al respecto en el siguiente enlace: <http://www.asce.org/issues-and-advocacy/public-policy/policy-statement-256---alternative-dispute-resolution/>.

reclamación, las partes elevarían la reclamación al *Dispute Board* de mutuo acuerdo¹²⁸.

El *Dispute Board* creado para operar en el proyecto de los Túneles del río San Antonio y San Pedro fue formado por un miembro elegido por el cliente (Ronald E. Heuer, ingeniero civil de reputada carrera profesional¹²⁹), otro miembro seleccionado por el contratista (P. E. Sperry, ingeniero de formación y autor de manuales técnicos en la materia¹³⁰) y un tercer miembro elegido con el consentimiento de ambas partes (un joven y prometedor abogado e ingeniero llamado Robert J. Smith¹³¹, actualmente miembro del directorio de árbitros y panelistas de FIDIC)¹³².

Los inicios del proyecto de los Túneles del río San Antonio y San Pedro fueron complicados, debido a cuestiones técnicas. Por ello la asistencia del *Dispute Board* –que comenzó a tener presencia en el contrato nueve meses antes de la orden de comienzo de las obras– fue determinante para la buena marcha del proyecto. Durante la ejecución contractual, que se prolongó durante los años 1987 a 1993, se acordó remitir 13 disputas al *Dispute Board*: dos de ellas trataron sobre cuestiones interpretativas del contrato; siete se referían a la interpretación de especificaciones técnicas; y cuatro abordaban órdenes de cambio y

¹²⁸ En este sentido, se observa que la sumisión de una disputa al *Dispute Board*, ha de ser aprobada por el cliente. Se reconoce implícitamente con ello que las disputas son iniciadas exclusivamente por el contratista. Esta cuestión será analizada en secciones posteriores. Vid. *Supra*. IV.3.

¹²⁹ La información sobre este miembro del *Dispute Board* de los de los Túneles del río San Antonio y San Pedro puede ser consultada en el enlace: <https://www.themoles.net/media/aboutUs/awards/press/RonaldEHeuer.pdf>

¹³⁰ Algunos de los manuales de referencia están disponibles al público, como el que puede encontrarse en el siguiente enlace: <https://ntl.bts.gov/lib/57000/57800/57897/materialshandlin00dunc.pdf>

¹³¹ El extenso currículum de Robert J. Smith está disponible en el siguiente enlace: <http://fidic.org/civicrm/profile/view?reset=1&id=83&gid=14>).

¹³² Una vez más, la historia está escrita por estos reputados profesionales, fundadores de la prestigiosa organización *Dispute Resolution Board Foundation*.

variaciones. La totalidad de estas cuestiones sometidas al *Dispute Board* fueron dilucidadas en su totalidad en esta primera instancia, sin que ninguna de las partes las trasladase a arbitraje ni a los tribunales¹³³.

Teniendo en cuenta que el coste total de este órgano de resolución de disputas ascendió a 135.000 dólares americanos (lo cual representa un 0,19% del coste final del proyecto), es adecuado afirmar que la relación entre coste y eficacia del *Dispute Board* de los Túneles del río San Antonio y San Pedro fue óptima¹³⁴.

2.A.ii.b. Túnel de energía hidroeléctrica del lago Bradley, Homer (Alaska)

Este contrato –cuyo proyecto fue estimado en 118 millones de dólares americanos, adjudicado por 91 millones de dólares americanos y finalmente ejecutado por 89 millones de dólares americanos– fue ejecutado a lo largo de los años 1988 a 1991. Actuaron como partes contractuales la Autoridad Energética de Alaska (como cliente) y la compañía Ensearch Constructors Alaska (como contratista). Como en el caso referido anteriormente, se utilizó como base el modelo de contrato de la ASCE, cuya cláusula predeterminada de resolución de conflictos se modificó procedimentalmente para adecuarse a la voluntad de las partes. Así, la cláusula de resolución de conflictos de este contrato incluía como requisito procedimental la solicitud de una reclamación formal del contratista al jefe de obra como requisito previo al procedimiento de gestión de conflictos. Dicha solicitud había de ser incluso previamente cuantificada, para lo cual se requería al jefe de obra. Una vez este emitiese la cuantificación de la reclamación

¹³³ La información técnica en torno a este proyecto está todavía disponible y en formato digital: <http://www.dtic.mil/dtic/tr/fulltext/u2/a277359.pdf>.

¹³⁴ Los datos principales sobre este proyecto han sido facilitados por la *Dispute Review Board Foundation* (DRBF), institución a la que se hará referencia en secciones posteriores. Vid. infra pág. I.2.C.

formal, dicho documento podría ser utilizado por los miembros del *Dispute Board*, aportándose al proceso de resolución de conflictos.

La inclusión en este caso de una opinión técnica de la figura del jefe de obra –con presencia continua en la ejecución contractual– como requisito formal de la reclamación, subrayó con éxito la función de evitación de conflictos del *Dispute Board*; puesto que en este proyecto del túnel de energía hidroeléctrica del lago Bradley, finalmente ninguna disputa formal fue referida al *Dispute Board* a lo largo de toda la ejecución contractual.

En efecto, hubo varios desacuerdos entre las partes, que se fueron solucionando con la colaboración rutinaria en la obra de las partes y sus representantes, incluido el mencionado jefe de obra, que actuó prestando funciones de asistencia informal. Llegaron a producirse incluso dos controversias en relación con algunas filtraciones de agua y la soldadura del acero de los túneles, que fueron detectadas en momentos muy tempranos. El importe total de estas disputas llegó a ser cuantificado, en la nada desdeñable cantidad de ocho millones de dólares americanos. La cláusula contractual de resolución de conflictos demostró su eficiencia jurídica, al conseguir solucionar estas diferencias entre las partes por cauces amistosos. Todo ello redundó en la buena marcha del proyecto y de las relaciones comerciales entre las partes. El testimonio de los presentes subraya la importancia de la detección temprana de las diferencias y su resolución en el mismo campo de trabajo¹³⁵. La previsión contractual de la existencia de un *Dispute Board* y su efectiva constitución – aunque finalmente no se le refiriese ninguna reclamación formal– colaboró en gran medida en el entendimiento entre las partes.

¹³⁵ En este sentido se manifestó el representante del cliente, Dave Eberle: “*Although the DRB was never called upon to hear a dispute, I believe they were instrumental in the successful resolution of claims. The DRB was a catalyst which helped both the owner and the contractor to more objectively assess their relative positions. It also fostered an attitude of ‘Let’s resolve our differences in the field!’*”.

En este caso, los 140.000 dólares americanos que se desembolsaron en concepto de la presencia del *Dispute Board*, pasaron a representar un 0,16% del coste final del proyecto; lo cual redundó en la eficiencia jurídica de este mecanismo de resolución alternativa de disputas.

2.A.ii.c. Viaducto Hanging Lake, en el Cañón de Glenwood (Colorado)

El contrato firmado para la construcción de este proyecto merece una mención porque dio respuesta a una infraestructura de especial complejidad técnica. El proyecto fue estimado en 40 millones de dólares americanos, adjudicado por 34 millones de dólares americanos y finalmente ejecutado por 39 millones de dólares americanos; a lo largo de los años 1989 a 1993.

Actuó como cliente el Departamento de Transporte de Colorado y como contratistas las compañías Flatiron¹³⁶ y la ya disuelta Prescon Corp. A lo largo de la ejecución contractual, los miembros del *Dispute Board* –establecido de acuerdo con el modelo de la ASCE de 1989– celebraron nueve reuniones y emitieron hasta doce recomendaciones. Las resoluciones emitidas por este órgano en virtud del procedimiento establecido contractualmente por las partes, fueron aceptadas por estas, poniendo fin a las diferencias detectadas en la duración del contrato. No hubo, por tanto, necesidad de elevar las disputas originales al siguiente estadio de la cláusula de resolución de disputas, que remitía a un arbitraje. Los 50.000 dólares americanos que se desembolsaron por este concepto supusieron un 0,13% del precio total del proyecto.

¹³⁶ La página web corporativa de la compañía es la siguiente: <https://www.flatironcorp.com/>, y existe en ella una sección específica relativa al este proyecto: <https://www.flatironcorp.com/project/glenwood-canyon-corridor/>.

2.A.ii.d. Terminal inter-islas del Aeropuerto Internacional de Honolulu, Honolulu (Hawái)

El contrato firmado para acometer este proyecto¹³⁷ –adjudicado por 119 millones de dólares americanos y valorado finalmente en 131 millones de dólares americanos–, merece ser destacado porque demostró una de las grandes ventajas de la utilización de los *Dispute Boards* en infraestructuras de alta exigencia. Las diferencias surgidas entre las partes lo largo de la ejecución contractual no impidieron que la instalación funcionara a pleno rendimiento. La presencia de un *Dispute Board* como método de evitación y resolución de disputas demostró una gran eficiencia jurídica. Así, las diferencias surgidas en los trabajos de construcción de esta nueva terminal no impidieron que el aeropuerto internacional de Honolulu estuviese en pleno funcionamiento a lo largo de toda la ejecución contractual (de 1990 a 1993).

En este caso, el *Dispute Board* instaurado –según el modelo de la ASCE con alguna modificación en forma de adenda contractual añadida en la fase de licitación– emitió dos recomendaciones sobre sendas disputas, evitando llegar al enfrentamiento litigioso entre el cliente¹³⁸ y el contratista¹³⁹. Es reseñable que el presidente de este Dispute Board –Richard Elstner– procedía de Honolulu, por lo que conocía las incidencias orográficas del archipiélago.

¹³⁷ El siguiente enlace recoge varios datos del proyecto: <http://ssfm.com/project/honolulu-international-airport-concourse-extension-at-inter-island-terminal/>

¹³⁸ Departamento de Transporte de Hawái (Hawaii Department of Transportation: <http://hidot.hawaii.gov/>).

¹³⁹ La compañía Kiewit Pacific, perteneciente al grupo Kiewit Corporation: <https://www.kiewit.com/>.

Una vez más, el coste de este órgano también resultó una ventaja, puesto que supuso un 0,04 % del coste final del proyecto. Ello fomentó que se utilizara un *Dispute Board* en otros proyectos adyacentes¹⁴⁰.

2.A.ii.e. Acceso al tráfico y carriles de alta ocupación SR-90, Bellevue (Washington)

El contrato para la ejecución de –estimado en 15 millones de dólares americanos, adjudicado por 17 millones de dólares americanos y valorado finalmente en 19 millones de dólares americanos– tuvo como cliente al Departamento de Transporte de Washington¹⁴¹. Este proyecto contenía varios hitos y limitaciones especiales¹⁴², que pudieron ser salvadas por la presencia de un *Dispute Board* creado con el modelo ASCE de 1989, al que se añadió la presencia de un *partnering* o acuerdo de colaboración empresarial entre los contratistas. En este caso, se llegaron a someter hasta dos disputas al *Dispute Board*, que fueron resueltas en esta misma instancia. El coste del *Dispute Board* ascendió a 50.000 dólares americanos; lo cual supuso un 0,26% del coste total del proyecto.

¹⁴⁰ El Director del Departamento de Transporte de Hawái se expresó en estos términos: “*One of the greatest strengths of the DRB has been its deterrent value to help the owner, Project manager and contractor to resolve problems at the lowest level*”. Dispute Review Board Foundation (DRBF por sus siglas en inglés), *DRBF Manual, Section 1, Appendix A, Case Studies*, 2007. El acceso a este recurso está limitado a los miembros de la DRBF.

¹⁴¹ La página web de este organismo público es la siguiente: <http://www.wsdot.wa.gov/>. Sobre los mencionados carriles de alta ocupación, se puede encontrar la siguiente información: <https://www.wsdot.wa.gov/HOV/directaccessramps.htm>.

¹⁴² La ejecución contractual hubo de ser interrumpida en varias ocasiones, con motivo de la temporada de pesca estatal regulada y la celebración de un importante campeonato deportivo. Dispute Review Board Foundation (DRBF por sus siglas en inglés), *DRBF Manual, Section 1, Appendix A, Case Studies*, 2007. El acceso a este recurso está limitado a los miembros de la DRBF.

2.A.ii.f. America West Arena, Fénix (Arizona)

La técnica de los *Dispute Boards* fue mejorando mediante la práctica de los proyectos mencionados hasta alcanzar cotas de optimización como la que se produjo en este contrato. El proyecto que regulaba estaba sometido a una importante restricción temporal en su construcción, por lo que las previsiones contractuales en materia de resolución de disputas hubieron de redactarse con arreglo a estas necesidades. El estadio America West Arena de Fénix –aún operativo en la actualidad– cuenta con un aforo de 19.400 personas y también se utiliza como auditorio. En el momento de su construcción, para acometer este proyecto –adjudicado por 47 millones de dólares americanos– se recurrió a las Condiciones Generales del Instituto Americano de Arquitectos AIA-201¹⁴³ publicadas en 1987. El contrato firmado para ejecutar este proyecto modificó la cláusula predeterminada de resolución de disputas para sustituir el arbitraje original recogido en aquella por un *Dispute Board* organizado de acuerdo con las cláusulas de la ASCE.

Este órgano actuó en la obra con una presencia constante –lo que se conoce como *Standing Dispute Board*, que es objeto de estudio con posterioridad en la presente tesis doctoral¹⁴⁴– y, en la actualidad, se valora que la ausencia de disputas en este proyecto fue debido en gran parte a esta forma de organizar las visitas a la obra del *Dispute Board*. El pragmatismo americano operó

¹⁴³ El *American Institute of Architects*, conocido como “AIA” por sus siglas en inglés, es una organización profesional fundada en 1857 y con sede en Washington, que representa los intereses profesionales de los arquitectos estadounidenses. En el seno de esta labor, el AIA ofrece a los profesionales del ramo documentos modelo para su utilización en la ejecución de los proyectos. Entre ellos, se encuentran multitud de contratos que garantizan el equilibrio entre las partes, así como las Condiciones Generales que se aplicaron en este proyecto, cuya versión actualizada a 2017 puede ser consultada en el siguiente enlace: http://aiad8.prod.acquia-sites.com/sites/default/files/2017-04/A201_2017%20sample%20%28002%29.pdf. En función del uso que se necesite de estas Condiciones Generales AIA-201, su precio varía desde los 24,99 USD (en versión impresa no editable) hasta los 5,599.99 USD (acceso ilimitado al documento para siete personas).

¹⁴⁴ Vid. infra III.1.A.

idóneamente en la elección de los miembros de este órgano, puesto que la elección de técnicos locales contribuyó a que el coste del *Dispute Board* se redujera a cero. Tan positiva fue la valoración del sistema de resolución de conflictos en la propia obra, que el ayuntamiento de Fénix sigue siendo en la actualidad un firme partidario de introducir este método de evitación y resolución de disputas en todos los contratos de construcción que se realizan en esta ciudad. No en vano, posteriormente se utilizaron *Standing Dispute Boards* en proyectos como la biblioteca central o un gran complejo de oficinas de 42.000 metros cuadrados en la misma ciudad.

2.A.ii.g. Túnel del Parque Industrial de la Marina, Boston (Massachusetts)¹⁴⁵

Fruto del proceso de creación de infraestructuras portuarias de la ciudad de Boston acometido a lo largo de los años 90, se llevaron a cabo proyectos como el presente (de 1992 a 1993), cuyo coste final ascendió a 244 millones de dólares americanos. En la ejecución de este contrato, el *Dispute Board* establecido hubo de pronunciarse sobre cuestiones derivadas de las variaciones en los costes y, en el ejercicio de estas funciones. Merece una especial atención este órgano contractual, puesto que emitió pronunciamientos muy relevantes en materia procedimental.

Así, el *Dispute Board* acordado por las partes llegó a concluir que su propia recomendación no estaría suficientemente motivada, al no estar basada en la totalidad de los datos, puesto que ni este órgano ni las partes del contrato conocían todos los hechos que habían de ser considerados para poder emitir una resolución¹⁴⁶. El *Dispute Board*, por tanto, manifestó en su resolución no

¹⁴⁵ *Marine Industrial Park Tunnel* en su denominación original, en inglés. Este proyecto sigue operativo y se le conoce en la actualidad como el túnel de Raymond L. Flynn Marine Park.

¹⁴⁶ Sobre los elementos que suelen contener las resoluciones de los *Dispute Boards*, es interesante el estudio genérico realizado en el siguiente artículo: HARMON, Kathleen M. J., “Dispute Review Boards: Elements of a Convincing Recommendation”, *Journal of Professional Issues in Engineering Education and Practice*, vol. 130, núm. 4, 1 de octubre, 2004, págs. 289-295.

vinculante para las partes que si emitiese una recomendación sobre el fondo de la cuestión, esta no serviría más que para elevarla a la siguiente instancia de la cláusula de resolución de conflictos: el litigio jurisdiccional.

En este sentido, el contenido de la recomendación consistió en que el cliente –el Departamento de Autopistas de Massachusetts¹⁴⁷– volviera a examinar algunos puntos contractuales para fomentar un acuerdo amistoso con el contratista¹⁴⁸. El cliente cumplió con esta recomendación y ambas partes pudieron llegar a un acuerdo respecto del contenido del contrato. En este caso, de modo sobresaliente, se pone de manifiesto la función autocompositiva de evitación de conflictos realizada por el *Dispute Board*. Esta acertada decisión resultó economizadora del proceso, puesto que el mismo *Dispute Board* favoreció un acuerdo amigable entre las partes.

2.A.ii.h. Centro de convenciones John S. Knight, Akron (Ohio)

Este proyecto merece una mención por cuanto se puso en él de manifiesto la posibilidad de adaptar el funcionamiento del *Dispute Board* a las necesidades de las partes contractuales. En este sentido se modificaron las estipulaciones contractuales tipo de la ASCE para acometer este proyecto, estimado en 26 millones de dólares americanos, adjudicado por 19 millones de dólares americanos y finalmente ejecutado por 21 millones de dólares americanos. Las modificaciones acordadas por las partes tenían diversos objetivos: establecer un umbral de 5.000 dólares americanos para que la disputa pudiera elevarse al *Dispute Board* para disuadir un uso abusivo; la elección de uno de los miembros por parte de la Asociación Americana de Subcontratistas para favorecer la neutralidad, o la determinación por parte del cliente sobre cuál de los diferentes contratistas que concurren en el proyecto debía hacer frente a

¹⁴⁷ *Massachusetts Highway Department* en su inglés, cuya página web es la siguiente (<http://www.massdot.state.ma.us/highway/Main.aspx>).

¹⁴⁸ Una *joint venture* formada por las compañías Kiewit, Perini, Atkinson y Cashman.

los gastos del *Dispute Board* conjuntamente con él. Asimismo, cada uno de los contratistas firmó su propio acuerdo para el establecimiento del *Dispute Board*.

El resultado fue que los 12.000 dólares americanos que se desembolsaron por este concepto supusieron un 0,06% del coste total del proyecto, dejando al cliente especialmente satisfecho con la elección de este método de evitación y resolución de disputas. Parte del éxito de este órgano radicó en la elección de sus miembros, puesto que el *Dispute Board* estaba formado por dos ingenieros profesionales del sector del caucho y el propietario de una compañía dedicada al asfalto, todos ellos ya jubilados y con una dilatada experiencia en el referido sector.

A los proyectos destacados anteriormente, se sumaron otros muchos en el territorio estadounidense. Tal es el caso de la carretera Turnpike en Florida, el transporte del área metropolitana de Washington, etc.¹⁴⁹.

2.B. El desarrollo internacional de los *Dispute Boards*: Los contratos más significativos más allá de las experiencias estadounidenses

Tras demostrar la eficiencia de los *Dispute Boards* en términos jurídicos y económicos en numerosos contratos celebrados para acometer proyectos de grandes infraestructuras en Estados Unidos, este método de ADR pasó a ser contemplado en las cláusulas de resolución de conflictos en el ámbito internacional. A continuación se exponen los principales proyectos que consolidaron este fenómeno.

¹⁴⁹ Dispute Review Board Foundation (DRBF por sus siglas en inglés), *DRBF Manual, Section 1, Appendix A, Case Studies*, 2007. El acceso a este recurso está limitado a los miembros de la DRBF.

2.B.i. Complejo hidroeléctrico de El Cajón (Honduras)

La primera experiencia en la utilización de *Dispute Boards* más allá de Estados Unidos se produjo en el año 1980, con su utilización en la construcción de la presa y la central hidroeléctrica Francisco Morazán –también conocida como “El Cajón”–, en el departamento de Cortés, en Honduras. Este proyecto fue parcialmente financiado por el Banco Mundial¹⁵⁰ y en él intervino una pluralidad de actores, lo cual le dotó de un relevante elemento de internacionalidad. Así, el cliente era la Empresa Nacional de Energía Eléctrica de Honduras; el contratista era una compañía italiana; y el ingeniero¹⁵¹, una compañía suiza.

En el contrato para acometer el proyecto de El Cajón, el Banco Mundial, ejerciendo las facultades correspondientes a su función financiadora, aconsejó que, además de estar presente la figura del ingeniero, se instaurase un *Dispute Board* para asegurar de esta forma la ejecución contractual en plazo y sobre presupuesto.

La cláusula de resolución de litigios que preveía el contrato pasaba por tres fases sucesivas: un primer recurso al referido ingeniero suizo, un recurso posterior a un órgano llamado *Claim Review Board* –cuyas decisiones no eran vinculantes para las partes– y, finalmente, la sumisión de la controversia a

¹⁵⁰ Sobre esta institución: “El Grupo Banco Mundial está conformado por 189 países miembros; su personal proviene de más de 170 países, y tiene más de 130 oficinas en todo el mundo. Constituye una asociación mundial única: las cinco instituciones que lo integran trabajan en la búsqueda de soluciones sostenibles para reducir la pobreza y generar prosperidad compartida en los países en desarrollo”, <http://www.bancomundial.org/>; FREESTONE, David A. C., *The World Bank and sustainable development: legal essays*, Leiden, 1ªEd., Nijhoff, 2013.; RAGHAVAN, Vikram, “The World Bank and Regional Development Banks”, *Proceedings of the annual meeting*, núm. 110, 2016, págs 273-277.

¹⁵¹ La mencionada figura del ingeniero ha estado presente tradicionalmente en los grandes proyectos de ingeniería y construcción, ejerciendo funciones muy variadas a lo largo de la ejecución contractual. Sin embargo, algunos modelos de contrato, como por ejemplo el Libro Plata, prescinden de esta figura por la configuración de los riesgos contractuales que asume el *Contractor*.

arbitraje¹⁵². A lo largo del proyecto, valorado en 236.000 millones de dólares americanos, se sometieron al *Claim Review Board* un total de cinco disputas, sobre las que se emitieron las correspondientes recomendaciones no vinculantes. La aceptación y el cumplimiento voluntario del contenido de estas resoluciones por parte de los sujetos del contrato evitó que estas disputas fueran elevadas a arbitraje.

El funcionamiento de la cláusula de resolución de conflictos en la construcción de El Cajón se consideró así un éxito y el modelo escalonado para la resolución de conflictos se erigió como un importante mecanismo que posibilitó la difusión internacional del *Dispute Board* en calidad de método de ADR.

2.B.ii. Complejo hidroeléctrico Ertan (República Popular China)

Otro de los hitos en la consolidación de los *Dispute Boards* como método de resolución de conflictos más allá de las primeras experiencias de Estados Unidos se produjo con la firma de los contratos para acometer el complejo hidroeléctrico conocido como Ertan. Esta magnífica infraestructura fue construida en el río Yalong, en la región de Sichuán de la República Popular China; y está compuesta por un dique de 240 metros asociado a una central hidroeléctrica subterránea. La ejecución contractual de este megaproyecto se llevó a cabo a lo largo de los años 1991 a 2000 y una vez finalizada se considera la mayor central hidroeléctrica subterránea de Asia; siendo asimismo la cuarta a nivel mundial. El complejo hidroeléctrico Ertan fue financiado por el Banco

¹⁵² HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora, “Los contratos internacionales de construcción «llave en mano»”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, marzo 2014, núm. 1, págs. 161–235, en esp. 227.

Mundial¹⁵³ y su desarrollo supuso uno de los grandes logros del gobierno chino en un momento políticamente complicado.

El complejo hidroeléctrico Ertan se valoró inicialmente en 1.885.50 millones de dólares americanos¹⁵⁴ –si bien al final de la ejecución contractual su valor ascendía a 5.000 millones de dólares americanos– y supuso el despliegue de un gran entramado de contratistas organizados en dos *joint ventures* con participación china y extranjera. La primera de ellas, creada para la construcción del dique, fue liderada por el grupo italiano de la construcción Impregilo Spa, mientras que la segunda, cuya misión se circunscribía a la central subterránea, fue liderada por el grupo alemán de la construcción Philip Holzman, AG. A su vez, el diseño del proyecto fue elaborado por el Instituto Chino de Diseño y todas las *joint ventures* eran supervisadas por un ingeniero chino, mientras que el cliente fue asesorado por varias compañías internacionales de ingeniería.

Entre las condiciones impuestas por el Banco Mundial, se acordó la constitución de un *Dispute Board* como órgano de resolución de conflictos contractuales en los dos referidos contratos principales que se celebraron para acometer el proyecto: aquellos que contenían como prestación la ingeniería civil del colosal proyecto. Para la organización del régimen jurídico aplicable, se confió en el Libro Rojo de FIDIC, que –como se expone en la presente tesis doctoral¹⁵⁵– recoge el establecimiento de un *Dispute Board* como primer escalón

¹⁵³ Todos los informes oficiales sobre el complejo hidroeléctrico de Ertan se encuentran disponibles para el público en el siguiente enlace de la página web del Banco Mundial: <http://projects.worldbank.org/P003506/ertan-hydroelectric-project?lang=es&tab=documents&subTab=projectDocuments> . En concreto, Informe final de ejecución, *Implementation Completion Report*, de 15 de mayo de 1997, está disponible al público en general en el siguiente enlace <http://documents.worldbank.org/curated/en/960791468018862842/pdf/multi-page.pdf>.

¹⁵⁴ En la página web del Banco Mundial consta la referencia general a este megaproyecto: <http://projects.worldbank.org/P003506/ertan-hydroelectric-project?lang=es&tab=overview>.

¹⁵⁵ Vid. infra IV.

en la cláusula escalonada de resolución de conflictos. En la ejecución contractual del megaproyecto hidroeléctrico Ertan, se constituyó un *Dispute Board* formado por tres miembros. De ellos, uno era elegido por el contratista y otro por el cliente, mientras que el tercero –con funciones de presidente– era elegido por los dos miembros iniciales¹⁵⁶. Los miembros elegidos fueron el colombiano Carlos S. Ospina en calidad de presidente, el sueco Sven-Erik Frick-Meijer y el británico Peter H. J. Chapman¹⁵⁷.

En un principio, las partes acordaron que el *Dispute Board* realizara tres visitas al año a las obras¹⁵⁸, de tres días de duración. El número total de estas visitas a lo largo del proyecto ascendió a veinte. Asimismo, se recogió en las estipulaciones contractuales iniciales que las resoluciones del *Dispute Board* consistirían en recomendaciones: no serían por tanto ni automáticamente finales ni automáticamente vinculantes¹⁵⁹. Se establecieron como idiomas del procedimiento ante el *Dispute Board* el inglés y el chino. Todas las cuestiones que se sometieron a su conocimiento fueron examinadas en vistas realizadas en la misma obra, con una duración de dos o tres días salvo aquellos asuntos más

¹⁵⁶ En los documentos publicados por el Banco Mundial sobre el referido proyecto, se encuentran alusiones explícitas al *Dispute Board*; revelando la importancia de este órgano a lo largo de la ejecución contractual. “*The DRB was set up to facilitate prompt resolution of disputes relating to civil works contracts. The contractors and EHDC each selected a member of the DRB and the third member, the chairman of DRB, was selected by the two sides. Implementation Completion Report China Ertan Hydroelectric Project*”. Informe final de ejecución, Implementation Completion Report, de 15 de mayo de 1997, <http://documents.worldbank.org/curated/en/960791468018862842/pdf/multi-page.pdf>.

¹⁵⁷ El currículum de este prestigioso árbitro y panelista, que ha participado en más de 500 proyectos en todo el mundo, puede ser consultado en el directorio que ofrece la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils, objeto de estudio detallado en la presente tesis doctoral): <http://fidic.org/civicrm/profile/view?reset=1&id=39&gid=14>. Asimismo, el Sr. Chapman ha publicado relevantes contribuciones sobre la materia, que son citadas en varios momentos de la presente tesis doctoral.

¹⁵⁸ Esta modalidad de *Dispute Board* establecida al inicio del proyecto y que queda sometida a visitas regulares a las obras se conoce como *Standing Dispute Board* (Vid. infra III.1.A.).

¹⁵⁹ A estas dos cuestiones –fuerza vinculante y finalidad de las resoluciones de los *Dispute Boards* – se hará referencia posteriormente en este trabajo (Vid. infra III).

complejos, en los cuales se añadían más sesiones. Tras la celebración de las vistas, el *Dispute Board* remitía a las partes su recomendación por escrito, unas semanas más tarde.

La competencia *ratione materiae* del *Dispute Board* en el complejo hidroeléctrico Ertan se configuró contractualmente de manera muy amplia, de modo que no existían restricciones sobre las cuestiones que podía dirimir este órgano. En efecto, el *Dispute Board* se pronunció sobre disputas de carácter tanto técnico como contractual, requiriendo en algunos casos la presencia de un experto en temas complejos como fue el caso de una controversia sobre cuestiones fiscales.

Por cuanto se refiere a las resoluciones del *Dispute Board* en el complejo hidroeléctrico Ertan, las partes acordaron que su contenido vincularía a las partes salvo que alguna de ellas elevara la recomendación a arbitraje. Por lo tanto, las resoluciones no eran vinculantes hasta que venciese el plazo para elevarlas a arbitraje y con ello se extinguiera el derecho de la parte disconforme con su contenido. En caso de sumisión a arbitraje, el contenido de la recomendación se remitiría al tribunal arbitral.

Superadas las reticencias iniciales –lógicas, al ser este el primer *Dispute Board* establecido en China–, este *Dispute Board* emitió hasta un total de cuarenta resoluciones que fueron aceptadas por las partes, sin necesidad de llegar a arbitraje en ninguna de las ocasiones¹⁶⁰. Conforme el proyecto fue avanzando, el *Dispute Board* participó de manera proactiva asistiendo a las partes con

¹⁶⁰ La doctrina se hizo eco de la relevancia jurídica de las funciones del *Dispute Board* establecido en el proyecto hidroeléctrico Ertan a lo largo de su ejecución contractual. “*Hydroelectric Project in China (a project constructed over a nine years period and in a difficult political and commercial environment) all 40 of the DRB’s recommendations were adopted by the parties during the final settlement negotiations thus resulting in final account agreement in under six months after substantial completion of the Works*”. CHAPMAN, Peter H.J., *Dispute Boards on Major Infrastructure Projects*, Conferencia de la DRBF, Bruselas, noviembre de 2011.

decisiones formales e informales, llegando incluso a intervenir en las operaciones de saldo final del proyecto y sus garantías¹⁶¹.

La constitución del *Dispute Board* para los contratos de ingeniería civil de la central hidroeléctrica Ertan fue recibida inicialmente con reticencias en el país de construcción de la obra, a pesar de que –tal y como se señala en el informe oficial– perseguía la resolución temprana de disputas contractuales y, con ello, fomentar la competitividad internacional, reducir precios de las ofertas¹⁶² y facilitar la construcción de las obras al coste más bajo¹⁶³.

2.B.iii. Presa de Katse (Lesoto)

La presa de Katse es otro gran proyecto, que destaca por ser la primera infraestructura del continente africano en cuya ejecución contractual se instauró un *Dispute Board* como órgano de resolución de conflictos. La presa de Katse fue construida sobre el río Malibamat'so durante los años 1991 a 1997 y llegó a

¹⁶¹ CHERN, Cyril, *Chern on Dispute Boards*, Londres, Informa Law from Routledge, 3ª Ed., 2015, pág. 72.

¹⁶² Tal y como indica la doctrina: “A corollary effect may be lower bid prices in recognition of the substantial cost savings realized on projects using a DRB”. TAYLOR, Robert G., HINKLE, Buckner, “How to Use ADR Clauses with Standard Form Construction Industry Contracts”, *The construction Lawyer*, vol. 15, núm. 42, abril de 2005, págs. 42-57, en esp. pág. 45.

¹⁶³ Se reproduce un extracto de este informe: “5.27 *In addition to the foregoing consulting services, there will be two other groups of specialists that will assist EHDC for a successful completion of the Ertan project (i) DRB (para. 5.16) and (ii) the Environmental Panel (EP). DRB will be set up for the two civil works contracts to enable prompt resolution of contract disputes and thereby enhance international competition, reduce bid prices, and expedite construction of the works at lowest cost. One member of DRB will be appointed by EHDC, one by a contractor, and a third member will be selected by these two. The decision to create DRB alone is believed to have reduced bid prices for the main civil works possibly by as much as \$100 million. EP will be made up of foreign and Chinese experts and is a response to the new Bank directive requiring establishment of such a panel. Although the EP is not mandatory in this project, EHDC recognizes the importance of the environment and will apply the Bank's new requirement to the Ertan project*”. Informe de evaluación inicial preparado por el personal, Staff Appraisal Report China Ertan Hydroelectric Project, 11 de junio de 1991, <http://documentos.bancomundial.org/curated/es/533571468024537722/pdf/multi-page.pdf>.

su capacidad máxima en 1998, constituyendo en el momento de su conclusión el reservorio de agua más grande del continente africano.

El proceso para adjudicación del proyecto de la presa de Katse finalmente fue acometido por la *joint venture* “Highlands Water Ventures JV”; formada por las compañías de primera línea a nivel mundial (Impregilo¹⁶⁴, Kier¹⁶⁵, Bouygues¹⁶⁶, Concor¹⁶⁷ y Hochtief¹⁶⁸). Dicho proyecto representó un reto a nivel político en el continente africano. De hecho, la construcción de esta gran infraestructura fue posible gracias a una serie de tratados internacionales entre Sudáfrica y Lesoto, cuyo contenido se circunscribía al ámbito hídrico que tanta relevancia ostenta en el territorio africano¹⁶⁹.

¹⁶⁴ Salini Impregilo es un grupo industrial con sede en Milán (Italia), especializado en la construcción de proyectos de gran envergadura en todo el mundo. Salini Impregilo opera en más de 50 países con 35.000 empleados y su cifra de facturación asciende a 6.100 millones de euros. La información general sobre el grupo puede ser consultada en el siguiente enlace: <https://www.salini-impregilo.com/en/group/profile.html>.

¹⁶⁵ Kier es un grupo constructor con sede en Sandy (Reino Unido), cuya actividad se centra en la construcción y servicios asociados en los sectores de educación, inmobiliario, industrial, energético, transporte, etc. Las principales áreas de operación del grupo Kier se centran en el Reino Unido, Oriente Medio, Australia y Hong Kong, con 21.000 empleados. La información general sobre el grupo puede ser consultada en el siguiente enlace: <http://www.kier.co.uk/>.

¹⁶⁶ Bouygues es un grupo industrial con sede en París (Francia), con facciones dedicadas a la construcción (ingeniería civil, energía y servicios), al sector inmobiliario y a las telecomunicaciones. Con sus 49.000 empleados que trabajan en cerca de 50 países, su cifra de facturación es de las más altas de Francia. La información general sobre el grupo puede ser consultada en el siguiente enlace: <http://www.bouygues.com/en/>.

¹⁶⁷ Concor es un consorcio local –con sede en Sudáfrica–, con participación pública y un especial arraigo, puesto que su capital queda íntegramente constituido por socios locales. La información general sobre el consorcio puede ser consultada en el siguiente enlace <http://www.concor.co.za/about/about-overview/>.

¹⁶⁸ Hochtief es un grupo constructor con sede en Essen (Alemania), que figura como la mayor empresa constructora del país. Cuenta con más de 70.000 empleados y sus proyectos de ingeniería, servicios y energía se cuentan en todo el mundo. La información general sobre el grupo puede ser consultada en el siguiente enlace: La información general sobre el grupo puede ser consultada en el siguiente enlace: https://www.hochtief.com/hochtief_en/0.jhtml.

¹⁶⁹ En el informe de Naciones Unidas sobre Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos de referencia HRI/CORE/LSO/2016, que trata sobre la situación de Lesoto en el ámbito internacional, se recogen datos sobre la importancia de la represa de Katse en la economía estatal. Principalmente, el impacto económico se centra en la exportación de agua a Sudáfrica,

El valor de la presa de Katse fue cifrado en 275 millones de dólares americanos y se contó con financiación por parte del Banco Mundial¹⁷⁰. Por ello se utilizó el modelo del Libro Rojo de FIDIC redactado pensando en este tipo de infraestructuras y se constituyó un *Dispute Board* como método de resolución de conflictos de acuerdo con las condiciones de financiación del Banco Mundial. El *Dispute Board* fue compuesto por tres miembros: un miembro a elección del empleador¹⁷¹ (la entidad pública “Lesotho Highlands Development Authority”), otro miembro a elección del contratista (la *joint venture* “Highlands Water Ventures JV”) y un último miembro elegido por los miembros preexistentes, con atribuciones de presidente. En un principio, se estableció que el *Dispute Board* visitase las obras de dos a tres veces por año y finalmente este órgano realizó 16 visitas. Las resoluciones del *Dispute Board* de la presa de Katse se configuraron contractualmente como no inmediatamente vinculantes y no inmediatamente finales. Sin embargo, de las 16 recomendaciones emitidas, solo una de ellas fue elevada al siguiente escalón de la cláusula contractual de resolución de conflictos y sometida por tanto a arbitraje. En esta instancia, se confirmó la resolución emitida por el *Dispute Board* con anterioridad.

pero existen exportaciones complementarias como aquellas derivadas de las actividades de piscifactorías. En el mismo texto, se hace referencia a que la represa de Katse fue galardonada con premios internacionales a su diseño. El texto en español de este informe puede ser consultado en el siguiente enlace: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=FhOD6sgqgzAhFXD9F%2FeKaFMm83LbFY75RhkIFGrig%2B6eAWz5wgcBPzkjETHp8I2bLU%2BcdEIIuacw3Wd4iRZFPPeoz%2Bp6UMudrqKJh7YXfX3ML4XjuaGaKmPn7MM3%2Bfk>.

¹⁷⁰ Además del Banco Mundial, intervinieron en la financiación de este megaproyecto otros bancos de desarrollo regionales y bancos comerciales: Banco Africano de Desarrollo, Fondo Europeo de Desarrollo, Banco Sudafricano de Desarrollo, bancos comerciales europeos y agencias de créditos a la exportación. <http://www.water-technology.net/projects/lesotho-highlands/>.

¹⁷¹ Siguiendo la nomenclatura de FIDIC, el empleador es el cliente del proyecto. En este caso el cliente fue la entidad pública “Lesotho Highlands Development Authority”, que –además– fue la beneficiaria de la financiación por parte del Banco Mundial. Los detalles del proyecto pueden ser consultados en la base de datos del Banco Mundial, en el siguiente enlace: <http://documents.worldbank.org/curated/en/868951498958379621/pdf/multi-page.pdf>.

Al igual que se ha apuntado en el caso del complejo hidroeléctrico Ertan, la presencia del *Dispute Board* en el proyecto de la presa de Katse fue uno de los puntos polémicos de un contrato inmerso en la controversia¹⁷², debido en parte a que fue el primer órgano de estas características instaurado en el continente africano y ninguno de los representantes de las partes estaba familiarizado con este método de resolución de conflictos¹⁷³. La reticencia inicial propia de las fases preliminares del contrato se disipó con el paso del tiempo y hoy en día la doctrina coincide en que si los actores del proyecto hubiesen confiado más en este órgano para el conocimiento precoz de las disputas, incluso se habría podido predicar un mayor éxito del *Dispute Board* en esta infraestructura¹⁷⁴.

2.B.iv. Aeropuerto Internacional de Hong Kong (República Popular China)

También conocido como el Aeropuerto de Chek Lap Kok por la isla sobre la que está construido, el Aeropuerto Internacional de Hong Kong constituye uno de los proyectos de referencia en la industria de la construcción a nivel mundial. No en vano, la ejecución de este proyecto valorado en 15.000 millones de dólares americanos hubo de ser financiada por varias entidades. El contrato utilizado para regular el régimen jurídico de este proyecto fue redactado para la ocasión con una base similar a la que suele utilizar el gobierno de Hong

¹⁷² La prensa se hizo eco de las dificultades que surgieron con motivo de la construcción de la presa Katse, que tuvo impacto en diversos foros: <http://www.dw.com/es/la-presa-est%C3%A1-construida-pero-la-pobreza-contin%C3%BAs/a-16182170>.

¹⁷³ La necesidad de formar a los representantes de las partes contractuales de los proyectos en la cultura de los *Dispute Boards* es un tema recurrente en los congresos internacionales dedicados a la promoción y fomento de estos órganos. De hecho, en la 17ª Conferencia de la Dispute Review Board Foundation (DRBF por sus siglas en inglés), diversos ponentes se hicieron eco de esta afirmación como prioritaria para la difusión de los *Dispute Boards*, sobre todo en países en vías de desarrollo.

¹⁷⁴ Los ejemplos de proyectos relacionados en este capítulo vienen enunciados en diferentes obras. Para la elaboración de esta tesis doctoral, la autora ha consultado los manuales: CHERN, Cyril, *Chern on Dispute Boards*, Londres, Informa Law from Routledge, 3ª Ed., 2015; y *DRBF Practice Guidelines*, 2007, <http://www.drb.org/concept/manual/>.

Kong para la adjudicación de infraestructuras, prescindiéndose en este caso de utilizar modelos ofrecidos por organizaciones profesionales con presencia internacional. Otros datos como que la totalidad de la obra comprendía diez proyectos separados, o que se firmaron 225 contratos de construcción para acometer la totalidad de las prestaciones, revelan que se trata de un megaproyecto. Entre los contratistas se encontraban *joint ventures* internacionales con socios locales y especialistas como *Air Traffic Control Systems*. En definitiva, todo un reto; cuya construcción se prolongó durante los años 1991 a 1998 y para el cual hubo de idearse un nuevo concepto de *Dispute Board*, motivo por cual este proyecto merece una atención especial en la presente tesis doctoral.

Si hasta ese momento dos miembros de los *Dispute Boards* en otros proyectos eran elegidos por las partes y posteriormente se acordaba la designación de un tercero que hacía funciones de presidente; en la ejecución contractual de la construcción del Aeropuerto Internacional de Hong Kong se estableció un *Dispute Review Group* en el que la elección de los miembros del *Dispute Board* estaba sometida a una doble instancia. Así, se eligió un grupo formado por seis miembros¹⁷⁵ más un coordinador (*conveyor*) del grupo, cuya función era elegir la composición del *Dispute Board* que, de acuerdo con su currículum y especialidad, fuera a conocer de determinada controversia¹⁷⁶. Así, la composición del *Dispute Board* podía variar *ratione materiae*, con el fin de ofrecer una solución a medida de las especificidades técnicas y jurídicas de cada controversia. La sofisticación de este mecanismo otorgaba la posibilidad de que las disputas fueran conocidas y resueltas por profesionales especializados en

¹⁷⁵ Algunos autores se refieren a esta formación como “*dispute review group*”. CHERN, Cyril, *Chern on Dispute Boards*, Londres, Informa Law from Routledge, 3ª Ed., 2015, pág. 74.

¹⁷⁶ La doctrina refleja: “*On the new Hong Kong airport the DRG (Disputes Review Group) consisted of seven members plus a convenor. Panels of one or three members were selected from the DRG depending on the nature and complexity of the dispute*”. VAN LANGELAAR, Anton, “Dispute boards – Operation, Part 1”, *Civil Engineering*, septiembre 2014, págs. 60-64.

ámbitos dispares que suelen coexistir en los contratos de construcción, dada la diversidad de prestaciones que estos contienen en su objeto. Así, tanto las disputas sobre cuestiones técnicas, económico-financieras o bien de naturaleza híbrida podían ser resueltas de una manera óptima.

2.B.v. Otros contratos relevantes

Además de los contratos expuestos en los subepígrafes inmediatamente precedentes, son numerosas las referencias que han introducido este método de resolución de conflictos en sus correspondientes proyectos. La ejecución del túnel del Canal de la Mancha (Francia e Inglaterra) es un ejemplo de ello. El contrato para el referido proyecto preveía un *Dispute Board* formado por tres miembros elegidos entre cinco posibles. Sin embargo, los cinco miembros desempeñaron sus funciones y estuvieron presentes en todos los procedimientos. El proyecto ferroviario para el túnel del Canal de la Mancha (*Channel Tunnel Rail Link*), por su parte, disponía en su régimen jurídico dos *Dispute Boards*: uno, para conocer de cuestiones técnicas –integrado por ingenieros– y otro, para someter las disputas de índole financiera generadas en la concesión–compuesto por especialistas en la materia–. También en Inglaterra se construyó la línea de tren ligero de Docklands a Lewisham (*UK Docklands Light Railway Extension to Lewisham*), proyecto cuyo contrato contaba con el establecimiento de paneles técnicos y financieros, de tres miembros cada uno de ellos y presididos por la misma persona. En este último caso, cabe resaltar que, once años después de la inauguración de la línea ferroviaria, las partes llamaron a constituirse al *Dispute Board* para poder someter una cuestión que había surgido en la fase de operación de la infraestructura¹⁷⁷.

¹⁷⁷ CHAPMAN, Peter H.J., “The use of Dispute Boards on major infrastructure projects”, *Turkish commercial law review*, vol. 1, núm. 3, Octubre 2015, pág. 224.

En esta línea, se cuentan ya por decenas los contratos de ingeniería y construcción para acometer obras de referencia mundial¹⁷⁸ que utilizan *Dispute Boards* como método consolidado de ADR. Entre ellos, merecen ser destacados el estadio para los Juegos Olímpicos y Paralímpicos de Londres 2012 (Reino Unido), o la ampliación del Canal de Panamá (Panamá), megaproyecto todavía en curso que ha redefinido las bases de la logística y el comercio a nivel mundial¹⁷⁹. También son frecuentes las inclusiones de este método de resolución de conflictos en los proyectos realizados en Europa del Este, hecho que se infiere de los exiguos datos que se publican sobre las resoluciones arbitrales que emite la Cámara de Comercio Internacional¹⁸⁰ en pronunciamientos sobre este tipo de contratos.

En la más reciente actualidad, se ha producido la adjudicación del proyecto ferroviario que permitirá realizar el concurrido trayecto entre las ciudades de Houston y Dallas (Texas, Estados Unidos de América)¹⁸¹ en un tiempo mucho menor que el que emplea la actual línea ferroviaria. Previsiblemente, en el contrato que rija el régimen jurídico entre las partes –cuyo capital responde íntegramente a fondos de titularidad privada y entre cuyos contratistas se encuentran empresas españolas–, establecerá la presencia de un *Dispute Board*, de acuerdo con la tradición estadounidense.

¹⁷⁸ Sobre la utilización de este método híbrido de ADR en Australia, vid. RANA, Rashda, “International Construction Projects. Construction Project Dispute Resolution”, *The 2009 Conference of International Bar Association*, 2009, Madrid.

¹⁷⁹ NUVALA LAPIEZA, Irene, “The expansion of the Panama canal and its ruling international contract: A mega-project sailing in troubled waters?”, *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, vol. 12, núm. 33, 2017, págs. 1-38.

¹⁸⁰ A lo largo de la presente tesis doctoral, se hace referencia a esta prestigiosa institución con el acrónimo CCI.

¹⁸¹ “Las empresas españolas Renfe y Adif participarán en el AVE en el norte de Texas que unirá Houston y Dallas”, Radio Televisión Española, 10 de octubre de 2018, <http://www.rtve.es/noticias/20181010/empresas-espanolas-renfe-adif-participaran-ave-unira-houston-dallas/1816820.shtml>.

2.C. Relevancia contemporánea de los *Dispute Boards* en contratos internacionales de ingeniería y construcción: Apuntes de derecho comparado

En la actualidad, es difícil conocer con exactitud cuántos *Dispute Boards* se encuentran operativos, puesto que la generalización de la que han sido objeto favorece la utilización de estos en el ámbito privado, sin que trasciendan datos estadísticos exhaustivos en la materia. No obstante, a principios del año 2007 se tenía constancia de que unos 1.350 proyectos habían sido acometidos contando con un *Dispute Board* en su ejecución¹⁸² e incluso otros autores hablan de 2.340 proyectos en los que se ha utilizado los *Dispute Boards* como método alternativo de resolución de conflictos hasta el año 2012¹⁸³. El valor total de estos proyectos ascendía a 140.000 millones de dólares americanos en la fecha mencionada y, aunque muchos datos están protegidos por motivos de confidencialidad, se calcula que se han sometido a este método de resolución de conflictos unas 2.500 disputas derivadas de sus respectivos contratos.

A día de hoy, los *Dispute Boards* gozan de una gran popularidad en su país de origen, donde han sido utilizados en 50 de los 52 estados de Estados Unidos de América. Este mecanismo llega incluso a ser de utilización obligatoria como mecanismo de resolución de conflictos en los contratos que acometen infraestructuras en jurisdicciones tan relevantes como el estado de Florida y el de

¹⁸² CHAPMAN, Peter H.J., “The use of Dispute Boards on major infrastructure projects”, *Turkish commercial law review*, vol. 1, núm. 3, Octubre 2015, pág. 222; “Records indicate that since 1975, 922 projects (approximately 95% of which have been in the United States) have used a DRB. These DRBs heard a total of 1,108 disputes, but only 25 (involving nine projects) were not resolved by the DRB and required litigation”, HARMON, Kathleen M. J., “Construction conflicts and dispute review boards: Attitudes and opinions of construction industry members”, *Dispute Resolution Journal*, vol. 58, núm. 4, Noviembre a enero 2003-2004, págs. 66-75, en esp. pág. 68.

¹⁸³ HARMON, Kathleen M. J., “Using DRBs to Maintain Control of Large, Complex Construction Projects”, *Dispute Resolution Journal*, vol. 67, núm. 1, 2012, págs. 70-75.

California¹⁸⁴. Precisamente la instauración de los *Dispute Boards* como mecanismo obligatorio en la resolución de conflictos derivados de la ejecución contractual en proyectos de construcción pública, permite la exposición de algunos datos concretos, los cuales se ofrecen a continuación.

Durante los años 2000 a 2009, el Departamento de Transporte de Florida¹⁸⁵ recopiló datos de unos 3.000 proyectos, entre los cuales algunos habían utilizado un *Dispute Board* como método de resolución alternativa de conflictos. Los resultados de este estudio fueron publicados en la Asociación Americana de Ingenieros Civiles¹⁸⁶. Los parámetros utilizados para valorar la experiencia de la utilización de *Dispute Boards* atienden a su impacto en el coste y plazos del proyecto, la efectividad en la evitación de disputas y los costes de la implementación del *Dispute Board*. En este sentido, los proyectos que utilizaron *Dispute Boards* como método de resolución alternativa de conflictos, registraron reducciones de costes en un 7% y de plazos en un 13% en comparación con los proyectos en los que no existía este órgano. Asimismo, en términos de evitación de disputas, hasta un 97% de los proyectos en los que se había establecido un *Dispute Board* habían podido solucionar las diferencias entre las partes contractuales sin acudir a los tribunales post-proyecto. El estudio apunta a que la utilización de un *Dispute Board* supone un ahorro sustancial en los costes del proyecto, ya que lo libera de los gastos asociados al litigio. Por último, con

¹⁸⁴ APPUHN, Richard, “History and Overview of Dispute Boards Around the World”, *Dispute Prevention and Settlement*, 2017, págs. 1-63.

¹⁸⁵ La página web de este organismo público estadounidense es la siguiente: <http://www.fdot.gov/>.

¹⁸⁶ La página web de esta institución es la siguiente: <https://www.asce.org>. El estudio, que contiene numerosos datos estadísticos, fue publicado por primera vez en la *ASCE Journal of Legal Affairs & Dispute Resolution in Engineering and Construction*. Sin embargo, los autores facilitaron una copia que fue publicada en *Forum*, la revista de la *Dispute Resolution Board Foundation*. AGDAS, Duzgun; ELLIS Ralph D.; “Analysis of Construction Dispute Boards”; *ASCE Journal of Legal Affairs & Dispute Resolution in Engineering and Construction*; vol. 5, núm. 3, Agosto de 2013 y AGDAS, Duzgun; ELLIS Ralph D.; “Analysis of Construction Dispute Boards”, *DRBF Forum*, vol. 17, núm. 3, septiembre de 2013, págs. 1 y 8-17, <http://www.drb.org/wp-content/uploads/2016/03/ForumSept2013Fin.pdf>.

respecto a los gastos propios del *Dispute Board*, estos suponen de media un 0,3% del coste total del proyecto¹⁸⁷.

Además de los datos económicos recientemente referidos, existe alguna voz experimentada entre la doctrina internacional que se aventura a cuantificar la diferencia de costes entre el método de resolución alternativa clásico en los contratos de construcción –el arbitraje internacional administrado por alguna institución de reconocido prestigio– con el sistema establecido por los *Dispute Boards*. En este sentido, los datos hablan de un coste medio aproximado del 12,75% sobre el total de la disputa llevada a arbitraje, mientras que el mismo

¹⁸⁷ La doctrina internacional se hace eco de este estudio, con gran valor estadístico. Como muestra, es destacable el tratamiento que se realiza del muestreo en los estados de California y Florida, que arroja unos resultados muy alentadores para el establecimiento de *Dispute Boards* como método de resolución alternativa de conflictos en los contratos de construcción. “California. By the end of 2014 about 798 DBs have been reported in the DRBF data base for contracts having a value of about US\$42.8 billion. Of those contracts, 731 contracts were completed and there were 1,191 formal referrals made, 859 (or about 72% recommendations) led directly to settlement, and the remaining 332 were under some form of consideration whereby parties were either continuing amicable settlement discussions or referrals to arbitration had been made. No formal referrals were made in 400 of the completed Projects, and this author considers that the DBs were influential to avoid having to issue formal recommendations. The DRB Foundation is conducting interviews with Employers in order to expand its statistical information to the point that so-called success rates can be quantified. Preliminary information available by courtesy of the California Transport Authority (Caltrans) is indicative of the influence of DB decisions in resolving disputes and avoiding the necessity for parties to resort to other forms of resolution. Those preliminary statistics show for 1,017 DB recommendations: a) 49% of recommendations are favourable to the Contractor, b) 36% of recommendations are favourable to the Employer, and c) 15% of recommendations are partially favourable (split) to the parties. The results go on to report the acceptance rates for unfavourable recommendations. d) The Employer has accepted about 61% of recommendations that are unfavourable; e) The Contractor accepts about 46% of recommendations that are unfavourable, and f) The parties are evenly divided on acceptance rates for split recommendations (...). Florida. By the end of 2014 about 845 DBs have been reported in the DRBF data base for contracts having a value of about US\$25.8 billion. Of those contracts, 806 were completed and there were only 529 formal referrals made, 451 (or about 86%) recommendations led directly to settlement, and the remaining 78 issues were under some form of consideration whereby parties were either continuing amicable settlement discussions or referrals to arbitration had been made. No formal referrals were made during construction in 450 of the completed Projects, and the author considers that the DBs were influential to avoid having to issue formal recommendations”. DE LY, Filip, “Concluding Remarks”, en DE LY, Filip, “Concluding Remarks”, en DE LY, Filip; GÉLINA Paul-A., *Dispute Prevention and Settlement through Expert Determination and Dispute Boards* (Dossier de la Cámara de Comercio Internacional), París, 2017, págs. 123 y ss.

parámetro se reduce a un 0,7% en el caso del establecimiento de un *Dispute Board* para la evitación y resolución de disputas. Este último apunte, además, ha de completarse con las ventajas que ofrece el procedimiento ante el *Dispute Board* en términos de tiempo (el procedimiento ante el *Dispute Board* suele ser mucho más rápido) y del proyecto en sí (las disputas se resuelven sin necesidad de suspender los trabajos)¹⁸⁸.

Unido a lo anterior, es relevante hacer referencia al efecto económico que supone la existencia de un *Dispute Board* en el clausulado de un contrato en términos globales¹⁸⁹. Tal y como vienen señalando algunas voces de la doctrina internacional, este hecho puede incluso influir en la cantidad ofertada en las pujas de determinadas licitaciones¹⁹⁰.

Con referencia a la recopilación y publicación de los datos expuestos, merece ser destacada la labor de la *Dispute Review Board Foundation* (DRBF)¹⁹¹, organización internacional sin ánimo de lucro con sede en Estados Unidos, que se dedica al fomento de la evitación y resolución alternativa de conflictos a través de los *Dispute Boards*. La DRBF proporciona asistencia en la aplicación de este método de ADR en todo el mundo, mediante la oferta de información, formación y soluciones a medida en función de las necesidades

¹⁸⁸ BUNNI, Gael G., “What has history taught us in ADR? Avoidance of Dispute!”, *Arbitration*, vol.81, núm. 2, Mayo de 2015, pág. 177.

¹⁸⁹ La Cámara de Comercio Internacional también aventura cifras de coste de los *Dispute Boards*, con base en las estadísticas de la DRBF y en relación con el coste total del proyecto: “*En cuanto a los costos y tiempo de resolución de las controversias, si lo comparamos con el arbitraje, normalmente éste tiene un costo del 5% del valor del contrato tarda en resolverse entre uno y cinco años. A los Dispute Boards les toma la resolución de una controversias [sic] entre 90 y 180 días, a un costo inferior al 2% del valor del contrato*”. QUINTANILLA MADERO, Cecilia, “Introducción a los *Dispute Boards*”, *ICC México Pauta, Boletín informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio*, A.C. CAMECIC, núm. 54, octubre 2007, pág. 9.

¹⁹⁰ Sobre el impacto económico en estos términos, vid. HARMON, Kathleen M.J., “*Dispute Review Boards Effects on Bid Prices*”, *Cost Engineering*, vol. 46, núm. 6, junio de 2004, págs. 30-34.

¹⁹¹ En adelante, se hará referencia a esta organización con las siglas DRBF.

particulares de sus socios; entre los que se encuentran juristas de reputado prestigio internacional. La DRBF cuenta con una amplia presencia internacional, articulada mediante delegados que la representan en la mayoría de los estados¹⁹². En cumplimiento de su labor informativa, la DRBF ofrece una tabla detallada que contiene los proyectos que han utilizado *Dispute Boards* en su ejecución, que resulta especialmente útil para fines estadísticos¹⁹³. Esta herramienta ofrece información sobre *Dispute Boards* desde el año 1975 y su última actualización data de abril de 2017. La misma organización incide en la dificultad que supone para la actualización de esta información el hecho de que a partir de 2001 se haya producido un crecimiento exponencial de los proyectos que utilizan este método de ADR y la obligación de confidencialidad a la que suelen estar sometidos los proyectos que se acometen en la actualidad. De acuerdo con las estadísticas recién referidas, la DRBF mantiene que los *Dispute Boards* tienen una tasa de éxito del 98%; entendiéndose por ello que todos los conflictos y disputas que han surgido entre las partes, han podido ser resueltos constante ejecución contractual¹⁹⁴.

Asimismo, merecen ser destacadas las actividades que realiza la CCI para el fomento de la utilización de este método de resolución alternativa de conflictos. Tal y como será objeto de estudio en secciones posteriores de la presente tesis doctoral¹⁹⁵, la CCI¹⁹⁶ ha publicado sus propias disposiciones sobre

¹⁹² La DRBF ofrece gran variedad de materiales didácticos en su página web y otros de acceso restringido a suscriptores. Es posible acceder a esta suscripción mediante el pago de una cantidad anual, cuyos precios oscilan dependiendo de las características de los miembros (desde 30 USD para estudiantes, hasta 5.000 USD para profesionales de los *Dispute Boards* que ofrezcan financiar a la organización con sus aportaciones).

¹⁹³ La tabla informativa puede descargarse en el siguiente enlace: <http://www.drb.org/manual/DBProjectDatabaseApril2017.xlsx>. La misma DRBF ofrece su disponibilidad y ayuda para manejar los datos que se contienen en este repositorio.

¹⁹⁴ HARMON, Kathleen M.J., "Resolution of Construction Disputes: A Review of Current Methodologies", *Leadership and Management in Engineering*, octubre de 2003, pág. 197.

¹⁹⁵ Vid. infra II.2.D.

¹⁹⁶ En adelante, "CCI".

Dispute Boards y, además, este organismo ofrece servicios de orientación tanto en la aplicación de estas disposiciones como asesorando jurídicamente a las partes del contrato en diversos aspectos de la constitución de los *Dispute Boards*¹⁹⁷. Todo ello, sin perjuicio de la relevante labor de esta institución por cuanto respecta al arbitraje institucional que se administra con arreglo a sus normas, que resulta un referente a nivel global.

Por lo tanto, a pesar de las limitaciones que suelen presentarse en el estudio de contratos celebrados para acometer proyectos en los que se ha contado con la presencia de *Dispute Boards* –frecuentemente ocasionadas por los referidos motivos de confidencialidad–, en ocasiones sí se publican datos sobre los proyectos en los que se utilizan *Dispute Boards*. Esto es patente, sobre todo, en el ámbito de las infraestructuras de titularidad pública debido a la publicación del proceso de licitación las obras¹⁹⁸. Gracias a la accesibilidad creciente a estos datos, es posible enumerar varios proyectos que han marcado referencias en la evolución del concepto de *Dispute Board*, configurando el concepto contemporáneo de esta figura.

¹⁹⁷ Así queda indicado en el Informe Estadístico de la Cámara de Comercio Internacional del año 2014: “The ICC offers a set of rules for establishing and operating dispute boards and proposes three distinct services in connection with the application of those rules: the appointment of dispute board members, the resolution of challenges against dispute board members and the review of decisions issued by the dispute board. These are optional services; parties that do not need such assistance are free to use the ICC Dispute Board Rules without recourse to the ICC. Four requests relating to dispute boards were filed with the Centre in 2014. Three were for the appointment of dispute board members and the fourth requested the Centre to decide on a challenge against a dispute board member. All of the cases concerned dispute boards established for construction projects. They involved nine parties (eight private companies and one public entity) from Europe, Latin America and North Africa. In three of the cases the parties were of the same nationality, showing that the ICC Dispute Board Rules lend themselves both to domestic and international construction contracts”, en “2014 ICC Dispute Resolution Statistics”, ICC Dispute Resolution Bulletin, 2015, núm. 1.

¹⁹⁸ Por ejemplo, en proyectos como la expansión del Canal de Panamá, se publican todos los documentos contractuales debidamente firmados. En el referido ejemplo, esta documentación se puede consultar en la página web del cliente (la Autoridad del Canal de Panamá): <https://micanaldepanama.com/>.

Tal es el caso de la construcción del *Boston Central Artery*¹⁹⁹ conocido como el *Big Dig*²⁰⁰. Se trata del mayor megaproyecto realizado en Estados Unidos y constituye la obra de transporte urbano más importante del gigante americano²⁰¹. Tal es la magnitud del proyecto, que se compara en dimensiones con las pirámides egipcias o el Canal de Panamá, con cuya expansión rivaliza en precio y alcance. En la construcción de este tramo de autopista, que se prolonga a lo largo de 5,12 km en las inmediaciones de Boston, se invirtieron 7.000 millones de dólares americanos. Para acometer la ejecución contractual, fueron firmados 147 contratos, de los cuales 47 contenían el mecanismo de *Dispute Board* como método de resolución de disputas²⁰², bajo la

¹⁹⁹ El nombre original de esta infraestructura es John F. Fitzgerald Expressway.

²⁰⁰ DETTMAN, Kurt L.; HARTY, Martin J.; LEWIN, Joel, “Resolving Megaproject Claims: Lessons from Boston's Big Dig”, *The Construction Lawyer*, vol. 30, primavera de 2010, págs. 5-16 y 47-49.

²⁰¹ La doctrina refleja: “In the early 1990s, the US city of Boston adopted a then radical approach to dispute avoidance and ADR for its Central Artery Tunnel / Highway Project. After the contract was awarded, and throughout the construction period, the employer’s team, the designers, and the construction teams attended educational seminars conducted by people experienced in dispute avoidance and resolution, to encourage ‘partnering’ between all the parties involved in the project. Claims during construction were submitted to an ‘authorised representative’, identified in the contract, for a decision. If a dispute arose over the authorised representative’s decision, it was referred to a DRB (47 separate DRBs were in operation, each with a special expertise), which comprised two technical members who selected a chairman experienced in dispute resolution. If the parties agreed, a dispute could be referred for mediation at any time after it had been submitted to the DRB and before the board had given a decision. Although, the contract price escalated very substantially during the course of the project as a result of ground conditions and design changes (and financial irregularities), and there was a significant delay in completion, the ADR procedures appear to have been successful in resolving, or at least minimising the effect of, disputes which might have further delayed the project”. WRIGHT, Ian, “Alternative dispute resolution”, en RAMSEY, Vivian; MINOGUE, Ann; BASTER, Jenny y O'REILLY, Michael P., *ICE manual of construction law*, Londres, Thomas Telford Ltd, 2011. págs. 499 a 519, en esp. pág. 509.

²⁰² El estudio de este proyecto ha arrojado estadísticas muy ilustrativas sobre las ventajas de la utilización de *Dispute Boards* como método de resolución alternativa de conflictos. En este sentido, HARMON, Kathleen M., “Case Study as to the Effectiveness of Dispute Review Boards on the Central Artery/Tunnel Project”, *Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction*, vol. 1, núm. 1, Febrero de 2009, págs. 18-31, <https://ascelibrary.org/doi/pdf/10.1061/%28ASCE%291943-4162%282009%291%3A1%2818%29>.

forma de *Dispute Review Board*²⁰³, configuración de tradición estadounidense. Como resultado de esta obra en términos de eficiencia jurídica en la resolución de disputas, se presentaron 15 conflictos (*cases*) al *Dispute Review Board* y ninguno de ellos llegó a elevarse a arbitraje²⁰⁴.

Para completar el panorama de la relevancia actual de los *Dispute Boards* como método alternativo de resolución de conflictos, merece la atención de la presente tesis doctoral una tendencia actual que se viene observando recientemente. En este sentido, algunos países han comenzado a introducir en sus ordenamientos jurídicos internos la obligación de acudir a *Dispute Boards* en determinados contratos de construcción, normalmente aquellos celebrados con administraciones públicas. Esta acción legislatora se ha localizado especialmente en Latinoamérica. Así, países como Chile, Perú y Brasil ya cuentan con normativa al efecto que la doctrina ha recibido de manera muy favorable.

Chile ha sido el país latinoamericano pionero en introducir los allí denominados “Paneles Técnicos” para la resolución de conflictos en los contratos públicos de construcción. Ello se produjo mediante la publicación de la Ley número 20.410, que modifica la ley de concesiones de obras públicas y otras normas que indica²⁰⁵. Esta norma, cuya entrada en vigor data de 2013, contempla la posibilidad de acudir a un panel técnico como método de resolución de conflictos en este tipo de contratos. Esta opción se introdujo mediante la modificación del artículo 36 de la Ley número 16.121 de Concesiones de Obras Públicas del país chileno. La doctrina aplaudió la introducción de este método de

²⁰³ Las características de este tipo de *Dispute Board* serán estudiadas posteriormente en la presente tesis doctoral. Vid. infra III.2.A.

²⁰⁴ QUINTANILLA MADERO, CECILIA, Introducción a los Dispute Boards, *ICC México Pauta, Boletín informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio*, A.C. CAMECIC, núm. 54, octubre 2007, pág. 9.

²⁰⁵ El texto oficial de la referida norma se encuentra publicado en el siguiente enlace: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1010304>.

resolución de conflictos en una norma doméstica por primera vez²⁰⁶ y a esta iniciativa le han sucedido las normas que a continuación se exponen.

Por su parte, Brasil ha acometido una reciente acción normativa similar mediante la publicación de la Ley número 16.873, de 22 de febrero de 2018, que reconoce y regula el establecimiento de los Comités de Prevención y Solución de Disputas en contratos administrativos continuados celebrados con la Prefectura de Sao Paulo²⁰⁷. Mediante la publicación de esta norma municipal, Brasil se muestra proclive a la utilización de los *Dispute Boards* como método tanto de resolución como de evitación de conflictos²⁰⁸, puesto que la ciudad de Sao Paulo representa una importante plaza en la economía del país. La referida regulación por parte de la ciudad de Sao Paulo se presentaba cercana en los círculos de la construcción pública, debido al proceso que se siguió con motivo de la construcción de la Línea 4 del metro de la referida ciudad, en el que ya se

²⁰⁶ FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo, “Dispute Boards: la Visión de las Partes y su Co-Existencia con los Contratos Administrativos. Experiencias en Chile”, en HERNÁNDEZ GARCÍA, Roberto, (Coord), *Dispute Boards en Latinoamérica: Experiencias y Retos*, Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, vol. 23, junio de 2014; FIGUEROA VALDES, Juan Eduardo, “El Arbitraje en los Contratos de Concesión de Obras Públicas en Chile. Incorporación de los “Dispute Boards” o “Paneles Técnicos o de Expertos”, *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. 5, núm. 20, 2008, págs. 79 a 91.

²⁰⁷ Lei nº 16.873, de 22 de fevereiro de 2018, Reconhece e regulamenta a instalação de comitês de prevenção e solução de disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela prefeitura de São Paulo en el portugués auténtico de su publicación. El texto oficial de la citada norma puede encontrarse en el siguiente enlace: <https://leismunicipais.com.br/a/sp/s/sao-paulo/lei-ordinaria/2018/1688/16873/lei-ordinaria-n-16873-2018-reconhece-e-regulamenta-a-instalacao-de-comites-de-prevencao-e-solucao-de-disputas-em-contratos-administrativos-continuados-celebrados-pela-prefeitura-de-sao-paulo?q=16873>.

²⁰⁸ Brasil no era ajeno a la existencia de los *Dispute Boards*, puesto que se contempló este mecanismo de resolución de conflictos en las obras realizadas con motivo de la celebración de los Juegos Olímpicos celebrados en Río de Janeiro en 2016. En este sentido, *vid.* MIERS, Christopher, “Real Time Dispute Resolution in Rio de Janeiro... Since you Cannot Delay the Olympic Games”, *Kluwer Arbitration Blog*, 25 de mayo de 2015, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/05/25/real-time-dispute-resolution-in-rio-de-janeiro-since-you-cannot-delay-the-olympic-games/>.

contó con la presencia de un *Dispute Board*²⁰⁹. La doctrina internacional no ha tardado valorar positivamente²¹⁰ esta innovadora iniciativa que contribuye a la consolidación normativa doméstica de los *Dispute Boards*²¹¹.

Por último, la norma peruana que introduce las allí denominadas “Juntas de Resolución de Disputas” como método de resolución de conflictos es el Decreto Legislativo Número 1444²¹². El ámbito de aplicación de la referida norma, que entró en vigor el pasado 30 de enero de 2019, se circunscribe a los contratos de construcción celebrados con las administraciones públicas. En concreto, el artículo 45 de la citada norma refiere los medios de solución de controversias de la ejecución contractual, estableciendo en su párrafo tercero que “*Las partes pueden recurrir a la Junta de Resolución de Disputas en las contrataciones de obras, de acuerdo al valor referencial y demás condiciones previstas en el reglamento, siendo sus decisiones vinculantes. El reglamento puede establecer otros medios de solución de controversias*”. El reconocimiento de este método de resolución de disputas en la legislación doméstica de Perú venía siendo anunciado por la doctrina, que señalaba desde hace tiempo²¹³ los

²⁰⁹ SILVA LIMA, Renata Faria, “Dispute Boards in Brazil Amendments Suggested to the Brazilian Administrative Bidding and Contract Law by the Arbitration Committee of OAB/MG, the Brazilian BAR Association”, *DRBF Forum*, vol. 22, núm. 1, abril de 2018, págs. 1 y 4 – 5.

²¹⁰ MEDINA SALLA, Ricardo, “DB Groundbreaking Law - São Paulo, Brazil”, *DRBF Forum*, vol. 22, núm. 1, abril de 2018, pág. 6.

²¹¹ MADEIRA FILHO, Victor; FERREIRA LABATUT SIMÕES, Gabriel, “Brazil: City of São Paulo Kick-starts Regulation of Dispute Boards in State Contracts”, *ICC Dispute Resolution Bulletin*, vol. 12, núm. 2, 2018, págs. 12-16.

²¹² El texto oficial de la referida norma se encuentra publicado en el siguiente enlace: <http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/ley/DL%201444.pdf>.

²¹³ FRANCO REGJO, Eric, “Las Juntas de Resolución de Disputas (Dispute Boards) en la nueva Ley de Contrataciones del Estado Peruano”, *Revista de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, núm. 6, 2016, págs. 30 a 55, http://works.bepress.com/eric_franco/6/.

beneficios de la presencia de *Dispute Boards* en la ejecución de los contratos de construcción²¹⁴.

En virtud de lo expuesto en los párrafos precedentes, merece una especial atención el tratamiento que reciben los *Dispute Boards* como método de resolución de disputas en los contratos de construcción celebrados en distintos países de Latinoamérica. Aunque existen reductos que se resisten a elaborar leyes al respecto –como, por ejemplo, el comentado caso de México–, la iniciativa normativa de los referidos estados conduce a afirmar que la región latinoamericana es una pieza clave en la difusión mundial de los *Dispute Boards*. Se estima que esta iniciativa normativa puede responder a factores presentes en esta región como, por ejemplo la influencia que ha desplegado en estos países tanto el derecho estadounidense como la presencia de sedes de despachos de abogados globales (*global law firms*) y de empresas multinacionales de cultura norteamericana. Por ello, es previsible que la tendencia doctrinal se dirija próximamente a analizar los casos en los que se establezcan paneles técnicos de resolución de conflictos tanto en los estados latinoamericanos que ya han regulado esta posibilidad como en aquellos que sigan a partir de ahora esta tendencia normativa²¹⁵.

3. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO I

Los *Dispute Boards* son un método híbrido de ADR para la evitación y resolución de disputas, que presenta una gran eficiencia en términos jurídicos.

²¹⁴ HERNÁNDEZ GARCÍA, Roberto, “Dispute boards (paneles de solución de controversias) en Latinoamérica: retos y perspectivas de un fascinante medio de solución de controversias”, en *Dispute Boards en Latinoamérica: experiencia y retos*, Estudio Mario Castillo Freyre S.C.R.L, 1ª Ed., 2014, págs. 23-32, <https://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/vol23.pdf>.

²¹⁵ FIGUEROA, Dante, “Dispute Boards for Infrastructure Projects in Latin America: A New Kid on the Block”, *Dispute Resolution International*, 2017, vol. 11, núm. 2, octubre de 2017, págs 151-174.

Estos órganos conocen de conflictos contractuales tanto técnicos como jurídicos. Su referido carácter híbrido trae como consecuencia que el funcionamiento del *Dispute Board* conjuga funciones tanto autocompositivas como heterocompositivas, en función de las atribuciones que las partes les otorgan. Todo ello, con el fin de resolver de forma jurídicamente eficiente las diferencias entre las partes de un contrato.

La especial permeabilidad de los *Dispute Boards* como mecanismo de gestión de conflictos a la autonomía de la voluntad de las partes contractuales, permite un diseño a medida de este órgano con funciones híbridas. La configuración esencialmente contractual de los *Dispute Boards* consigue que estos órganos sean capaces de responder a las necesidades de elementos subjetivos especialmente exigentes, especializados e internacionalizados.

La industria global de la ingeniería y construcción es el escenario en el cual resultan óptimos los rasgos característicos de los *Dispute Boards*. Así viene manifestándose en las últimas décadas, mediante la presencia de este tipo de órganos en numerosos proyectos internacionales, muchos de ellos acometidos bajo la fórmula llave en mano. El recurso a *Dispute Boards* como principal método de ADR presenta especiales niveles de eficiencia jurídica, que se traducen en un bajo impacto en elementos contractuales tan sensibles como precio y plazo. Los aspectos jurídicos recién referidos han suscitado un especial interés entre la comunidad de profesionales del ámbito de la ingeniería y construcción. Diversas instituciones del ramo a nivel global han contribuido a la consolidación de los *Dispute Boards* como referencia en la evitación y resolución de conflictos en grandes proyectos de este ámbito.

En su labor de uniformización, las asociaciones profesionales que regulan los estándares en la industria incluyen la presencia de mesas de evitación y resolución de conflictos en los clausulados predeterminados de contratos que publican periódicamente. Dichas instituciones ofrecen estos valiosos instrumentos jurídicos a sus socios e incluso al público en general. En concreto,

los modelos de contrato de las asociaciones profesionales del sector de la ingeniería y la construcción establecen ya no cláusulas, sino verdaderos sistemas de gestión de conflictos. Estos mecanismos quedan ordenados progresivamente en función del grado de avance de la disputa entre las partes, en virtud de las estipulaciones contenidas en el modelo de contrato en cuestión. Estas disposiciones son las denominadas cláusulas escalonadas o *multi-tier*, que establecen un *iter* procedimental por el cual la disputa se somete a diversos métodos que suelen incluir negociaciones amistosas, paneles de expertos y, por último, arbitraje o tribunales domésticos.

La utilización de *Dispute Boards* satisface las necesidades de unas partes especialmente exigentes, que concurren con diversos elementos subjetivos estratégicos (entidades financieras y aseguradoras, entre otras), en contratos que contienen una gran variedad de prestaciones muy complejas, tanto técnica como jurídicamente. Existen rasgos comunes a todas las partes que intervienen en los proyectos internacionales de ingeniería y construcción, entre los que destaca la nota de internacionalidad. Este elemento redonda en aspectos tan relevantes como el origen de las partes, la ley aplicable a las disposiciones contractuales ante la pluralidad de jurisdicciones posibles y el aseguramiento de la ejecución de las resoluciones emitidas en relación con determinado conflicto. Precedentes históricos conducen a las partes a evitar la sumisión de disputas a los métodos clásicos heterocompositivos de resolución de disputas, que presentan altos costes y bajas tasas de satisfacción.

La principal ventaja de los *Dispute Boards* frente a los métodos considerados como tradicionales (jurisdicción ordinaria y arbitraje internacional) radica en que estos órganos pueden realizar sus funciones mientras el proyecto está en curso, sin necesidad de esperar a su conclusión para someter las diferencias a un tercero imparcial. Con ello se consigue que las partes puedan detectar sus diferencias en una fase temprana y obtengan una resolución inmediatamente ejecutiva en un plazo de tiempo ajustado. Todo ello, sin

perjuicio de su derecho a una revisión posterior, que suele venir recogida en la cláusula escalonada de resolución de conflictos, en forma de sometimiento de la disputa a diversos métodos de resolución de conflictos, que suelen remitir al arbitraje internacional como última opción.

Los *Dispute Boards* como mecanismo de evitación y resolución de conflictos nacieron en Estados Unidos, en el último cuarto del siglo pasado. El apoyo de diversas instituciones federales, favorecido por una cultura jurídica que acoge desde hace décadas nuevas opciones en materia de resolución de conflictos, fomentaron la utilización de *Dispute Boards* en diferentes proyectos en todo el país. No tardó en percibirse la eficiencia de este método de resolución alternativa de disputas y su bajo impacto económico en relación con la cuantía de las disputas sometidas. De hecho, en estas primeras experiencias estadounidenses, se comenzó a fraguar la función disuasoria como elemento configurador de la ejecución de las resoluciones emitidas por los *Dispute Boards*. Aunque en la mayoría de proyectos las resoluciones del órgano establecido por las partes se configuraban como no vinculantes, el incumplimiento de sus disposiciones conducía a la sumisión de la disputa a la jurisdicción local. Ante la amenaza de un proceso caro e incierto –en el que ni siquiera una victoria llegaba a satisfacer las pretensiones–, las partes cumplían con las resoluciones emitidas, redundando en la eficacia de este método de resolución de conflictos. Este efecto, intrínseco a la configuración de los *Dispute Boards*, resulta una de las claves de su acogida por la comunidad internacional. Muestra de este éxito es que hoy en día siguen en funcionamiento muchas de las grandes infraestructuras de Estados Unidos que fueron construidas con la presencia de un *Dispute Board*. Incluso algunas pudieron funcionar a pleno rendimiento mientras se estaba sustanciando simultáneamente una disputa con respecto a la ejecución contractual.

El salto de los *Dispute Boards* a la escena internacional se produjo en los años 80 del siglo XX. A partir de entonces, se comprobó que este método de resolución alternativa de conflictos se adapta tanto a elementos principales,

materializados en las necesidades contractuales de las partes; como asimismo a aspectos que en ocasiones resultan subestimados, pero que tienen un gran peso en proyectos multipartes. Este es el caso de elementos tan intangibles como la actitud de las partes hacia la presencia de un tercero imparcial en las obras.

Mientras que en Estados Unidos la utilización de métodos de ADR de muy diversa índole encaja perfectamente con su cultura jurídica, las fórmulas novedosas pueden levantar reticencias culturales en otros países de distinta cultura jurídica. Sin embargo, los *Dispute Boards* lograron superar este nada desdeñable reto y, más allá de las objeciones surgidas en los primeros proyectos internacionales con motivo de su presencia, arrojaron de nuevo altas tasas de éxito basadas en criterios de eficiencia jurídica. Una de las principales consecuencias aparejadas al referido fenómeno fue la introducción de la obligación de establecer un *Dispute Board* para la licitación de proyectos internacionales financiados por diversos bancos regionales de desarrollo. La función económica de la presencia de un *Dispute Board* en la ejecución contractual se hizo así evidente e incluso se estima que este criterio puede modular las cantidades por las que se presentan las pujas en un proceso de licitación internacional.

En la actualidad, los *Dispute Boards* son conocidos internacionalmente y los primeros retos que pudieron plantearse con su utilización han sido objeto de un gran avance. Las nuevas tendencias en la materia apuntan a la potenciación de su función de evitación de conflictos, tal y como queda reflejado en novedosas publicaciones por parte de asociaciones profesionales en el ámbito de la ingeniería y construcción. La relevancia contemporánea de la utilización de *Dispute Boards* en grandes proyectos de ingeniería y construcción, por cuanto se refiere al ámbito de los contratos públicos, se manifiesta en la reciente normativa interna de varios estados. Así, la región latinoamericana ha sido pionera en posibilitar el funcionamiento de *Dispute Boards* en contratos celebrados con entidades públicas de Chile, Perú y

la prefectura de Sao Paulo (Brasil). Por su parte, organizaciones internacionales de reconocido prestigio también han elaborado y actualizan regularmente sus disposiciones sobre utilización de *Dispute Boards*, dirigidas a los usuarios de contratos internacionales. De este modo, se aseguran ofrecer las mayores garantías en la utilización de este método de resolución alternativa de conflictos. Esta actual e interesante manifestación en materia de *Dispute Boards*, consistente en la elaboración de disposiciones estandarizadas acometida por entidades privadas, es objeto de estudio en el siguiente capítulo de la presente tesis doctoral.

CAPÍTULO II.

LAS ORGANIZACIONES PROFESIONALES INTERNACIONALES COMO PRINCIPALES AGENTES EN LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LOS *DISPUTE BOARDS*

Como se ha expuesto en el capítulo precedente, el punto de inflexión que supuso la presencia de un *Dispute Board* en la construcción de la presa de El Cajón, puso de manifiesto las necesidades de una industria especialmente sofisticada y exigente. Con este proyecto, quedó patente la demanda de instrumentos jurídicos para regular las atribuciones de los *Dispute Boards* como método de resolución de conflictos óptimo en mega-proyectos de ingeniería y construcción internacionales. En el presente capítulo se exponen las reacciones de la comunidad jurídica y empresarial frente al éxito de los *Dispute Boards* en Estados Unidos y su posterior difusión internacional. Dichas reacciones se plasman en un fenómeno que ha sido objeto de reciente desarrollo: la creación de derecho por parte de entidades de naturaleza privada. La relevancia de la actividad legal desarrollada por este tipo de entidades queda reflejada en la aplicación de estos desarrollos jurídicos en el marco de procedimientos esencialmente jurídicos, como el arbitraje internacional.

Entre las instituciones que crean los referidos textos jurídicos en materia de *Dispute Boards* sobresale la labor realizada por la Federación

Internacional de Ingenieros Consultores, de la que recogió el testigo el Banco Mundial. A ellas se sumaron otras instituciones con diferente relevancia regional y sectorial. A lo largo de este capítulo, en primer lugar, se examinan los factores que condujeron a la creación de parámetros jurídicos internacionales en materia de *Dispute Boards* por parte de entidades privadas. Como se expone en el presente capítulo de esta tesis doctoral, varias organizaciones profesionales han creado lo que hoy en día constituye el estándar internacional habitualmente aplicado en el sector de la ingeniería y construcción, constituyéndose como una evidente muestra del denominado poder autonormativo de los particulares. En segundo lugar, se presentan las referidas asociaciones internacionales que publican disposiciones de aplicación en materia de ingeniería y construcción internacional. Estas asociaciones, desarrollan con frecuencia modelos contractuales que incluyen la figura de *Dispute Boards*. Por último, se extraen las conclusiones de la referida labor de uniformización de disposiciones que han acometido las precitadas organizaciones internacionales.

1. AGENTES EMPRESARIALES Y PROFESIONALES: PROMOTORES CLAVES EN LA LABOR DE ESTANDARIZACIÓN DE DISPOSICIONES SOBRE LOS *DISPUTE BOARDS*

Los grandes proyectos de construcción e ingeniería presentan características propias y específicas que poseen gran relevancia en el plano jurídico. Entre ellos, son destacables los siguientes: la pluralidad de elementos subjetivos que participan en dichos proyectos, la inexistencia de suficiente normativa nacional e internacional referida a los limitados tipos contractuales a los que se recurre para abordar obras tan complejas y la necesidad de gestionar eficazmente las disputas que surgen en el curso la ejecución contractual. Si a este conjunto de dificultades jurídicas se añaden otras de carácter técnico, es lógico

afirmar que la ejecución de proyectos de ingeniería y construcción en el ámbito internacional resulta un escenario extremadamente complejo en términos jurídicos²¹⁶.

A lo largo de las últimas décadas, diversas asociaciones que agrupan a profesionales del sector de la ingeniería y la construcción y que han participado en multitud de proyectos internacionales han sido testigos de las carencias y limitaciones recién apuntadas. Estas organizaciones cuentan con una fuerte presencia entre los profesionales técnicos de dichos gremios, que son conscientes de la complejidad jurídica que entrañan este tipo de grandes proyectos. Como respuesta a las demandas de los diversos agentes presentes en los contratos de ingeniería y construcción internacionales tanto las partes contractuales como otros sujetos con interés en el proyecto (bancos, aseguradoras, etc.)—, varias asociaciones sectoriales y regionales llevan décadas asumiendo un papel muy activo en la elaboración de modelos de contratos en la materia. Estas instituciones privadas, de naturaleza asociativa profesional y sectorial, suelen contar con presencia internacional regional o incluso global. Los textos publicados por estas asociaciones, materializados con frecuencia en modelos de contratos, buscan garantizar un equilibrio entre las partes participantes en dichos proyectos y a la vez minimizar los riesgos técnicos y jurídicos de la ejecución contractual. Con ello, se promueve la seguridad de todos los elementos subjetivos que cuentan con presencia en este tipo de proyectos²¹⁷.

²¹⁶ En este sentido, vid. SCHEFFER DA SILVEIRA, Gustavo, “Les répercussions des spécificités de la construction internationale sur le contentieux”, en *Les modes de règlement des différends dans les contrats internationaux de construction*, Bruselas, 1ª Ed., 2019, págs 64-87.

²¹⁷ Para un análisis detallado del panorama que se suele presentar en los proyectos de construcción internacionales, en sede de arbitraje con pluralidad de partes, se recomienda la consulta de la siguiente fuente bibliográfica: KONDEV Dimitar, *Multi-Party and Multi-Contract Arbitration in the Construction Industry*, Wiley Blackwell, Chichester (Reino Unido), 2017, en esp. págs. 31-58.

La función de estandarización de disposiciones acometida por las referidas asociaciones profesionales adquiere especial protagonismo por lo que respecta a la elaboración de las cláusulas de resolución de conflictos, puesto que, tal y como se llega a afirmar, en el ámbito de la construcción, la disputa es la norma y no la excepción²¹⁸.

El ámbito de aplicación de las cláusulas de resolución de conflictos en los proyectos de gran tamaño a los que se viene aludiendo en esta tesis²¹⁹, enfrenta retos especialmente complejos, debido a los factores recién referidos. La comunidad internacional de juristas que operan en el sector demanda soluciones sofisticadas y eficientes. En un ámbito en el que en la fase de ejecución contractual difícilmente se cumplen por completo los objetivos marcados inicialmente en las negociaciones previas, tanto las partes contractuales como los demás sujetos implicados en los mega-proyectos para los que los *Dispute Boards* presentan su rendimiento óptimo, se unen a este requerimiento de instrumentos solventes para operar en el tráfico. Este escenario conlleva la necesidad de unas cláusulas contractuales especialmente complejas y sofisticadas, que difícilmente pueden ser ideadas *ad casum* por profesionales del derecho actuando de manera individual.

Las cláusulas de resolución de conflictos de los modelos de contrato elaborados por las asociaciones profesionales internacionales del ámbito de la ingeniería y construcción tratan de conjugar la efectividad de lo pactado con la minimización de efectos adversos de las disputas en obra. En el plano jurídico, los mencionados efectos adversos se pueden sistematizar en torno a dos factores clave, que son los que generan la mayoría de las disputas entre las partes de los

²¹⁸ KAVALEFF, Anette; KOSKELAINEN, Katja; KOUSA, Marjaana, "Contractual changes – Control value and manage risks", página web de la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC), 2004, <http://fidic.org/node/6159>.

²¹⁹ Vid. supra I.2.

contratos internacionales de ingeniería y construcción: el factor tiempo (cuyos principales exponentes se reflejan en la suspensión de la obra y en el incumplimiento de plazos) y el factor coste (tanto del mecanismo de resolución de conflictos en sí como del retraso causado por la suspensión temporal de los trabajos). Junto a estos dos aspectos, la complejidad de las prestaciones que se engloban bajo los tipos contractuales utilizados para acometer un proyecto de la envergadura de los referentes expuestos, impone grandes dificultades a la hora de redactar una cláusula de resolución de conflictos. Ello es especialmente evidente respecto de cuestiones que se abordan en esta tesis, como los métodos de resolución alternativa de conflictos a utilizar, la conexión entre ellos y la ejecución de las resoluciones emitidas²²⁰. Por este último motivo, las asociaciones profesionales que agrupan a profesionales técnicos colaboran necesariamente con prácticos del, con el fin de redactar y asegurar una aplicación contractual efectiva de los de los mecanismos previstos en las estipulaciones acotadas por las partes.

Como se ha anticipado, la labor de promoción y fomento de los *Dispute Boards* como método alternativo de resolución de disputas en proyectos internacionales de ingeniería y construcción comenzó a consolidarse en el plano jurídico con la publicación de modelos de contrato en organizaciones supranacionales que agrupan a profesionales de este sector. Como apoyo para favorecer la elección de sus propios modelos de contrato, estas mismas organizaciones publican periódicamente guías para sus usuarios y cláusulas específicas para introducir la presencia contractual de los *Dispute Boards*. En paralelo a estas manifestaciones de uniformización acometidas por las asociaciones internacionales de profesionales, surgió la actividad de los bancos de desarrollo internacional en esta misma dirección. De ahí que, entre las

²²⁰ BERGER, Klaus Peter, “Law and Practice of Escalation Clauses”, *Arbitration International*, vol. 22, núm. 1, 2006, págs. 1-18.

condiciones para la financiación de los proyectos, estas instituciones supranacionales comenzaron a incluir la presencia de *Dispute Boards* como método de ADR a lo largo de toda la ejecución contractual²²¹.

Los agentes²²² que concurren en los contratos de ingeniería y construcción, ya sea como partes o como otros actores cuya presencia en las diversas fases del proyecto es de gran relevancia (bancos, aseguradoras, subcontratistas, etc.)²²³ recibieron de manera muy favorable los referidos modelos de contrato de ingeniería y construcción que recogen *Dispute Boards* como mecanismo de resolución de disputas en la cláusula correspondiente (FIDIC, CCI, ICE, etc.), así como sus guías explicativas. En esta misma línea de producción de estándares por parte de instituciones privadas, varias instituciones de naturaleza asociativa profesional y sectorial, han elaborado disposiciones sobre la formación, funcionamiento y operación de los *Dispute Boards*. El objetivo de estas disposiciones y los correspondientes modelos de cláusulas que las desarrollan (también ofrecidas por instituciones como (CCI, ICE, el Instituto Colegiado de Árbitros²²⁴, la Asociación Americana de Arbitraje²²⁵, etc.) es que su

²²¹ A buen seguro, este interés de los bancos en los *Dispute Boards* vino propiciada por las cifras económicas que arrojan los proyectos en los que este método de ADR estuvo presente. En los proyectos referidos con anterioridad, se aprecia que el coste de este órgano no sobrepasó la cifra del 0,30% del coste total del proyecto. Esta circunstancia ha sido incluso considerada como un factor propicio para modular el precio de los proyectos.

²²² La doctrina refiere: “In almost all construction disputes, some or many of the following parties are involved: Owner/employer, Developer, Lender, Surety, Contractor, Insurance carrier, Sub-contractor, Materialmen, Architect, Civil engineer, Electrical engineer, MEP engineer, Geo-technical engineer, Construction manager, Design/builder, Tenant (...) While this list may not be exhaustive, it shows that design, engineering and construction technology are likely to be involved”. MADDEN, John P., “To tech or not to tech in selecting a construction third party neutral”, *Arbitration*, vol. 4, núm. 71, 2005 págs. 300 a 306, en esp. pág. 300.

²²³ NUVALA LAPIEZA, Irene, FACH GÓMEZ, Katia, “El contrato llave en mano”, en ABRIL, Antonio, *Los contratos mercantiles y su aplicación práctica*, Barcelona, 1ª Ed., Bosch – Wolters Kluwer, 2017, págs. 571 a 575.

²²⁴ Fundado en 1915, el *Chartered Institute of Arbitrators* (CI Arb) es una institución que fomenta la excelencia en el ejercicio de la resolución alternativa de disputas. Está formada por 15.000 miembros de hasta 133 países y realiza sus actividades a través de una red internacional que cuenta con 39 oficinas. Su página web es la siguiente: <http://www.ciarb.org/>.

redacción sea introducida en los contratos que regulan las relaciones jurídicas entre partes de contratos internacionales de ingeniería y construcción.

Los modelos de contrato publicados por asociaciones profesionales son una manifestación del poder autonormativo de los particulares, que ha hallado una gran acogida en el sector de la ingeniería y construcción internacional²²⁶. Parte de su éxito radica en que dichos modelos de contratos pueden ser utilizados por una gran variedad de sujetos, tanto públicos como privados. En el caso de las instituciones públicas, las diferentes normativas domésticas suelen dotar de una regulación específica a los contratos administrativos, que queda reflejada en sus correspondientes leyes de contratación pública. Esto se debe a que la contratación de grandes proyectos en el ámbito público suele contar con un respaldo normativo nacional que regula la licitación, contenido en las correspondientes normas de contratación pública del estado en el que se ejecuta el proyecto²²⁷. La normativa interna resulta con frecuencia compatible con las disposiciones ofrecidas por las entidades profesionales del sector, por lo que son numerosas las licitaciones públicas que incluyen las condiciones de alguno de los modelos más prestigiosos (como puede ser el caso de los publicados por FIDIC, ICE²²⁸ o ICC) en sus invitaciones a participar²²⁹.

²²⁵ La *American Arbitration Association* (AAA), es una organización sin ánimo de lucro con presencia en Estados Unidos. La AAA cuenta con una amplia historia y experiencia en ADR, prestando servicio a particulares y organizaciones que desean resolver sus conflictos más allá de los métodos jurisdiccionales. Su página web es la siguiente: <https://www.adr.org/>.

²²⁶ CHOAT, Rupert, “No Dispute Arguments under Dispute Resolution and Dispute Escalation Provisions”, *Construction Law International*, vol. 4, núm. 4, diciembre de 2009, págs. 7-16.

²²⁷ NUVALA LAPIEZA, Irene, “The expansion of the Panama canal and its ruling international contract: A mega-project sailing in troubled waters?”, *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, núm. 33, 2017, págs. 10 y ss.

²²⁸ Este acrónimo responde al *Institution of Civil Engineers*, asociación profesional británica que se expone a continuación en la presente tesis doctoral.

²²⁹ Tal fue el caso de la licitación de las obras del Canal de Panamá, que utilizó las condiciones de contrato de FIDIC, o del complejo los Juegos Olímpicos y Paralímpicos de 2012 en Londres

En el caso de los proyectos acometidos por entidades íntegramente privadas, los contratos que rigen las relaciones entre las partes no cuentan con sistemas de licitación tan cualificados como en los contratos de índole pública, en cuyo último caso (como se ha apuntado) están regulados por normas estatales. Asimismo, las partes en los contratos de índole privada presentan con frecuencia un mayor desconocimiento de las técnicas jurídicas de evitación de disputas y resolución alternativa de las mismas y ajustan sus presupuestos con criterios únicamente basados en la economía del proyecto. En estos casos, la utilización de un modelo contractual ya sistematizado resulta muy ventajosa. A estos factores, se suma un elemento común que afecta al sector, tanto en el ámbito público como en el privado: los profesionales del derecho suelen ser legos en cuestiones técnicas y viceversa²³⁰. Debido a ello, es creciente la necesidad de confianza mutua entre las partes y de unas disposiciones uniformes que integren estas cuestiones de manera coherente. En relación con ambas cuestiones, los modelos de contrato ofrecidos por asociaciones de prestigio internacional se adaptan perfectamente a las necesidades de las partes privadas.

En definitiva, los beneficios de la utilización de modelos contractuales para abordar la compleja ejecución contractual de los grandes proyectos varían según los sujetos pertenezcan al ámbito público o privado; pero en ambos casos resultan ventajosos. Simplificadamente, en dichos contratos con contraparte pública, la utilización de un modelo de contrato respaldado por una institución profesional de prestigio internacional facilita fases esenciales como el proceso de licitación. Por su parte, en el ámbito privado, la utilización de estos modelos dota a las partes de seguridad jurídica y de equilibrio entre sus obligaciones y riesgos.

(Reino Unido), que utilizó las condiciones de contrato NEC. Ambos modelos contractuales son objeto de estudio en la presente tesis doctoral (Vid. infra II.2.).

²³⁰ ONG, Brennan; GERBER, Paula, “Dispute Boards: Is there a role for lawyers?”, *Construction Law International*, vol. 5, núm. 4, diciembre de 2010, págs 7-12.

Adicionalmente a las ventajas recién apuntadas, la utilización de modelos de contrato estandarizados presenta un valor que va más allá de la regulación particular de cada proyecto por las partes intervinientes. Así, los modelos de contrato propuestos por las diversas asociaciones profesionales que contienen sus correspondientes cláusulas de resolución de conflictos, llegan a ser interpretados y aplicados por instancias arbitrales e incluso tribunales domésticos. De esta manera, la aplicación reiterada de estas disposiciones llega a crear líneas jurídicas de interpretación y sistematiza así los estándares de la industria, reconociéndolos como usos consolidados²³². Un paso más allá, estos estándares se utilizan como criterio interpretativo en diversos pronunciamientos arbitrales y en otros métodos de resolución alternativa de conflictos.

²³¹ A este respecto resulta encomiable la labor del Dr. Seppälä en el estudio continuado de las resoluciones arbitrales de la CCI sobre las condiciones establecidas en los modelos de contrato FIDIC. Vid. SEPPÄLÄ, Christopher R., “International Construction Contract Disputes: Commentary on ICC Awards Dealing with the FIDIC International Conditions of Contract”, *ICC International Court Of Arbitration Bulletin*, vol. 9, núm. 2, 1998, págs. 32 y ss; SEPPÄLÄ, Christopher R., “International Construction Contract Disputes: Second Commentary on ICC Awards Dealing Primarily with FIDIC Contracts”, *ICC International Court Of Arbitration Bulletin*, vol. 19, núm. 2, 2008, págs. 41 y ss; SEPPÄLÄ, Christopher R., “International Construction Contract Disputes: third Commentary on ICC Awards Dealing Primarily with FIDIC Contracts”, *ICC International Court Of Arbitration Bulletin*, vol. 23, núm. 2, 2102, págs. 23 y ss.; SEPPÄLÄ, Christopher R., “International Construction Contract Disputes: Fourth Commentary on ICC Awards Dealing Primarily with FIDIC Contracts”, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 24, núm. 2, 2013, págs. 49 y ss.

²³² No obstante, la consideración de los modelos de contrato como usos del comercio no es una cuestión pacífica. “VI. *Whether the FIDIC and ENAA forms constitute trade usages Case No. 8873 [1997] dealt with the issue whether the principles contained in the FIDIC or ENAA (Engineering Advancement Association of Japan) forms of construction contract had become so widely accepted as to constitute veritable trade usages which might apply in the construction industry even to a case where the parties had not expressly agreed to adopt them. Unsurprisingly, the tribunal concluded that the principles in these forms of contract did not satisfy the requirements to become trade usages as: (i) the solutions provided by these forms of contract were not found to have been applied in practice with a sufficient degree of uniformity, and (ii) the party invoking this theory could not prove that the principles embodied in these forms were applied in the construction industry in the absence of an express of agreement of the parties*”. SEPPÄLÄ, Christopher R., “International Construction Contract Disputes: Commentary on ICC Awards Dealing with the FIDIC International Conditions of Contract”, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 9, núm. 2, 1998, págs 32 y ss.

Como ya se ha apuntado, los motivos hasta ahora referidos conducen a afirmar que los modelos de contrato en materia de ingeniería y construcción elaborados por organizaciones profesionales privadas constituyen una manifestación del novedoso fenómeno conocido como *informal lawmaking*²³³. Esta labor acometida por entidades privadas deslocaliza al legislador público como único ente regulador en determinados ámbitos altamente complejos o especializados. La capacidad autonormativa de dichas instituciones privadas se plasma a través de textos de esencia jurídica, lo cuales van conformando un creciente corpus que ha sido bautizado como *ius ingeniorum, lex constructionis* o *Lex Mercatoria aedificandi*.²³⁴

En el marco de esta especialización de la –ahora devenida generalista– *Lex Mercatoria*, es importante señalar la gran importancia de institutos jurídicos como el arbitraje comercial²³⁵. Esto es, la doctrina constata con acierto la capacidad del arbitraje para interpretar este tipo de disposiciones creadas por la iniciativa privada. Con frecuencia, la fundamentación de un laudo arbitral toma en consideración textos propios del *ius ingeniorum* o *ius constructionis*, incorporándose posteriormente esos laudos en el ordenamiento jurídico “clásico” por vías como la ejecutiva. En este sentido, a lo largo de esta tesis doctoral se analizan un buen número de laudos arbitrales que dotan de un relevante valor jurídico a textos que tuvieron un origen informal, como los modelos de contrato,

²³³ La doctrina jurídica internacional se hace eco de este peculiar fenómeno en contribuciones como las que se citan a continuación: WESSEL, Ramses A., “Informal international law-making as a new form of world legislation?”, *Int'l Org. L. Rev.*, vol. 8, 2011, págs. 253-265; BERMAN, Ayelet, DUQUET, Sanderijn; PAUWELYN, Joost; WESSEL, Ramses A.; WOUTERS, Jan, “Introduction and Key Issues Surrounding Informal International Lawmaking”, *Law of the Future Series*, núm. 3, 2012, págs. 1 y ss.; PATTERSON, Mark R., “Standardization of standard-form contracts: competition and contract implications”, *Wm. & Mary L. Rev.*, vol. 52, núm. 2, 2010, págs. 327-412.

²³⁴ REIG FABADO, Isabel, *El contrato internacional de ingeniería*, Valencia, 1ª Ed., Tirant lo Blanch, 2008, págs. 131-132.

²³⁵ PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, “El derecho uniforme del Comercio Internacional: Los principios de Unidroit (ámbito de aplicación y Disposiciones Generales)”, *Revista de derecho mercantil*, núm. 223, 1997, págs. 221-298.

códigos de conducta, informes, estatutos privados, etc.; contribuyendo todo ello a una concepción global del derecho moderno, en la cual los entes públicos no son los únicos creadores de los sistemas jurídicos²³⁶.

Este *global law* contemporáneo cuenta con un gran aliado en los modelos de contratos dirigidos a regular las relaciones entre los complejos elementos subjetivos que coexisten en los contratos de ingeniería y construcción, caracterizados por ser internacionales, y habitualmente, de larga duración. Como la presente tesis defiende, la existencia e intervención del *ius ingeniorum* y del *ius constructionis* es positiva y necesaria a la hora de dar una respuesta jurídica satisfactoria a los agentes implicados en este tipo de contratos, ya que redundan por ejemplo en una mejora y perfeccionamiento constante de los mecanismos que asisten a las partes en la resolución de conflictos a lo largo de la ejecución contractual en las materias precitadas.

La presente tesis doctoral estudia a continuación las características principales de varias asociaciones profesionales sectoriales y regionales que *de facto* ejercen un poder autonormativo en el ámbito de la construcción internacional, mediante la elaboración y oferta de modelos de contrato internacionalmente reconocidos y masivamente utilizados. Es importante apuntar que este esfuerzo de sistematización jurídica es acometido por asociaciones formadas por miembros de formación esencialmente técnica. Ello, unido a la constante actualización que dichas instituciones llevan a cabo de los diferentes instrumentos jurídicos que publican (contratos, acuerdos, guías de usuarios, etc), ejerce *per se* una función preliminar de evitación de conflictos. Esta prolija actividad de este tipo de asociaciones responde a la necesidad de uniformización de las relaciones contractuales en un ámbito tan especializado técnicamente

²³⁶ FACH GÓMEZ, Katia, “Enforcing Global Law: International Arbitration and Informal Regulatory Instruments”, *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 47, núm. 1, 2015, págs. 112-139.

como son los contratos de ingeniería y construcción y cuenta con el apoyo de prestigiosos despachos de profesionales jurídicos que asesoran en la redacción de las sofisticadas cláusulas de resolución de conflictos que precisan estos contratos. Estos rasgos favorecen la aceptación de disposiciones y estándares internacionales tanto en el *milieu* técnico como en el jurídico. Ello, a su vez, redundará en la seguridad jurídica mediante la reducción del número de disputas y la resolución temprana de aquellas que surgen durante la ejecución contractual de los proyectos de ingeniería y construcción²³⁷.

La utilización de modelos contractuales elaborados por asociaciones profesionales de reputada presencia internacional presenta una ventaja principal: la seguridad jurídica que encuentran las partes en el equilibrio de riesgos que ofrecen los contratos tipo. Adicionalmente, el recurso a los referidos modelos contractuales trae consigo ventajas más allá de las que supone la comodidad de tener garantizado un equilibrio entre las partes sin necesidad de tener que crear *ad hoc* un contrato completo desde el inicio. Por un lado, las partes fijan los términos contractuales con anterioridad al comienzo de las obras. De ahí el éxito de estos modelos contractuales en el ámbito público, donde las condiciones contractuales se licitan y, con frecuencia, no pueden ser negociadas por el contratista. Por otra parte, las prestaciones ya vienen prefijadas en función del modelo de contrato elegido; por lo que las cuestiones técnicas sobre calidades y materiales resultan en un principio establecidas y su parte técnica se remite a los correspondientes apéndices, dejando el cuerpo del contrato libre de tecnicismos y de especificaciones que podrían generar diferencias entre unas partes no expertas en derecho. Y, precisamente debido a esto último, las mismas partes se benefician de un sólido y eficiente sistema de resolución de conflictos recogido

²³⁷ Algunos autores, incluso, defienden que la terminología que se utiliza en los diferentes modelos de contrato incide en el número de disputas que se presenta a lo largo de la ejecución contractual. FENN, Peter; LOWE, David; SPECK, Christopher, "Conflict and dispute in construction", *Construction Management and Economics*, núm. 15, 1997, págs. 513-518, <http://dx.doi.org/10.1080/014461997372719>.

en las correspondientes cláusulas, que ya ha sido experimentado en la práctica y mejorado a lo largo de los años²³⁸.

A continuación, esta tesis doctoral presenta sobre diversas asociaciones profesionales de reconocido prestigio a nivel mundial y reflexiona sobre el valor jurídico de su labor de publicación de modelos de contrato. Los instrumentos contractuales publicados consisten en modelos de contrato de ingeniería y construcción que incluyen sofisticadas cláusulas de resolución de disputas. Varias de ellas, tal y como se señala en cada uno de los apartados, optan por establecer *Dispute Boards* como método preferente de resolución de disputas. En capítulos posteriores²³⁹, la presente tesis doctoral desarrolla en mayor medida el estudio jurídico de un modelo de contrato en particular, que recoge el establecimiento de un sofisticado *Dispute Board* como método de ADR, perfilando sus funciones de evitación y resolución de disputas.

²³⁸ Estos son los principales requisitos señalados por la doctrina para la evitación de disputas en los grandes proyectos de construcción. CHAMBERS Gaynor, “Avoiding disputes” en GAITSKELL, Robert *Construction Dispute Resolution Handbook: Engineer’s Dispute Resolution Handbook*, Londres, 2ª Ed., ICE Publishing 2011, págs.. 7 – 16.

²³⁹ Vid. infra IV.

2. PRINCIPALES ORGANIZACIONES PROFESIONALES INTERNACIONALES QUE HAN ELABORADO MODELOS DE CONTRATO DE INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN: ESPECIAL CONSIDERACIÓN A AQUELLAS QUE INCORPORAN UN *DISPUTE BOARD* EN SU CLÁUSULA *MULTI-TIER* DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

En el presente epígrafe se presentan y caracterizan las asociaciones profesionales más importantes a nivel global que publican modelos de contratos y otros documentos, como guías de utilización y otros instrumentos para la gestión eficaz de conflictos especialmente complejos. Estas valiosas herramientas jurídicas están destinadas a su utilización directa en proyectos internacionales de ingeniería y construcción. En este y posteriores epígrafes son analizadas aquellas asociaciones y modelos de contratos que incluyen *Dispute Boards* como método alternativo de resolución de disputas en su cláusula *multi-tier*.

2.A. Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils (Suiza): Modelos de contrato FIDIC

La *Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils (FIDIC)* –en adelante, Federación Internacional de Ingenieros Consejeros (FIDIC)– es una agrupación profesional fundada en 1913 por representantes de Bélgica, Francia y Suiza. Su intensa actividad de estandarización ha supuesto un punto de inflexión para la consolidación de la utilización de *Dispute Boards* a nivel global, cuya influencia se percibe claramente en la actualidad.

2.A.i. Relevancia jurídica y principales objetivos de FIDIC

A continuación se detallan los factores que han conducido a que FIDIC sea considerada un referente mundial en materia de creación de textos con una importante proyección jurídica, de aplicación en el ámbito contractual de la ingeniería y la construcción internacionales. El protagonismo de FIDIC a nivel global como entidad creadora de disposiciones contractuales de gran calidad, se manifiesta a través de su prolija labor de publicación de contratos, documentos jurídicos accesorios (textos de garantías, acuerdos crediticios, etc.) y un magnífico soporte jurídico-divulgativo para la aplicación de dichos contratos (guías, manuales, artículos científicos, etc.).

Con sede en Ginebra (Suiza), entre los objetivos de FIDIC destacan la promoción e implementación de los principales objetivos estratégicos de la industria de la ingeniería (*Consulting engineering*) y la difusión de información y recursos de interés de los miembros que la componen. Para el logro de sus objetivos, esta agrupación que a día de hoy tiene presencia 100 países²⁴⁰, publica modelos de contratos internacionales que equilibran riesgos entre las partes y uniformizan los criterios para la realización de obras, tanto públicas como privadas. Resulta destacable que, como la propia institución afirma, los modelos de contrato publicados por FIDIC pueden ser utilizados por clientes, ingenieros, *joint ventures* y sus respectivos representantes²⁴¹, de una manera asequible en términos económicos y de asunción de riesgos.

Entre las metas de FIDIC destacan su interés por ser reconocida como autoridad internacional en los aspectos relacionados con las buenas prácticas de

²⁴⁰ La lista completa de miembros y asociaciones representativas puede encontrarse en el siguiente enlace: <http://fidic.org/members>.

²⁴¹ Este término viene definido en las cláusulas de los referidos modelos de contrato. El *Representative* es la persona que cada una de las partes decide que la represente. A ella se le atribuyen determinadas facultades con arreglo al contenido técnico y jurídico del contrato.

ingeniería, promover estándares éticos relacionados con el *Consulting engineering* entre todos los sujetos intervinientes en infraestructuras a nivel global, mejorar la representación de la industria de la ingeniería y promover la posición aventajada de los modelos de contrato que publica.

Además de ofrecer una gran variedad de modelos contractuales según las necesidades de los usuarios, FIDIC complementa la promoción de sus textos mediante instrucciones y guías para la implementación de los mismos. Este soporte documental resulta muy útil y pone en valor las características propias de cada uno de los contratos que forman su colección²⁴². FIDIC completa su labor ofreciendo una variada formación de calidad sobre sus contratos. Para ello, FIDIC convoca con regularidad cursos y seminarios sobre las disposiciones y reglas que publica, dirigidos a profesionales tanto técnicos (clientes, contratistas, subcontratistas, etc.) como jurídicos (abogados, árbitros, miembros de *Dispute Boards*, etc.). Como consecuencia de esta intensa labor que FIDIC realiza para la consecución de sus objetivos, el marchamo de la garantía FIDIC está reconocido a nivel mundial.

2.A.ii. Hitos principales de FIDIC como entidad creadora de estándares internacionales en materia de resolución de disputas

Como precedentes al reconocimiento de los *Dispute Boards* en las ediciones actuales de los modelos de contrato FIDIC, destacan ciertos hitos que han modelado la postura de esta institución supranacional con respecto a los diferentes mecanismos de resolución alternativa de disputas en el ámbito de la

²⁴² Por ejemplo, FIDIC recomienda utilizar el Libro Plata en proyectos grandes o complejos en los que el contratista asume la realización del diseño. Ello consiste en el diseño de detalle de la planta o los equipos, para que la instalación llegue al rendimiento u otra especificación indicados por el cliente. A su vez, este no se verá envuelto en el día a día del progreso del proyecto. El concepto de proyecto grande, no obstante, no queda definido expresamente en el *Silver Book*, pero la práctica suele delimitar esta denominación atendiendo a criterios cuantitativos, con arreglo al coste de los proyectos.

ingeniería y construcción. En el año 1957, FIDIC publicó su primer modelo de contrato: las Condiciones de contrato para obras de construcción de ingeniería civil²⁴³. Le siguieron en 1963 las Condiciones de contrato para trabajos eléctricos y mecánicos²⁴⁴. Por lo que respecta a los *Dispute Boards*, FIDIC recogió esta propuesta por primera vez en el año 1992, mediante la inclusión de un suplemento a la cuarta edición de su modelo de contrato de construcción²⁴⁵ en el que se modificaban las disposiciones de resolución de conflictos en el seno de la ejecución contractual. Esta revisión del clausulado fue apreciada como una opción muy acertada que se manifestó con su buena acogida entre la comunidad de prácticos en la industria y el derecho. Una de las razones por las que esta edición se percibió como una gran mejora se debe a la modificación de la cláusula de resolución de disputas contenida en este modelo de contrato. Con ello se favoreció la imparcialidad en el proceso de resolución de disputas, en respuesta a las críticas que había recibido por parte de la comunidad usuaria la redacción original del *Red Book*²⁴⁶.

²⁴³ *Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction* en su inglés original, este contrato se denominó originalmente “Libro Rojo” (*Red Book*). Hoy es conocido como el antiguo Libro Rojo (*old Red Book*). “*The first edition of the Conditions of Contract (International) for Works of Civil Engineering Construction was published in August 1957 having been prepared on behalf of FIDIC and the Fédération Internationale des Bâtiment et des Travaux Publics*”. GLOVER, Jeremy, “FIDIC: An Overview. The Latest Developments, Comparisons, Claims And Force Majeure”, Construction Law Summer School 2007 Queen’s College Cambridge, 11 de septiembre de 2007, <https://www.fenwickelliott.com/sites/default/files/Arbitration%20%20-%20FIDIC%20an%20overview.pdf>.

²⁴⁴ *Conditions of Contract for Electrical and Mechanical Works*, conocidas como el antiguo Libro Amarillo (*Yellow Book*).

²⁴⁵ A lo largo del presente capítulo, se estudiarán cláusulas del documento “FIDIC Contrato de Construcción” (*Conditions of Contract for Construction for Building and Engineering Works Designed by the Employer* en su denominación auténtica, en inglés), edición de 1999. Se hará referencia a este documento con la denominación “Libro Rojo”, de acuerdo con el nombre que la citada federación utiliza para denominar a este texto. Para más información, vid. <http://fidic.org/books/construction-contract-1st-ed-1999-red-book>.

²⁴⁶ Así se pronuncia la doctrina: “Sometimes contractors developed cynicism as to the engineer’s impartiality. This is perhaps not surprising, as frequently the dispute will concern a decision made by the engineer in the administration of the contract, for example as to the amount of

En un principio, la versión original del *Red Book* contenía una cláusula de resolución de disputas (*Settlement of Disputes*), en la que se atribuían facultades de resolución de conflictos cuasi-arbitrales a una figura clásicamente presente en los contratos de construcción: el Ingeniero (*Engineer*)²⁴⁷. El encaje de esta disposición con la imparcialidad del proceso se veía dificultado por el hecho de que los honorarios del ingeniero eran pagados por el cliente, en claro detrimento de los intereses del contratista. Tras un proceso de evaluación de los distintos métodos de resolución de conflictos acometido por los miembros de FIDIC, la nueva redacción del *Red Book* del año 1995 optó por la inclusión del *Dispute Board* como primer mecanismo en la cláusula escalonada de resolución de disputas para poner solución a este conflicto de imparcialidad. De este modo, se articuló la redacción de la nueva cláusula 67, eliminando esta función del ingeniero y dirigiendo las disputas directamente a un *Dispute Board* formado por uno o tres miembros elegidos al inicio del contrato y presentes en la ejecución del mismo mediante las visitas periódicas a la obra (*Standing Dispute Board*). Asimismo, esta versión del Libro Rojo ofrecía a los usuarios tanto un modelo de nombramiento de los miembros del *Dispute Board* como una guía de procedimiento y las instrucciones necesarias para la adaptación de los documentos de licitación a este nuevo método de resolución de conflictos que

additional payment due to the contractor in respect of variations. In addition, the engineer is, of course, on the pay-roll of the employer. A contractor's cynism is likely to be even more acute where the contract provides for disputes to be determined in the first instance by the employer's representative, who is a member of the employer's own organization. Lenders to projects also increasingly had concerns over the potential lack of independence of the decision-maker and pressed for alternative means of decision-making in the first instance". JENKINS, Jane, "Dispute Avoidance and Resolution", en JENKINS Jane, STEBBINGS, Simon, *International construction arbitration law, Arbitration in context series*, vol. 3, Kluwer Law International, 2013, pág. 58.

²⁴⁷ El ingeniero (*Engineer*) quedaba definido en las condiciones de contrato FIDIC antecesoras de las presentes como un elemento subjetivo con diversas facultades, entre las que se encontraban ciertas atribuciones en materia de resolución de conflictos. Estas mismas condiciones generales de FIDIC contenían la provisión de que los servicios prestados por el *Engineer* habían de ser abonados por el cliente.

sustituyó al ingeniero²⁴⁸. A diferencia de este último, los honorarios devengados por el *Dispute Board* son pagados por cliente y contratista, a partes iguales.

Esta decisión por parte de FIDIC de modificar las estipulaciones del modelo *Red Book* fue muy bien acogida por la comunidad profesional y supuso un avance en términos de imparcialidad. Cabe destacar que la decisión de sustituir el importante papel concedido al ingeniero en las versiones precedentes por el establecimiento de *Dispute Board* como órgano técnico e independiente respondió necesariamente a un ejercicio de autocrítica por parte de la misma institución. Esto es, la misma organización internacional bajo la que quedan federadas diversas asociaciones nacionales de ingenieros²⁴⁹ pasó a despojar a la figura del ingeniero de la función adjudicativa que se le había atribuido en el primer escalón de la cláusula de resolución de conflictos. En su lugar, FIDIC optó por incrementar la relevancia de un órgano independiente e imparcial, formado por expertos que no necesariamente han de estar habilitados para ejercer como ingenieros: el *Dispute Board*.

En el año 1995, FIDIC demostró conocer el éxito de los *Dispute Boards* establecidos en los proyectos de los últimos años y apostó por su sistematización, proponiendo la utilización de un *Dispute Board* como primer escalón en la cláusula de resolución de conflictos por defecto en sus modelos de contrato²⁵⁰. Así lo recogió, decantándose por esta opción en sus modelos de

²⁴⁸ BUNNI, Nael. G., *FIDIC Forms of Contract*, Ed. 3ª, GB: Blackwell Publishing, 2005, pág 14.

²⁴⁹ A lo largo de este texto, se hace mención a “Ingeniero” (*Engineer*), como parte en los contratos FIDIC.

²⁵⁰ En la edición de la *Rainbow Suite* de FIDIC de 1999, la cláusula que hacía referencia a la resolución de disputas era la Cláusula 20.

contrato “Libro Rojo” (*Red Book*) y “Libro Naranja” (*Orange Book*)²⁵¹ (primer modelo de contrato llave en mano publicado por la referida institución).

Consciente de la cambiante realidad de la industria, FIDIC se encuentra en constante comunicación con sus miembros para detectar las necesidades de la industria y ofrecer soluciones para la práctica de los proyectos en los que está presente. Por ello, como reflejo del buen funcionamiento de los *Dispute Boards*, en 1999 se produjo su consolidación definitiva como referente en los contratos de ingeniería y construcción en el seno de FIDIC. Fruto de una importante renovación del conjunto de documentos que conformaban el conocido como *Rainbow Suite*²⁵² de FIDIC– todos los contratos publicados por FIDIC en su edición de 1999 recogían el *Dispute Board* como método de resolución de conflictos preferente en su respectiva cláusula de solución de controversias²⁵³.

La denominación *Rainbow Suite* proviene de la opción de FIDIC de asignar un color a cada uno de los modelos de contrato que publica. Así, están a disposición de los usuarios –mediante la compra del producto en versión papel o telemática– el Libro Amarillo (*Yellow Book, Conditions of Contract for Electrical and Mechanical Works including Erection on Site*), el Libro Rojo (*Red Book, Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction*), el Libro Plata (*Silver Book, Conditions of Contract for EPC Turnkey Projects*), y otros modelos de contrato que son utilizados con menor frecuencia.

²⁵¹ Este documento, formado por cuatro partes (Part I: General Conditions, Part II: Guidance for the Preparation of the Particular Conditions, Part III: Forms of Tender, and Agreement, Part IV: Model Terms of an Appointment for a Dispute Adjudication Board), todavía puede ser utilizado en la industria. Puede adquirirse en cinco idiomas (inglés, polaco, serbio, turco y ruso) en papel, formato electrónico descargable o lectura en Ipad. Su precio, dependiendo de las referidas opciones, oscila de 40 a 195 Euros.

²⁵² Los principales rasgos de cada uno de los contratos FIDIC se encuentran a disposición de los usuarios de manera gratuita en el siguiente enlace: <http://fidic.org/bookshop/about-bookshop/which-fidic-contract-should-i-use>.

²⁵³ Aunque FIDIC opta por los *Dispute Boards* en todos sus modelos de contrato, esta institución se inclina hacia un tipo u otro de *Dispute Board* en cada uno de ellos. Esta característica será estudiada con posterioridad. Vid. infra IV.

En la edición de 1999, todos los modelos de contrato de la *Rainbow Suite* pasaron a contener una cláusula escalonada de resolución de conflictos en la que se establecía un *Dispute Board* como mecanismo previo a la sumisión del conflicto a arbitraje o litigio. Sin embargo, a diferencia de la edición actual de 2017, en la referida edición de 1999, algunos modelos del *Rainbow Suite* se decantaban por el establecimiento de un *Dispute Board* permanente (*Standing Dispute Board*), mientras que otros proponían la formación de un *Dispute Board* en el momento en el que se detecta una disputa (*Ad Hoc Dispute Board*).

La colección de modelos de contratos publicados conjuntamente en 1999²⁵⁴ renovaron la ya existente *Rainbow Suite*, añadiendo nuevos tipos contractuales y modificando su ya clásica Cláusula 20²⁵⁵, dedicada a la

²⁵⁴ Así lo refleja la doctrina: “*From the start, FIDIC's standard forms were intended for use on projects with an international dimension. For example, the old Red Book was based on UK standard conditions of contract and was for use on the various development projects being page "8" undertaken by British and other engineers in the Commonwealth as well as other jurisdictions. In the late 1990s, FIDIC carried out a major overhaul of all of its standard forms and released a suite of four contracts in 1999 to replace the previous contracts. The new suite of contracts consisted of three standard forms for major works and one for minor works: – Conditions of Contract for Building and Engineering Works Designed by the Employer (Red Book).*

– *Conditions of Contract for Plant and Design-Build for Electrical and Mechanical Plant, and for Building and Engineering Works Designed by the Contractor (Yellow Book).*
 – *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects (Silver Book).*
 – *Short Form of Contract (Green Book).* *The Red Book replaces the old Red Book and is for use on all types of projects where the main responsibility for design lies with the employer. (...) The Yellow Book is based on the old Yellow Book and Orange Book and is intended to replace both. The Silver Book is a relatively new standard form added to the FIDIC contract suite and is meant to cater for the growing trend in the international market for projects where the contractor bears more risk (at extra cost to the employer) and a more definite final price and completion time is agreed from the outset. The Green Book is another new standard form from FIDIC and is designed for use on non-complex international projects such as rural roads, water supply, sewage disposal, and electricity transmission in developing countries. The Green Book can be used irrespective of whether the employer or contractor is carrying out design or whether payment is on a lump sum or other basis”.* JENKINS, Jane, “Dispute Avoidance and Resolution”, en JENKINS Jane, STEBBINGS, Simon, *International construction arbitration law*, Arbitration in context series, vol. 3, Kluwer Law International, 2013, pág. 8.

²⁵⁵ Las disposiciones sobre resolución de disputas quedaban rubricadas bajo la Cláusula 20 en todos los modelos de contrato publicados por FIDIC en el año 1999 (salvo el modelo Libro

resolución de disputas²⁵⁶. La redacción de esta cláusula consolidó el protagonismo del *Dispute Board*, que se estableció como el primero de los escalones de un sofisticado sistema de resolución de conflictos ideado para funcionar en los proyectos más exigentes.

2.A.iii. El presente y futuro de FIDIC

Constituida como una entidad indiscutiblemente solvente en la creación de modelos de contrato y estándares del panorama de la ingeniería y construcción internacional, FIDIC ha acometido recientemente una modificación sustancial de su *Rainbow Suite*. Así, a finales del año 2017, vio la luz una novedosa publicación de los modelos principales de la *Rainbow Suite*: aquellos dedicados a los conocidos como grandes proyectos (*major projects*). Esta publicación amplía y perfecciona los modelos de contrato de 1999 relativos a la construcción (*Construction Contract*, también conocido como *Red Book* o “Libro Rojo”), al diseño y construcción de plantas (*Plant and Design-Build Contract*, también conocido como *Yellow Book* o “Libro Amarillo”) y a la fórmula llave en mano o EPC (*Conditions of Contract for EPC Turnkey Projects*, también conocido como *Silver Book* o “Libro Plata”)²⁵⁷.

En concreto, la edición de 2017 del Libro Plata (traducido en su versión de 1999 al español como “Condiciones de Contratación FIDIC para

Verde (Modelo simple de Contratación) De ahí que algunos trabajos doctrinales tengan como objeto el estudio de la Cláusula 20 de los modelos FIDIC. SEPPÄLÄ, Christopher R, “FIDIC's New Standard Forms of Contract: Claims, Resolution of Disputes and the Dispute Adjudication Board”, *Int'l Bus. LJ*, núm.1, 2001, págs. 3-12.

²⁵⁶ Puede encontrarse un estudio detallado de la evolución de los primeros modelos de contrato de construcción publicados por FIDIC (versiones precursoras del actual Libro Rojo), en: BUNNI, Gael G., *The FIDIC form of contract - The fourth edition of the Red Book*, Oxford, 2ª Ed., Blackwell Science 1997, págs. 3-16.

²⁵⁷ Hasta la fecha, ninguno de estos modelos de contrato ha sido traducido al español. Por ello quedan referidos con su denominación en el inglés de su versión auténtica; circunstancia que queda reflejada en su texto.

proyectos llave en mano”), es elegido como referente para el estudio detallado de las nuevas cláusulas de FIDIC referentes a resolución de disputas. De hecho, se acomete esta tarea en secciones posteriores de la presente tesis doctoral²⁵⁸.

Los referidos modelos de contrato FIDIC son los más conocidos internacionalmente y, muy probablemente, los más utilizados en contratos de construcción de gran calado²⁵⁹. Aunque su origen enraizaba en la tradición jurídica de *Common Law*, las diferentes ediciones que se han recopilado en esta sección han abierto brecha, avanzando hacia la posibilidad de una aplicación más internacional. La doctrina internacional reconoce el esfuerzo emprendido por FIDIC para adecuar sus disposiciones a un entorno más amplio, tanto en su contenido como en el lenguaje que utilizan los modelos publicados recientemente.

Por todo lo expuesto, es fundamental la referencia a FIDIC como institución y a su producción de modelos de contrato, cuyo contenido se examina en un capítulo posterior de la presente tesis doctoral²⁶⁰.

Todo lo expuesto hasta el momento conduce a considerar que en el futuro dicha institución va a seguir constituyendo un referente tanto en la industria como en el ámbito jurídico más complejo. La doctrina y los prácticos del derecho aguardan a buen seguro con impaciencia las próximas resoluciones

²⁵⁸ Vid. infra IV.

²⁵⁹ Así lo reconoce la doctrina: “*The various FIDIC Conditions of Contract are the best known and probably most widely used international standard forms of construction contract conditions. The first edition of the Red Book, published in 1957, was based on an English domestic standard form: the then current edition of the English Institution of Civil Engineers (‘ICE’) conditions. Even today, the official and authentic text of this form of contract is the version written in the English language. However, in subsequent editions, the FIDIC Conditions have become progressively more ‘international’ in style and content and are widely used in civil law, as well as common law, jurisdictions*”. SEPPÄLÄ, Christopher R., “International Construction Contract Disputes: Third Commentary on ICC Awards Dealing Primarily with FIDIC Contracts”, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 23, núm. 2, 2012, págs. 23-44 <http://fidic.org/sites/default/files/23-2%20Sep%20Seppala%20offprint.pdf>.

²⁶⁰ Vid. infra IV.

arbitrales sobre las cuestiones clásicas que surgen con la aplicación de los modelos de contrato FIDIC.

2.B. *Institution of Civil Engineers* (Reino Unido): Modelos de contrato NEC

El *Institution of Civil Engineers* (ICE) – en adelante, Instituto de Ingenieros Civiles (ICE) – es una asociación profesional de ingenieros civiles con casi 200 años de historia. Tiene su sede en Reino Unido²⁶¹ y, a través de sus 92.000 miembros –entre los que se encuentran profesionales técnicos, académicos y estudiantes–, cuenta con presencia en todo el mundo. Ya en 1945, junto a otras organizaciones del sector, publicó las primeras condiciones generales para obras, que además resultaron ser las precursoras de los modelos de contrato FIDIC anteriormente referidos²⁶².

2.B.i. Relevancia contemporánea del ICE

Hoy en día, tanto los modelos de contrato publicados por el ICE como sus herramientas accesorias (guías de aplicación, glosarios de consultas, etc.), se consideran un estándar en el sector de la ingeniería y la construcción de grandes proyectos que implican a partes con un componente internacional. En concreto, el denominado *New Engineering Contract* (conocido en la práctica como “NEC”) es el nombre genérico de una amplia familia de contratos publicados por la división de gestión del conocimiento del ICE: Thomas Telford Services, Ltd, en quien se apoya la institución para asegurar la obtención de instrumentos jurídicos rigurosos.

²⁶¹ No es casualidad que precisamente en Reino Unido se legislase por primera vez sobre *adjudication* en contratos de construcción, tal y como queda reflejado en el capítulo III.1.B.

²⁶² Vid. Supra. II.2.A.

A la luz de las estadísticas sobre el origen de los miembros del ICE, quienes mayoritariamente proceden de Inglaterra, los modelos de contrato creados por esta institución resultan complementarios a la aplicación de la normativa doméstica, recogida en la ley inglesa sobre contratos de construcción de 1996 (*Housing Grants, Construction and Regeneration Act*²⁶³). Este hecho motiva que su utilización quede circunscrita a un ámbito espacial determinado, pues dichos modelos no parecen ser especialmente indicados para países sobre los que rige el sistema de derecho *civil law*. Sin embargo, los modelos de disposiciones contractuales sí que ofrecen formalmente itinerarios para la aplicación de sus disposiciones en ordenamientos jurídicos ajenos al *Common Law*. Asimismo, la última versión del modelo de contrato NEC, publicada en 2017, introduce elementos que facilitan la adaptación de este modelo contractual a los sistemas de derecho *civil law*, tal y como se estudia en el presente epígrafe.

Los requisitos para formar parte del ICE como miembro o solicitar información para uso académico son muy exigentes, lo cual dota a esta institución de un halo de exclusividad que no se percibe en otras formaciones similares. Según se explicita en su formulario de solicitud de membresía, cuestiones como la nacionalidad, la raza o la religión profesada son examinadas para la admisión de los socios del ICE. La presente tesis doctoral estudia algunas de las características de los modelos de contratos que ofrece el ICE en este epígrafe²⁶⁴, partiendo no obstante de las dificultades que establece esta institución para el acceso a la información y el estudio de su actividad.

Además de la publicación de modelos de contrato para su uso por los diversos agentes que intervienen en grandes proyectos de construcción, el ICE

²⁶³ Esta norma es objeto de estudio detallado en el capítulo III.1.B. de la presente tesis doctoral.

²⁶⁴ Vid infra. II.2.B.ii.

ofrece unas reglas específicas sobre *Dispute Boards* elaboradas en el año 2012²⁶⁵. El cuerpo documental conocido como *ICE Dispute Board Procedure* consiste en un conjunto de cuatro documentos (introducción, dos modelos de reglas procedimentales y acuerdo para el establecimiento de un *Dispute Board*).

2.B.ii. Antecedentes y actividad de uniformización del ICE

Por lo que respecta a la producción de disposiciones, y tras la publicación en 1991 de un modelo orientativo, el ICE publicó en 1993 la primera versión del NEC. Este modelo de contrato supuso un punto de partida muy novedoso por cuanto se refiere a su lenguaje, alejado de tecnicismos jurídicos y su planteamiento general. En el modelo de contrato NEC, el ICE optaba por establecer una serie de cláusulas principales que habían de ser incluidas en todos los contratos, complementada con una serie de disposiciones accesorias que las partes podían incluir para responder a determinados intereses del proyecto en particular. Este enfoque fue especialmente diseñado con el objetivo de estimular una gestión ágil que no frustrase los fines prácticos del objeto contractual. El resultado de estos esfuerzos quedó materializado en un modelo contractual asequible terminológicamente y llamado, con ello, a ser utilizado tanto por juristas como por ingenieros.

En 2005, tras una década de práctica del conjunto de documentos formado por el modelo de contrato primigenio, el contrato de servicios profesionales y el juego de modelos para la subcontratación que lo complementaba, ICE publicó el conocido como modelo NEC3. El sistema de contratos NEC3 ofrecía una solución llave en mano que puede ser adaptada fácilmente a la autonomía de la voluntad de las partes y a las necesidades del

²⁶⁵ El ICE ofrece este documento de manera gratuita, mediante su publicación en el siguiente enlace de su página web: <https://www.ice.org.uk/ICEDevelopmentWebPortal/media/Documents/Disciplines%20and%20Resources/09-3-ICE-Dispute-Board-procedure-2012-04-30.pdf>.

proyecto, mediante la inclusión de diferentes cláusulas que suelen repetirse en el contrato de construcción llave en mano. Las premisas de las que partieron los encargados de su redacción reiteran el espíritu de sus precedentes: flexibilidad en el objeto contractual, estímulo a la facilidad de gestión del proyecto y un lenguaje más sencillo y claro que otros modelos de contrato ofrecidos por otras asociaciones. Fruto de estas directrices fue un modelo de contrato que contenía seis opciones para determinar el precio con arreglo a sendos mecanismos (*Main Option Clauses*), nueve cláusulas principales (*Core clauses*), la determinación del mecanismo de resolución de conflictos, diecisiete cláusulas de inserción opcional y un catálogo de cláusulas secundarias (*Secondary option Z*) que regulan posibles obligaciones y derechos accesorios típicos del contrato llave en mano. Las partes pueden elegir de las opciones enumeradas las que mejor se adecúen a las necesidades de su proyecto.

El formato del NEC3 comprendía diversos documentos complementarios al contrato principal, para ofrecer una solución completa a los usuarios de este modelo. Así se publicaron el *Term Service Contract* y el *Framework Contract*, que a su vez se complementaba con el *Supply Contract*, que vio la luz en 2010, y el *Professional Services Short Contract*, en 2013. En total, el NEC3 estaba constituido por 39 documentos seleccionados por la Asociación de Gestión de Proyectos del ICE, que desde abril de 2013 venían ofreciendo una solución para la ingeniería y construcción de grandes proyectos bajo la forma contractual llave en mano.

Como muestra de la constante evolución de la industria de la ingeniería y la construcción y fruto de la comunicación entre los miembros de la asociación, quienes concluyeron que sistema precursor debía ser mejorado en algunos puntos²⁶⁶, el ICE publicó en junio de 2017 el sistema de contratos

²⁶⁶ El sistema del *New Engineering Contract* favorece la información a clientes y contratistas y el ICE a través de mecanismos y ofertas como el grupo de usuarios del NEC (*NEC Users*

conocido como NEC4, que viene a sustituir al NEC3²⁶⁷. Aunque mantiene la estructura de su predecesor en cuanto a la elección de cláusulas obligatorias y opcionales, este modelo de contrato introduce relevantes novedades en su sistema de resolución de conflictos, focalizadas en la inclusión de disposiciones tendentes a la evitación de conflictos. Para ello, el NEC4 se apoya tanto en la función autocompositiva de los *Dispute Boards* como en cláusulas accesorias tendentes a la detección temprana de diferencias. Estos rasgos que aquí se apuntan, son estudiados con mayor detalle en el siguiente subepígrafe de la presente tesis doctoral²⁶⁸.

2.B.iii. Los itinerarios *multi-tier* de resolución de conflictos en el novedoso modelo de contrato NEC4

Como se ha apuntado el modelo contractual NEC4, publicado por el ICE, fue renovado en junio de 2017. El novedoso sistema de resolución de conflictos introducido por el NEC4 incluye tres opciones para articular la resolución de conflictos en la ejecución contractual. En concreto, el NEC4 ofrece tres modelos de cláusulas *multi-tier*, recogidos en el apartado *Resolving and Avoiding Disputes* del referido modelo de contrato, configurados dentro del sistema NEC4 como de inclusión obligatoria. La elección de una u otra cláusula de entre las tres disposiciones propuestas²⁶⁹ depende por una parte de la autonomía de la voluntad de las partes y por otra parte de la ley aplicable al

Group) al que se puede acceder mediante el pago de determinada cuota, a través del enlace: <https://www.neccontract.com/NEC4-Products/NEC-Users-Groups>.

²⁶⁷ En este sentido, se ha de tener en cuenta que ICE recomienda utilizar la versión más reciente del *Contract Suite*, mientras que FIDIC manifiesta que los modelos antiguos del *Rainbow Suite* pueden ser utilizados todavía si así lo desean las partes.

²⁶⁸ Vid. infra II.2.B.iii.

²⁶⁹ En adelante, se hará referencia a cada una de estas cláusulas *multi-tier* con el término “itinerario”.

contrato de ingeniería y construcción bajo cuyo régimen jurídico se ejecuta el contrato en cuestión.

Por cuanto se refiere al primero de los factores apuntados, ha de destacarse que la aportación de las partes a la elección de modelo de resolución de disputas en el modelo de contrato NEC4 es asimétrica. Esto es, el modelo de contrato NEC4 otorga al cliente relevantes facultades en la elección del mecanismo *multi-tier* de gestión de conflictos; mientras que el contratista ve limitada su capacidad de elección²⁷⁰. El segundo factor, referido a la ley aplicable al contrato, radica en el ámbito de aplicación de la *Housing Grants, Construction and Regeneration Act* de 1996 (en adelante, HGRA)²⁷¹, norma que esta tesis analiza en detalle en secciones posteriores²⁷². Esto es, en caso de que sea de aplicación obligatoria esta normativa británica –dado que el NEC4 es un modelo de contrato que se utiliza muy frecuentemente en dicho ámbito territorial–, el NEC prevé un itinerario, conocido como W2, que asegura la compatibilidad de sus disposiciones con aquellas normas del HGRA aplicación obligatoria. A diferencia de ello, los itinerarios W1 y W3 pueden ser elegidos por las partes cuando el contrato no esté sometido a la referida normativa británica.

²⁷⁰ Ello viene explicitado en el contenido del modelo NEC4 que viene rubricado bajo el nombre de *Contract Data*. Esta sección del referido modelo de contrato contiene un formulario en los que cada una de las partes determina algunos elementos del contrato como, por ejemplo, el método de resolución de disputas. El *Contract Data* está dividido en la sección correspondiente a cada una de las partes, que tiene que rellenar las opciones elegidas. En la sección dedicada al cliente, se observa que este puede elegir el tribunal arbitral, el tipo de procedimiento arbitral, la sede del arbitraje y las persona que elegirá al árbitro en ausencia de acuerdo entr las partes. Asimismo, en caso de que se elijan los itinerarios W1 o W2, el cliente está facultado para elegir al *adjudicator*; y en el itinerario W3, decide el intervalo de visitas del *Dispute Avoidance Board*. Estas posibilidades no se le ofrecen al contratista. En la sección correspondiente a esta última parte, el contratista puede –al igual que el cliente– designar a su *Senior Representative* en los itinerarios W1 y W2, y a uno de los miembros del *Dispute Avoidance Board*.

²⁷¹ La ley *United Kingdom's Housing Grants, Construction and Regeneration Act of 1996* puede ser consultada con acceso libre en el siguiente enlace: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/53/contents>. A continuación se hará referencia a ella con sus siglas en inglés: “HGRA”, siguiendo la abreviatura utilizada en diversas fuentes doctrinales internacionales.

²⁷² Vid. infra III.1.B.

Tal y como se ha apuntado, la inclusión de tres itinerarios diferentes de resolución de disputas en el modelo NEC4, queda justificada por el ámbito de aplicación de la Ley del Reino Unido de subsidios, construcción y recuperación de viviendas del año 1996. Esta relevante norma circunscribe su ámbito de aplicación a los contratos de construcción, según la definición de esta actividad establecida en los artículos 104 a 107 de la HGRA. *Sensu contrario*, en caso de que el objeto de determinado contrato no cumpla con la definición legal de *construction* que ofrece la HGRA o que por otro motivo la referida norma no sea aplicable, las partes podrán recurrir los itinerarios W1 o W3. En el caso W1, el escalón *multi-tier* intermedio –esto es, tras los *seniors representatives* y antes del tribunal– se conforma con la figura de la *adjudication*. En el caso W3, el primer escalón está conformado por un *Dispute Avoidance Board*²⁷³.

Es interesante apuntar que el itinerario del NEC4 denominado W1 puede utilizarse en los casos en los que la HGRA no es de aplicación y las partes eligen establecer un órgano de *adjudication* como uno de los escalones en el *iter* de la resolución de conflictos. Así, el itinerario W1 del NEC4 establece una cláusula *multi-tier* por la cual las disputas se someten en primer lugar a la opinión de los *senior representatives*²⁷⁴ designados por las partes, en segundo lugar al procedimiento de *adjudication*²⁷⁵ y, por último y tras haber seguido obligatoriamente los pasos anteriores, a un tribunal jurisdiccional o arbitral, que,

²⁷³ Según la clasificación de los *Dispute Boards* que atiende al momento de constitución de este tipo de mecanismos de resolución de conflictos, independientemente de su denominación, este órgano pertenece a la categoría de los denominados *Standing Dispute Boards*. Vid. infra III.1.A.

²⁷⁴ Para realizar estas funciones, se suele nombrar a personas con gran relevancia en las obras y que cuenten con un perfil técnico. Ello se debe a que, según las estipulaciones del NEC4, los *senior representatives* están en comunicación con agentes tan relevantes en una obra como el *Project Manager* o el *Supervisor*. Su nombramiento está recogido en la sección del modelo de contrato NEC4 denominada: *Contract Data*.

²⁷⁵ Al no ser de aplicación la HGRA, el procedimiento de *adjudication* puede ser elegido por las partes. Para ello, el ICE ofrece un procedimiento al efecto: ICE Adjudication Procedure, publicado en 2012, que puede encontrarse en el siguiente enlace: <https://www.ice.org.uk/ICEDevelopmentWebPortal/media/Documents/Disciplines%20and%20Resources/09-1-ICE-Adjudication-procedure-2012-04-30.pdf>.

en su caso, decidirá finalmente la cuestión. El tribunal competente será el establecido por las partes o, en ausencia de esta provisión, el determinado por las correspondientes normas de Derecho Internacional Privado.

El segundo de los itinerarios del NEC4, el W2, es de aplicación a los contratos de construcción sometidos a la regulación de la HGRA y respecto de los que las partes han de elegir la *Statutory Adjudication* como escalón en su cláusula de resolución de conflictos. Así, este segundo itinerario W2 ofrecido por el modelo de contrato NEC4 ofrece a las partes la posibilidad de remitir la disputa a los *senior representatives* como primero de los escalones de la cláusula *multi-tier*. En caso de que fracase este primer mecanismo, se establece un proceso de *adjudication*. Finalmente, la disputa se somete al tribunal competente, que presenta las características apuntadas en el párrafo precedente.

El tercero de los itinerarios del NEC4, conocido como W3, fue introducido por primera vez en la edición del *New Engineering Contract*, publicada en 2017. El itinerario W3, referido a contratos a los que no les es aplicable la HGRA, establece como novedad en el contenido de su cláusula *multi-tier* de dos escalones²⁷⁶ la posibilidad de establecer un órgano de evitación de conflictos, conocido como *Dispute Avoidance Board*. Según este itinerario W3, el primer escalón al que se somete la diferencia es el referido *Dispute Avoidance Board*. Ahora bien, aunque por su denominación sería posible inferir que este órgano solo está facultado para asistir a las partes previamente a la constitución de una disputa formal, el itinerario W3 establece que, en caso de que el *Dispute Avoidance Board* no consiga que las partes superen la diferencia, este órgano también queda facultado para emitir recomendaciones. Es por ello que el *Dispute Avoidance Board* que reconoce el itinerario W3 del NEC4 ha de ser

²⁷⁶ El itinerario *multi-tier* W3 contempla únicamente dos escalones, mientras que en los itinerarios W1 y W2, la disputa se ha de someter a tres mecanismos, tal y como se refiere en los siguientes párrafos.

calificado como un órgano de evitación y resolución de disputas, que emite resoluciones no vinculantes²⁷⁷. Continuando con lo dispuesto en la disposición *multi-tier* contenida en el itinerario W3 del NEC4, en caso de que alguna de las partes contractuales decida elevar la disputa al siguiente escalón, conocerá de la disputa formal el tribunal que las partes hayan acordado como foro de resolución de conflictos. El tercero de los itinerarios de resolución de conflictos propuestos por el NEC4, denominado W3, merece una especial atención, debido a que es una opción completamente novedosa con respecto a los modelos anteriores publicados por el ICE. Debido a esta razón, la doctrina aguarda a los primeros proyectos cuyos contratos se rijan por estas disposiciones publicadas en 2017 para poder valorar su eficiencia jurídica desde el plano práctico.

En relación con los referidos itinerarios W1 y W2 establecidos por el NEC4, que remiten la disputa a un mecanismo de *adjudication* una vez que esta se ha producido, el ICE hace referencia a una figura afín a los denominados *Ad Hoc Dispute Boards*²⁷⁸: el sometimiento de la cuestión a un órgano de *adjudication*. En W1, la disputa puede someterse al instituto de la *adjudication* por voluntad de las partes, mientras que en el caso del W2, esta posibilidad viene auspiciada por operación de la HGRA (*Statutory Adjudication*)²⁷⁹. Sin embargo, en el novedoso itinerario W3, la decisión del ICE es la de, en vez de acudir a *adjudication*, establecer un *Standing Dispute Board* al inicio del proyecto y que ejerza funciones de evitación de disputas. La posibilidad de la autonomía de la voluntad de las partes para modificar la opción propuesta por el modelo NEC4, permite afirmar que el tribunal al que se hace referencia en los itinerarios W1 y

²⁷⁷ En posteriores secciones del presente capítulo, se realiza un estudio genérico pormenorizado de las referidas características.

²⁷⁸ Los diferentes tipos de *Dispute Boards* son objeto de estudio en secciones posteriores de la presente tesis doctoral. Vid. infra III

²⁷⁹ La figura de la *Statutory Adjudication* se estudia en secciones posteriores de la presente tesis doctoral. Vid. infra III.1.B.

W3 del modelo de contrato NEC4 puede tener naturaleza arbitral o jurisdiccional²⁸⁰.

2.B.iv. Aplicación práctica del NEC a nivel internacional

El sistema de contratos NEC goza de una estupenda acogida práctica, manifestada en su utilización en proyectos tan relevantes como el estadio para los Juegos Olímpicos y Paralímpicos de 2012 en Londres (Reino Unido). En esta obra de relevancia mundial, funcionó un *Dispute Board* especialmente diseñado para adaptarse a las necesidades del proyecto bajo las provisiones de un modelo NEC3 modificado para cumplir los requisitos del Comité Olímpico Internacional. Se estableció así un órgano llamado *Independent Dispute Avoidance Panel* (IDAP), diseñado especialmente para evitar las disputas contractuales entre los contratistas y la Autoridad de la Ejecución Olímpica (consorcio público creado según las instrucciones del Comité Olímpico Internacional para la acometida de las obras de los estadios de los referidos Juegos de 2012)²⁸¹. Actuó como

²⁸⁰ El entorno de la práctica internacional no ha tardado en pronunciarse sobre el novedoso contenido del itinerario W3 del NEC4. “*It is perhaps against this backdrop where the motivation behind NEC4’s new “Option W3” becomes clear. Option W3 is wholly new to the NEC4 and allows contracting parties to choose a Dispute Avoidance Board (the “NEC DAB”) to assist the parties “in resolving potential disputes before they become disputes”*1. That this is the intention is amplified by the NEC4 User Guide, “*Managing an Engineering and Construction Contract Volume 4*” (the “User Guide”), which explains that the aim is to guide the parties “*towards an early resolution of the issues before positions become entrenched and considerable sums of money are spent*”2. Option W3 may be used where the UK Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996 (as amended) (the “Act”) does not apply. In other words, Option W3 will be relevant for projects outside the UK or for those within the UK which may otherwise be excluded from the Act or where there is not a “construction contract” for the purposes of the Act. In doing so, this appears to match NEC’s stated key objective to “*inspire increased use of NEC in new markets and sectors*”. JOHNSON, Alex; EVANS, Stephen, “To W3 or Not to W3: Dispute Avoidance Under NEC4”, *Construction & Engineering*, Update verano de 2017. <https://www.squirepattonboggs.com/~media/files/insights/publications/2017/08/construction-and-engineering-update-summer-2017/construction-and-engineering-summer-update-newsletter.pdf>.

²⁸¹ Sobre este órgano, que existió desde 2006 a 2014, puede recabarse información en el siguiente enlace: <https://www.gov.uk/government/organisations/olympic-delivery-authority/about>.

presidente del IDAP el Dr. Martin Barnes, presidente de la Asociación de Gestión de Proyectos (*Association for Project Management*)²⁸² y gran conocedor de la cultura NEC. Este último dato se extrae de su participación en la comisión correspondiente como autor en la redacción del modelo de contrato NEC en sí. Una vez nombrado el Dr. Martin Barnes como presidente del IDAP, este seleccionó hasta diez profesionales de la construcción con sólida experiencia en megaproyectos internacionales para formar parte del órgano de resolución de conflictos. La función de los diferentes miembros del órgano establecido al efecto, consistía en dilucidar cuestiones contractuales y evitar que estas llegaran a constituir disputas en un contrato en el que el plazo de entrega resultaba un elemento de todo punto esencial²⁸³.

Como siguiente escalón de la cláusula de resolución de disputas, para los casos en los que el IDAP no pudiese dar una solución a alguna de las cuestiones planteadas por las partes, se estableció contractualmente²⁸⁴ un órgano mixto de evitación y resolución de disputas conformado por paneles de expertos separados por áreas de conocimiento²⁸⁵. Presidido por Peter Chapman²⁸⁶,

²⁸² <https://www.apm.org.uk/about-us/>

²⁸³ Según explica la doctrina: “*The focus of the IDAP is to find logical solutions to problems before they escalate and require a time-consuming, lengthy resolution. Dr Barnes stated: 'The innovative approach of avoiding rather than resolving disputes is essential given the unique challenges that the ODA and its contractors face in delivering the London 2012 infrastructure and venues, particularly the immovable end date'*”. MCLAREN, Richard, “London Olympics: Dispute Resolution in a Commercial Context”, *Business Law International*, Londres, vol. 13, núm. 2, mayo de 2012, págs. 123-142.

²⁸⁴ La doctrina se pronuncia en estos términos: “*The DB process was adapted for the London Olympics with separate panels of dispute avoiders and adjudicators being established*”. VAN LANGELAAR, Anton, “Dispute boards – Operation, Part 1”, *Civil Engineering*, septiembre 2014, págs. 60-64.

²⁸⁵ MCLAREN, Richard, “London Olympics: Dispute Resolution in a Commercial Context”, *Business Law International*, Londres, vol. 13, núm. 2, mayo de 2012, págs. 123-142.

²⁸⁶ Según refirió la doctoranda: “*Mr. Peter H.J. Chapman holds a Bachelor in Science in Civil Engineering (London, 1972) and a Legum Baccalaureus (London, 1987) which entitled him to join the London Bar in 1989. He is a Chartered Arbitrator since 1990 and, by the time he was appointed, he hoarded a wide experience in building and Civil Engineering, as shown in over 180 decisions given (United Kingdom, Hong Kong, China, India, Pakistan, Iceland,*

formaban parte de este panel de *adjudicators* miembros de la Real Institución Inglesa de Ingeniería y Tecnología (*Institution of Engineering and Technology*)²⁸⁷ con amplia experiencia en dichas materias.

Esta compleja cláusula de resolución de disputas preveía por último el recurso a la vía jurisdiccional para los casos en los que alguna de las partes se mostrase contraria a la resolución adoptada por los miembros del *Dispute Board*. Así, en último lugar, las partes podían remitir la disputa ante el Tribunal Inglés de Tecnología y Construcción (*Technology and Construction Court*)²⁸⁸, órgano perteneciente al organigrama judicial del Reino Unido. A este tribunal se le atribuye competencia por razón de la materia para conocer, entre otras, de las disputas en el ámbito de la construcción e ingeniería y de las apelaciones a laudos arbitrales emitidos en el referido sector. La competencia del Tribunal Inglés de Tecnología y Construcción también queda establecida por razón de la cuantía, por cuanto esta debe suponer al menos un monto de 250.000 libras esterlinas. No obstante, el referido tribunal puede conocer de disputas de menor cuantía cuando estas contengan elementos jurídicamente complejos o provengan

Luxembourg, Lesotho, Indonesia, Romania, Turkey, Ireland and elsewhere). Before the appointment for the Panama Canal DAB, he had served as member (23) and chairman (12) on thirty-five dispute resolution boards (technical and financial) and eight times appointed as sole FIDIC Disputes Review Expert/DAB for contracts covering traditional, design and construct, turnkey and concession contracts. Further details are available here: <http://fidic.org/civCRM/profile/view?reset=1&id=39&gid=14>". NUVIALA LAPIEZA, Irene, "The Expansion of the Panama Canal and its Ruling International Contract: a Mega-Project Sailing in Troubled Waters? - La expansión del Canal de Panamá y el contrato internacional que la regula: ¿Un mega-proyecto navegando en aguas turbulentas?", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 33, junio de 2017, <http://www.reei.org/index.php/revista/num33/notas/the-expansion-of-the-panama-canal-and-its-ruling-international-contract-mega-project-sailing-in-troubled-waters>.

²⁸⁷ En el enlace oficial de esta institución, pueden encontrarse sus rasgos generales y objetivos. "About us: The IET is one of the world's largest engineering institutions with over 168,000 members in 150 countries. It is also the most multidisciplinary – to reflect the increasingly diverse nature of engineering in the 21st century. The IET is working to engineer a better world by inspiring, informing and influencing our members, engineers and technicians, and all those who are touched by, or touch, the work of engineers". Extraído de la página web: <https://www.theiet.org/>.

²⁸⁸ La página web de la referida institución es la siguiente: <https://www.gov.uk/government/organisations/technology-and-construction-court/about>.

de casos en los que están presente aspectos internacionales²⁸⁹. Entre la jurisprudencia del Tribunal Inglés de Tecnología y Construcción, se encuentran diversas resoluciones sobre contratistas que estaban sometidos a las referidas disposiciones sobre resolución de conflictos en los diversos contratos que fueron celebrados para acometer la construcción de las infraestructuras que acogieron los Juegos Olímpicos de Londres 2012²⁹⁰.

Por los motivos expuestos, procede afirmar que el caso de la construcción del complejo olímpico de Londres 2012 constituye un buen ejemplo de la aplicación del modelo de contrato NEC ofrecido por el ICE. Asimismo, de los datos referidos, se infiere que la permeabilidad de los *Dispute Boards* a la autonomía de la voluntad de las partes redundan en la sofisticación y optimización de resultados de este método híbrido de evitación y resolución de disputas.

2.C. *Chambre de commerce internationale* (Francia): Modelo de contrato Llave en Mano y disposiciones procedimentales sobre *Dispute Boards*

Para continuar el estudio del fenómeno de estandarización que ha propiciado el auge de los *Dispute Boards* como método alternativo de resolución de conflictos en el contexto de los grandes proyectos de ingeniería y

²⁸⁹ La competencia del Tribunal Inglés de Tecnología y Construcción (*Technology and Construction Court*) está enunciada como sigue en la página web de la institución: “*We handle disputes about buildings, engineering and surveying. Cases that we hear include: 1) claims about services provided by engineers, architects, surveyors and other professionals in this sector; 2) claims about local authority duties relating to land and buildings; 3) environmental claims (e.g., pollution); 4) claims resulting from fires; 5) challenges to decisions of arbitrators in construction and engineering disputes. We do not normally handle cases with a value of less than £250,000 unless there is a good reason, eg the case involves a new or difficult point of law or the case is international*”. Esta información puede encontrarse en el siguiente enlace: <https://www.gov.uk/government/organisations/technology-and-construction-court/about>.

²⁹⁰ Las resoluciones al respecto tienen carácter público y pueden ser consultadas en el buscador que ofrece la institución: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/TCC/>. Sin embargo, el contenido de las mismas excede el ámbito de estudio de la presente tesis doctoral.

construcción, es necesario dedicar un apartado a la labor de la *Chambre de Commerce Internationale* (CCI) o *International Chamber of Commerce* (ICC)²⁹¹.

La célebre organización²⁹², fundada en Francia en 1919, tomó el testigo del trabajo de fomento de los *Dispute Boards* iniciado por FIDIC²⁹³ e ICE y publicó en el año 2004 el Reglamento Relativo a los Dispute Boards²⁹⁴. Esta edición de 2004 precedió a la actual versión de dicho reglamento²⁹⁵, publicada en 2015²⁹⁶. La publicación de las citadas disposiciones respondía a la necesidad de contar con un procedimiento para el establecimiento y funcionamiento de los

²⁹¹ Tal y como se viene anunciando . la presente tesis doctoral opta por utilizar el acrónimo CCI.

²⁹² La CCI es una relevante institución de alcance global. El texto que presenta en su página web constituye una breve presentación de las extensas actividades que lleva a cabo: “*With a global network of over 6 million members in more than 100 countries, we work to promote international trade, responsible business conduct and a global approach to regulation through our unique mix of advocacy and standard setting activities – together with market leading dispute resolution services. We represent business interests at the highest levels of intergovernmental decision-making, whether at the World Trade Organization, the United Nations or the G20 ensuring the voice of business is heard. It is this capacity to bridge the public and private sectors that sets us apart as a unique organization, responding to the needs of any player involved in international commerce. We also have a long history of formulating the voluntary rules by which business is conducted every day from internationally recognised Incoterms rules to the UCP 600 Uniform Customs and Practice for Documentary Credit that are widely used in international finance. In addition, we specialise in world-class business and legal training and are an industry-leading publisher of practical tools for international business, banking and arbitration. So, from the small e-commerce start-up in Istanbul to the multinational software company in Delhi, businesses worldwide can benefit from ICC’s rules and mechanisms for the conduct of trade*”. Extracto de la página web de la institución: <https://iccwbo.org/about-us/who-we-are/>.

²⁹³ DE CAZALET, Bruno, “Model Turnkey Contracts Published by the International Chamber of Commerce and their Positioning Compared to FIDIC Contracts”, *Int’l Bus, LJ*, núm. 1, 2011, págs. 1 y ss.

²⁹⁴ Este documento está disponible en el siguiente enlace: http://gjpi.org/wp-content/uploads/icc-dispute-board-rules_2004.pdf.

²⁹⁵ En adelante, se hará referencia al Reglamento Relativo de la CCI relativo a los Dispute Boards de 2004 con la referencia “Reglamento CCI 2004” y al Reglamento Relativo de la CCI relativo a los Dispute Boards de 2015 con la referencia “Reglamento CCI 2015”.

²⁹⁶ El Reglamento de la CCI sobre *Dispute Boards* está disponible de manera gratuita, el siguiente enlace: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/dispute-boards/rules/>. Además de la versión en inglés, esta edición del Reglamento está traducida a los idiomas árabe, francés, portugués y español, que pueden encontrarse en el citado enlace.

Dispute Boards que fuera respaldado por la CCI y ofreciese las garantías propias de la actividad de esta organización internacional de prestigio global.

La primera versión del Reglamento Relativo a los *Dispute Boards*, publicada el 1 de septiembre de 2004, ofrece un método alternativo de resolución de conflictos basado en la experiencia técnica de un tercero, que no actúa como árbitro y que puede emitir resoluciones informales a petición de las partes. Con ello, la CCI dio una respuesta sólida a la demanda que se había originado a raíz de la implementación de proyectos internacionales como los explicitados en el capítulo precedente, producidos a finales del siglo XX. Además de las disposiciones sobre *Dispute Boards* recogidas en el Reglamento a las que las partes contractuales podían acudir para regir sus relaciones contractuales, la CCI puso a disposición de los usuarios el “Modelo de Acuerdo de los miembros del *Dispute Board* de la CCI”, al objeto de establecer las disposiciones por las que se regiría el propio funcionamiento del *Dispute Board*²⁹⁷. En ellas están regulados aspectos como el compromiso que adquieren los miembros del DB, la remuneración que perciben y la duración de su mandato. Las partes, junto con los miembros del *Dispute Board* establecido según las disposiciones contenidas en el Reglamento de la CCI, pueden variar las estipulaciones de este acuerdo; si bien es muy aconsejable que tengan en cuenta cuestiones como la ejecutabilidad del acuerdo según la normativa local aplicable.

A diferencia de las instituciones anteriormente referidas en el presente capítulo (FIDIC e ICE), en las que las disposiciones sobre *Dispute Boards* están ligadas a la celebración de un contrato de ingeniería y construcción bajo diversas fórmulas, la CCI no distingue en su Reglamento el destino de los *Dispute Boards* establecidos de acuerdo con sus disposiciones. Para centrar la cuestión y conectarla con el ámbito de la presente tesis doctoral, es necesario traer a

²⁹⁷ *ICC Dispute Board Rules* de 1 de septiembre de 2004, pág. 5, http://gjpi.org/wp-content/uploads/icc-dispute-board-rules_2004.pdf.

colación la regulación de contrato llave en mano acometida por la citada institución, que se complementa necesariamente con el Reglamento.

Así, la CCI aborda la cuestión de la presencia de *Dispute Boards* en contratos internacionales de ingeniería y construcción de una manera dual: mediante la publicación de un modelo de contrato llave en mano cuyas disposiciones sobre resolución de disputas remiten al Reglamento y la publicación del referido Reglamento. La CCI no ha dejado pasar la oportunidad de regular el contrato llave en mano, consciente de la complejidad que conllevan las transacciones en este ámbito y en cumplimiento de su misión de ofrecer aportaciones jurídicas que regulen las relaciones entre partes internacionales. El modelo del contrato llave en mano de la CCI fue elaborado por su Comisión de Derecho y Práctica Comercial (*ICC Commission on Commercial Law and Practice*). Entre los objetivos de esta publicación, la CCI enuncia que este modelo contractual pretende ser justo para todas las partes de la transacción, dado que ICC representa a todas las partes envueltas en operaciones internacionales²⁹⁸.

El precitado modelo de contrato ICC llave en mano para grandes proyectos (*ICC Model Turnkey Contract for Major Projects*) se publicó en 2007, como respuesta a los puntos abiertos que dejaba su predecesor, el Modelo de contrato para el suministro llave en mano de plantas industriales (*ICC Model Contract for the Turnkey Supply of an Industrial Plant*) del año 2003. El referido instrumento publicado en 2007 refleja la experiencia acumulada de juristas y expertos en contratación, siguiendo el espíritu que se predica de la organización internacional que lo publica. El modelo de contrato llave en mano ICC fue desarrollado por el grupo de Proyectos Grandes Llave en Mano, perteneciente a

²⁹⁸ Esto, es, hay que tener en cuenta que la ICC se presenta a sí misma como la mayor organización comercial a nivel mundial, cuya misión fundamental es “to make business work for everyone, every day, everywhere”, <https://iccwbo.org/about-us/>.

la Comisión de Derecho y Práctica Mercantil de la CCI (*Commercial Law and Practice Commission*). En la redacción del modelo de contrato ICC llave en mano para grandes proyectos, liderada por los juristas Fabio Berlotti (Italia) y Robert Knutson (Reino Unido), intervinieron representantes de los sistemas tanto de derecho civil como de *common law* y se tuvo en especial consideración a aquellos expertos en construcción internacional de países europeos. Sin embargo, los países en vías de desarrollo no fueron incluidos, tal vez por la no carente de dificultades experiencia previa de las guías de las Naciones Unidas²⁹⁹. Este grupo de trabajo, altamente especializado, manifestó que su objetivo era el de ofrecer un contrato de ingeniería y construcción basado en la seguridad en el precio y en el objeto. Los redactores del contrato asimismo pusieron de manifiesto la importancia de que este instrumento contase con un mecanismo de resolución de conflictos rápido y efectivo. Entre los objetivos previstos para el sistema de resolución de conflictos, se contemplaron que los mecanismos utilizados

²⁹⁹ A este respecto, la experiencia de estas guías queda puesta de manifiesto por la doctrina. “22. *Entre las diversas organizaciones internacionales que han prestado atención a la reglamentación sustantiva y material de los contratos internacionales de construcción, ocupa un lugar destacado la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas que, ya, en 1973 publicó la Guide sur la rédaction de contrats relatifs à la réalisation d’ensembles industriels. También, la UNIDO (Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial), aunque de forma más sectorial y específica, elaboró en 1981 dos contratos modelos para la construcción de plantas fertilizantes: el UNIDO Model Form of Turnkey Lump Sum Contract for the Construction of a Fertilizer Plant y el UNIDO Model Form of Cost Reimbursable Contract for the Construction of a Fertilizer Plant. Finalmente, la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho del Comercio Internacional (UNCITRAL), publicó en 1988 la Legal Guide on Drawing up International Contracts for Construction of Industrial Works con el fin de proporcionar un asesoramiento adecuado a las partes -especialmente, a los países en vías de desarrollo- en la redacción de este tipo de contratos. En este sentido, cabe afirmar que la Guía UNCITRAL ofrece una formidable exposición de los distintos aspectos presentes en los contratos internacionales de construcción de grandes plantas industriales, pero su extensión y generalidad unidas a la ausencia de soluciones concretas, terminan frustrando su propia finalidad.* 23. Sin embargo, en la práctica, estos documentos no han adquirido la difusión que se esperaba de ellos. Aunque sirven para proporcionar un cierto asesoramiento legal a los países en vías de desarrollo -generalmente, clientes inexpertos en la negociación de grandes proyectos internacionales de construcción- cumpliendo, de esta forma, el fin para el que fueron creados, adolecen de auténticas soluciones técnicas y jurídicas, siendo éste su verdadero talón de Aquiles”. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora, “Los Contratos Internacionales de Construcción Llave en Mano”, *Cuadernos Derecho Transnacional*, vol, 6, núm. 1, Marzo de 2014, págs. 161 a 235, en esp.168 y 169.

minimizasen la aplicación de leyes nacionales al mismo tiempo que condujeran a las partes a la asunción de riesgos de forma consciente.

Para conseguir los objetivos expuestos, que se pueden aplicar tanto en contratación pública como privada, el modelo de contrato llave en mano ICC utiliza mecanismos como: la rúbrica de los artículos, que determina su contenido y ayuda a evitar interpretaciones fuera de contexto; la igualdad en las obligaciones de las partes, en la medida de lo posible; y la inclusión y definición de las obligaciones de buena fe para ambas partes intervinientes en el contrato. Con elementos como los citados se intenta favorecer la práctica de estos contratos para el buen funcionamiento de la industria de la construcción, en beneficio del desarrollo internacional.

El modelo de contrato ICC llave en mano para grandes proyectos está compuesto por el Modelo de Contrato Principal (*Main Contract Form*), que identifica a las partes y contiene el preámbulo, así como por las Condiciones del Contrato (*67 artículos divididos en 13 capítulos*) y por ocho anexos (del 1 al 8), que contienen modelos de documentos asociados a modificaciones contractuales, pagos, garantías y demás cuestiones accesorias al régimen sustantivo del contrato.

Además de por su esfuerzo por la uniformización de las condiciones de los contratos de ingeniería y construcción, la CCI merece una especial atención en la presente tesis doctoral por cuanto se refiere a su labor en el arbitraje internacional. Esta institución es referente desde hace décadas en el arbitraje institucional, habida cuenta de la prolija cantidad de laudos que emite en el ámbito del arbitraje comercial y las materias que en ellos se dirimen. Como consecuencia del reputado prestigio que la CCI lleva así demostrando desde hace décadas, FIDIC ha confiado en las reglas de arbitraje internacional de la referida institución. Así queda reflejado en las disposiciones de resolución de conflictos de la totalidad de los modelos de contrato FIDIC; que remiten en última instancia al arbitraje internacional administrador con arreglo a la regulación establecida al

respecto por la CCI. Con motivo de lo recientemente apuntado, el estudio de las disposiciones de la CCI en materia de *Dispute Boards*, contenidas en el Reglamento de la CCI de 2015, son aludidas con frecuencia en esta tesis doctoral.

2.D. *Engineering Advancement Association of Japan* (Japón) – Modelos de contrato ENAA

La *Engineering Advancement Association of Japan* (ENAA) – en adelante, Asociación Japonesa para el Progreso de la Ingeniería (ENAA)– también destaca en la práctica internacional por la elaboración de contratos tipo para la industria de la ingeniería. La ENAA fue creada en 1978 bajo el auspicio del departamento internacional del Ministerio de Comercio e Industria japonés. Entre los objetivos de esta institución se enumeran el avance en las capacidades tecnológicas y la promoción de su desarrollo. Para conseguir los citados fines, la ENAA ha desarrollado una red local de miembros –fundamentalmente empresas dedicadas a la ingeniería– que participan y cooperan estrechamente con el gobierno, instituciones académicas y la industria en general. Dado que son conscientes de las peculiaridades de los recursos en Japón, un estado con unas condiciones orográficas determinantes, la ENAA invierte en proteger la actividad que dota de riqueza a estos recursos: la ingeniería industrial. A través de sus actividades, la ENAA persigue fomentar un sistema social competitivo a nivel internacional, así como una infraestructura económica que favorezca el comercio y las inversiones internacionales.

En este contexto, la ENAA ofrece diversos modelos de contrato, centrados también en el tipo contractual llave en mano y centrados en plantas de

proceso, de energía y en la modalidad de contrato llave en mano *full turnkey*³⁰⁰. La tercera edición del Modelo ENAA Internacional para la Construcción de Plantas de Proceso basado en el concepto llave en mano o tanto alzado (*ENAA Model Form-International Contract for Process Plant Construction, Turnkey Lump-Sum Basis*) fue publicada en 2010 y realiza una revisión de la versión de 1992, que a su vez se basó en la versión inicial que data de 1986. Por su parte, la segunda edición del modelo internacional ENAA para la Construcción de Plantas de Energía basado en el concepto llave en mano o cuyo precio es determinado a tanto alzado (*ENAA Model Form-International Contract for Power Plant Construction, Turnkey Lump-sum Basis*) vio la luz en 2012 como una revisión de la publicada en 1996, que respondió a la creciente necesidad de un modelo de contrato internacional para este tipo de instalaciones. Por último, la versión de 2013 del contrato *Engineering, Procurement and Supply (EPS) Model Form*

³⁰⁰ Sobre esta organización se pronuncia la doctrina en diversas fuentes. “35. Desde que iniciase su actividad, la ENAA mostró un especial interés por la elaboración de un contrato-tipo que supliere las insuficiencias de los existentes hasta ese momento, especialmente, en aspectos tan importantes como la transferencia de tecnología y las garantías de buena ejecución. Así, comenzaron los trabajos de un Grupo de Expertos que culminaron con la publicación en 1986 de un contrato modelo: el ENAA Model Form of International Contract for Process Plant Construction (Turnkey Lump Sum Basis) (1ª Ed., Japan, 1986), que estaba integrado por tres volúmenes: *Form of Agreement & General Conditions* (volumen 1), *Samples of Attachments to the Agreement* (volumen 2) y *Guide Notes* (volumen 3). En su segunda edición de 1992, además de incorporarse un nuevo volumen al modelo anterior -*Work procedures* (volumen 4)- que tiene por objeto regular entre otros aspectos las formas de pago, las inspecciones, procedimientos de adjudicación y la realización de determinadas pruebas de rendimiento y funcionamiento, se incluye un modelo alternativo para aquellos supuestos en los que no se transfiera tecnología o ésta sea suministrada por el cliente -*ENAA Model Form International Contract. Alternative Form for Industrial Plant*, (volumen 5). 36. La ENAA publicó en marzo de 2010, la tercera edición de este contrato-tipo. 36. La ENAA ha elaborado también otro modelo de contrato «llave en mano» -el ENAA Model Form International Contract for Power Plant Construction-, que inspirándose en el anterior, intenta ofrecer una regulación específica a las peculiares características que, en el ámbito internacional, presentan aquellos proyectos que tienen por objeto la construcción de centrales energéticas. 37. Estos documentos de la ENAA despiertan un especial interés no sólo porque han sido los pioneros en ofrecer a nivel internacional una regulación detallada sobre los contratos «llave en mano» sino, también, porque presentan aspectos innovadores respecto a las condiciones FIDIC. Tal hecho explica que el Banco Mundial, recomiende la utilización de dicho contrato-tipo en sus *Standards Bidding Documents for Plant Procurement*”. HERNANDEZ RODRIGUEZ, Aurora, “Los Contratos Internacionales de Construcción Llave en Mano”, *Cuadernos Derecho Transnacional*, vol, 6, núm. 1, Marzo de 2014, págs. 161 a 235, en esp. 171 y 172.

publicado por primera vez en 2007, sitúa a la ENAA en la escena internacional de las organizaciones profesionales que publican modelos de contrato de primer nivel para su utilización en megaproyectos e infraestructuras.

La documentación en instituciones de prestigio como principal ventaja que presentan los modelos de contrato publicados por entidades profesionales que conocen el sector, queda claramente reflejada en los modelos ENAA. Así, en el proceso de preparación de estos instrumentos, ENAA realizó numerosas consultas y tuvo muy en consideración los comentarios, recomendaciones, consejos y sugerencias de muy diversas fuentes. Entre ellas se cuentan el Banco Mundial y otras grandes instituciones financieras, clientes potenciales y contratistas, así como diversas organizaciones en Estados Unidos y Europa. Los modelos de contrato de la ENAA también fueron objeto de una profunda revisión acometida por despachos de abogados británicos de reconocido prestigio (de hecho, estos modelos solo están disponibles en inglés y japonés) y también por revisores certificados.

Todo ello dota a estos textos de rigor jurídico y de garantía de respuesta frente a los intereses de la industria. Asimismo, los modelos de contrato ENAA ofrecen gran seguridad a sus usuarios y a otros elementos subjetivos presentes en este tipo de proyectos. Entre ellos, se incluyen abogados de empresa, departamentos de compras y, en general, a todos los sujetos que intervienen en las fases de ejecución de un contrato de ingeniería y construcción. Los modelos de contrato publicados por ENAA inciden en transmitir que el régimen jurídico recogido en ellos está elaborado con flexibilidad y que existe un equilibrio razonable y justo de los riesgos que están presentes en todos los proyectos internacionales³⁰¹. Todos estos recursos son puestos a disposición de

³⁰¹ Fruto de todo lo anterior son unos modelos de contrato muy adecuados, que garantizan un equilibrio de riesgos entre las partes y muestran especial atención al procedimiento de entrega de la instalación (esencial para determinar la transferencia del riesgo y momento tras el cual la operación pasa a depender exclusivamente del cliente), mediante la definición de las fases de

los usuarios a través de la adquisición de los modelos de contrato³⁰². Así, los sujetos que intervienen en los grandes proyectos de ingeniería y construcción que vienen a ser regulados por los modelos de contrato ENAA pueden obtener una gran calidad en sus textos contractuales sin realizar el desembolso que llevaría la contratación de todos los servicios técnicos y jurídicos implicados en la redacción de un contrato desde el inicio.

El modelo de contrato ENAA *Model Form-International Contract for Power Plant Construction, Turnkey Lump-sum Basis* es el más extenso de los expuestos en el apartado de esta tesis doctoral. Está formado por el Modelo de Contrato (*Form of agreement*), las Condiciones Generales (*General Conditions*), que a su vez están divididas en ocho partes bajo las cuales se regula el régimen sustantivo de las obligaciones de las partes; y las Notas de Guía (*Guide Notes*) que contienen indicaciones sobre el contrato en general y cómo utilizar los dos documentos citados. Además, se ofrecen los modelos anteriores para consulta e indicaciones generales sobre la generalidad del contrato.

Sin embargo, en lo que a resolución de disputas se refiere, los modelos de contrato ENAA no han optado por la inclusión de *Dispute Boards* en la correspondiente cláusula. Así, la Cláusula 6 de las Condiciones Generales del modelo de contrato *Model Form-International Contract for Power Plant Construction, Turnkey Lump-sum Basis*³⁰³ establece un sistema de resolución de

puesta en marcha, pruebas de funcionamiento y garantías de producción. Además, todos ellos cuentan con apéndices que contienen formularios para la licitación y textos de garantías en los que han colaborado instituciones financieras.

³⁰² El precio de los diferentes modelos de contrato presentados en este texto oscila de 150 a 210 Dólares Americanos. Estos se pueden adquirir en papel a través de la página web de ENAA: <https://www.ena.or.jp/EN/activities/model.html>.

³⁰³ La extensa Cláusula 6 del *Model Form-International Contract for Power Plant Construction, Turnkey Lump-sum Basis* de la ENAA detalla con minuciosidad un sistema *multi-tier* de resolución de conflictos. Los escalones contemplados son la consluta mutua, el arbitraje y la determinación de expertos. Se reproducen los extractos que contienen estas indicaciones: “GC 6. Settlement of Disputes (...) Arbitration 6.1 6.1.1 If any dispute or difference of any kind whatsoever shall arise between the Owner and the Contractor (...) the parties shall seek to

conflictos escalonado, en el que el primer método utilizado es la negociación entre las partes mediante la consulta mutua (subcláusula 6.1.1). En caso de que las partes no puedan resolver la disputa por este medio, cualquiera de ellas puede emitir una notificación de disconformidad. En los 30 días que suceden a la recepción de dicha notificación de disconformidad, la cual ha de contener diversos requisitos formales que se refieren a la delimitación de la disputa, las partes han de colaborar para encontrar una solución a la misma. Sin embargo, pasado este plazo, la controversia ha de ser sometida al arbitraje institucional de la CCI, en la sede que se haya determinado contractualmente como lugar del arbitraje. El mismo texto del referido modelo de contrato ENAA reconoce la vinculatoriedad del laudo emitido por la CCI y determina que este pone fin al procedimiento de resolución de disputas.

No obstante, la cláusula escalonada de resolución de disputas del modelo de contrato *Model Form-International Contract for Power Plant Construction, Turnkey Lump-sum Basis* elaborado por la ENAA introduce también la posibilidad de acudir a un experto para la resolución del conflicto antes de que este sea sometido a arbitraje. Determinada mediante acuerdo de las partes, la sumisión del conflicto a la determinación de este experto como método

resolve any such dispute or difference by mutual consultation. 6.1.2 If the parties fail to solve such dispute or difference by mutual consultation, then either party may give to the other party a notice that a dispute or difference exists, specifying its nature, the point(s) in issue and its intention to refer the dispute to arbitration. (...) Notwithstanding the provisions of GC 6.1 (Arbitration) above save insofar as they relate to mutual consultation, either party may give a notice to the other of its desire to refer to an Expert any dispute or difference falling within any one or more of the categories set out at (a) to (g) (inclusive) below. (...) 6.2.5 If any dispute or difference is referred to an Expert hereunder, neither party shall refer such dispute or difference to arbitration until either (a) the Expert fails to produce a determination within the period stipulated at GC 6.2.2 above or (b) one party gives a notice to the other party pursuant to GC 6.2.3 above. 6.3 Notwithstanding any reference to an Expert or arbitration hereunder, (a) the parties shall continue to perform their respective obligations under the Contract unless the parties otherwise agree; and (b) the Owner shall pay to the Contractor any monies due and owing to the Contractor”.

alternativo de resolución de conflictos también ha de seguir las reglas establecidas al efecto por la CCI en el documento *ICC Expert Rules*³⁰⁴.

Los modelos de contrato de la ENAA gozan de una buena acogida por los sujetos intervinientes en los contratos llave en mano en el ámbito de la ingeniería y la construcción, y han sido utilizados en gran cantidad de proyectos en todo el mundo. De hecho, son varios los autores que han reflejado las diferencias entre los modelos ENAA y los FIDIC, resaltando la calidad de ambos y recomendando la utilización de unos u otros únicamente basándose en la adecuación del respectivo contenido a los intereses técnicos de las partes³⁰⁵.

2.E. *Organisme de Liaison des Industries Métalliques Européennes (Bélgica), Modelo de contrato Llave en mano para plantas industriales de ORGALIME*

La Asociación de Industrias de Ingeniería Europeas (ORGALIME-Organisme de Liaison des Industries Métalliques Européennes, European Engineering Industries Association) es una organización de ámbito regional europeo, registrada en el Registro de Transparencia de la Unión Europea. Inscrita en el correspondiente epígrafe de “Grupos de presión dentro de las empresas y asociaciones comerciales, empresariales o profesionales” y –más concretamente– en el de “Asociaciones comerciales y empresariales”, esta formación representa los intereses de las industrias mecánicas, eléctricas, electrónicas y del metal en su totalidad, operando en un nivel institucional de la Unión Europea.

³⁰⁴ La determinación de la disputa por parte de expertos es un método alternativo de resolución de conflictos sobre el que la CCI también ha emitido sus reglas estándar. Estas se pueden encontrar de manera gratuita en el siguiente enlace: <https://iccwbo.org/publication/icc-expert-rules-english-version/>.

³⁰⁵ SANDBERG, Agne, “A comparison between FIDIC conditions of contract for EPC turnkey projects (Test edition of the “Silver Book” and the ENAA Model form power plant construction on some issues of principal interest)”, *IBA Conference 1998*, Vancouver.

Apostando por un salto cualitativo en su producción de estándares, ORGALIME publicó el Contrato Llave en mano de Obras Industriales (*Orgalime turnkey contract for industrial works*) en el año 2003³⁰⁶. Este modelo de contrato constituye una buena opción frente a contratos más rígidos, debido en parte a que está dirigido a proyectos de tamaño mediano³⁰⁷ y a la configuración de sus condiciones. En efecto, este modelo de contrato opta por enunciar un catálogo de cláusulas en forma de cuestionario en el que se puede marcar la opción particular de cada proyecto con respecto a las diferentes prestaciones³⁰⁸. El referido cuestionario, que pasa a integrar el régimen jurídico contractual, permite así responder con facilidad a las necesidades derivadas de la autonomía de la voluntad de las partes. Esta característica perfila al modelo de contrato Contrato Llave en mano de Obras Industriales de ORGALIME como idóneo para su uso en la construcción llave en mano de plantas industriales con un tamaño lo suficientemente manejable como para admitir estas modificaciones, frente a otros modelos contractuales que perfilan el régimen jurídico más estricto que necesitan los mega-proyectos por motivos de organización de recursos³⁰⁹.

El modelo de contrato Llave en Mano de Obras Industriales ORGALIME consta de unas condiciones generales, compuestas por 27 cláusulas que regulan el régimen sustantivo de las obligaciones de las partes; un

³⁰⁶ Para adquirir este modelo de contrato, es necesario solicitarlo a alguno de los miembros estatales de la asociación ORGALIME, a través del siguiente enlace: <https://www.orgalim.eu/legal-publications/turnkey-contract-0>. Su precio es de 20 Euros.

³⁰⁷ Vid. supra. I.1.

³⁰⁸ CASTINEIRA, Eliseo; MILES, Cecilia, “International Contracts in the engineering Industry: ICC Arbitration Under the Orgalime Conditions”, *ICC Dispute Resolution Bulletin*, núm. 3. 2018, págs. 106 y ss.

³⁰⁹ Ello se debe a la cantidad de prestaciones que engloban los modelos de contrato concebidos para ser utilizados en mega-proyectos. Así, frente a lo que ocurre en el *Silver book* de FIDIC - las obligaciones del contratista incluyen todos los medios necesarios para llevar a cabo los trabajos sin posibilidad de modular la atribución de prestaciones-; el modelo ORGALIME ofrece flexibilidad para las partes en relación con diversos elementos como las obras civiles, el equipamiento de construcción y los servicios auxiliares.

Documento Contractual Principal en forma de formulario que se ha de rellenar con las circunstancias específicas del proyecto (identificación de las partes, alcance del contrato,...); y, como se ha anticipado, un cuestionario configurado al estilo *checklist*, en el que se pueden modular las obligaciones de las partes dentro del marco general del Documento Contractual Principal. Esto último se consigue mediante la indicación de quién proporciona y paga las diferentes prestaciones del objeto contractual. El modelo de contrato Llave en Mano de Obras Industriales ORGALIME representa una opción asequible para establecer un régimen jurídico equilibrado entre las partes de un contrato de ingeniería y construcción llave en mano, acorde con las regulaciones de la Unión Europea.

La inclusión de este modelo contractual entre las iniciativas de regulación de los estándares de la industria por parte de entidades privadas queda justificada con el ámbito de aplicación de este modelo contractual y con el contenido de su cláusula de resolución de conflictos. Por lo que respecta al ámbito de aplicación del modelo de contrato Llave en Mano de Obras Industriales ORGALIME, esta tesis considera necesaria su inclusión en este epígrafe por cuanto la referida asociación fue creada en el ámbito de la Unión Europea. Por ello, la creación de disposiciones acometida por ORGALIME y su correspondiente acción formativa han favorecido que estos textos sean utilizados por multitud de compañías europeas en sus contratos comerciales que incluyen elementos internacionales. Asimismo, estos modelos de condiciones generales y contratos encuentran su origen en la Unión Europea, de modo que los agentes que hacen uso de ellos pueden confiar en que las disposiciones jurídicas que contienen son conformes a la normativa europea sobre la materia.

Por lo que se refiere a las disposiciones sobre resolución de conflictos del modelo de contrato Llave en Mano de Obras Industriales ORGALIME, aunque la primera impresión conduzca a pensar que estas solo están recogidas en

la última cláusula (número 27) del referido modelo de contrato³¹⁰; es necesario conjugar esta disposición con aquella recogida en la Cláusula 8.8³¹¹. En sede de variaciones, esta disposición introduce un sencillo sistema *multi-tier* de aplicación para el supuesto de que existan variaciones controvertidas. Así, en caso de que las partes no consigan un acuerdo en el contenido de alguna variación sobrevenida sobre los términos contractuales, pueden nombrar a un experto independiente que emitirá su decisión al respecto en un plazo que también determinan las referidas disposiciones (28 días). En caso de que el conflicto perdure, debido a la notificación de disconformidad con la resolución del experto independiente por de alguna de las partes, el asunto ha de someterse a arbitraje. Al igual que sucedía en el caso de ENAA, aquí también se establece el

³¹⁰ El contenido de la citada disposición se reproduce a continuación: “27. *DISPUTES, APPLICABLE LAW. Arbitration 27.1. Any dispute arising out of or in connection with the Contract shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said rules. The place of arbitration shall be as specified in the Contract and the arbitration proceedings shall be conducted in the Ruling Language. Applicable Law 27.2. The Contract shall be governed by the law of the country or other jurisdiction specified in the Contract, or, if not specified, the country or jurisdiction of the Contractor*”. En el mismo modelo (en su pie de página), *ORGALIME* ofrece unos consejos para la utilización de esta disposición, con motivo de la elección de la ley aplicable a los contratos que opten por este modelo: “Should the Turnkey Contract be governed by German law (cf. Art. 27 of the General Conditions), it might, in consequence, be subject to the legal provisions governing standard business terms (AGB-Recht) – provided that the text is used as a standard model contract. Where Parties negotiate the contents of the Turnkey Contract, including the text of the General Conditions, and come to an individual agreement, no standardized use is assumed and the agreement is not deemed to be caught by these special provisions. Legal advice should be sought where the distinction is unclear. If appropriate, some clauses may have to be adapted to comply with the requirements of the AGB-Recht to be valid. The main area of concern with respect to AGB-Recht is the question of liability (cf. e.g. Art. 25 of the General Conditions). Legal courts have frequently ruled that liability according to standard business terms must also exist in cases exceeding intent or gross negligence”.

³¹¹ El contenido de la citada disposición se reproduce a continuación: “Referral to Independent Expert 8.8. If, after the Contractor’s notice under Sub-clause 8.5 or Sub-clause 8.7, second paragraph, the parties fail to agree on the variation or on the resulting amendments of the terms and conditions of the Contract, the Purchaser may, by notice to the Contractor, refer the dispute to be settled by an independent expert (hereinafter “the Expert”). The Purchaser shall in his notice specify the questions to be decided by the Expert”.

arbitraje institucional de la CCI como método para la resolución final³¹² de la disputa en el referido modelo contractual de ORGALIME³¹³.

2.F. Otras instituciones: Banco Mundial y bancos regionales de desarrollo

Por su parte, el Banco Mundial también influyó decisivamente en la difusión de los *Dispute Boards* a principios de los años 90 del siglo pasado. Para

³¹² Ya ha sido indicado que “*En segundo lugar, el Modelo ORGALIME comienza aludiendo en su artículo 8.8 a la posibilidad de remitir a un experto independiente determinadas controversias derivadas de las modificaciones de obra solicitadas por el comprador – concretamente, en los casos en que las partes no puedan llegar a un acuerdo sobre la modificación en sí, o sobre las variaciones o cambios que resultarán de dicha modificación con respecto a los términos y condiciones del contrato–. El contratista no estará obligado a ejecutar la modificación controvertida hasta que la cuestión haya sido resuelta por el experto, salvo en un supuesto determinado: que dicha modificación sea de tal alcance o naturaleza que pudiese haberla razonablemente previsto al celebrar el Contrato. Si las partes no lo hubiesen designado en el turnkey contract o si no pudiesen llegar a un acuerdo sobre su selección en el momento de la modificación controvertida, el comprador podrá solicitar que dicho experto sea designado por la autoridad especificada en el contrato. De no haberse realizado tal especificación, éste será designado por el Centro Internacional de Expertos de la CCI (artículo 8.10). El procedimiento que establece el contrato de ORGALIME concede a las partes 7 días para presentar al experto y a la otra parte los documentos que desee que sean tenidos en cuenta, así como otros 7 días tras haber recibido los documentos de la contraparte para presentar los documentos adicionales que desee que sean tomados en consideración (artículo 8.11). Este experto, que puede decidir sobre la cuestión de su propia jurisdicción, cuenta con un plazo de 28 días desde la recepción de los últimos documentos de las partes para informar por escrito y de forma razonada a éstas sobre su decisión. En dicho documento también indicará cómo se reparten las costas y los honorarios entre las partes. La decisión del experto es vinculante para las partes, salvo que éstas acuerden una solución distinta o el asunto fuese resuelto mediante el mecanismo arbitral previsto en este contrato ORGALIME. El asunto sobre el que ya haya resuelto el experto no estará sujeto a arbitraje salvo que una parte impugne dicha decisión efectuando una notificación sobre su disconformidad a la otra parte dentro de los 28 días siguientes a haber conocido la decisión del experto. El artículo final del contrato ORGALIME –artículo 27– establece que toda disputa derivada del contrato o en relación con el mismo será resuelta según las Reglas de Arbitraje de la CCI por uno o más árbitros designados de conformidad con dichas reglas. El lugar del arbitraje será el que se especifique en el contrato y el proceso arbitral será conducido en el idioma aplicable”.* NUVIALA LAPIEZA, Irene; FACH GÓMEZ, Katia, “El contrato llave en mano”, en ABRIL, ANTONIO (Coord.), *Los contratos mercantiles y su aplicación práctica*, Bosch – Wolters Kluwer, 1ª Ed., 2017, pág. 596.

³¹³ La referida provisión conduce a la existencia de varios laudos emitidos por la CCI: Casos número 16262, 15323, 16912, 17987 y 19272.

ello, el Banco consideró como referente inicial los modelos de contrato que FIDIC publica regularmente y los adaptó para cumplir con los requisitos de la referida organización internacional. Esta adaptación consistió en la introducción de cambios menores en las disposiciones técnicas³¹⁴, manteniendo el mismo sistema de resolución de conflictos que el original de FIDIC con la única peculiaridad (acertada a juicio de la presente tesis doctoral) de referirse al órgano de resolución de conflictos como *Dispute Board* y no como *Dispute Adjudication Board*³¹⁵. La institución suiza ofreció sus modelos de contratos internacionales uniformizados al Banco Mundial para su publicación en licitaciones a nivel global³¹⁶. Ambas organizaciones colaboraron estrechamente para la reformulación de los requisitos en los proyectos en cuya financiación interviene el Banco Mundial y su correspondiente publicación³¹⁷.

Como resultado, el Banco Mundial editó en 1995 un modelo llamado *Procurement of Works*³¹⁸, que actualizaba el modelo de contrato *Red Book* de FIDIC con los requisitos propios del Banco Mundial para la financiación de

³¹⁴ APPUHN, Richard; EGGINK Eric, “The Contractor’s View on the MDB Harmonised Version of the New Red Book”, *The International Construction Law Review*, vol. 23, núm 1, 2006, págs. 4-19.

³¹⁵ BOSWELL, Peter, “Changes to the FIDIC Construction Contract General Conditions, 1st Edition, 1999”, págs. 1 a 37, Este texto fue publicado en forma de artículo en la página web de la institución, en el siguiente enlace: http://fidic.org/sites/default/files/cons_mdb_changes_8apr08.pdf.

³¹⁶ Vid. infra III.1.A..

³¹⁷ A pesar de ello, la doctrina ha puesto de manifiesto algunas cuestiones jurídicas relacionadas con los derechos de uso y copia de los contratos FIDIC. Estas cuestiones exceden el ámbito de estudio de la presente tesis doctoral, puesto que no tienen por objeto disposiciones sobre resolución de conflictos. No obstante, pueden ser consultadas en la siguiente fuente bibliográfica: JAYNES, Gordon L., “Dispute Boards - Good News and Bad News: The 2005” Harmonised” Conditions of Contract Prepared by Multilateral Development Banks and FIDIC”, *International Construction Law Review*, vol. 23, núm. 1, 2006, págs. 102-112.

³¹⁸ En español, este modelo se conoce como “Documentos estándar de licitación para la adquisición de Bienes”, si bien el Banco Mundial establece que, en caso de contradicción, prevalece la versión en inglés. Los documentos estándar de licitación fueron publicados por primera vez en 1995 y cuentan con diversas actualizaciones que pueden encontrarse en el siguiente enlace: <http://www.worldbank.org/en/projects-operations/products-and-services/brief/procurement-policies-and-guidance#standarddocuments>.

proyectos. Entre las condiciones para la licitación, se exigió que se incluyese en el contrato la existencia de un *Dispute Board* que emitiese resoluciones no vinculantes³¹⁹ para los proyectos financiados por el Banco Mundial que superasen los 50 millones de dólares americanos³²⁰. Con ello, se introdujo la presencia de un *Dispute Board* como elemento necesario para obtener financiación del Banco Mundial, contribuyendo de esta manera a la consolidación internacional de este método de resolución de conflictos.

El respaldo común de FIDIC y el Banco Mundial a los *Dispute Boards* como método de resolución de conflictos preferente en los grandes proyectos de ingeniería y construcción favoreció la proliferación de este mecanismo de ADR en una nueva escala del ámbito internacional. Así, el establecimiento de un *Dispute Board* en el clausulado contractual pasó a ser requisito de financiación de varios bancos regionales de desarrollo. Las réplicas a la opción del Banco Mundial llegaron en el año 1997, cuando tanto el Banco Asiático de Desarrollo (BAoD) como el Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo (BERD) adoptaron la solución de los *Dispute Boards* en los contratos por ellos financiados.

Al tiempo que renovaba la *Rainbow Suite* de 1999, FIDIC publicó una relación de los bancos de desarrollo³²¹ que habían acordado exigir en sus

³¹⁹ Es en este punto cuando se establece oficialmente la distinción entre los *Dispute Boards* que emiten decisiones vinculantes y aquellos que emiten recomendaciones no vinculantes. Este concepto de vinculatoriedad de las resoluciones de los *Dispute Boards* será objeto de estudio posteriormente. Vid. infra III

³²⁰ La doctrina suele cifrar la efectividad económica de un *Dispute Board* estándar –es decir, formado por tres miembros– en proyectos valorados a partir de diez millones de dólares americanos, debido a los costes que han de desembolsarse para el inicio de esta modalidad de ADR (asistencia a reuniones periódicas, presencia en las obras, etc.). KRAMPATH, Michael T., “The Use of Dispute Resolution Boards for Construction Contracts”, *The Urban Lawyer*, vol. 46, núm. 4, otoño de 2014, págs. 807-814.

³²¹ La doctrina recoge este hecho: “*The banks, as announced by FIDIC, are: African Development Bank, Asian Development Bank, Black Sea Trade and Development Bank, Caribbean Development Bank, European Bank for Reconstruction and Development, Inter-American Development Bank, International Bank for Reconstruction and Development (the*

condiciones de licitación la presencia de un *Dispute Board* a lo largo del proyecto, apoyando el proceso de armonización que FIDIC comenzó y al que siguió el Banco Mundial. La comunidad internacional y la industria del sector fueron testigos de la introducción como requisito de la presencia de un *Dispute Board* en los proyectos financiados por el Banco Africano de Desarrollo (BAfD), el Banco de Comercio y Desarrollo del Mar Negro (BSTDB por sus siglas en inglés), el Banco de Desarrollo del Caribe (CDB por sus siglas en inglés), el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), el Banco Islámico de Desarrollo (IDB por sus siglas en inglés) y el Fondo de Desarrollo Nórdico (NDF por sus siglas en inglés). A ellos les siguieron numerosas instituciones de naturaleza análoga³²².

Continuando con su labor creadora de disposiciones y de promoción de buenas prácticas, FIDIC publicó en 2005 la *Harmonised Edition of the Contract for Multilateral Development Banks*³²³, en la cual se establece un tipo

World Bank), Islamic Bank for Development Bank [sic], and Nordic Development Fund". JAYNES, Gordon L., "Dispute Boards - Good News and Bad News: The 2005" Harmonised" Conditions of Contract Prepared by Multilateral Development Banks and FIDIC", *International Construction Law Review*, vol. 23, núm. 1, 2006, pág. 102.

³²² Así se pronuncia la doctrina: "A number of the multilateral development banks (MDBs) have for many years adopted the FIDIC Conditions of Contract for Construction containing mandatory and optional particular conditions as part of the standard bidding documents that the banks require their borrowers or aid recipients to follow. By a convention signed in Rome in 2003, nine principal MDBs agreed to harmonize their respective procurement procedures. The banks that signed that convention were (i) African Development Bank; (ii) Asian Development Bank; (iii) Black Sea Trade and Development Bank; (iv) Arab Investment Fund; (v) Caribbean Development Bank; (vi) Council of Europe Development Bank; (vii) European Bank for Reconstruction and Development; (viii) Inter-American Development Bank; and (ix) International Bank for Reconstruction and Development (the World Bank). Since 2003 the list of signatories to the Rome convention has been expanded. The banks published editions of the harmonized conditions under FIDIC license in May 2005 and March 2006. These editions enjoyed fairly extensive use, but the banks continued to make editing changes until the latest version was published in 2010". GROVE, Jesse B.; APPUHN, Richard. "Comparative Experience with Dispute Boards in the United States and Abroad", *The Construction Lawyer*, vol. 32, núm. 3, 2012, págs. 6-16.

³²³ Este documento puede descargarse de manera gratuita desde la página web del Banco Mundial: www.worldbank.org. Por su parte, FIDIC también ofrece una versión de consulta gratuita en el siguiente enlace: <http://fidic.org/node/530>. La información sobre el contenido y las

específico de *Dispute Board* que está presente desde el inicio del proyecto³²⁴ y a lo largo de todo él³²⁵. A través de iniciativas como las recién apuntadas³²⁶, la presencia de los *Dispute Boards* quedó consolidada en los proyectos internacionales financiados por diversos bancos de desarrollo³²⁷. Este último hecho, unido a la prolija actividad de creación de estándares realizada por las asociaciones profesionales referida anteriormente, situó a los *Dispute Boards* en la primera línea de la escena internacional en proyectos de ingeniería y construcción a nivel global.

3. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO II

La creación de textos con contenido jurídico por parte de sujetos distintos a los tradicionales legisladores estatales representa una tendencia al alza que ha merecido una creciente atención por parte de la doctrina internacional. Dicho fenómeno se ha percibido en diversos ámbitos jurídicos que tienen en común una especial complejidad o especialización. En los últimos años, se ha asistido a una proliferación de pronunciamientos por parte de órganos

actualizaciones de la *Harmonised Edition* puede ser consultada en el siguiente enlace: http://fidic.org/MDB_Harmonised_Construction_Contract.

³²⁴ WADE, Christopher, “The FIDIC Contract Forms and the New MDB Contract”, *International Construction Contracts and the Resolution of Disputes ICC-FIDIC Conference*, Paris, 2005, http://fidic.org/sites/default/files/wade_oct05.pdf.

³²⁵ Este tipo de *Dispute Board* será objeto de estudio posteriormente. Vid. infra III.1.A.

³²⁶ CHARRETT, Donald, “FIDIC Conditions of Contract for Construction Multilateral Development Banks (MDB) Harmonised Edition”, *Fidic Contracts Users Conference Beijing*, junio de 2010. http://fidic.org/sites/default/files/charrett_beijing_2010.pdf.

³²⁷ Aunque la opción del *Dispute Board* está respaldada por las referidas organizaciones internacionales y bancos de desarrollo, algunos autores han puesto de manifiesto que –en algunas ocasiones– la financiación no cubre los gastos del *Dispute Board*; lo cual repercute negativamente en la ejecución contractual, dado que se tiende a eliminar este recurso. Sobre esta cuestión, vid. ARMES, MURRAY, “Putting your money where your mouth is” or “Practising what you preach”: the funding (or not) of Dispute Boards by the national funding banks”, *Construction Law Journal*, vol. 29, núm. 2, 2013, págs 111-119.

jurisdiccionales con consecuencias esencialmente jurídicas, que fundamentan sus argumentos en documentos elaborados por entidades privadas y aplicados con profusión en las relaciones comerciales internacionales que dichos sujetos despliegan en el curso de sus actividades profesionales.

La industria de la ingeniería y construcción ha sido uno de los primeros testigos en observar cómo textos jurídicos creados por organizaciones profesionales de carácter privado han llegado a ser fundamento jurídico de laudos y sentencias. Asimismo, las complejas características de los elementos presentes en los contratos celebrados en el ámbito de la ingeniería y construcción, los referidos pronunciamientos suelen presentar una repercusión internacional. Es por ello que la producción de estándares llevada a cabo por asociaciones que agrupan a profesionales de la ingeniería y construcción merece la atención de la presente tesis doctoral.

Los aspectos recién apuntados dotan de relevancia jurídica a los modelos de contrato que son publicados por estas entidades de alcance global bajo las que se agrupan profesionales de sectores muy específicos. La industria de la ingeniería y construcción cuenta con grandes adalides en este tipo de agrupaciones, que aportan décadas de existencia y labor de creación de disposiciones para ser ofrecidas a sus asociados. Las diferentes asociaciones transnacionales que asocian a los distintos agentes del ramo dedican buena parte de su financiación y actividades a la labor de creación de disposiciones con efectos jurídicos. Como resultado, ofrecen a sus usuarios modelos de contratos de gran calidad en términos legales. Para conseguir el rigor jurídico necesario, estas formaciones colaboran estrechamente con entidades de reputado prestigio como despachos de abogados internacionales de primera línea, quienes contribuyen a redactar instrumentos jurídicos dirigidos a partes especialmente sofisticadas y exigentes.

Las referidas organizaciones profesionales del ámbito de la ingeniería y construcción cuentan en la actualidad con presencia global y sus modelos de

contrato han sido utilizados en megaproyectos de alcance global con gran impacto económico. Como creadoras de derecho y conscientes de la demanda de unos sujetos altamente especializados, estas asociaciones no han tardado en hacerse eco de las ventajas de la utilización de *Dispute Boards*. De este modo, entre la prolija labor de creación de disposiciones que llevan acometiendo estas instituciones, se encuentran modelos de contrato que en sus cláusulas escalonadas de resolución de conflictos en proyectos que cuentan con el precio y plazo como factores determinantes.

Entre las asociaciones profesionales de primera línea en materia de publicación de disposiciones con relevantes efectos, es necesario destacar la labor de FIDIC. Con varias ediciones de herramientas jurídicas utilizadas en megaproyectos con una potente participación internacional, la doctrina refiere esta institución como la más importante en la materia a nivel mundial. Esta reputada institución publica modelos de contrato especialmente sofisticados, acompañados de documentación jurídica complementaria y guías dirigidas a los usuarios para la correcta aplicación de los diversos instrumentos jurídicos que pone a disposición de los usuarios. Esta labor, que cuenta con reediciones periódicas para adecuar los referidos instrumentos jurídicos a las necesidades de la industria, sitúa a FIDIC como líder en la materia a nivel global. La inclusión de los *Dispute Boards* en la correspondiente cláusula de resolución de conflictos de los diversos modelos de contrato FIDIC encumbra a esta institución como uno de los principales agentes en la difusión y promoción de este método de resolución alternativa de disputas. El correlativo análisis e interpretación en sede arbitral de estas disposiciones por parte de la CCI justifica inequívocamente el estudio de esta institución en la presente tesis doctoral.

Además de la citada institución líder a nivel mundial, merecen especial atención en la presente tesis doctoral diversas formaciones similares cuya relevancia queda justificada por diferentes motivos. Tal es el caso del ICE, con cuyos modelos de contrato se han acometido grandes proyectos de impacto

global en la región geográfica europea. Además de ofrecer modelos de contrato, documentación accesoria y guías de utilización, el ICE ha adquirido relevancia al publicar disposiciones sobre *Dispute Boards* que ofrece de manera gratuita. Este tipo de actividades favorecen la difusión internacional de los *Dispute Boards* como método de resolución alternativa de conflictos en proyectos de gran envergadura.

La misma CCI ha colaborado en la difusión y fomento de la utilización de *Dispute Boards* mediante la publicación de diversas ediciones de un reglamento para regular este método de resolución de conflictos. Estas disposiciones adquieren relevancia por cuanto son objeto de remisión directa por parte de la cláusula de resolución de conflictos del modelo de contrato llave en mano ofrecido por la misma institución. La citada disposición escalonada dispone la finalización de la disputa por medio de arbitraje institucional de la CCI.

Otras asociaciones de carácter profesional como ENAA o ORGALIME también son referidas como agentes creadores de disposiciones con relevancia jurídica en materia de ingeniería y construcción de primer nivel. Dichas formaciones operan también en ámbitos supranacionales, pero más reducidos geográficamente, lo que no obsta para que ofrezcan modelos de contratos igualmente solventes. Las cláusulas de resolución de conflictos de los diversos modelos de contrato publicados por ENAA y ORGALIME no incluyen a los *Dispute Boards* como método de resolución de disputas, pero sí ofrecen un sistema escalonado que persigue minimizar las consecuencias adversas de las diferencias entre las partes del contrato. Asimismo, las respectivas disposiciones al efecto de ambas asociaciones remiten al arbitraje institucional de la CCI para la resolución de controversias en el último escalón de la cláusula de resolución de conflictos. Con ello, se dota al proceso de todas las garantías procedimentales que dicha institución viene ofreciendo desde su creación.

Por último, para completar el mapa de los actores institucionales que han fomentado la utilización de *Dispute Boards* desde una posición activa dedicada a la regulación de la materia, es necesario mencionar a los bancos regionales de desarrollo. Fruto de la colaboración con las instituciones profesionales precitadas, entidades como el Banco Mundial y otros bancos de análoga naturaleza han incluido y siguen incluyendo entre sus requisitos para la financiación de proyectos la existencia de un *Dispute Board* en las disposiciones contractuales que establecen su régimen jurídico.

Por los motivos recién expuestos, la elaboración de disposiciones por parte de las entidades que se exponen en este capítulo y su interpretación en instancias jurisdiccionales justifica el interés suscitado entre los académicos y prácticos del Derecho Internacional. La relevancia de los *Dispute Boards* queda así acreditada mediante la inclusión de este método de resolución de conflictos en modelos de contrato utilizados en megaproyectos reales a nivel global. Al objeto de completar la visión de este particular fenómeno, en el siguiente capítulo se exponen y analizan los diferentes tipos de *Dispute Boards*, tomando como referencia los textos creados por las principales asociaciones en la materia.

CAPÍTULO III.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS EN TORNO A LAS PRINCIPALES TAXONOMÍAS DE LOS *DISPUTE BOARDS*

En el presente capítulo de esta tesis doctoral se presentan las principales clasificaciones de *Dispute Board*, atendiendo a los parámetros más relevantes que admiten modulación en este versátil método híbrido de resolución de conflictos. Para elaborar esta clasificación, además de analizar varias fuentes doctrinales, se acude a las herramientas jurídicas que publican periódicamente las organizaciones profesionales internacionales que se exponen en el capítulo precedente. A lo largo de este capítulo, las valoraciones jurídicas en torno a estas cuestiones se complementan con las correspondientes consideraciones terminológicas que se producen con motivo de la traducción de términos jurídicos con diferentes significados, que además proceden del ámbito lingüístico anglosajón. Asimismo, este capítulo examina determinada normativa doméstica desde un enfoque de derecho comparado, distinguiendo el concepto de *Dispute Board* de figuras afines que presentan aspectos muy similares a aquellos de los *Dispute Boards*, pero que no es adecuado considerarlas como sinónimos de este mecanismo de ADR en concreto.

1. CLASIFICACIÓN EN ATENCIÓN AL MOMENTO DE SU CONSTITUCIÓN: *STANDING DISPUTE BOARDS* Y *AD-HOC DISPUTE BOARDS*

El momento concreto en el que se constituye el *Dispute Board* en un proyecto de larga duración representa una cuestión de suma importancia. El acuerdo por el cual las partes determinan la presencia de un *Dispute Board* en determinada fase del proyecto influye no solo en aspectos básicos de la ejecución contractual sino que también determina la naturaleza de este mecanismo de ADR. Esta elección de las partes del contrato redonda en la consideración de los *Dispute Boards* como método exclusivamente dirigido a la resolución de disputas, o bien híbrido, esto es integrador a la vez de labores de resolución y evitación de las mismas. Tal y como se expone con más detalle, la introducción de ambas funciones de evitación de disputas en la configuración de un *Dispute Board* está absolutamente recomendado por la doctrina y la práctica de los contratos de ingeniería y construcción³²⁸.

A la luz de las diversas experiencias internacionales, la dimensión de evitación de disputas que realizan los *Dispute Boards* determina en buena medida el éxito de este mecanismo en términos de eficiencia jurídica. Por este motivo y como se desarrolla en secciones posteriores, la elaboración del principio de evitación de disputas por parte de los *Dispute Boards* ha sido objeto de una

³²⁸ Según determina el Libro Plata: “As noted above, FIDIC strongly recommends that the DAAB be appointed at the start of the Contract and remain in place for the duration of the Contract. However, as an alternative to the ‘standing DAAB’ envisaged under this Sub-Clause, the Parties may prefer the dispute board to be appointed on an ‘ad-hoc’ basis. In such case, the dispute board would be appointed when a Dispute arises, its appointment would be limited to resolution of the Dispute, it would have no role to play in the avoidance of Disputes between the Parties, and its appointment would cease when it had given its decision on that Dispute. Should a new Dispute arise, a new ad-hoc DAAB would be appointed”, Guidance for the Preparation of Particular Conditions, Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects “Silver Book”, 2ª Ed., 2017, págs. 51-52.

profunda remodelación, lo cual le otorga actualmente un gran peso en los modelos de contrato más utilizados a nivel global.

En concreto, un *Dispute Board* que esté presente desde el inicio de la ejecución contractual por haber sido conformado ya en el momento de la firma del contrato o en una fase temprana de su ejecución³²⁹, será considerado como un método de evitación de disputas debido a su presencia a lo largo de todo el proyecto que, además, favorece las soluciones autocompositivas. Ello suele articularse a través de visitas presenciales periódicas a las obras por parte de sus miembros, al objeto de favorecer el conocimiento del escenario en el que pueden surgir las posibles diferencias, para evitar en una fase preliminar que estas lleguen a constituirse como disputas formales. Esta opción es conocida en el ámbito internacional como *Standing Dispute Board* y ha merecido a lo largo de las décadas el reconocimiento general de la doctrina internacional, que elogia las ventajas de esta fórmula. Entre ellas, aquellas que posibilitan que el *Standing Dispute Board* pueda pronunciarse tanto de manera informal como mediante la emisión de una resolución motivada, ya sea vinculante o no vinculante. Los *Standing Dispute Boards* son los órganos más fieles a la esencia de este mecanismo híbrido de ADR y por ello merecen la atención del presente epígrafe.

Por el contrario, si la constitución del *Dispute Board* está prevista únicamente en el momento en que ya se haya detectado y conformado una disputa –normalmente en un momento posterior a la fase inicial de ejecución del proyecto de ingeniería y construcción que sucede inmediatamente a la firma del contrato– la calificación más apropiada de este órgano es la de mecanismo de resolución de conflictos y en él primará su función heterocompositiva. En este

³²⁹ Esta opción es conocida en el ámbito internacional como *Standing Dispute Board*. A lo largo de esta tesis, se hará referencia a estos órganos por la citada denominación.

último caso, el *Dispute Board* recibe denominación de *Ad Hoc Dispute Board*³³⁰ por parte de la doctrina internacional y las resoluciones judiciales y arbitrales al efecto³³¹. Una manifestación de la creación de un órgano de resolución de conflictos que se establece para resolver una disputa ya existente puede hallarse por ejemplo en la legislación doméstica de Reino Unido y en la edición de 1999 del Libro Amarillo y el Libro Plata de FIDIC. Ahora bien, aunque las referidas fuentes regulan un órgano de resolución de conflictos que se conforma una vez ha surgido la disputa y que emite resoluciones formales, se trata de instituciones afines al concepto de *Dispute Board* y por ello el presente capítulo refiere las diferencias entre ambas instituciones: *Statutory Adjudication* y *Dispute Boards*, en el epígrafe correspondiente.

En la práctica actual, la mayoría de los contratos bajo cuyo régimen jurídico se ejecutan grandes proyectos de ingeniería y construcción internacionales, optan por la inclusión de *Standing Dispute Boards* en su clausulado, debido a las ventajas que presenta esta modalidad. Tal es el caso de los modelos de contrato NEC4³³² y *Rainbow Suite* de FIDIC, cuyo Libro Plata será objeto de pormenorizado estudio en otro capítulo de la presente tesis doctoral³³³.

³³⁰ A lo largo de esta tesis, se hará referencia a este tipo de órganos con la citada denominación: *Ad Hoc Dispute Boards*.

³³¹ Se expone a continuación una muestra de ello. “The Supreme Court identified two types of DAB. First there was the Standing DAB, which under the Red Book was the rule, appointed at the outset of the contractual relationship and remaining in place until the end of the works to facilitate speedy disposition of disputes arising during the performance of a project. Alternatively, there was the ad hoc DAB, which was an exception and was constituted only when a dispute arose between parties”. CAULFIELD, Chris; UNNI, Kiran, “When is referral to a dispute adjudication board a precondition for court or arbitration proceedings?”, *International Arbitration Law Review*, vol. 19, núm. 1, 2016, págs. N6-N9.

³³² Las principales características de este modelo contractual quedan expuestas en secciones anteriores de la presente tesis doctoral. Vid. supra II.2.B.

³³³ Vid. infra IV.

A continuación se desarrollan con detalle las cuestiones apuntadas, que establecen una relevante diferencia en la calificación de los *Dispute Boards* según el momento de su constitución. Esta elección de las partes produce unos efectos jurídicos de gran importancia que se refieren en los siguientes epígrafes de la presente tesis doctoral.

1.A. **La regulación jurídica internacional de los *Standing Dispute Boards***

Una de las principales ventajas que ofrecen los *Dispute Boards* como método de evitación y resolución de disputas se manifiesta especialmente en los *Dispute Boards* permanentes, que son aquellos que se constituyen simultáneamente a la firma del contrato o en un plazo posterior muy breve. Este tipo de órganos se conocen en la práctica por su denominación en inglés: *Standing Dispute Boards*. Este tipo de *Dispute Boards* se caracteriza por una presencia permanente de este órgano de resolución de conflictos a lo largo de la ejecución contractual, manifestada incluso en visitas periódicas que realizan los miembros del *Dispute Board* a los trabajos de construcción realizados en cumplimiento del contrato.

Esto es, el *Standing Dispute Board* se mantiene desde el momento de su constitución (al inicio del contrato, como ya ha quedado apuntado hasta, al menos, el final de la ejecución contractual del proyecto³³⁴). De esta manera, las partes se aseguran que el *Dispute Board* esté presente a lo largo de toda la ejecución contractual, lo cual facilita el conocimiento de las posibles diferencias

³³⁴Las partes pueden convenir incluso que este órgano quede conformado para conocer de disputas posteriores a la entrega efectiva de la instalación construida. Estos casos pueden obedecer, por ejemplo, a cuestiones financieras del contrato o relativas al periodo de garantía de las instalaciones que comienza con la entrega de la obra.

antes de que lleguen a constituir disputas³³⁵ y, cuando esto es inevitable, posibilita su resolución rápida. Cuando el *Standing Dispute Board* actúa como órgano de resolución de conflictos, el pronunciamiento que este órgano emite cuenta con numerosos beneficios. En primer lugar, dado que son las partes las que eligen a los miembros del *Standing Dispute Board*, estas suelen optar por profesionales reputados con gran prestigio y experiencia en la industria. La combinación ideal, como señalan algunos autores, es de dos ingenieros y un jurista, preferiblemente actuando este último como presidente³³⁶. Se espera de este órgano, por tanto, que emita resoluciones cualificadas tanto técnica como jurídicamente. En segundo lugar, la configuración de este método de ADR permite la emisión de resoluciones simultáneas al avance del proyecto de ingeniería y construcción.

1.A.i. Consideraciones generales sobre los *Standing Dispute Boards*

La permanencia contractual de los *Standing Dispute Boards*, que tantas ventajas ofrece, es objeto de regulación en los modelos contractuales a los que la presente tesis doctoral hace referencia en secciones anteriores (especialmente, los publicados por FIDIC e ICE) y también en el Reglamento de la CCI de 2015. Así, entre las obligaciones de los miembros de este tipo de *Standing Dispute Board* se encuentran aquellas que hacen referencia a su presencia continuada y permanente, a las visitas periódicas a la obra y a la comunicación de cualquier causa que impida a sus miembros la realización de las

³³⁵ Estas circunstancias también ponen de manifiesto la relación con el arbitraje o con tribunales judiciales, dado que estos órganos resuelven con estos principios controversias jurídicas de naturaleza internacional privada.

³³⁶ Así se viene apuntando desde hace años. “While members of a Board will usually be construction professionals (engineers, quantity surveyors or project managers in the case of major projects, it may be advisable for the Chairman of the Board to be a lawyer. In the case of the Panel for the Channel Tunnel contract, the Chairman is (as previously indicated) a French law professor who is an expert in construction law”. SEPPÄLÄ, Christopher R, “The new FIDIC provision for a dispute adjudication board”, *The International Construction Law Review*, vol. 14, núm. 4, octubre de 1997, págs. 967-988.

funciones propias de los *Standing Dispute Boards*. Asimismo, los modelos de contrato que proponen un *Standing Dispute Board* en su clausulado incluyen que los miembros del *Dispute Board* se muestren disponibles para que las partes puedan solicitar asistencia informal³³⁷, como vía para evitar los conflictos que puedan surgir. Tal es la relevancia de la presencia continua de los *Dispute Boards* que algunas instituciones crediticias que intervienen en la financiación de proyectos incluyen previsiones contractuales en las que la eficacia de dicha financiación queda supeditada a que el *Dispute Board* haya sido elegido y constituido y que haya comenzado su programa de visitas regulares a las instalaciones donde se ejecuta la obra³³⁸. Este hecho da cuenta de la relevancia que este método de ADR ha adquirido desde su origen, en los años 60 del siglo XX.

Tal y como se ha apuntado, la configuración contractual de un *Dispute Board* como permanente a lo largo de toda la ejecución de proyecto para el que se establece, optimiza las funciones de este método de resolución de conflictos. Es por ello que los llamados *Standing Dispute Boards* son considerados como los órganos que mejor reflejan la esencia de este mecanismo híbrido de resolución de conflictos. Tanto es así, que un representativo sector de la doctrina identifica a los *Dispute Boards* con el referido rasgo de permanencia³³⁹, calificando a los *Dispute Boards* como órganos permanentes, sin

³³⁷ La asistencia informal por parte del *Dispute Board* es una función muy valorada por la práctica internacional. La presente tesis doctoral realiza un estudio pormenorizado de este aspecto en secciones posteriores. Vid. supra IV.4.

³³⁸ Una de estas instituciones es el Banco Central, de acuerdo con sus condiciones para la financiación de proyectos, ya referidas con anterioridad en la presente tesis doctoral. Vid. supra. II.2.F.

³³⁹ Varios autores se refieren ello en distintas fuentes bibliográficas: “A *Dispute Board* or *DRB* (*Dispute Review Board*) can best be described as a ‘job-site’ dispute adjudication device, typically comprising three independent and impartial persons selected by the contracting parties. The significant difference between *DRB*'s and most other ADR techniques (and possibly the reason why *DRB*'s have had such success) is that the *DRB* is appointed at the commencement of a project and, by undertaking regular visits to site, is actively involved throughout construction. It becomes part of the project and thereby can influence, during the

tener en cuenta que de hecho existen *Dispute Boards* que no realizan estas funciones y que son creados cuando ya existe una disputa formal entre las partes. Incluso el Reglamento de la ICC considera que los *Dispute Boards* son órganos permanentes por definición. Sin embargo, esta tesis doctoral estima que dicha concepción no es del todo acertada, por los motivos ya apuntados y que se desarrollan a continuación. Aunque es cierto que los *Standing Dispute Boards* son mecanismos de resolución de conflictos establecidos permanentemente y que aúnan funciones de evitación y resolución de controversias, a este concepto se opone la configuración de los de *Ad Hoc Dispute Boards*, que son órganos creados cuando la disputa ya existe entre las partes y cuyas funciones se limitan a resolver el conflicto en cuestión, quedando anuladas las funciones de evitación de disputas.

A continuación, la presente tesis doctoral defiende que existen de dos tipos de *Dispute Boards*, en función del momento del establecimiento de dicho órgano con respecto a la ejecución contractual: los *Standing Dispute Boards* y los *Ad Hoc Dispute Boards*. A fin de contrastar esta afirmación, se presentan a renglón seguido los motivos por los que algunas instituciones no realizan esta distinción, motivando los sesgos que conducen a esta inexacta afirmación, y se refieren por último las instituciones que sí realizan esta distinción.

En el caso del Reglamento de la ICC de 2015, el motivo por el que este texto identifica a los *Dispute Boards* con los *Standing Dispute Boards* ha de ponerse en relación con el hecho de que las disposiciones contenidas en este texto no están expresamente formuladas para ser establecidas en contratos de

contract period, the performance of the contracting parties. It has 'real-time' value", CHAPMAN, Peter H.J. "Dispute Boards", <http://fidic.org/sites/default/files/25%20Dispute%20Boards.pdf>; KIRSH, Harvey J. "Dispute Review Boards" and "Adjudication": Two Cutting-Edge ADR Processes in International Construction", en *American Bar Association Annual Meeting program of the ABA Section of Dispute Resolution*, "The Emerging Global Order in International Construction 'Disputology': The Top 10 Cutting-Edge ADR Processes Employed in Construction World-Wide", Nueva York, 9 de agosto de 2008.

ingeniería y construcción. La presente tesis doctoral estima que, por este motivo, el Reglamento de la CCI de 2015 no incluye en sus disposiciones la posibilidad de establecer un *Dispute Board* cuando la disputa ya se ha creado, lo cual es una práctica relativamente habitual en los contratos de ingeniería y construcción, principalmente por el ahorro de costes que supone. El hecho de que el Reglamento de la ICC solo regule los *Standing Dispute Boards* y los denomine directamente *Dispute Boards*, pone de manifiesto que, en algunas ocasiones, la aplicación de estas disposiciones no resulte totalmente acertada. Sin embargo, con la asistencia de profesionales prácticos del derecho que realicen los mínimos ajustes pertinentes, los artículos del Reglamento pueden ser de aplicación a los contratos de ingeniería y construcción, como viene siendo práctica habitual³⁴⁰.

Al contrario de lo que sucede con el Reglamento de la CCI de 2015, FIDIC sí que distingue entre *Standing Dispute Boards* y *Ad Hoc Dispute Boards*, aunque en la redacción de la *Rainbow Suite* de 2017 ha optado claramente por incluir un *Standing Dispute Board* en su clausulado³⁴¹. Tomando como ejemplo los modelos de contrato FIDIC de la edición de 1999, únicamente el Libro Rojo recomendaba la inclusión de un *Standing Dispute Board* en la ejecución contractual, mientras que en el Libro Amarillo y en el Libro Plata se establecían como opción inicial sendos *Ad Hoc Dispute Boards*. Este hecho venía motivado por las diferentes características de las prestaciones de los distintos modelos de contrato recogidos en cada uno de los libros. El referido planteamiento partía de la idea de que, en los contratos para los que se había concebido los modelos Libro Amarillo y Libro Plata, se contenían una gran cantidad de prestaciones a

³⁴⁰No en vano, como ya se ha puesto de manifiesto en la presente tesis doctoral, el modelo de contrato llave en mano de la CCI (*ICC Model Turnkey Contract for Major Projects*), remite a las normas sobre *Dispute Boards* recogidas en el Reglamento de la CCI para la resolución de las disputas surgidas con motivo de la aplicación de las disposiciones del referido modelo de contrato.

³⁴¹ Esta cuestión es tratada en el estudio detallado que la presente tesis doctoral realiza en posteriores secciones. Vid. infra IV.

realizar fuera del lugar donde se ejecutaban las obras³⁴². Este hecho conducía a afirmar que la presencia de un órgano permanente en el referido lugar no quedaba justificada. Por este motivo, en las correspondientes cláusulas predeterminadas del Libro Amarillo y el Libro Plata de la edición de la *Rainbow Suite* de 1999, se elaboraba la inclusión de un *Ad Hoc Dispute Board* que había de ser conformado ante la existencia de una disputa entre las partes. Por el contrario, el Libro Rojo de 1999, referido a un tipo de contrato en el que la mayoría de las prestaciones se realizaban en las premisas de la obra, sí incluía un *Standing Dispute Board* como método de evitación y resolución de conflictos, presente en las premisas donde se ejecutaban los trabajos desde fases preliminares de la ejecución contractual. En la actualidad, todos los modelos de la *Rainbow Suite* de FIDIC publicados en 2017 incluyen en su sistema de resolución de conflictos un *Standing Dispute Board* como órgano predeterminado, con funciones de evitación y resolución de disputas.

Como se viene indicando, el establecimiento de un *Standing Dispute Board* requiere que este órgano se constituya en el momento de la firma del contrato o en una fase inicial de la ejecución de este. Este aspecto es subrayado por la doctrina³⁴³ para que el mecanismo resulte jurídicamente eficiente. En este sentido, se llega a afirmar³⁴⁴ que el establecimiento del

³⁴² Este razonamiento viene reflejado en la siguiente referencia bibliográfica: “*The original reason for having two types of DABs was that it was considered that in contracts based on the Yellow and Silver Books the majority of the work would be done off-site (e.g. in a plant or a factory). Given that the dispute board procedure was developed for 'dispute resolution at the job-site level' it was considered unjustified to require that a DAB be set up and maintained for the entire duration of the project. In contracts based on the Red Book, on the other hand, all or practically all of the work would be done at the job site, making a permanent DAB justified*”. SEPPÄLÄ, Christopher R., “Commentary on Recent ICC Arbitral Awards dealing with Dispute Adjudication Boards under FIDIC Contracts”, *ICC Dispute Resolution Bulletin*, núm. 1, 2015.

³⁴³ HARMON, Kathleen M.J., “Effectiveness of Dispute Review Boards”, *Journal of Construction Engineering and Management*, vol. 129, núm 6, 2003, págs. 674-679.

³⁴⁴ La escasa doctrina escrita en español se refiere a este aspecto “*Como regla general los DAB deberán ser constituidos antes del inicio de las obras. Como se señaló anteriormente, la dinámica de la figura exige que el Dispute Board este conformado y vinculado*

Dispute Board en fases tempranas del proyecto es un elemento esencial y que la presencia del *Dispute Board* se ha de mantener a lo largo de toda la ejecución contractual. Incluso, como se ha reflejado en los párrafos anteriores, diversas fuentes atribuyen la esencia de este mecanismo de resolución de conflictos a su establecimiento en fases iniciales del contrato y su presencia continua.

Idealmente, los miembros que se nombran a este efecto han de mantenerse sin sustitución posible a lo largo de toda la validez del contrato firmado por las partes, puesto que se espera de ellos que conozcan de primera mano las vicisitudes del cumplimiento contractual y que puedan reconstruir por sí mismos los hechos que han llevado a determinada diferencia entre las partes, que potencialmente puede terminar en el sometimiento de una disputa formal a este órgano. En este sentido y como se recoge en la presente tesis doctoral, los *Standing Dispute Boards* suelen estar facultados para emitir opiniones informales³⁴⁵ en caso de que perciban que una diferencia entre las partes en el transcurso de la ejecución contractual puede llegar a convertirse en una disputa formal. En tal caso, la función de evitación de conflictos adquiere el protagonismo y convierte al *Standing Dispute Board* en un mecanismo óptimo para los contratos internacionales de ingeniería y construcción.

*permanentemente al proyecto. Esa vinculación debe presentarse con anterioridad al inicio de la obras [sic] para que se cumplan a cabalidad los fines para los cuales fue creada la figura. Si la vinculación es previa al inicio de la obras [sic] se garantiza el pleno conocimiento por parte de los miembros del DB de todos y cada uno de los eventos que suceden durante la ejecución del proyecto, así como de la documentación que se genera durante el mismo. Sería lógico pensar que, inclusive, la vinculación del DB debería originarse desde el momento mismo en que se adjudican el o los contratos de obra, ello seguramente redundaría en un mejor conocimiento del proyecto mismo, aunque esa no sea la tendencia en la práctica". RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Maximiliano. "Resolución de disputas en el contrato internacional de construcción: La labor del engineer y de los dispute Boards", *Revist@ e-mercatoria*, vol. 5, núm. 2., 2006, pág. 12.*

³⁴⁵ VAN LANGELAAR, Anton, "Dispute boards – An introduction", *Civil Engineering*, agosto 2014, págs. 72-73.

El acuerdo de voluntades de las partes contractuales que establece la presencia continua de esta formación como mecanismo de ADR suele recoger los aspectos pormenorizados del funcionamiento del *Standing Dispute Board* en el específico contrato de ingeniería y construcción. Así, es muy frecuente encontrar disposiciones sobre las materias sobre las que este órgano puede pronunciarse³⁴⁶, la frecuencia y el contenido de las visitas a las que quedan obligados a realizar los miembros que conforman el *Dispute Board*, su remuneración y cualesquiera otros aspectos que las partes acuerden, con arreglo a la permeabilidad de este mecanismo a la autonomía de la voluntad de las partes³⁴⁷. Para reflejar estos aspectos, las partes acuerdan el contenido referido y firman un documento al efecto, que pasa a incluirse como anexo al contrato principal. El referido

³⁴⁶ La especial permeabilidad de este mecanismo de resolución de ADR a la autonomía de la voluntad de las partes admite incluso que existan varios miembros elegidos y estos conozcan de una u otra disputa formal en función del contenido de la misma. “*It is not uncommon on large multiple contract projects for more than three members to be provided for. For example, a multiple contract DB can be used where one employer procures a range of contracts within a project, involving a number of different contractors: a) On the Channel Tunnel a DRB of five persons was used. While all five members hear disputes, the recommendation was made by the chairman and two members chosen for their particular expertise relating to the dispute under consideration. b) On the new Hong Kong airport the DRG (Disputes Review Group) consisted of seven members plus a conveyor. Panels of one or three members were selected from the DRG depending on the nature and complexity of the dispute. c) The Boston Big Dig project had a three member panel for each contract, with members having disciplinary-specific expertise and dispute resolution experience. Terms were ten years for panel members and fifteen for the chairmen. d) For the development of the Coega IDZ in South Africa, the employer used a DB panel approach across a wide spectrum of small and large infrastructure engineering contracts. DB member(s) would then be drawn from the five or six person panel, the particular expertise of the delegated member(s) being matched to the nature of each specific dispute as it arose. This spread the benefits of a DB to small-value contracts without the relatively high cost of a dedicated board specifically attached to each. e) The DB process was adapted for the London Olympics with separate panels of dispute avoiders and adjudicators being established. f) For the Forth Crossing in Scotland a five-person standing DB was used. Also, the DB may have jurisdiction over technical and funding matters or separate DBs may be appointed on the same project with different jurisdictions. For example, for the Vasco da Gama Bridge over the Tagus River, the Channel Tunnel Rail Link and Docklands Light Railway Extension to Lewisham projects, two panels were established on each project – one a technical panel comprising engineers, and one a finance panel comprising accountants and financiers*”. VAN LANGELAAR, Anton, “Dispute boards – Operation – Part Two”, *Civil Engineering*, octubre de 2014, págs. 62.

³⁴⁷ VAN LANGELAAR, Anton, “Dispute boards – Operation – Part One”, *Civil Engineering*, septiembre de 2014, págs. 52 y ss.

documento anexo adquiere la forma de un acuerdo tripartito, firmado por las dos partes del contrato y el miembro del *Standing Dispute Board*. Cada uno de los miembros del *Standing Dispute Board* firma el referido acuerdo para anexarlo a la documentación contractual del proyecto.

A continuación, la presente tesis doctoral realiza una comparación del régimen jurídico de los aspectos más relevantes en materia de *Standing Dispute Boards*, recogido en los principales modelos de contratos internacionales de ingeniería y construcción enunciados en secciones precedentes de esta tesis doctoral³⁴⁸. Así, se exponen a continuación las diferentes propuestas elaboradas por organismos internacionales como FIDIC, ICE y la CCI con respecto a los extremos fundamentales que las partes deben acordar para que el *Standing Dispute Board* cuente con la solvencia jurídica necesaria. Para realizar esta comparación, se toman en consideración los modelos de contrato Libro Plata y NEC4, publicados ambos en 2017, y el Reglamento de la ICC de 2015.

Por lo que respecta al Libro Plata, las disposiciones sobre los aspectos referidos del *Standing Dispute Board*³⁴⁹ están recogidas en documentos anexos a las condiciones generales del contrato³⁵⁰, en dos secciones: el Apéndice de Condiciones Generales para el Acuerdo de *Dispute Avoidance/Adjudication* (*Appendix: General Conditions of Dispute Avoidance/Adjudication Agreement*) y el Anexo de Normas Procedimentales (*Annex: DAAB Procedural Rules*).

³⁴⁸ Vid. supra II.2.

³⁴⁹ Tal y como se estudia en el capítulo IV de la presente tesis doctoral, el *Standing Dispute Board* establecido por la nueva *Rainbow Suite* de FIDIC denomina a este órgano *Dispute Avoidance/Adjudication Board*. Por su parte, el NEC4 habla de *Dispute Avoidance Board* y el Reglamento de la CCI de 2015 habla simplemente de *Dispute Boards*. Independientemente de las referidas denominaciones, el presente epígrafe se refiere de forma general a estos órganos con su nomenclatura genérica: *Standing Dispute Board*.

³⁵⁰ La estructura completa del Libro Plata es objeto de un análisis detallado en secciones posteriores de la presente tesis doctoral. Vid. infra IV.2.

Por lo que respecta al modelo de contrato NEC4, el complejo conjunto de documentos que forma este modelo contractual regula la existencia del *Dispute Adjudication Board* en sus Cláusulas de Opción Principal (*Main Option Clauses*), estableciendo un itinerario llamado W3³⁵¹ y trata las cuestiones más relevantes de su funcionamiento en el documento complementario al contrato principal Contrato para la resolución de Disputas (*Dispute Resolution Contract*). Ha de subrayarse que el referido itinerario jurídico es de nueva creación e integra el contenido del modelo de contrato NEC desde 2017.

Por su parte, el Reglamento ICC de 2015 recoge el régimen jurídico de los aspectos fundamentales de los *Standing Dispute Boards* en diversos artículos y en el documento anexo llamado Modelo de Acuerdo para miembros del *Dispute Board* (*Model Dispute Board Member Agreement*)³⁵².

La presente tesis doctoral realiza un análisis de las cuestiones que regulan los tres modelos contractuales recién señalados, a los efectos de subrayar las notas jurídicas comparadas de los tres textos. Sin embargo, procede señalar que el documento más exiguo al respecto es el modelo de contrato NEC4, a buen seguro por la opción elegida por el ICE, institución que manifiesta perseguir la simplicidad de los textos para que su lenguaje y complejidad no sean un obstáculo para la utilización de este modelo de contrato. Por otra parte, es necesario tener en cuenta que el Reglamento de la CCI de 2015 es un instrumento jurídico que no fue especialmente diseñado para ser aplicado en contratos de ingeniería y construcción, por lo que sus disposiciones suelen manifestarse como más generales que las contenidas en el Libro Plata o en el

³⁵¹ Este itinerario normativo es de aplicación para los casos en los que el contrato no se somete a las disposiciones de la ley del Reino Unido *Housing Grants, Construction and Regeneration Act*, de 1996.

³⁵² Tal y como se viene observando en la presente tesis doctoral, la versión en español del Reglamento de la CCI de 2015 opta por utilizar la denominación en inglés de una gran cantidad de términos. Así ocurre también con los títulos de este documento anexo al Reglamento.

NEC4. Teniendo en cuenta estas particularidades, procede a continuación analizar las cuestiones sobre el funcionamiento de los *Standing Dispute Boards* comunes a los referidos instrumentos jurídicos.

1.A.ii. Composición de los *Standing Dispute Boards*

El primero de los aspectos que se estudia en este epígrafe de la presente tesis doctoral es el de la composición de los *Standing Dispute Boards*, de gran relevancia porque este tipo de órganos ha de estar presente de una manera recurrente a lo largo de la ejecución contractual³⁵³. En primer lugar, con respecto al número de miembros que componen este órgano, los tres textos jurídicos internacionales analizados coinciden en que los *Standing Dispute Boards* pueden ser órganos unipersonales o estar compuestos por tres miembros³⁵⁴. La opción más aconsejada, no obstante, es aquella que incluye a tres miembros, sobre todo en contratos de una envergadura considerable.

³⁵³ Los autores subrayan la importancia de la elección *ratione personae*. “*Member Qualifications And Qualities. The critical element in the DB process is the selection of its members. It has been suggested that the procedure depends for its success on, among other things, the parties’ confidence in the agreed members and their personal and professional qualities. The DB needs to be depended on to be objective and impartial. The members must be, and must be perceived to be, fair, impartial and objective. Accordingly: a) The DB members must not have a conflict of interest. b) Prospective members must make full disclosure of any (past or present) involvement with the project, employer, engineer, contractor, joint venture members of the contractor and engineer, as well as close personal relationships. They also need to be experienced and respected by the employer and contractor, and must have their complete confidence. The DB acts as a team and as such should exhibit a balance of experience and professional*”. VAN LANGELAAR, Anton, “Dispute boards – Operation – Part One”, *Civil Engineering*, septiembre de 2014, pág. 62.

³⁵⁴ En relación con la denominación de los *Dispute Boards* unipersonales, también está presente la confusión de términos con el mecanismo afín de resolución de conflictos: la figura de la *adjudication*. Así lo observa la doctrina internacional. “*Accordingly, the parties referred their dispute to a single-person Dispute Adjudication Board (“DAB”) which, on November 25, 2008, awarded a sum of US\$ 17,298,834.57 to CRW in respect of the VOPs. (The DAB was also termed “the Adjudicator” by the CA.) A day or two later,3 PGN issued a notice of dissatisfaction (“NOD”) with such decision*”. SEPPÄLÄ, Christopher R., “How Not to Interpret the FIDIC Disputes Clause: The Singapore Court of Appeal Judgment in the Persero Case”, *White & Case*, abril de 2012, <https://www.whitecase.com/sites/whitecase/files/files/download/publications/article-How-not->

Así, el Libro Plata de FIDIC establece que, en ausencia de estipulación al respecto, el *Standing Dispute Board* contará con tres miembros. Esto es, para conformar un *Standing Dispute Board* unipersonal, es necesario incluir esta determinación en las disposiciones contractuales al efecto. En caso contrario, continúa el Libro Plata estableciendo el procedimiento para la elección de los miembros del órgano colegiado. Así, cada una de las partes elige un miembro del *Dispute Board* y las partes, asimismo, consultan a estos miembros electos para acordar el nombramiento del tercero de ellos, que actuará como presidente³⁵⁵.

to-interpret-FIDIC-Disputes-Clause-April2012.pdf. Tal y como señala el autor, esta contribución aún el contenido de dos artículos previos sobre la materia: “*This paper combines an article with the same title published in the January 2012 issue of The International Construction Law Review, London, and the author’s article “Sub-Clause 20.7 of the FIDIC Red Book does not justify denying enforcement of a ‘binding’ DAB decision” published in the October 2011 issue of Construction Law International, Volume 6, Issue 3*”.

³⁵⁵ Estas disposiciones están contenidas en la Cláusula 21 Disputes and Arbitration, en la Sub-Cláusula 21.1 Constitution of the DAB: “*The DAAB shall comprise, as stated in the Contract Data, either one suitably qualified member (the “sole member”) or three suitably qualified members (the “members”). If the number is not so stated, and the Parties do not agree otherwise, the DAAB shall comprise three members. The sole member or three members (as the case may be) shall be selected from those named in the list in the Contract Data, other than anyone who is unable or unwilling to accept appointment to the DAAB. If the DAAB is to comprise three members, each Party shall select one member for the agreement of the other Party. The Parties shall consult both these members and shall agree the third member, who shall be appointed to act as chairperson*”. En la Guía para la preparación de las condiciones particulares y anexos: Formularios de garantías (Guidance for the Preparation of Particular Conditions and Annexes: Forms of Securities), documento integrado en el Libro Plata, además, se ofrecen algunos consejos para que este proceso de elección de los miembros del *Standing Dispute Board* sea favorable para las partes, dada la relevancia de la cuestión. A continuación se reproduce un extracto de dicho documento. “*This Sub-Clause provides for two alternative arrangements for the DAAB: - a sole-member DAAB of one natural person, who has entered into a tripartite agreement with both Parties; or - a three-member DAAB of three natural persons, each of whom has entered into a tripartite agreement with both Parties. The tripartite agreement above is referred to as the DAAB Agreement under the Conditions of Contract. It is recommended that the form of this agreement be one of the two alternative example forms included at the end of this publication (in the section “Sample Forms”), as appropriate to the arrangement adopted. It should be noted that both forms of the DAAB Agreement incorporate (by reference) the General Conditions of Dispute Avoidance/Adjudication Agreement with its Annex DAAB Procedural Rules, which are included as the Appendix to the General Conditions in this publication. Under either of these alternative forms of DAAB Agreement, each natural person of the DAAB is referred to as a DAAB Member. A very important factor in the success of the dispute avoidance/adjudication procedure is the Parties’ confidence in the agreed*

El modelo de contrato NEC4 también contempla la posibilidad de que exista un *Standing Dispute Board* formado por uno o tres miembros, en la disposición W3.1. Si las partes acuerdan establecer un órgano colegiado, cada parte designa a uno de los miembros y el tercero es nombrado de común acuerdo por las partes³⁵⁶.

Por lo que respecta al Reglamento de la CCI de 2015, este texto enuncia en primer lugar la posibilidad de que las partes convengan la existencia de un *Standing Dispute Board* unipersonal y, posteriormente, que las partes establezcan un órgano compuesto por tres miembros. En este último supuesto, si las partes no llegan a un acuerdo sobre la identidad del tercer miembro, la misma CCI puede intervenir en el nombramiento, remitiendo la cuestión al Centro de Resolución de Conflictos³⁵⁷.

individual(s) who will serve on the DAAB. Therefore, it is essential that candidates for this position are not imposed by either Party on the other Party. The appointment of the DAAB is facilitated by the provision in the Contract Data for each Party to name potential DAAB Members. It is important that the Employer and the Contractor each avail himself/herself of the opportunity at the tender stage of the Contract to name potential DAAB members in the Contract Data”.

³⁵⁶ A continuación se reproduce la disposición del NEC4: “W3.1 (1) *The Dispute Avoidance Board consists of one or three members as identified in the Contract Data. If the Contract Data states that the number of members is three, the third member is jointly chosen by the Parties*”.

³⁵⁷ Así se establece en los párrafos 3 y 4 del Artículo 7 del Reglamento de la CCI de 2015, cuyo texto se reproduce a continuación. “*Cuando las Partes hayan convenido que el DB se componga de un Miembro único, éstas nombrarán de común acuerdo al Miembro único del DB. Si las Partes no han nombrado al Miembro único del DB en el plazo de 30 días siguientes a la firma del Contrato o en el plazo de 30 días siguientes al inicio de cualquier ejecución prevista en el Contrato, acogiéndose a lo que ocurra primero, o dentro de cualquier otro plazo acordado por las Partes, el Centro nombrará, a petición de cualquiera de las Partes, al Miembro único del DB. 4 Cuando el DB se componga de tres Miembros, las Partes nombrarán de común acuerdo a los dos primeros Miembros del DB. Si las Partes no han nombrado a uno de los Miembros del DB, o a ninguno de los dos, en un plazo de 30 días siguientes a la firma del contrato o dentro de los 30 días siguientes al inicio de cualquier ejecución prevista en el Contrato, acogiéndose a lo que ocurra primero, o dentro de cualquier otro plazo acordado por las Partes, el Centro nombrará, a petición de cualquiera de las Partes, a los dos Miembros del DB*”.

1.A.iii. Remuneración de los miembros de los *Standing Dispute Boards*

El siguiente aspecto que se analiza en este epígrafe de la presente tesis doctoral es el de la remuneración de los miembros de los *Standing Dispute Boards*, que justifica su relevancia por cuanto tradicionalmente se ha relacionado esta cuestión con el principio de imparcialidad de este tipo de órganos³⁵⁸. Las cuestiones referentes a la remuneración de los miembros del *Standing Dispute Board*, han de quedar clara e inequívocamente reflejadas en el acuerdo de voluntades que las partes firman para el establecimiento de este órgano. El principio general propugna que, en defecto de disposición en contrario efectuada por las partes, estas sufragan los gastos del *Standing Dispute Board* a partes iguales. Este aspecto ha de subrayarse, por cuanto la percepción de la remuneración de los servicios en partes proporcionales de cada una de las partes invoca la imparcialidad de los miembros del *Dispute Board* permanente en las obras. Como solución a estas cuestiones sobre la imparcialidad, los tres modelos de contrato que se exponen toman la misma opción: las partes asumen los gastos generados por el *Standing Dispute Board* al cincuenta por ciento³⁵⁹. Este principio general queda recogido tanto en la Sub-Cláusula 21.1. del Libro Plata de FIDIC³⁶⁰, como en la disposición 3.9 del NEC4³⁶¹ y en el artículo 28 del

³⁵⁸ Vid. supra I.1.A.

³⁵⁹ La citada imparcialidad, fundamento óbice en este tipo de mecanismo de resolución de conflictos, refleja su influencia en una gran variedad de aspectos. Entre ellos, merecen ser destacados la obligación de mantener el secreto y de mantener la neutralidad tanto en el fondo como en la forma. Bajo esta óptica, es comprensible el rechazo que causa que algún miembro de los *Dispute Boards* siquiera mantenga comunicación con una de las partes estando ausente la otra.

³⁶⁰ El contenido de la citada disposición se reproduce a continuación: “*Clause 21. Disputes and Arbitration, Sub-clause 1. Constitution of the DAAB The terms of the remuneration of either the sole member or each of the three members, including the remuneration of any expert whom the DAAB consults, shall be mutually agreed by the Parties when agreeing the terms of the DAAB Agreement. Each Party shall be responsible for paying one-half of this remuneration*”.

³⁶¹ El contenido de la citada disposición se reproduce a continuación: “*Payment 3.9. The Parties pay the Dispute Resolver the amount due in equal shares*”.

Reglamento de la CCI³⁶². Ahora bien, mientras que el Reglamento de la CCI de 2015 establece que esta norma como criterio general puede ser modificado con arreglo a la voluntad de las partes, ni el Libro Plata ni el modelo de contrato NEC4 ofrecen esta posibilidad. Se estima que el hecho de que las partes asuman los gastos del *Standing Dispute Board* a partes iguales es una condición fundamental en los modelos de contrato de ingeniería y construcción que son objeto de regulación en los modelos ofrecidos por FIDIC e ICE. A este respecto, ha de recordarse que el Reglamento de la CCI de 2015 no está especialmente dirigido a este ámbito contractual.

Los modelos de contrato referidos como estándares en la industria de la ingeniería y la construcción apuntan la trascendencia de la cuestión de la remuneración de los miembros del *Standing Dispute Board* en la extensión dedicada a un aspecto complementario a estas disposiciones: las partidas incluidas en el pago de los servicios de los miembros del *Dispute Board*.

En este sentido, el Libro Plata perfila de una manera prolija y exhaustiva todos los conceptos que son objeto de remuneración. Así, se establece inicialmente una cantidad fija que las partes abonan mensualmente a los miembros del *Standing Dispute Board* y que responde a diversas partidas. Estas partidas constituyen la contraprestación de los servicios de disponibilidad para

³⁶² El contenido de la citada disposición se reproduce a continuación: “Artículo 28 Consideraciones generales 1 Las Partes soportarán en partes iguales todos los honorarios y gastos de los Miembros del DB, salvo acuerdo en contrario de las Partes. 2 Salvo acuerdo en contrario de las Partes, cuando son tres o más los Miembros del DB, todos ellos serán tratados de la misma manera y recibirán en partes iguales los mismos honorarios mensuales de gestión, así como los mismos honorarios diarios, por su trabajo como Miembros del DB. 3 Salvo estipulación en contrario en el o en los Contratos de Miembro del DB, los honorarios se fijarán para los primeros 24 meses siguientes a la firma del o de los Contratos de Miembro del DB y serán posteriormente reajustados en el aniversario del o de los Contratos de Miembro del DB, conforme a lo establecido en dicho(s) Contrato(s). 4 Si las Partes y los Miembros del DB no logran llegar a un acuerdo sobre los honorarios de los Miembros del DB, el Centro, a petición de una Parte o un Miembro del DB, fijará dichos honorarios previa consulta con las Partes y los Miembros del DB. Las Partes quedan vinculadas por la determinación del Centro. Los Miembros del DB deben aceptar la determinación o bien rechazar el nombramiento”.

asistir a visitar las obras y celebrar eventuales vistas de acuerdo con el procedimiento que se establece en el Libro Plata. La referida cantidad mensual también comprende el trabajo realizado por cada uno de los miembros del *Dispute Board* para estudiar y comprender el contrato firmado para acometer el proyecto en el que van a realizar sus funciones, así como mantener actualizada la documentación del mismo y los trabajos de secretariado asociados a estas labores. Además de la tarifa mensual, los miembros del *Standing Dispute Board* perciben, según las condiciones del Libro Plata, un pago diario, cuya cuantía acordada comprende los viajes realizados por el miembro del *Standing Dispute Board* para desplazarse a las obras, visitar las instalaciones, asistir a reuniones, prestar asistencia informal y preparar y asistir a las vistas en caso de que se someta a su conocimiento una disputa formal. El Libro Plata completa estas partidas de remuneración estableciendo que quedan cubiertos también todos los gastos razonables en los que incurra el miembro del *Standing Dispute Board* para la realización de sus labores que queden documentados mediante recibo (traslados, alojamiento llamadas telefónicas, etc.); así como los impuestos correspondientes.

El modelo de contrato NEC4 regula la remuneración de los miembros del *Standing Dispute Board* mediante unas disposiciones muy exiguas en comparación con las del Libro Plata. Se estima que la brevedad de esta regulación puede ser debida a que el ámbito de aplicación del modelo de contrato publicado por el ICE es más reducido que el de su homólogo en FIDIC. Así, el modelo NEC4 prevé que se estipule un pago por adelantado que se realiza con anterioridad a cada una de las visitas realizadas a la obra³⁶³. A fin de asegurar que

³⁶³ Se reproduce la disposición correspondiente del Contrato para la resolución de Disputas del NEC4: “Advanced payment 3.7 If the Contract Data includes an advanced payment, the Parties pay to the Dispute Resolver the amount stated in the Contract Data before each site visit. An advanced payment is repaid to the Parties by the Dispute Resolver. The repayment is included in the amount due assessed after the site visit. Payment 3.8 An invoice is issued a) each time a site visit is required, b) after each site visit and c) after termination”.

el miembro del *Standing Dispute Board*³⁶⁴ reciba su remuneración y realice sus funciones, el NEC4 incluso establece que se emitirán las facturas con antelación. Al igual que en el Libro Plata, el NEC4 enumera una relación de gastos incluidos, entre los que se encuentran los de alojamiento, manutención, documentación, etc.

Por lo que respecta al Reglamento de la CCI de 2015, la cuestión de la remuneración de los miembros del *Standing Dispute Board* viene recogida en los artículos 29 a 33, y el artículo 34 añade una partida que se explica a continuación. El artículo 29, por tanto, establece que los miembros del *Dispute Board* perciben una cantidad mensual en concepto de trabajo fuera de la obra (estudio del contrato, documentación, revisión de informes, etc). Esta cantidad mensual se complementa con los honorarios diarios establecidos en el artículo 30, que responden a aquellas actividades que realizan los miembros del *Standing Dispute Board* cuando asisten al sitio con motivo de visitas y reuniones, prestación de asistencia informal y vistas. El Reglamento sigue el esquema general apuntado en los modelos de contrato analizados en párrafos precedentes, en los correspondientes artículos 31 a 33, estableciendo el reembolso de los gastos necesarios, la inclusión en estos de los impuestos aplicables y las normas sobre facturación, respectivamente.

1.A.iv. Obligaciones de los miembros de los *Standing Dispute Boards*

Con la firma del acuerdo de voluntades por el cual los miembros del *Dispute Board* aceptan su mandato, estos adquieren una serie de obligaciones para con las partes del contrato principal. Como es habitual, las disposiciones del Libro Plata de FIDIC son las más extensas en relación con este aspecto. Así, en

³⁶⁴ En el NEC4, esta figura recibe el nombre de *Dispute Avoidance Board*. Esta denominación, no obstante, incluye labores de resolución de conflictos, por cuanto este texto jurídico hace referencia posteriormente al *Dispute Resolver*.

la estipulación 5 del Apéndice de Condiciones Generales para el Acuerdo de *Dispute Avoidance/Adjudication*³⁶⁵ se establecen como obligaciones de los miembros del *Standing Dispute Board* las siguientes: cumplir con las disposiciones contractuales, abstenerse de pronunciarse fuera de sus competencias con arreglo al acuerdo firmado, mantenerse disponible para realizar las funciones de su cargo y notificar si esta disponibilidad puede verse afectada por alguna causa, mantenerse informado de los avances en la ejecución contractual y mostrarse disponible en caso de que las partes requieran su asistencia informal³⁶⁶. El deber de resolver las disputas está contemplado en la redacción del cuerpo principal del contrato FIDIC y es objeto de estudio detallado en secciones posteriores de la presente tesis doctoral³⁶⁷.

Por su parte, el modelo de contrato NEC4 establece un régimen jurídico de obligaciones sobre los miembros del *Dispute Avoidance Board*, que consisten en realizar las visitas a la obra concertadas con las partes y aquellas que sean solicitadas extraordinariamente, adquirir conocimiento de los progresos acometidos en la ejecución contractual, resolver las disputas entre las partes y

³⁶⁵ Se reproduce el contenido de la citada disposición: “5.1. *General Obligations of the DAAB Member* The DAAB Member shall: (a) comply with the GCs, the DAAB Rules and the Conditions of Contract that are relevant to the DAAB’s Activities; (b) not give advice to the Employer, the Contractor, the Employer’s Personnel or the Contractor’s Personnel concerning the conduct of the Contract, except as required to carry out the DAAB’s Activities; (c) ensure his/her availability during the Term of the DAAB (except in exceptional circumstances, in which case the DAAB Member shall give a Notification without delay to the Parties and the Other Members (if any) detailing the exceptional circumstances) for all meetings, Site visits, hearings and as is necessary to comply with sub-paragraph (a) above; (d) become, and shall remain for the duration of the Term of the DAAB, knowledgeable about the Contract and informed about: CONDITIONS (i) the Parties’ performance of the Contract; (ii) the Site and its surroundings; and (iii) the progress of the Works (and of any other parts of the project of which the Contract forms part) including by visiting the Site, meeting with the Parties and by studying all documents received from either Party under Rule 4.3 of the DAAB Rules (which shall be maintained in a current working file, in hard-copy or electronic format at the DAAB Member’s discretion); and (e) be available to give Informal Assistance when requested jointly by the Parties”.

³⁶⁶ La asistencia informal por parte del *Standing Dispute Board* establecida por el Libro Plata es objeto de estudio posterior. Vid. infra IV.4.

³⁶⁷ Vid. infra IV.5.A.

colaborar para que estas no se produzcan, visitar el lugar de las obras e inspeccionar los trabajos, revisar las posibles controversias que puedan surgir entre las partes y tratar de evitar que estas lleguen a constituirse como disputas, documentar sus visitas y, en caso de que las partes lleguen a someter una disputa formalmente, emitir una recomendación³⁶⁸ sobre el contenido de la misma³⁶⁹.

En tercer lugar, el Reglamento de la CCI de 2015 remite esta cuestión a un documento anexo al cuerpo principal del Libro Plata de FIDIC: el Modelo de Acuerdo para miembros del *Dispute Board*. Las disposiciones de este documento contienen el compromiso de que el miembro del *Standing Dispute Board* acepta cumplir con las disposiciones contractuales y el régimen establecido para la actividad en el Reglamento, de forma general³⁷⁰.

Las obligaciones referidas en los párrafos precedentes se complementan con los deberes de imparcialidad y confidencialidad que se predicen en todo caso de los miembros de cualquier tipo de *Dispute Board*,

³⁶⁸ Nótese que el NEC4 establece la emisión de una recomendación por parte del *Dispute Board*. Las recomendaciones son pronunciamientos emitidos por este tipo de órganos que no tienen fuerza vinculante para las partes. Esta cuestión es objeto de estudio en posteriores epígrafes del presente capítulo de esta tesis doctoral. Vid. infra III.2.

³⁶⁹ Se reproduce el contenido de las correspondientes disposiciones del NEC4: “W3.1. (...) (5) *The Dispute Avoidance Board visits the Site at the intervals stated in the Contract Data from the starting date until the defects date unless the Parties agree that a visit is not necessary. The purpose of the visit is to enable the Dispute Avoidance Board to inspect the progress of the works and become aware of any potential disputes. The Dispute Avoidance Board makes additional visits when requested by the Parties. (...) W3.2 (1) The Dispute Avoidance Board assists the Parties in resolving potential disputes before they become disputes. (...) (5) The Dispute Avoidance Board a) visits the Site and inspects the works, b) reviews all potential disputes and helps the Parties to settle them without the need for the dispute to be formally referred, c) prepares a note of their visit and d) unless the Parties have resolved the potential dispute by the end of the Site visit, provide a recommendation for resolving it”.*

³⁷⁰ A continuación se reproduce el contenido de esta disposición: “1. *Compromiso El Miembro del DB actuará en calidad de [miembro único del DB, presidente del DB o miembro del DB] y acepta desempeñar estas funciones de acuerdo con las estipulaciones del Contrato, el Reglamento y las condiciones del presente Contrato del Miembro del DB. El Miembro del DB confirma que es y que permanecerá imparcial e independiente de las Partes”.*

puesto que conforman un aspecto fundamental de este órgano como método alternativo de resolución de conflictos³⁷¹.

³⁷¹ La doctrina más reciente señala la confidencialidad como piedra angular de los sistemas escalonados de resolución de conflictos. *“La confidentialité entre les procédures du système échelonné – Une autre question centrale pour le bon fonctionnement du système échelonné est la problématique de la confidentialité. En pratique, cette obligation peut être analysée sous plusieurs angles. Premièrement, la confidentialité peut être conçue de manière très générale comme l’interdiction de divulguer l’existence et les détails d’un différend à toute personne étrangère à la procédure. Deuxièmement, il existe une obligation de confidentialité au sein de la procédure. Par exemple, dans une médiation, lorsque le médiateur a des entretiens privés avec chacune des parties, il ne peut pas, sauf convention contraire, divulguer ces informations à l’autre partie”*⁷⁷⁹. Cela est essentiel pour l’efficacité de la procédure car le tiers pourra ainsi déterminer beaucoup plus facilement l’existence d’une éventuelle zone d’accord, pour permettre ensuite aux parties de parvenir à un accord. Cependant, alors que ces deux ramifications de la confidentialité sont effectivement très importantes, ce ne sont pas celles qui nous intéressent pour analyser la question de la confidentialité des procédures de MARC au sein du système échelonné. En ce qui concerne le fonctionnement du système échelonné, c’est une troisième ramification de la confidentialité qui mérite une analyse approfondie, celle de la confidentialité d’une procédure par rapport à une autre au sein d’un système échelonné de règlement des différends. En effet, l’obligation de confidentialité régit aussi les conséquences en cas d’échec d’une procédure de résolution des différends en ce qui concerne la confidentialité de cette procédure par rapport à une procédure ultérieure. En d’autres termes, dans des degrés variables, puisque la situation ne sera pas la même après une médiation et après un recours à un dispute board, l’obligation de confidentialité qui régit une procédure déterminera, en cas d’échec de cette procédure, les éléments de cette première procédure qui pourront être produits dans la procédure suivante. En pratique, pour augmenter l’efficacité du système échelonné, les parties doivent s’assurer que chaque procédure est utilisée au maximum de son potentiel. Pour cela, il faut que les caractéristiques fondamentales de chaque procédure, en ce qui concerne la confidentialité, soient respectées. Cela implique par exemple qu’une procédure de médiation utilisée au sein d’un système échelonné puisse bénéficier de la confidentialité qui est largement reconnue à cette procédure de manière générale. Cependant, dans un système échelonné, ces modes de règlement des différends ne sont pas choisis de manière isolée. Ils sont en réalité regroupés de manière à avoir un impact les uns sur les autres. Ainsi, l’efficacité du système impose aussi que certaines informations spécifiques, telles que les conclusions d’un expert, par exemple, puissent être utilisées dans une procédure ultérieure afin d’éviter de nouveaux débats sur des points qui ont déjà été résolus. Par conséquent, le fonctionnement du système échelonné dépendra à la fois du respect de l’obligation de confidentialité propre à chaque procédure et de la prise en compte de l’unité du système. Par conséquent, s’il est possible d’affirmer qu’il existe une règle générale de confidentialité entre les procédures d’un système échelonné (A), cette règle présente certaines limites (B)” SCHEFFER DA SILVEIRA, Gustavo, Tesis Doctoral, Université Paris II Panthéon-Assas, Septiembere de 2017.

1.A.v. Terminación del mandato de los miembros de los *Standing Dispute Boards*

Los casos en los que los miembros del *Standing Dispute Board* queden imposibilitados para atender las funciones inherentes a su nombramiento tratan de ser evitados, con el fin de que este mecanismo de resolución de conflictos pueda prestar el mejor servicio a las partes. Así, los supuestos de terminación del mandato de los miembros del *Dispute Board* se suelen limitar al acuerdo entre las partes y a otras causas sobrevenidas, como por ejemplo la falta de imparcialidad o cuestiones de salud³⁷².

Las causas de recusación y consecuente nombramiento de nuevos en un *Standing Dispute Board* suelen ser configurados como *numerus clausus*, debido a que la designación de un nuevo miembro en un *Standing Dispute Board*, una vez el proyecto ha sido iniciado, implica que la persona que comienza a asistir a las partes no ha conocido las vicisitudes contractuales desde las fases más tempranas. Las opiniones y resoluciones perderían con ello el gran valor que supone la presencia de cada uno de los miembros en el sitio donde se realizan las obras, con la dificultad añadida de que el nuevo miembro no conocería las complejas disposiciones contractuales ni sus posteriores modificaciones. Los juristas que han participado en *Standing Dispute Boards* en contratos internacionales de ingeniería y construcción de gran calado coinciden en el valor del compromiso con el proyecto como elemento fundamental en el desarrollo de los servicios como miembro de estos órganos híbridos de resolución de conflictos.

³⁷² Este aspecto conlleva que en la élite de la industria se encuentran personas cuyo compromiso con este método de resolución alternativa de conflictos se ha prolongado durante décadas. Profesionales como Robert J. Smith, Christopher Seppälä, Gordon Jaynes, Joe Sperry y otros prestigiosos profesionales garantizan su labor con toda una vida dedicada a la presencia como miembros de *Standing Dispute Boards* en proyectos de referencia en todo el mundo.

El Libro Plata de FIDIC pone de manifiesto esta cuestión en la estipulación 10 del Apéndice de Condiciones Generales para el Acuerdo de Dispute Avoidance/Adjudication, enumerando una serie de motivos por los que puede terminar el mandato de un miembro del *Standing Dispute Board*. En primer lugar, el Libro Plata contempla la voluntad del propio miembro, que puede presentar su dimisión mediante una notificación previa con una antelación de 28 días y siempre y cuando no exista una disputa litispendente bajo su mandato (se exceptúan de esta última disposición las causas de enfermedad). Además, las partes pueden acordar la recusación de alguno de los miembros del *Standing Dispute Board* actuando conjuntamente en ausencia de causa o bien ante el incumplimiento de alguna de las obligaciones asumidas por el miembro de *Dispute Board* en cuestión. En caso de que sea alguna de las partes la que proponga la recusación del alguno de los miembros, esta no surtirá efectos inmediatos, sino que el propio Libro Plata prevé un incidente para decidir finalmente, que pasa por remitir la propuesta de recusación a un comité de la CCI que se pronunciará sobre la cuestión³⁷³.

Por lo que respecta al NEC4, este modelo de contrato no atribuye un régimen jurídico tan extenso a los cambios en la composición del *Standing Dispute Board* sino que se limita a enunciar el caso en el que un miembro del *Dispute Board* sea incapaz de prestar sus servicios (*unable to act*). En tal supuesto, las partes volverán a decidir conjuntamente un sustituto o podrán acudir al *Dispute Avoidance nominating body* que ofrece el ICE para proceder al nombramiento del nuevo miembro³⁷⁴ y que está conformado por miembros de la referida institución.

³⁷³ La prolija extensión de estas disposiciones obliga a remitir su lectura directamente al texto auténtico del Libro Plata, documento complementario que se entrega como Anexo 1 a los miembros del tribunal de la presente tesis doctoral.

³⁷⁴ Así se establece en el apartado W3.1 del NEC4: “(4) *If a member of the Dispute Avoidance Board is not identified in the Contract Data or if a member of the Dispute Avoidance Board is*

Por último, el Reglamento de la CCI de 2015 contempla únicamente los casos en los que las partes acuerdan la remoción de alguno de los miembros del *Standing Dispute Board* o bien la dimisión de este, con un periodo de notificación de tres meses³⁷⁵.

Una vez expuestos los rasgos característicos de los *Standing Dispute Boards* como método de resolución de conflictos que, en opinión de esta tesis, mejor refleja la esencia de este mecanismo híbrido en los modelos de contrato más prestigiosos, procede presentar a continuación aquellos *Dispute Boards* que son constituidos únicamente en caso de que la disputa ya haya surgido entre las partes. De esta cuestión se ocupa el siguiente epígrafe de la presente tesis doctoral.

1.B. La legislación británica (*Statutory Adjudication*) como figura afín a los *Ad Hoc Dispute Boards*: apuntes de derecho comparado

Los *Dispute Boards* conocidos como *Ad Hoc Dispute Boards* son aquellos establecidos por acuerdo de las partes en el momento en el que ya ha surgido una disputa formal entre ellas. Esto es, las partes establecen un *Ad Hoc Dispute Board* cuando la disputa ya existe y las partes se han posicionado al

unable to act, the Parties jointly choose a new member. If the Parties have not chosen a Dispute Avoidance Board member or a replacement, either Party may ask the Dispute Avoidance Board nominating body to choose one. The Dispute Avoidance Board nominating body chooses a Dispute Avoidance Board member within seven days of the request. The chosen member becomes a member of the Dispute Avoidance Board”.

³⁷⁵ Estas disposiciones están contenidas en los apartados 2 y 3 del Artículo 14 del Reglamento de la CCI de 2015 y su contenido se reproduce a continuación: “2 *Salvo acuerdo en contrario de las Partes, el DB pondrá fin a sus actividades al recibir una notificación de las Partes mediante la cual comunican su decisión conjunta de disolver el DB. 3 Un Miembro del DB puede renunciar al DB, en cualquier momento, con previo aviso por escrito con tres meses de anticipación dirigido a las Partes, salvo acuerdo en contrario en el o los Contratos de Miembro de DB”.*

respecto, de modo que en este caso la función de evitación de conflictos no puede existir en este tipo de *Dispute Boards*. Dado que los *Ad Hoc Dispute Boards* se establecen cuando la disputa formal ya ha surgido y no al comienzo de la ejecución contractual, como es el caso de los *Standing Dispute Boards*, los miembros del *Ad Hoc Dispute Board* no presentan un conocimiento específico de muchas de las cuestiones contractuales que han conducido a la disputa. Por este motivo, las personas que conforman este órgano tampoco pueden considerar los motivos que han llevado a que las partes se enfrenten por una cuestión contractual, ni las características de las partes del contrato que han podido favorecer una actitud de confrontación. En consecuencia con la configuración de este tipo de órganos, los *Ad Hoc Dispute Boards* agotan su función con la emisión de la resolución jurídico-técnica sobre el contenido de la disputa sometida a su conocimiento.

En consecuencia, las responsabilidades que asumen los miembros de los *Ad Hoc Dispute Boards* suelen quedar limitadas a prestar su disponibilidad para las visitas necesarias al lugar de ejecución contractual si estas son necesarias; a su presencia en las vistas³⁷⁶ celebradas para realizar su función de resolución de conflictos; y a la posterior emisión de una resolución con efectos jurídicos sobre la cuestión que han sometido las partes. Ello redunda en un menor coste económico del mecanismo en sí, a diferencia del mayor desembolso que presenta el establecimiento de un *Standing Dispute Board* en determinado proyecto. Sin embargo, la doctrina subraya³⁷⁷ que lo que en un principio puede

³⁷⁶ El término utilizado para hacer referencia a las reuniones procedimentales en las que cada parte expone sus argumentos y pruebas en la función de resolución de conflictos realizada por el *Dispute Board* se denomina en español “audiencia” (según el Reglamento de la CCI de 2015) o “vista” (según refiere la doctrina). A este respecto, la presente tesis doctoral señala la diferencia terminológica de su denominación en inglés: “hearing”, que puede traducirse como “escucha”. Esta clásica diferencia trasciende la valoración lingüística del concepto y representa fielmente una de las mayores diferencias entre el sistema de derecho civil, en el que prima la documentación escrita, y el *common law*, en el que predomina la oralidad en los procesos.

³⁷⁷ Así lo señalan reputados autores sobre la materia: “*Ad hoc dispute boards A standing dispute board or full-term dispute board describes the typical dispute board where the board members*

parecer un ahorro de costes, puede convertirse con facilidad en un planteamiento erróneo en la práctica internacional de los contratos de ingeniería y construcción. Esto es, aunque se evitan gastos fijos como aquellos asociados a las visitas regulares de los miembros del *Dispute Board*, poner en conocimiento de los miembros del *Ad Hoc Dispute Board* todos los antecedentes y pormenores de la disputa puede representar un coste muy elevado que es difícil de cuantificar con anterioridad al desarrollo procedimental de la disputa.

Plantear la posibilidad de que un *Ad Hoc Dispute Board* preste a las partes una asistencia informal presenta un encaje dificultoso por la configuración de este tipo de órganos. La asistencia informal de los *Dispute Boards* viene regulada expresamente en la nueva *Rainbow Suite* de FIDIC y consiste en que los miembros del *Dispute Boards* puedan emitir opiniones a las partes, ante unos mínimos requisitos formales, cuando las partes lo solicitan y los miembros del *Dispute Board* perciben que determinada cuestión puede desembocar en un conflicto y, potencialmente, en una disputa formal³⁷⁸. A diferencia de las vistas a las que alude expresamente el Libro Plata de 2017 y el Reglamento de la CCI de 2015 (este último, con la denominación “audiencia”), la asistencia informal por parte de los miembros del *Dispute Board* se presta con motivo de diferencias en

are chosen at the inception of the contract between the employer and the contractor. This is typical for most contracts such as FIDIC. There are other times when rather than establishing the dispute board at the start of the contract, the dispute board is established only when a dispute arises. The FIDIC Yellow Book is an example of this situation and is discussed below. Also under this ad hoc dispute board the dispute board itself ends when their decision is made. The problem with such a dispute board is that the dispute board members never get to be fully conversant with the particular project and all of its nuisances and the parties involved. Accordingly no rapport ever builds up. It is this rapport and understanding that goes a long way in most typical dispute boards to help prevent disputes from arising in the first place because informal discussions with the dispute board members, who have established both rapport and credibility with the contractor and the employer, help to sort out problems before they turn into disputes. The only benefit of an ad hoc dispute board is its cost savings as the dispute board only acts when and if a dispute arises”. CHERN, Cyril, *Chern on Dispute Boards*, Londres, Informa Law from Routledge, 3ª Ed., 2015, pág. 81.

³⁷⁸ Esta cuestión queda detallada en secciones posteriores de la presente tesis doctoral. Vid. supra IV.5.

fases muy tempranas, normalmente incluso en las visitas que realiza el *Dispute Board* a las obras. Por lo expuesto, esta función se estima más propia de un órgano que está presente en las obras y que tiene atribuidas expresamente funciones de evitación de conflictos³⁷⁹.

Aunque no faltan autores que defienden la utilidad de los *Ad Hoc Dispute Boards* y los consideran incluso idóneos en proyectos pequeños³⁸⁰, la doctrina mayoritaria coincide en que el funcionamiento de este tipo de órganos que se constituyen una vez se ha percibido el conflicto desvirtúa la función de evitación de disputas que caracteriza a los *Dispute Boards* y que los dota de su buena reputación entre los métodos alternativos de resolución de conflictos. Por esta razón, la atención tanto de la doctrina como de la práctica profesional se centra en los *Standing Dispute Boards* que la presente tesis doctoral estudia en el epígrafe precedente. No obstante, el estudio de los *Ad Hoc Dispute Boards* remite a una relevante cuestión: la distinción de los *Dispute Boards* de la figura afín de la *adjudication*. Existen voces que, incluso, subrayan la confusión entre estas instituciones como un rasgo característico³⁸¹ de los *Ad Hoc Dispute Boards*³⁸².

³⁷⁹ Precisamente, la *Rainbow Suite* de FIDIC publicada en 2017 potencia el principio de evitación de conflictos, tal y como se desarrolla en secciones posteriores de la presente tesis doctoral.

³⁸⁰ Los autores de la doctrina internacional se pronuncian a este respecto. “*On the other hand, Mahnken considers that a DB need not be permanent and that an ad hoc DB could provide an economic solution for a project that is not “very large”. The Japan International Cooperation Agency (JICA) does not agree, and considers that the ad hoc approach fails to make use of the dispute avoidance function of a DB*”. GOULD, Nicholas, “Enforcing a Dispute Board’s Decision: Issues And Considerations”, https://www.fenwickelliott.com/sites/default/files/paper_-_nick_gould_-_july_2011.pdf.

³⁸¹ Así se pronuncia la doctrina internacional. “*Ad hoc DBs are akin to adjudication and therefore do not have the advantages and distinguishing features of a standing Dispute Board*”, VAN LANGELAAR, Anton, “Dispute boards – Operation – Part One”, Civil Engineering, septiembre de 2014, pág. 60.

³⁸² GENTON, Pierre M. “Critical Issues in *Dispute Boards*”, DRBF Conference, Viena, 8-9 de abril de 2011.

La cuestión de la distinción entre la institución conocida como *adjudication*³⁸³ entra el objeto de análisis de la presente tesis doctoral por lo que respecta al estudio del modelo de contrato NEC4 y viene motivada por el contexto territorial en el que el ICE despliega habitualmente su presencia. Debido a que esta organización publica modelos de contrato cuya aplicación está principalmente enfocada en Reino Unido, el NEC4 recoge en su itinerario de resolución de conflictos W2 unas disposiciones acordes con la británica *Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996*, que determina un órgano de resolución de conflictos una vez la *dispute* ha surgido entre las partes. Aunque el citado instituto de la *Statutory Adjudication* podría ser clasificado como un *Ad Hoc Dispute Board*, el establecimiento de este órgano no nace de la autonomía de la voluntad de las partes, sino de una ley que posibilita que las partes sometan la cuestión a un *adjudicator*. Es por ello que la referida institución no se identifica plenamente con el concepto de *Ad Hoc Dispute Board*, sino que es afín a él. Esta afinidad justifica el estudio de la citada *Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996*, puesto que el funcionamiento de este tipo de *Statutory Adjudication* podría ser trasladado a las disposiciones contractuales mediante la autonomía de la voluntad de las partes que, en tal caso, estarían constituyendo un *Ad Hoc Dispute Board*. La referida disposición y sus efectos jurídicos en relación con la clasificación de los *Dispute Boards* es objeto de estudio en el siguiente subepígrafe.

1.B.i. Consideraciones jurídicas en torno a los *Ad Hoc Dispute Boards* y al instituto jurídico del *Statutory Adjudication*

Algunos autores atribuyen la introducción de los *Ad Hoc Dispute Boards* en modelos de contrato al éxito que el mecanismo llamado

³⁸³ El término completo es *Statutory Adjudication*, puesto que este instituto se recoge en normas escritas (*statute*). Sin embargo, la presente tesis doctoral utiliza el término propuesto en el modelo de contrato NEC4, hablando generalmente de *adjudication*.

adjudication encontró en jurisdicciones como Inglaterra, país en el que se introdujo por primera vez la posibilidad de acudir a un proceso similar. La doctrina internacional ahonda en esta cuestión, sugiriendo que, aunque nacieron en Estados Unidos, Inglaterra tiene una gran tradición en la utilización de los *Dispute Boards* y ha contribuido en un alto grado en la institucionalización y generalización de este método de ADR³⁸⁴. Ahora bien, esta cuestión, como se ha apuntado en párrafos anteriores, ha de ser tomada en consideración bajo la óptica de un dato diferenciador: los *Dispute Boards* son órganos de creación exclusivamente contractual, mientras que el mecanismo conocido como *adjudication* tiene una base legal.

Como ya se ha apuntado, una de las notas características de los *Dispute Boards* consiste en que su naturaleza y fuerza vinculante reside esencialmente en la autonomía de la voluntad de las partes, que son quienes deciden incluir este mecanismo de evitación o resolución de conflictos entre las estipulaciones contractuales de sus contratos internacionales de ingeniería y construcción. Asimismo, otro de los principales rasgos de los *Dispute Boards* es que –al ser órganos muy sofisticados– resultan óptimos para la evitación y resolución de conflictos en la práctica contractual internacional más compleja, tal y como se ha venido señalando a lo largo de la presente tesis doctoral.

Sin embargo, en el caso particular de los *Ad Hoc Dispute Boards*, las referidas notas características quedan atenuadas. Así, la autonomía de la voluntad queda reducida en el caso de los países que introducen el mecanismo de *adjudication* en su normativa doméstica. Ello es así porque en virtud de dicho mecanismo se abren las puertas al establecimiento de instituciones que funcionan igual que los *Dispute Boards*, pero no pueden ser considerados *Dispute Boards* porque están creadas por mandato legal, alterándose así la prevalencia de la

³⁸⁴ KNUTSON, Robert, “Dispute Board Processed”, Conferencia *Meeting Business Needs in the Middle East*, Dubai (Emiratos Árabes Unidos), 23 y 24 de noviembre de 2004.

autonomía de la voluntad que rige de forma general en estos órganos³⁸⁵. No obstante, esta tesis doctoral estima que el hecho de que el proceso de *adjudication* quede configurado en el derecho sustantivo inglés como una opción (y no como una obligación) a la que pueden acudir las partes del contrato, permite que la autonomía de la voluntad siga presente en los *Ad Hoc Dispute Boards* recogidos en normativa doméstica, aunque este elemento tenga menos peso que en el caso de los *Dispute Boards* diseñados de forma personalizada por las partes mediante la negociación de una cláusula convencional de resolución de conflictos³⁸⁶.

1.B.ii. La legislación británica como paradigma en la consideración del modelo de *Ad Hoc Dispute Board*

El origen de los *Ad Hoc Dispute Boards* recogidos en legislación nacional se encuentra en la Ley del Reino Unido de subsidios, construcción y recuperación de viviendas (la ya referida *United Kingdom's Housing Grants, Construction and Regeneration Act*, conocida por sus siglas HGRA), que fue el primer texto normativo de aplicación estatal que recogió la figura de la

³⁸⁵ “*Dispute Review Boards, Adjudication Reclaiming some of the territory once served by informal arbitration as an efficient mechanism for resolving jobsite disputes, the dispute review board (DRB) evolved as a short, sharp method for independent expert evaluation of disputes on infrastructure projects and large engineered jobs. The concept involved the establishment of a standing panel of construction and engineering experts to periodically convene on-site to review, and render summary nonbinding opinions on, disputes regarding subsurface conditions and other issues. The idea was that the standing and expertise of the decision makers would stimulate a quick settlement of the dispute, avoid prolonged conflict, and obviate traditional binding arbitration or litigation. The DRB's British analogue was "statutory adjudication." The procedure, which was established as a required method for resolving various project payment disputes by the Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996, consisted of a very short review and decision-making process. Given the temporal limitations, adjudication was necessarily "rough" justice; one English QC suggested that the result might be "little more than a gut reaction" to the dispute.*”²³ Under the law the adjudicator's determination was only preliminarily binding, and the dispute could later be taken to binding arbitration or litigation”. STIPANOWICH, Thomas J., “Managing construction conflict: unfinished revolution, continuing evolution”, *Construction Lawyer*, vol. 34, núm. 13, 2014, págs. 13-26 y 53-56, en esp. pág. 14.

³⁸⁶ LÓPEZ Robert; AMARA, Alberto, “Comparison of Dispute Boards and Statutory Adjudication in Construction. Proceedings of the Institution of Civil Engineers”, *Management, Procurement and Law*, vol. 171, núm. 2, 2018, págs. 70-78.

adjudication. La presente tesis doctoral acomete el estudio de las disposiciones referentes a este procedimiento como institución afín a los *Ad Hoc Dispute Boards*, quedando justificada su extensión por el prolijo interés que suscita la materia entre la doctrina británica³⁸⁷, como precursora de diversos argumentos en relación con el contenido jurídico de los *Dispute Boards*³⁸⁸. En especial, es relevante destacar el contenido del conocido en la industria como “Informe Latham”, que representa un documento con una extensiva dedicación a los métodos adjudicativos de resolución de conflictos en el ámbito de la construcción. Dicho informe fue emitido en Inglaterra, pero su contenido puede ser extrapolado al conocimiento general de la materia en el ámbito internacional por su carácter pionero³⁸⁹. La influencia del modelo inglés que se estudia a continuación, la figura de la *Statutory Adjudication* se reflejó posteriormente en la normativa doméstica de varios países de cultura jurídica *Common Law*. Así, la normativa que se refiere a continuación precedió a las de otros estados, entre los que se encuentran Australia, Nueva Zelanda y Singapur³⁹⁰.

El carácter pionero del país británico en la materia que refiere el presente epígrafe, se refleja en la continua elaboración de métodos de resolución de disputas y en el desarrollo de estos, propiciado por una cultura jurídica que acoge estos mecanismos con gran aceptación. Esta buena disposición ha llevado

³⁸⁷ BROOKER, Penny; LAVERS, Anthony, “Perceptions of alternative dispute resolution as constraints upon its use in the UK construction industry”, *Construction Management & Economics*, vol. 15, núm 6, 1997, págs. 519-526.

³⁸⁸ KENNEDY, Peter, MILLIGAN, Janey, CATTANACH, Lisa, & MCCLUSKEY, Edward, “The development of Statutory Adjudication in the UK and its relationship with construction workload”, *RICS COBRA 2010 conference*, Universidad Dauphine-Paris 2 y 3 de septiembre de 2010.

³⁸⁹ LATHAM, Sir Michael, *et al*, “Constructing the team”, *Joint Review of Procurement and Contractual Arrangements in the United Kingdom Construction Industry, Final Report*, Her Majesty's Stationery Office, julio de 1994.

³⁹⁰ La doctrina se hace eco de la difusión internacional de la Statutory Adjudication. “*Due to its success in some jurisdictions such as England and Wales, in some jurisdictions of Australia and New Zealand and in Singapore, dispute adjudication legislation has been set in force*”. JAEGER, Axel-Volkmar; HÖK, Götz-Sebastian, *FIDIC – A Guide for Practitioners*, Heidelberg, 1ª Ed., Springer Berlin, 2010, pág. 396.

a formular unos novedosos mecanismos muy cercanos a la figura de los *Dispute Boards*. En concreto, es aconsejable realizar una breve digresión en esta tesis para hacer referencia a un fenómeno introducido por la organización profesional *Royal Institution of Chartered Surveyors* (en adelante, RICS por sus siglas en inglés)³⁹¹, en colaboración con la entidad pública del transporte de Londres (Reino Unido), denominada *Transport for London*³⁹². Fruto de esta colaboración, que se creó con motivo de las continuas obras que se acometen en la colosal red de transporte que constituye el metro de Londres, desde hace unos años se reconoce en el contexto británico la figura de los *Dispute Avoidance Panels*. Estos órganos, formados por miembros que han de observar el principio de imparcialidad, se establecen ante las diferencias entre las partes contractuales que potencialmente pueden acabar en una disputa formal. La referida institución publicó una guía³⁹³ que establece las condiciones jurídicas para el establecimiento de estos peculiares órganos de evitación de disputas *ad hoc*, ofreciendo incluso las menciones literales que han de incluirse en las provisiones contractuales en caso de que las partes hubieran elegido regir su régimen jurídico bajo el modelo de contrato NEC3³⁹⁴. En la mencionada guía, se hace referencia a

³⁹¹ La citada entidad, que entre sus fines contempla potenciar la industria de la construcción, ofrece su página web también en español: <https://www.rics.org/es/>.

³⁹² La red de transporte de Londres ofrece una completa página web que permite organizar las visitas a esta fascinante ciudad: <https://tfl.gov.uk/>.

³⁹³ “RICS: Guidance on CAP Process for TfL, Contractors and CAP Members”, Noviembre de 2014, [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Link/Document/Blob/Ib500a5230ba011e698dc8b09b4f043e0.pdf?targetType=PLC-multimedia&originationContext=document&transitionType=DocumentImage&uniqueId=596f0cf7-cb93-49c7-a07f-fa78ff8c791f&contextData=\(sc.Default\)&comp=pluk&firstPage=true&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Link/Document/Blob/Ib500a5230ba011e698dc8b09b4f043e0.pdf?targetType=PLC-multimedia&originationContext=document&transitionType=DocumentImage&uniqueId=596f0cf7-cb93-49c7-a07f-fa78ff8c791f&contextData=(sc.Default)&comp=pluk&firstPage=true&bhcp=1).

³⁹⁴ La doctrina recoge esta opción, contenida en la Guía referida. “How is the CAP procedure incorporated into the contracts? Obviously, the CAP procedure needs to be reflected in the parties’ contracts. TfL contracts are based on the NEC with Option W2 amended to allow either party the option of using the CAP process. I won’t recite all of the clauses, but two of the most relevant are W2.A.2 and W2.A.5”. COPE, Jonathan, Mind the CAP, TfL’s conflict avoidance panel, Practical Law Construction Blog, Thomson Reuters, 30 de junio de 2015, <http://constructionblog.practicallaw.com/mind-the-cap-tfls-conflict-avoidance-panel/>.

este modelo de contrato ya obsoleto, porque en el momento de publicación de la Guía todavía no se había publicado el modelo de contrato NEC4. Sin embargo, es previsible que se publique la guía análoga para la introducción de los *Dispute Avoidance Panels* con las provisiones del NEC 4, que el ICE publicó en 2017. En caso de que prosperase la utilización este mecanismo que todavía apunta tímidamente en el sector de la construcción de transportes, tal vez se podría añadir a la categoría de los *Ad Hoc Dispute Boards* aquellos que ofrecen exclusivamente funciones de evitación de conflictos. Sin embargo, por el momento, la presente tesis doctoral estima que es necesario observar la evolución de los *Dispute Avoidance Panels* antes de introducirlos en la clasificación. No obstante la inclusión del itinerario W3 en el NEC4 se percibe en opinión de esta tesis doctoral como un sustrato favorable para el desarrollo de esta nueva línea de clasificación de los *Dispute Boards*.

Centrando la atención de nuevo en los *Ad Hoc Dispute Boards* con funciones meramente de resolución de conflictos y, más concretamente, en el contenido de la HGRA, el artículo 108³⁹⁵ de esta norma faculta a cualquiera de

³⁹⁵ A continuación se reproduce el Artículo 108 de la HGRA de 1996, en el que se recoge esta institución. “*Adjudication. 108. Right to refer disputes to adjudication. (1)A party to a construction contract has the right to refer a dispute arising under the contract for adjudication under a procedure complying with this section. For this purpose “dispute” includes any difference. (2)The contract shall— (a)enable a party to give notice at any time of his intention to refer a dispute to adjudication; (b)provide a timetable with the object of securing the appointment of the adjudicator and referral of the dispute to him within 7 days of such notice; (c)require the adjudicator to reach a decision within 28 days of referral or such longer period as is agreed by the parties after the dispute has been referred; (d)allow the adjudicator to extend the period of 28 days by up to 14 days, with the consent of the party by whom the dispute was referred; (e)impose a duty on the adjudicator to act impartially; and (f)enable the adjudicator to take the initiative in ascertaining the facts and the law. (3)The contract shall provide that the decision of the adjudicator is binding until the dispute is finally determined by legal proceedings, by arbitration (if the contract provides for arbitration or the parties otherwise agree to arbitration) or by agreement. The parties may agree to accept the decision of the adjudicator as finally determining the dispute. (4)The contract shall also provide that the adjudicator is not liable for anything done or omitted in the discharge or purported discharge of his functions as adjudicator unless the act or omission is in bad faith, and that any employee or agent of the adjudicator is similarly protected from liability. (5)If the contract does not comply with the requirements of subsections (1) to (4), the adjudication provisions of the Scheme for Construction Contracts apply. (6)For England and Wales, the Scheme may apply*

las partes de un contrato de construcción a someter las posibles disputas a un proceso de *adjudication*. Para ello, no obstante, es necesario que el contrato que rige el régimen jurídico entre las partes cumpla determinados requisitos. En caso contrario, el mismo artículo 108 de la HGRA inglesa remite a un régimen general de aplicación supletoria. El referido precepto parte de la premisa de una definición muy amplia del término *dispute*³⁹⁶, de modo que cualquier diferencia entre las partes es susceptible de ser sometida al proceso de *adjudication* con arreglo a las estipulaciones previstas en este texto legal³⁹⁷.

the provisions of the MI Arbitration Act 1996 with such adaptations and modifications as appear to the Minister making the scheme to be appropriate. For Scotland, the Scheme may include provision conferring powers on courts in relation to adjudication and provision relating to the enforcement of the adjudicator's decision”.

³⁹⁶ Esta noción amplia de disputa difiere de otras como –por ejemplo– la de FIDIC, la cual será objeto de estudio posteriormente y establece unos requisitos para que se accione la Cláusula de resolución de conflictos, antes contenida en el número 2º y ahora desdoblada en las Cláusulas 20 y 21, tal y como se expone en secciones posteriores de la presente tesis doctoral (Vid. infra IV.3.). “*First of all, there should be a “dispute”. The mere existence of a claim filed by either party is not sufficient for such a claim to be qualified as a dispute. A dispute occurs when a party files a claim which has been rejected in whole or in part, and the same wishes to pursue the claim further. Thus, a contractor's claim filed in compliance with the contractual requirements of sub-clause 20.1, which has been rejected by the engineer, will qualify as a dispute, provided that the contractor expresses its dissatisfaction with the engineer's rejection”.* KONDEV, D. H., “Is Dispute Adjudication under FIDIC Contracts for Major Works Indeed a Precondition to Arbitration?”, *International Construction Law Review*, Parte 3, Julio 2014, págs. 256-268, en esp. pág. 257.

³⁹⁷ Diversas guías de contenido jurídico publicadas por asociaciones profesionales subrayan la importancia de este procedimiento: “*Adjudication under section 108 of the Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996 (HGRC) was introduced in May 1998. The Local Democracy, Economic Development and Construction Act 2009 and the updated Scheme will revise some aspects of the adjudication process. It has been widely used in the construction industry and applies not only to building contracts but also to professional appointments. If the Act applies to a contract then either party may request the appointment of an adjudicator to be made within seven days of serving a Notice of Dispute, and the adjudicator has 28 days from issue of the Referral within which to issue a decision. That decision will bind the parties and in most cases be readily enforceable in the Technology and Construction Court (TCC). The TCC is the part of the High Court that deals with construction related litigation. Arbitration: For arbitration to apply, the contract between the parties must contain a written agreement to arbitrate. Where it applies the parties might choose to refer to or incorporate an arbitration procedure, such as the Construction Industry Model Arbitration Rules. Alternatively, the arbitration can simply be covered by the applicable legislation, such as the Arbitration Act 1996. Many jurisdictions around the world contain legislation dealing with arbitration, often based upon the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Model*

La segunda sección del mencionado artículo 108 de la HGRA establece unos requisitos para que el método de *adjudication* que haya sido acordado contractualmente pueda ser aplicado. Caso de que estas condiciones no se cumplan, la misma HGRA establece una remisión a normativa de aplicación más general, como regla de aplicación supletoria.

Los requisitos que ha de cumplir el régimen procedimental establecido en el contrato aplicable a la resolución de la disputa mediante un *Ad Hoc Dispute Board* consisten en el establecimiento de varios plazos y premisas en caso de que surja una disputa. Así, para la aplicación del régimen del *Ad Hoc Dispute Board* establecido contractualmente, el contrato que rijan la relación entre las partes ha de contener la posibilidad de que una de las partes pueda comunicar a la otra oficialmente (mediante *notice*³⁹⁸) su intención de someter la disputa a un órgano de *adjudication*, tras lo cual se ha otorgar un plazo de 7 días para elegir al

Arbitration Law. Litigation: The courts have inherent jurisdiction to hear a dispute in respect of just about anything. In the absence of any other procedure, the parties will have a right to refer their matter to an appropriate court. The procedure is governed by the Civil Procedure Rules, and the nature, complexity and value of the dispute will determine which court will hear a particular dispute. Courts have the widest jurisdiction and in addition to determining disputes and declarations, they can also issue Charging Orders, summon witnesses and involve the third parties in the dispute as necessary. Note that bankruptcy and insolvency proceedings such as administration and the winding-up of companies are not primarily governed by the Civil Procedure Rules but by the Insolvency Act and related regulations. In some circumstances a clear debt may be more economically and easily obtained by serving a Statutory Demand or a Winding-Up Petition rather than commencing an action in the court. This is beyond the scope of this guidance note, and specialist advice should always be sought". "Conflict Avoidance and Dispute Resolution in Construction", *RICS Professional Guidance*, 1ª Ed., Londres, 2012, <https://www.rics.org/globalassets/rics-website/media/upholding-professional-standards/sector-standards/construction/black-book/conflict-avoidance-and-dispute-resolution-in-construction-1st-edition-rics.pdf>.

³⁹⁸ *Notice* es un término anglosajón que, en términos jurídicos, hace referencia a una notificación formal, pública o privada, que contiene determinados requisitos para que surta efectos, incluso en el ámbito privado (por ejemplo, envío de un correo electrónico con destinatario y copia a determinadas personas). La importancia de este concepto se ve reflejada en su presencia en las cláusulas contractuales que típicamente contienen los contratos (las llamadas *boilerplate clauses*). Esto es, una *boilerplate clause* es la cláusula *Notices*.

*adjudicator*³⁹⁹ (experto que vaya a conocer de la disputa)⁴⁰⁰. Este último, ha de emitir su resolución en el plazo de 28 días, a los cuales se puede añadir un plazo complementario de 14 días siempre que se cuente con el consentimiento de la parte que ha sometido la disputa al órgano de *adjudication*. Como notas que acercan el concepto de *adjudication* a lo que se considera un proceso contradictorio en el contexto procesal, se establece en el artículo 108.2. e) y f) de la HGRA que las provisiones contractuales en este sentido han de imponer un mandato de imparcialidad al *adjudicator* y que este puede tomar la iniciativa en la valoración tanto de los hechos como de las normas aplicables, de modo que el conocimiento de estos no queda limitado al principio dispositivo o de justicia rogada.

El artículo 108 de la HGRA prosigue en su redacción, introduciendo las condiciones que ha de presentar la cláusula de resolución de conflictos para que determinado contrato quede dentro del ámbito de aplicación de la norma. Así, la sección tercera del referido artículo 108 de la HGRA establece que la resolución del órgano de *adjudication* ha de formularse como vinculante desde su emisión, sin perjuicio de que la disputa sea resuelta definitivamente con posterioridad por medio de un arbitraje o de un nuevo acuerdo de las partes sobre los términos de la disputa; salvo que las partes establezcan el carácter final de la resolución inicial. Por lo tanto, esta previsión legal obliga a que exista una cláusula escalonada de resolución de conflictos o bien a que las partes dispongan sobre la fuerza vinculante de la resolución resultante del proceso de *adjudication*. Como puede observarse, aunque la nota de la autonomía de la voluntad que caracteriza a los *Dispute Boards* queda atenuada por aplicación de las disposiciones legales precitadas, en el caso de los *Ad Hoc Dispute Boards*

³⁹⁹ Se utilizará la voz inglesa, debido a los referidos problemas de traducción que presenta el concepto de *adjudication*.

⁴⁰⁰ Obsérvese el singular que la norma utiliza a lo largo de toda su extensión, sugiere que este órgano resolutorio sea unipersonal.

establecidos en este caso por normativa escrita. No obstante, esta nota no queda completamente eliminada, puesto que está en manos de las partes el otorgar un efecto de cosa juzgada formal a la resolución que finaliza el proceso de *adjudication*. Finalmente, de acuerdo con la sección cuarta del artículo 108 de la HGRA, la redacción contractual ha de contener una estipulación que exima al *adjudicator* de responsabilidad sobre las resoluciones emitidas, siempre que este haya actuado de buena fe.

Tal y como se enunciaba al inicio de este epígrafe, la redacción del artículo 108 avanza estableciendo un régimen supletorio de aplicación en caso de que el contrato no cumpla con las condiciones establecidas en las secciones precedentes. En tal caso, son de aplicación las provisiones sobre *adjudication* del Sistema de Contratos de Construcción del Reino Unido⁴⁰¹.

En primer lugar, tras determinadas previsiones sobre la norma en sí y su ámbito de aplicación, la *Scheme for Construction Contracts (England and Wales) Regulations*” (SCCR) recoge la remisión del artículo 108 de la HGRA citada con anterioridad. Así, la SCCR operará subsidiariamente a los casos en los que las estipulaciones contractuales entre las partes no contengan los requisitos establecidos en las secciones comentadas, o bien en caso de que las partes no consigan llegar a un acuerdo en los términos establecidos contractualmente. A partir de entonces, prosigue la norma estableciendo un régimen procedimental más detallado que el que se expone en el artículo 108 de la HGRA⁴⁰².

⁴⁰¹ La norma “*Scheme for Construction Contracts (England and Wales) Regulations*” –cuya entrada en vigor se produjo el 1 de mayo de 1998– puede ser consultada en el siguiente enlace: <http://www.legislation.gov.uk/uksi/1998/649/made>. En adelante, se hará referencia a ella con las siglas: SCCR y se hará referencia al término *section* como “artículo”.

⁴⁰² Se reproduce dicho extracto: “*The Scheme for Construction Contracts. 2. Where a construction contract does not comply with the requirements of section 108(1) to (4) of the Act, the adjudication provisions in Part I of the Schedule to these Regulations shall apply. 3. Where— (a) the parties to a construction contract are unable to reach agreement for the purposes mentioned respectively in sections 109, 111 and 113 of the Act, or (b) a construction*

En primer lugar, la SCCR define los requisitos que ha de contener la *notice* por la cual la parte actora⁴⁰³ insta el proceso de *adjudication*, que incluyen cuestiones tanto formales –nombres y direcciones de las partes en el contrato y cualesquiera otros datos para cumplir con las estipulaciones contractuales sobre notificaciones (cláusula de *notices*)– como de fondo –descripción de la disputa en términos materiales y temporales–. Prosigue la norma británica estableciendo el régimen por el cual se elige al *adjudicator* que conocerá de la controversia. Así, se contemplan los casos en los el nombre del *adjudicator* esté previsto en el contrato y que –en ausencia de esta previsión– las partes lo elijan de mutuo acuerdo mediante una propuesta realizada a una persona física que actúe en su propio nombre y derecho⁴⁰⁴, que ha de ser aceptada en el plazo de 2 días. Se prevé también el caso en el que el *adjudicator*, persona física, haya de ser elegido entre un directorio previamente señalado; en cuyo caso el plazo para la aceptación del cargo se extiende a 5 días. A continuación, la norma prosigue indicando un incidente procedimental para el caso en el que las partes no alcancen acuerdo en la elección del *adjudicator*, así como un régimen de abstención, recusación y cese del *adjudicator*, basado en cuestiones como el principio de cosa juzgada⁴⁰⁵, la voluntad de las partes, etc. A lo largo de estos incidentes, la SCCR establece la responsabilidad solidaria de las partes en el pago de los honorarios del *adjudicator*.

contract does not make provision as required by section 110 of the Act, the relevant provisions in Part II of the Schedule to these Regulations shall apply”.

⁴⁰³ Debido a la naturaleza de los *Ah Hoc Dispute Boards* que ha sido objeto de estudio anterior, se utilizará en esta sección el término procesal clásico “parte actora” para referirse a la parte que inicia el proceso de *adjudication*.

⁴⁰⁴ A lo largo de todo el texto se hace referencia a una sola persona física que actúa en su propio nombre y derecho.

⁴⁰⁵ Según el artículo 9.2 de la SCCR: “*An adjudicator must resign where the dispute is the same or substantially the same as one which has previously been referred to adjudication, and a decision has been taken in that adjudication*”.

El estudio de este régimen legal supletorio para los *Ad Hoc Dispute Boards* en los contratos de construcción del Reino Unido adquiere relevancia en conexión con las dificultades para la definición del término *adjudication* que son objeto de análisis en la presente tesis doctoral. En especial, merece atención la rúbrica “*Powers of the adjudicator*” de la SCCR, que comprende 8 artículos (del 12 al 19) en los que se detalla el régimen legal del mecanismo de *adjudication* en sus aspectos procesales. El estudio de esta normativa contribuye a la comprensión del término *adjudication*, mediante una definición legal de aplicación actual de los *Dispute Boards* en el ámbito de la construcción.

En primer lugar y en virtud del artículo 12 de la SCCR, el *adjudicator* queda sometido a las obligaciones de imparcialidad en el ejercicio de sus funciones y de emisión de resoluciones con arreglo a la ley aplicable al contrato. Estos deberes reflejan conceptos clásicos de derecho procesal como son el principio de tercero imparcial que se predica de los mecanismos heterocompositivos y el principio de legalidad que rige de forma general este tipo de procesos. Finaliza este artículo imponiendo al *adjudicator* un control de los gastos, haciendo una mención expresa a la obligación de evitar gastos innecesarios.

A continuación, el artículo 13 de la SCCR otorga al *adjudicator* la facultad de tomar la iniciativa a la hora de valorar tanto los hechos como la ley necesaria para dirimir sobre la disputa, de modo que se puede deducir que el proceso de *adjudication* establecido en la SCCR no queda limitado por el principio de justicia rogada. Por el contrario, incumbe al *adjudicator* la labor de investigar y comprobar la veracidad de los hechos alegados y decidir qué tutela puede ser la que corresponda a la disputa referida con arreglo a los principios de imparcialidad y legalidad. La norma reconoce asimismo al *adjudicator* la facultad de decidir cuestiones procedimentales a seguir en el proceso de *adjudication* como: documentos y manifestaciones a aportar por las partes,

idioma en el que se cursa el proceso y posibles traducciones de documentos (decidiendo, en su caso, quién debe acometerlas), emplazamiento e interrogatorios a las partes, visitas e inspecciones, comprobaciones, nombramiento de peritos, establecimiento de plazos procesales y longitud de los escritos a aportar y –concluyendo con una cláusula abierta– emitir cualesquiera otras instrucciones a seguir en el proceso de *adjudication*. Cabe destacar que el artículo 13.f) de la SCCR recoge la posibilidad de que el *adjudicator* nombre asesores jurídicos en el proceso, lo cual –*sensu contrario*– implica que este método de resolución de conflictos puede desarrollarse satisfactoriamente en ausencia de profesionales del derecho; cuestión que ha sido objeto de atención entre la doctrina internacional⁴⁰⁶.

A partir del artículo 14, la SCCR, se centra la atención en la obligación de las partes de seguir las instrucciones del procedimiento establecidas por el *adjudicator*. En primer lugar, la norma obliga⁴⁰⁷ de modo general a que las partes cumplan con las instrucciones procedimentales que el *adjudicator* haya emitido. El artículo 15 previene tres actuaciones que puede llevar a cabo el *adjudicator* en caso de que alguna de las partes no siga las instrucciones recibidas. Estas consisten en (a) continuar con el procedimiento a falta de los documentos solicitados a las partes; (b) valorar negativamente la falta de aportación de dichos documentos y (c) emitir una decisión válida aun cuando la información requerida no haya sido aportada. En este sentido, cabe poner de relieve una manifestación del principio de justicia rogada que –como se ha expuesto anteriormente– queda atenuado en los *Dispute Boards*. En este caso,

⁴⁰⁶ Sobre estas cuestiones resulta muy interesante el número 2 de la revista internacional *Transnational Dispute Management*, íntegramente dedicado a esta materia: “Non-Legal Adjudicators in National and International Disputes”. FACH GÓMEZ K.; ZHANG W.; “TDM 2 (2017) - Editorial: Non-legal Adjudicators in a Lawyers' World”, TDM 2 (2017), www.transnational-dispute-management.com, URL: www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2444.

⁴⁰⁷ De nuevo, se aprecia la distinción entre los términos *shall* –que, en este texto, indica obligación– y *may* –que, por contraposición, indica posibilidad–.

aunque el *adjudicator* tiene facultades de investigación en el proceso, este puede emitir una decisión vinculante en ausencia de documentos cuando alguna de las partes haya sido requerida para su aportación y esta no haya cumplido con el requerimiento.

La postulación de las partes en el procedimiento establecido en las citadas disposiciones de aplicación supletoria, viene regulado en el artículo 16 de la SCCR. En este sentido, el referido artículo establece la posibilidad de que las partes puedan comparecer en el proceso de *adjudication* asistidas y representadas por profesionales. Sin embargo, a diferencia de otros procesos judiciales, no es obligatorio que estos representantes estén cualificados legalmente para ejercer asesoramiento legal. Una vez más, el peso técnico de las disputas en el ámbito de la ingeniería y construcción desdibuja una de las características clásicas de los actores de los procesos judiciales y revela nuevas posibilidades de actualidad en los métodos alternativos de resolución de conflictos. Por ello, los perfiles profesionales y académicos de las personas que participan en los *Dispute Boards* suelen presentar una prolija formación tanto en el ámbito jurídico como en cuestiones técnicas⁴⁰⁸.

El artículo 17 de la SCCR introduce una obligación de motivación de la resolución, en tanto en cuanto establece que la información en la que aquella se base ha de estar disponible para las partes. Asimismo, esta información está protegida por el mandato legal de confidencialidad que viene recogido en el artículo 18 de la SCCR.

La rúbrica de la SCCR que contiene las facultades del *adjudicator* (*Powers of the adjudicator*) finaliza con el establecimiento de una serie de plazos

⁴⁰⁸ Una vez más, merece ser destacada a estos efectos la lista de personas que FIDIC ofrece para constituirse como miembros de *Dispute Board*, publicada por el Presidente de la organización en su página web. En la citada página web, se exponen los currículums de las referidas personas y se puede contrastar la amplia formación que poseen.

para la emisión de la resolución en diferentes situaciones. Así, se establece un plazo general de 28 días tras la recepción de la *notice*, ampliable a 42 días si así lo acepta la parte actora, que puede ser modulado por acuerdo de ambas partes contractuales. En caso de que el *adjudicator* no cumpla los mencionados plazos, la norma prevé que este quede sustituido y se facilite toda la documentación al nuevo *adjudicator*. Esta previsión, junto con aquellas que hacen referencia al pago de los honorarios de los *adjudicators*, busca asegurar que este método de resolución de conflictos sea rápido y efectivo; lo cual queda efectivamente recogido en la norma estudiada. Finaliza el artículo 19 de la SCCR con la lógica obligación de facilitar a las partes del proceso una copia de la resolución del *adjudicator*.

Los siguientes tres artículos de la SCCR (artículos 20 a 22) vienen rubricados bajo el título *Adjudicator's decision* y tratan sobre el contenido y los efectos de la resolución del *adjudicator*. En primer lugar, el artículo 20 establece la obligación de resolver, utilizando una vez más el verbo “*shall*” que, a lo largo de todo el texto, expresa obligación -por oposición a “*may*”-. Para ello, el *adjudicator* puede tomar en consideración tanto el objeto de la disputa que haya sido fijado por las partes, como cualquier cuestión contractual que considere que esté necesariamente conectada con la disputa. En concreto, la SCCR reconoce que el *adjudicator* pueda (a) conocer, revisar y modular las decisiones y los certificados –con frecuencia, ligados a hitos de pago– realizados por las partes, salvo que estos tengan carácter final y concluyente porque así lo hayan dispuesto las partes; (b) pronunciarse sobre la procedencia de obligaciones de pago del principal y sobre la fecha de las mismas y (c) establecer los términos para el pago de intereses a tal respecto. Estas decisiones son vinculantes para las partes desde el momento en el que se les facilita copia de las mismas salvo que se indique lo contrario en la resolución del *adjudicator*. Por último, el artículo 22 concluye reiterando que la decisión del *adjudicator* ha de estar motivada, estableciendo que el *adjudicator* deberá facilitar los motivos sobre los que base su decisión siempre y cuando alguna de las partes lo solicite.

La última rúbrica del capítulo de la SCCR dedicado a la *adjudication* comprende cuatro artículos –del 23 al 26– y trata sobre los efectos de la resolución emitida en el proceso (*Effects of the decision*). La importancia de la resolución que pone fin al proceso de *adjudication* radica en el reconocimiento legal de su fuerza vinculante para las partes y la inmediatez de sus efectos, establecida en el primer párrafo del artículo 23 de la SCCR. Este régimen se completa con el segundo párrafo del citado artículo, en el que se reitera que la decisión será vinculante para las partes y estas han de cumplirla hasta que la disputa sea resuelta mediante arbitraje o acuerdo entre las partes.

Tras unas cuestiones terminológicas recogidas en el artículo 24 de la SCCR, en los dos últimos artículos de la rúbrica de la SCCR que se analiza en el presente subepígrafe se recogen el derecho de cobro del *adjudicator* –al que quedan obligados solidariamente las partes que hayan referido la disputa– y la exención de responsabilidad del *adjudicator* en el ejercicio de sus funciones, salvo que este haya obrado de mala fe⁴⁰⁹.

La regulación del instituto jurídico de la *adjudication*, de aplicación en los contratos de construcción, y recogida en la HGRA y la SCCR, merece la atención de la presente tesis doctoral, por cuanto se trata una norma fácilmente accesible que alcanza a exponer muchos de los aspectos que se ponen de manifiesto en los *Ad Hoc Dispute Boards*. De este modo, la regulación de la *adjudication* de la normativa doméstica británica en materia de construcción ilustra el funcionamiento de los *Ad Hoc Dispute Boards*. La presente tesis doctoral se apoya en la referida figura de la *adjudication* como afín a los *Ad Hoc*

⁴⁰⁹ La organización RICS ha publicado una guía jurídico-divulgativa sobre el funcionamiento de la regulación establecida por la HGRA y la SCCR. El referido documento ilustra el contenido de la *Statutory Adjudication* desde una óptica muy accesible. “Surveyors acting as adjudicators in the construction industry. RICS professional guidance, England and Wales”, *Royal Institution of Chartered Surveyors (RICS)*, 4ª Ed., enero de 2017, <https://www.rics.org/globalassets/rics-website/media/upholding-professional-standards/sector-standards/dispute-resolution/surveyors-acting-as-adjudicators-in-the-construction-industry-4th-edition-rics.pdf>.

Dispute Boards. Tras la exposición de las disposiciones de la HGRA y la SCCR, se estima que la figura de la *Statutory Adjudication* no puede calificarse de *Dispute Board* expresamente, puesto que su regulación no viene establecida por la voluntad de las partes sino que se ha de someter a las normas procedimentales establecidas. Sin embargo, el valor de estas disposiciones es indiscutible, puesto que las partes pueden elegir por manifestación de su autonomía de la voluntad introducir un procedimiento similar en los contratos que firmen para acometer prestaciones de ingeniería y construcción.

Una vez expuesta la distinción que pivota en torno al momento del establecimiento de los *Dispute Boards* y las normas elegidas para ejemplificar las formulaciones teóricas acerca de estos conceptos, procede aludir a otra de las grandes clasificaciones aplicable a los *Dispute Boards*: aquella que atiende a la fuerza vinculante de sus resoluciones.

2. CLASIFICACIÓN EN ATENCIÓN A LA FUERZA VINCULANTE DE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS: *DISPUTE REVIEW BOARDS*, *DISPUTE ADJUDICATION BOARDS* Y *COMBINED DISPUTE BOARDS*

La clasificación jurídicamente más importante que puede aplicarse a los *Dispute Boards* es aquella que atiende a la fuerza vinculante de las resoluciones que emiten estos órganos de ADR. La relevancia de esta clasificación queda subrayada por los efectos jurídicos que despliegan las resoluciones emitidas por cada uno de los tipos de *Dispute Boards* que se

abordan en el presente epígrafe⁴¹⁰. La configuración de un tipo u otro de *Dispute Board* con arreglo a este criterio redundante tanto en el cumplimiento de las cláusulas *multi-tier* de resolución de conflictos presentes en los contratos de construcción internacionales, como en los correspondientes cauces procedimentales para proceder a la ejecución de sus disposiciones, tal y como se desarrolla en el presente epígrafe.

De acuerdo con lo expuesto en las secciones precedentes de la presente tesis doctoral, los *Dispute Boards* son un mecanismo de resolución de conflictos de naturaleza híbrida, que responde óptimamente a las exigencias de la autonomía de la voluntad de las partes sin perder su esencia que, como se viene

⁴¹⁰ En este sentido, la doctrina se ha pronunciado sobre la manera de abordar la presencia de un *Dispute Board* en un contrato. “*How does a dispute board approach differ? The answer to this question depends on the type of dispute board adopted. The ICC provides for three basic models: (1) ‘Dispute Review Boards’ (DRBs, which make advisory recommendations); (2) ‘Dispute Adjudication Boards’ (DABs, which adopt an adjudicatory role); and (3) ‘Combined Dispute Boards’ (CDBs, which may adopt either approach). Being contractual, specific arrangements vary, but dispute boards usually consist of a panel of three neutral experts chosen by the parties. It is usual to provide for the panel to be constituted at the commencement of the project because it is intended that the panel will be involved both in regular communication with the parties and regular visits to the project, so as to be constantly ‘up to speed’ with the project and familiar with the parties and with any problems as they emerge. In the DRB model, the dispute board will, at the latest, become actively involved when a dispute cannot be resolved by the parties and the dispute is referred to it. The DRB reviews the dispute and may convene an informal hearing at which each party explains its position and answers questions. As explained by the DRBF: “The Board’s output consists of a written, non-binding recommendation for resolution of the dispute... “While the DRB recommendation for resolution of a dispute is non-binding, the DRB process is most effective if the contract language includes a provision for the admissibility of a DRB recommendation into any subsequent arbitration or legal proceeding.” Preferably, and not uncommonly, the board will take on a more proactive role, seeking to ‘head off’ issues before they truly emerge as a dispute. DRBF statistics summarising the number of disputes resolved by such dispute boards (which, inferentially, would have evolved into arbitrable disputes but for the assistance of the boards) speak highly of their success. The fact that the DRB does not ‘decide’ the dispute in the same manner as an adjudicator means that the DRB seeks a solution that will be voluntarily adopted by the parties. DABs (such as those prescribed in FIDIC contracts) take a different approach, issuing an interim decision that is binding on the parties unless and until overturned in arbitration. This is closer to the adjudication process. Bridging the gap between the two types, the CDB can issue either recommendations or decisions. The default position is to make non-binding recommendations, though a party is able to request a binding decision”. HOUGHTON, Anthony, “Should Dispute Boards (Also) be Made Mandatory?”, *Asian Dispute Review*, vol. 16. Núm. 4, 2014, págs. 196-200, en esp. págs. 197–198.*

argumentando, es la configuración contractual de este órgano, dado que son las partes las que dotan de autoridad a los *Dispute Boards* y les confieren sus características. Es por ello que la presente tesis doctoral se decanta por utilizar el término genérico *Dispute Board* a lo largo de su texto, sin precisar el tipo de órgano de que se trata según las clasificaciones que aquí se presentan. Sí se hará referencia expresa a las taxonomías que este capítulo ofrece en los casos en los que sea relevante especificar los aspectos concretos de un determinado tipo de *Dispute Board*. Se pone así de manifiesto el principio de la irrelevancia del *nomen iuris*⁴¹¹, primando lo dispuesto por la autonomía de la voluntad de las partes en las disposiciones contractuales sobre la nomenclatura que estas utilizan⁴¹².

En la práctica, el término genérico *Dispute Board* puede hacer referencia tanto a aquellos paneles de resolución de conflictos que emiten decisiones vinculantes, como a los que emiten meras recomendaciones o, incluso, se limitan a realizar tareas de evitación de conflictos (como, por ejemplo, ofrecer opiniones informales a petición de las partes). Atendiendo al criterio de clasificación que ocupa a este epígrafe, se impone la necesidad de realizar distinciones en la nomenclatura de este mecanismo de ADR. Sin embargo, en la práctica, independientemente de los términos con los que se denominen estos órganos⁴¹³, su configuración con respecto a la clasificación que atiende a la fuerza vinculante de sus resoluciones adquiere una gran relevancia jurídica.

⁴¹¹ Así, en los contratos referidos en secciones precedentes de la presente tesis doctoral, se puede constatar que este órgano de resolución de conflictos puede adoptar otros nombres, como por ejemplo *Joint Consulting Board* (término utilizado en el contrato firmado con motivo de la construcción del *Bonduary Dam*), *Disputes Review Group* (denominación escogida para el contrato de construcción del aeropuerto de Honk Kong), etc. Vid. supra I.2.B.iv.

⁴¹² Así lo sugieren diversos autores en diferentes recursos bibliográficos. GENTON, Pierre M. “The Dispute Review Board— Wishful Thinking or Reality?”, *International Law FORUM du droit international*, 1999, págs. 68-72.

⁴¹³ De hecho, algunas guías jurídicas publicadas para promover la aplicación de los *Dispute Boards* utilizan términos cuya interpretación aislada puede llevar a confusión. En este sentido, vid. “The

Según la estructura que el presente epígrafe desarrolla, las resoluciones emitidas por los *Dispute Boards* se clasifican en tres categorías: (a) no vinculantes, como es el caso de las recomendaciones, emitidas por los conocidos como *Dispute Review Boards*; (b) vinculantes desde el momento en el que se emiten, llamadas entonces decisiones y emitidas por los *Dispute Adjudication Boards*; y (c) híbridas, que se denominan recomendaciones o decisiones, según el momento en el que se haga referencia a ellas. Estas últimas son aquellas emitidas por los *Combined Dispute Boards* ofrecidos por la CCI inicialmente en el Reglamento CCI 2004 y, posteriormente, en el Reglamento CCI 2015⁴¹⁴. A continuación, esta tesis expondrá en detalle los rasgos jurídicos definitorios de cada una de las categorías enunciadas⁴¹⁵.

Construction Industry's Guide to Dispute Avoidance and Resolution", *American Arbitration Association*, octubre de 2009, https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/The%20Construction%20Industry's%20Guide%20to%20Dispute%20Avoidance%20and%20Resolution.pdf.

⁴¹⁴ A modo introductorio, algunas fuentes recogen esta clasificación de manera sencilla. "Tipos: DRB, DAB y CDB. Típicamente existen dos tipos de *Dispute Boards* que son el *Dispute Review Board* y el *Dispute Adjudication Boards* que como veremos en un momento la diferencia entre uno u otro radica en las consecuencias que tiene para las partes el tipo de resoluciones que emiten. El tercer tipo de DB que se contempla el reglamento ICC es una innovación de la y es un tipo combinado de los dos anteriores. DISPUTE REVIEW BOARD (DRB): El DRB emite Recomendaciones en relación con las controversias planteada por las partes. Cuando ninguna de las partes emite su desacuerdo ante una recomendación dentro del plazo establecido, éstas se comprometen contractualmente a acatarlas. Cuando si emiten su desacuerdo dentro del plazo establecido, pueden someter la controversia al arbitraje u órgano jurisdiccional, según lo hayan previsto en el Contrato, y en tanto se emite la resolución arbitral o judicial, las partes no están obligadas a cumplir la resolución del DRB. DISPUTE ADJUDICATION BOARD (DAB): El DAB emite decisiones en relación con la desavenencia planteada, la cual debe de ser cumplida por las partes desde el momento de su recepción. Cuando una de las partes exprese su desacuerdo dentro del plazo establecido la puede someter a arbitraje u órgano jurisdiccional competente, según el acuerdo contractual, no obstante, las partes deben cumplir con la decisión hasta en tanto no haya un laudo o resolución judicial en sentido contrario. En caso de que no se oponga a la decisión ninguna de las partes dentro del plazo establecido las partes quedan obligadas contractualmente a cumplir su decisión. COMBINED DISPUTE BOARD (CDB): Normalmente emite recomendaciones respecto las desavenencias que le has sido planteadas, sin embargo, puede emitir una decisión cuando una parte lo solicita y la otra no se opone a ello. En caso de oposición el CDB decidirá si emite una decisión o una recomendación según los criterios establecidos en el Reglamento ICC". QUINTANILLA MADERO, Cecilia, "Introducción a los *Dispute Boards*", ICC México Pauta, Boletín informativo del Capítulo

La presente tesis doctoral prescinde de utilizar abreviaturas para clasificar a los *Dispute Boards* que emiten resoluciones vinculantes y no vinculantes, debido a que estas pueden llevar a confusión. Por ello, se impone la necesidad de explicar algunas denominaciones clásicas de estos órganos con anterioridad al análisis jurídico de sus resoluciones. Las siglas DRB pueden hacer referencia a dos tipos de *Dispute Board*: *Dispute Resolution Boards* y *Dispute Review Boards*. La primera de las locuciones suele designar a los *Dispute Boards* que emiten resoluciones no vinculantes, cuyo origen, como ya se ha expuesto⁴¹⁶, radica en Estados Unidos. La segunda de ellas, se originó en Reino Unido para designar aquellos *Dispute Boards* que emiten resoluciones vinculantes. A su vez, el término que se utiliza para hacer referencia a estos últimos en Estados Unidos responde a la locución *Dispute Adjudication Boards*. La presente tesis doctoral incide nuevamente en la irrelevancia del *nomen iuris* y reitera la necesidad de examinar cada disposición en concreto para determinar el carácter del *Dispute Board* que las partes hayan establecido para cada contrato en concreto.

Una vez perfiladas las cuestiones terminológicas necesarias para abordar el contenido del presente epígrafe, procede la presentación de los tipos de *Dispute Boards* en función de las resoluciones que emiten en el cumplimiento de sus funciones de resolución de conflictos.

Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A.C. CAMECIC, núm. 54, octubre 2007, págs. 1-97, en esp. pág. 5.

⁴¹⁵ DETTMAN, Kurt; MIERS, Christopher, “Dispute Review Boards and Dispute Adjudication Boards: Comparison and Commentary”, *DRBF Forum*, Special Edition Reprint, febrero de 2012.

⁴¹⁶ Vid. supra I.2.A.i.

2.A. Resoluciones no vinculantes o recomendaciones (*recommendations*): *Dispute Review Boards*

Atendiendo al criterio de clasificación de la existencia de fuerza vinculante de las resoluciones de los *Dispute Boards*, se analizan en primer lugar los denominados *Dispute Review Boards*. De origen y tradición norteamericanos (cronológicamente, fueron los primeros *Dispute Boards* en aparecer), el objetivo de los *Dispute Review Boards* es la emisión de recomendaciones no vinculantes sobre la disputa sometida por las partes. Este aspecto influye en su consideración como un método de resolución de conflictos con un importante componente consensual, en el que predominan aspectos autocompositivos, con especial incidencia en lo que respecta a la posterior ejecución de las resoluciones que emiten. Ello queda reflejado en el compromiso de las partes, que es la razón última del cumplimiento de lo establecido en las resoluciones emitidas por un *Dispute Review Board*.

El recurso a un *Dispute Board* que emita resoluciones no vinculantes se remonta a la construcción del túnel Eisenhower en Colorado (Estados Unidos), en la década de los años 70 del siglo pasado⁴¹⁷. El motivo por el cual se optó por que las resoluciones de este órgano no resultasen inmediatamente vinculantes radicó en un principio en cuestiones procesales domésticas en torno a la ejecución de las recomendaciones emitidas por los *Dispute Boards* en el estado de Colorado⁴¹⁸. Debido a la pluralidad de normativas procesales que coexiste en el sistema federal estadounidense, la ejecución de este tipo de resoluciones puede presentar dificultades generadas por la aplicación de la respectiva normativa procesal de cada estado. Por este motivo, el *Dispute Review Board* es el modelo

⁴¹⁷ La presente tesis doctoral ha expuesto con anterioridad los pormenores de este proyecto. Vid. supra I.2.a.i.

⁴¹⁸ KRAMPATH, Michael T., “The Use of Dispute Resolution Boards for Construction Contracts”, *The Urban Lawyer*, vol. 46, núm. 4, otoño de 2014, págs. 807-814, en esp. pág 810.

que se ha venido adoptando con mucha frecuencia en los *Dispute Boards* establecidos en contratos norteamericanos⁴¹⁹. Tanto es así que una de las principales diferencias entre los *Dispute Boards* de procedencia estadounidense y aquellos instaurados en proyectos internacionales ajenos a este país, radica precisamente en el rasgo de la vinculatoriedad de sus decisiones o recomendaciones.

Tal y como se ha enunciado en el párrafo introductorio, mientras que los *Dispute Review Boards* emiten resoluciones no vinculantes (recomendaciones, *recommendations* en inglés), los *Dispute Adjudication Boards* emiten resoluciones vinculantes (decisiones, *decisions* en inglés) para las partes. Ahora bien, la naturaleza de la vinculatoriedad de las decisiones de los *Dispute Adjudication Boards* viene otorgada por la autonomía de la voluntad de las partes, quienes así lo establecen contractualmente. Por ello, se predica que los *Dispute Review Boards* tienen un origen consensual, puesto que las partes que presentan sus disputas a estas mesas se posicionan en una actitud consensual. De ahí que, en estos casos, prime una función autocompositiva del método ADR que constituyen los *Dispute Review Boards*. Así, el principal motivo para el cumplimiento de las recomendaciones emitidas suele basarse en un elemento

⁴¹⁹ La doctrina internacional se ha hecho eco de este hecho, crucial en la determinación de esta clasificación de los Dispute Boards: “*DBs originated in (and because of) a US state that prevented its government agencies from agreeing to any binding determination of a dispute other than by court litigation, and thus the original DB agreement provided that its determinations were not binding and were just 'recommendations'; a) the same approach remains predominant in the USA; b) the World Bank's original DB provisions made the DB 'recommendations' contractually binding only if neither party objected to them within a stated time limit; only many years later and seemingly under the influence of FIDIC did the Bank adopt the 'immediately binding' approach; and c) some ten years later, the ICC Dispute Board Rules specifically provide for a DRB whose “recommendations” are not immediately binding and are akin to the World Bank's original DB provisions. (Lest this seem to diminish the usefulness of a DB determination, it should be added that many recommendations that are not accepted nevertheless lead to amicable settlement by the parties.) This is evidenced by the DRBF statistics on the number of contracts with DBs that give recommendations that are not immediately binding and do not experience arbitration.*”. JAYNES, Gordon L., “Dispute Board determinations as arbitral awards: a response”, *Construction Law International*, vol.2, núm. 3, noviembre de 2007, págs 3-4, en esp. pág. 4.

disuasorio, por cuanto acudir al siguiente escalón de la cláusula *multi-tier* suele presentar inconvenientes que las partes tratan de evitar desde la fase de redacción del contrato. Sin embargo, la efectividad de este mecanismo de ADR no puede basarse íntegramente en este efecto, lo cual trae a colación la cuestión de la ejecución del contenido de las resoluciones de los *Dispute Review Boards* que esta tesis aborda en secciones posteriores⁴²⁰.

La medida de la efectividad de las resoluciones de los *Dispute Review Boards* viene modulada por elaboraciones doctrinales que establecen diferentes grados de intensidad en las recomendaciones emitidas por este tipo de *Dispute Board*. Así, entre los distintos tipos de recomendaciones se establece la escala progresiva que se presenta a continuación. En primer lugar, el grado de efectividad más débil se atribuye a aquellos *Dispute Boards* a quienes las partes dotan de funciones consistentes en una mera asistencia informal. De este tipo de *Dispute Review Boards*, las partes solo podrán recibir resoluciones en forma de principios generales sobre la materia sometida a su opinión. En segundo lugar, se encontrarían aquellos *Dispute Review Boards* configurados contractualmente por las partes para emitir recomendaciones que propongan medidas concretas para la resolución de conflictos, más allá de la asistencia informal referida en el supuesto anterior. Una distinción clave propuesta por la doctrina⁴²¹ para distinguir estos grados de intensidad en las recomendaciones se

⁴²⁰ Vid. infra IV.5.E.

⁴²¹ La línea doctrinal propuesta por esta referencia resulta acertada en estos dos supuestos. Sin embargo, en esta fuente bibliográfica, se llega a numerar un tercer supuesto en la intensidad de las recomendaciones con las que la presente tesis doctoral difiere. Esto es, se estima que, aun con la reiterada consideración de la irrelevancia del *nomen iuris* de los *Dispute Boards*, los *Dispute Review Boards* no pueden ser considerados como órganos emisores de decisiones vinculantes o instancias prearbitrales en el sentido que expone el autor en este párrafo: “C. *The DRB as apre-arbitrationa nd decidingpanel:T he decision of the Dispute Review Board is binding until it is overturned by a court decision and has to be implemented without delay. Usually the dissatisfied party has to notify its disagreement within a defined period and, in some cases, is even compelled to start arbitration proceedings within a prescribed time. This type of DRB cannot be considered a friendly way of settling disputes, but it still remains more friendly (less adversarial) than formal legal proceedings or arbitration*”. GENTON, Pierre M. “The

basa en la existencia o no de la cuantificación de la disputa en la resolución emitida por el *Dispute Review Board*. Así, puede haber casos en los que la recomendación del *Dispute Board* en un principio excluya de su pronunciamiento las cuestiones esencialmente económicas de la disputa (*quantum*), pero en una remisión posterior de la disputa se incluya una valoración de la cantidad a la que asciende el objeto de la controversia. Esta línea doctrinal concluye que existen dos enfoques de la misión de los *Dispute Adjudication Boards*: una función con notas de recomendación, que deja libertad a las partes para establecer el *quantum*, y otra que presenta rasgos más cercanos a las decisiones, que es aquella que se pronuncia sobre cantidades⁴²².

En el caso de los *Dispute Review Boards*, mientras que ninguna de las partes manifieste su disconformidad con la recomendación en un plazo fijado contractualmente⁴²³, dicha resolución deviene vinculante. Sin embargo, si alguna de las partes presenta alguna objeción, la disputa se someterá a la siguiente instancia de la cláusula escalonada (*multi-tier* clause) prevista en el contrato, que previsiblemente será el arbitraje internacional o los tribunales nacionales que las partes hayan elegido como foro de competencia judicial internacional para la resolución de sus disputas. En virtud de este planteamiento, la doctrina califica a las resoluciones emitidas por los *Dispute Review Boards* como no vinculantes, tal y como se ha avanzado en la introducción al presente epígrafe. Sin embargo, la operatividad de este mecanismo de resolución de conflictos obliga a matizar que, aunque las recomendaciones emitidas no son necesariamente vinculantes, nada

Dispute Review Board— Wishful Thinking or Reality?”, *International Law FORUM du droit international*, 1999, pág. 71. En la opinión de esta tesis doctoral, que queda reforzada por la publicación de la *Rainbow Suite* de FIDIC de finales de 2017, las características de este párrafo son exclusivamente atribuibles a los *Dispute Adjudication Boards*.

⁴²² Vid. supra nota al pie 421.

⁴²³ La notificación de disconformidad suele venir recogida en los modelos de contrato que establecen *Dispute Boards* como método de resolución de conflictos en las correspondientes cláusulas *multi-tier*. En este sentido, la denominación que suele utilizarse para estas notificaciones formales es *Notice of dissatisfaction*.

obsta para que sí lo sean en caso de que las partes no objeten su contenido por los cauces que contractualmente se establezcan⁴²⁴. La cuestión se circunscribe, por tanto, al ámbito temporal. Por este motivo, el desarrollo jurídico doctrinal que hace referencia a estas instituciones ha llegado a la conclusión de que, en el caso de desacuerdo sobre el contenido de las resoluciones de los *Dispute Review Boards* las partes no están obligadas a cumplir con la recomendación emitida mientras esta quede sometida a otros órganos arbitrales o jurisdiccionales⁴²⁵.

De ahí que, *a priori*, se clasifique a las resoluciones de este tipo de *Dispute Boards* como no vinculantes; a lo cual habría que añadir la idea de que las recomendaciones no son inmediatamente vinculantes, pero pueden llegar a serlo en ausencia de notificación de disconformidad por alguna de las partes. En tal caso, el conflicto pasaría a la fase posterior establecida en la cláusula *multi-tier* y, con toda seguridad, terminaría por entrar en el ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva que se protege en prácticamente la totalidad de los estados.

La referida cuestión genérica sobre la eficacia vinculante de las resoluciones de los *Dispute Boards* constituye objeto de debate entre doctrina y expertos de uno y otro lado del Atlántico⁴²⁶. Esta discusión doctrinal viene generada por la tradición estadounidense⁴²⁷ de este método de ADR y su preferencia por las resoluciones no vinculantes. En este sentido, tal y como se ha

⁴²⁴ Esto es, normalmente, mediante la *Notice of Dissatisfaction*.

⁴²⁵ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Maximiliano, “Resolución de disputas en el contrato internacional de construcción: la labor del engineer y de los *Dispute Boards*”, *Revista e-mercatoria*, vol. 5, núm.2, 2006, pág. 11.

⁴²⁶ GENTON, Pierre Michel, “The *Dispute Review Board* — Wishful Thinking or Reality?”, *International Law FORUM du droit international*, vol. 1, núm. 2, 1999, págs. 68 – 72.

⁴²⁷ MCMILLAN, Daniel D., “*Dispute review boards: What the case law says about them*”, *Dispute Resolution Journal*, vol. 65, núm. 4, noviembre de 2010 – enero de 2011, págs.1-7.

referido anteriormente⁴²⁸, en la mayoría de los proyectos en los que se estableció un *Dispute Review Board* que emitía meras recomendaciones, estas fueron cumplidas por las partes sin necesidad de acudir al siguiente escalón previsto en la cláusula de resolución de conflictos⁴²⁹. La doctrina sugiere que este hecho se debe a dos motivos principales⁴³⁰, que se exponen a continuación.

En primer lugar, las partes son conscientes de que, una vez emitida una *Notice of dissatisfaction* y accionado el siguiente escalón de la cláusula *multi-tier*, es muy probable que la recomendación llegue a ser aportada como documento en el procedimiento. En tal caso, se estima que la valoración discrecional que realicen de la recomendación los miembros del tribunal doméstico o arbitral al que posteriormente se someta esa misma disputa, sea acogida con un gran peso en el procedimiento judicial o arbitral. Los motivos que conducen a realizar esta afirmación son varios. En primer lugar y de acuerdo con el principio general *pacta sunt servanda*, la autonomía de la voluntad de las

⁴²⁸ Vid. supra I.

⁴²⁹ En relación con el cumplimiento de las recomendaciones de los Dispute Review Boards, la doctrina subraya casos de éxito. “*Compliance With DB Decisions/Recommendations: A Success Story. The greater source of statistical information on the use of dispute boards comes from experience in the United States. The International Institute for Conflict Prevention and Resolution publishes information regarding the use of dispute boards worldwide' and has a database of more than 1,200 covering projects both in the United States and internationally since 1975.7 According to the Dispute Resolution Board Foundation: (i) Sixty percent of projects with dispute boards had no disputes (this statistic attests to the dispute prevention benefit that accompanies the standing neutral process). (ii) Ninety-eight percent of the disputes that have been referred to a dispute board for a hearing result in no subsequent litigation or arbitration. (iii) The worldwide use of dispute boards is growing at a rate of 15 percent annually, and through the end of 2006 it was estimated that dispute boards were employed on more than 2,000 projects with a total value in excess of \$100 billion. The American Society of Civil Engineers conducted a study of DRBs in the mid-1990s and found that dispute boards had a total of 225 disputes on 166 projects worth \$10.5 billion. Dispute boards resolved 208 out of the 225 disputes, and the only one that went forward to litigation was eventually settled amicably*”. GROVE, Jesse B.; APPUHN, Richard, “Comparative experience with Dispute Boards in the United States and Abroad”, *The Construction Lawyer*, vol. 32, núm. 3, verano 2012. págs. 6-16, en esp. pág. 12.

⁴³⁰ CHAPMAN, Peter H.J., *Dispute Boards on Major Infrastructure Projects*, Conferencia de la DRBF, Bruselas, noviembre de 2011.

partes ha de primar en la interpretación de un contrato⁴³¹. Esta misma autonomía de la voluntad, como se viene subrayando a lo largo de la presente tesis doctoral, es la que otorga la autoridad al *Dispute Board* y modula sus características esenciales. En segundo lugar, la recomendación del *Dispute Review Board* es una resolución emitida por profesionales de probada imparcialidad que estuvieron presentes en la obra desde antes de que surgiera la disputa y por lo tanto son perfectos conocedores de los antecedentes de hecho y las disposiciones contractuales de aplicación a los mismos⁴³².

Estos factores recientemente referidos han de ser cuidadosamente considerados en la valoración de la estrategia procedimental que acometan las partes enfrentadas en una disputa formal. Se estima que la aportación de la recomendación del *Dispute Review Board* como documento, tanto en procesos arbitrales como en aquellos conducidos por órganos jurisdiccionales nacionales, adquirirá una gran importancia en la valoración discrecional que realicen los miembros del tribunal. En el caso de que la recomendación se aporte ante órganos jurisdiccionales nacionales, además, se añade el factor de que los receptores de la documentación escrita generada en el procedimiento ante el *Dispute Review Board* suelen estar formadas únicamente en derecho. Con mucha frecuencia, las cuestiones técnicas son ajenas a los miembros de los órganos jurisdiccionales domésticos, quienes suelen requerir la *expertise* de profesionales como peritos en estas materias. En tales circunstancias, el valor de la recomendación previamente emitida por un *Dispute Review Board* puede incluso llegar a la situación de que esta sea apreciada como próxima al concepto de

⁴³¹ En efecto, este principio es incluso señalado por la doctrina como uno de los configuradores del *ius ingeniorum* como manifestación de la *Lex Mercatoria* en el ámbito de la ingeniería y construcción. En este sentido, vid. REIG FABADO, Isabel, *El contrato internacional de ingeniería*, Valencia, 1ª Ed., Tirant lo Blanch, 2008, págs. 152-154.

⁴³² En el caso de los denominados *Standing Dispute Boards*, las obligaciones de los miembros que los conforman incluyen el estudio de las cláusulas contractuales y las visitas regulares a las obras. Ello les otorga un profundo conocimiento del proyecto, que frecuentemente se prolonga durante años.

prueba pericial en el contexto jurisdiccional⁴³³. En conclusión, la parte que se ve afectada por una resolución adversa emitida por un *Dispute Review Board* ha de valorar cuidadosamente su estrategia procedimental antes de emitir una *Notice of dissatisfaction* que accione el siguiente escalón de la cláusula *multi-tier* de resolución de conflictos⁴³⁴.

En segundo lugar, y continuando con el desgane de los argumentos que favorecen el cumplimiento del contenido de las recomendaciones de los *Dispute Review Boards*, es necesario referir un argumento que viene auspiciado por la cuestión temporal en los contratos de ingeniería y construcción. A lo largo de la extensa duración de los mega-proyectos que se acometen en este ámbito, es lógico que se produzca un gran número de vaivenes en la ejecución contractual. Este hecho se debe a la complejidad intrínseca a este tipo de contratos y está en gran parte atribuido a prolija presencia de diferentes fases y prestaciones que se incluyen en ellos⁴³⁵. Por este motivo, si se hace un uso frecuente de las funciones del *Dispute Review Board*, es bastante improbable que las resoluciones emitidas den siempre la razón a una de las partes. Obviamente, esta afirmación parte de la base de la imparcialidad del mecanismo, reducida con frecuencia al hecho de que los costes del *Dispute Board* son asumidos por ambas partes en igual

⁴³³ Sobre el concepto procesal genérico de prueba pericial en los procesos regidos por el principio de oportunidad, vid. JIMÉNEZ CONDE, Fernando; GARCIA-ROSTÁN CALVÍN, Gemma; TOMÁS TOMÁS, Salvador; *Manual de derecho procesal civil*, Murcia, 1ª Ed., Diego Marín, 2014, pág.221.

⁴³⁴ En este sentido se pronuncia la doctrina desde hace décadas: “Under this concept, the recommendations of the panel are not binding on the parties, but its decisions are admissible in evidence if the dispute moves on to arbitration or litigation. That provides a strong incentive to the parties to accept the panel’s decision. Costs of the review panel are reported to range from 0.04 to 0.51 of the contract price”, READEY, James A., “ADR in Construction Disputes: Innovation in the 1990s”, *Defense Counsel Journal*, vol. 58, 1991, págs. 519-525, en esp. 525.

⁴³⁵ Por ejemplo, las disputas que se puedan generar en la fase de diseño de los planos de un proyecto distan mucho de las que puedan surgir en plena obra. O bien, aquellas que puedan generarse por causa de la entrega de materiales, con toda seguridad diferirán de las causadas por las prestaciones de servicios en fase de operación de la instalación.

proporción⁴³⁶. Ante esa tesitura, es razonable pensar que cada una de las partes se verá favorecida por alguna decisión en uno u otro momento. Es previsible que las mismas partes que diseñaron este mecanismo de resolución de conflictos en las cláusulas contractuales den cumplimiento a las recomendaciones del *Dispute Review Board*. Incluso, en aplicación del principio *quid pro quo*, si la parte que recibe una resolución favorable espera que la recomendación sea cumplida, se verá obligada a cumplir por su parte también aquellas que no le otorgan la razón. En caso contrario, como se apunta a lo largo de la presente tesis doctoral, la aplicación de las disposiciones contractuales de resolución de disputas trae aparejada la remisión de la disputa a un órgano jurisdiccional o arbitral que, en principio, es justamente el escenario que las partes quieren evitar. Parece plausible, incluso, que las partes que hacen un uso inadecuado de este mecanismo de resolución de conflictos y elevan sistemáticamente *Notices of Dissatisfaction* ante cualquier recomendación del *Dispute Board*, finalmente acababan cumpliendo con el contenido de la resolución inicial. Si estas mismas partes hubieran cumplido la recomendación desde un principio, podrían haberse ahorrado un largo camino (en términos de tiempo y dinero) de burocracia, asistencia de profesionales y demás factores con un impacto adverso para el proyecto.

Inevitablemente, esta cuestión también conduce al planteamiento de la ejecución de las resoluciones de los *Dispute Boards* en general y de los *Dispute Review Boards* en particular. Con frecuencia, las medidas tendentes a la ejecución de las resoluciones de los *Dispute Boards* resultan mucho más complicadas y costosas que el cumplimiento inmediato del contenido de las

⁴³⁶ Merece ser destacado que existen muchos más factores que aseguran la imparcialidad o, más concretamente, que se ha de mostrar una especial diligencia para asegurar la imparcialidad. Además del reparto equitativo de costes, en algunos pronunciamientos arbitrales se consideran otras cuestiones que redundan en la imparcialidad de los miembros del *Dispute Board*, como, por ejemplo, las relaciones personales de los miembros de los *Dispute Boards*. A este respecto, vid. Laudo de la Cámara de Comercio Internacional sobre resolución de disputas *multi-tier*, emitido en el Caso 19581, en agosto de 2014.

mismas. Este hecho se refleja en mayor medida en los países del sistema jurídico *civil law*⁴³⁷, debido a que no se muestran tan proclives a la introducción de métodos de ADR como aquellos países pertenecientes al sistema *Common Law*⁴³⁸. Así, la ventaja principal de la utilización de un *Dispute Review Board* es la resolución de la disputa en sí, y su eficiencia jurídica se complementa con el respeto que las partes profesan a su autonomía de la voluntad y a la buena fe⁴³⁹ en el cumplimiento contractual⁴⁴⁰. Estos aspectos quedan manifestados desde un

⁴³⁷ Esta cuestión ha sido traída a colación por relevantes autores procedentes de la cultura jurídica del *civil law*. Así, doctrina internacional ha estudiado el caso alemán, el caso francés y el caso turco en los siguientes recursos bibliográficos, respectivamente: HÖK, Götz-Sebastian, “Dispute Adjudication in Civil Law Countries: Phantom or Effective Dispute Resolution Method?”, *Forum*, The Dispute Resolution Board Foundation, vol 15, núm 3, Agosto de 2011, pág. 1 y págs. 19-22; LÉLOUP, Vincent, “French National List of Adjudicators: The Background to a Fresh New Initiative”, *Construction Law International*, vol. 8, núm 2, junio de 2013, págs. 28-35; ÇETINEL, Yasemin, “The Nature of Dispute Board Decisions, with Special Emphasis on the Turkish Law Approach”, *The Turkish Commercial Law Review*, vol. 2, núm 1, verano de 2016, págs 103-110.

⁴³⁸ Los factores que conducen a esta afirmación se polarizan en torno a las facilidades que prestan los ordenamientos jurídicos de los países de *common law* para acoger nuevas fórmulas de ADR y en otros aspectos más intangibles como la propensión de los profesionales del derecho y la industria a admitir estos mecanismos.

⁴³⁹ Tanto la autonomía de la voluntad como el principio general de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones contractuales son considerados elementos fundamentales en el *ius ingeniorum* como manifestación de la *Lex Mercatoria* en el ámbito de la ingeniería y construcción. REIG FABADO, Isabel, *El contrato internacional de ingeniería*, Valencia, 1ª Ed., Tirant lo Blanch, 2008, págs. 152-154.

⁴⁴⁰ A pesar de los retos que presentan los *Dispute Boards*, la doctrina siempre se ha mostrado optimista en la utilización de este método híbrido de resolución de disputas “*We just heard a general presentation on dispute boards from Pierre Genton and then a "fantastic" story from Wolfgang Peter. Let me read a comment about soft methods of settling disputes which the author called Aiw.R: while they may be relatively expeditious - as we already heard from Wolfgang - and inexpensive methods, they nonetheless have severe limitations. First, their success depends on a large degree of cooperation between the parties - which I think is correct - and second, they are not in principle binding let alone enforceable; as a result, ADR methods are of little interest, if any at all. Just as Wolfgang told us this morning. (...) Yesterday I was sitting in an arbitration meeting in Paris and I could not help myself from telling the parties: "I really wish that I was sitting here as a member of a dispute board instead of as an arbitrator". Indeed, I felt that the case was a perfect example of a dispute that arose from a lack of communication and cooperation between the parties which simply led them to adopt a tough method, like pushing for arbitration and an award. Their dispute, now exacerbated by the lawyers' descriptions of the facts and a dramatic legalistic approach, can hardly be amenable to an amicable settlement. I really wished that I were sitting around a table with the very people that worked on site, discussing the problems as they arose; I am convinced that in this*

principio en la competencia otorgada contractualmente por las partes a este órgano de evitación y resolución de disputas. El cumplimiento de las recomendaciones de los *Dispute Review Boards* legitima a este método de ADR, lo cual ha de ser contemplado incluso en el caso de una recomendación desfavorable y puesto en valor con respecto a otros mecanismos más costosos e ineficientes.

Otro de los aspectos que facilita el cumplimiento voluntario de las recomendaciones de los *Dispute Review Boards* como método de resolución de conflictos radica en la actitud de las partes como respuesta al establecimiento de este método de resolución de conflictos. Así, tanto las partes de los contratos de ingeniería y construcción como los demás agentes que participan en los grandes proyectos de dicho ámbito, son más proclives a percibir las recomendaciones no vinculantes de un *Dispute Review Board* como un proceso no intimidatorio. En el desarrollo de este argumento, se llega incluso a valorar cuestiones culturales que influyen en la predisposición de las partes al cumplimiento de las recomendaciones emitidas por el *Dispute Review Board*. Decidir la fuerza vinculante de las resoluciones emitidas por un *Dispute Board* se convierte así en una herramienta para asegurar el cumplimiento de una eventual recomendación. Por ejemplo, en el caso de la central hidroeléctrica Ertan, ya analizado por la presente tesis doctoral⁴⁴¹, se considera que la cultura china favoreció el cumplimiento de las resoluciones no vinculantes por la relevancia que le concede esta cultura a los métodos de conciliación.

particular case the difficulties could have been resolved timely and the arbitration avoided". GENTON; Pierre, GÉLINAS, Paul-A., KOCH, Christopher, PETER, Wolfgang. "Another Way to Settle Disputes-Can the Success Story of Dispute Boards Be Extended beyond Construction to Other Fields?", *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 12, 2011, págs. 411-424, en esp. pág. 416

⁴⁴¹ Vid. supra. I.2.B.

Los argumentos a favor del cumplimiento voluntario de las recomendaciones de los *Dispute Review Boards* se ven reforzados por el criterio económico, ya apuntado en las características generales de los *Dispute Boards* recogidas en secciones anteriores de la presente tesis doctoral⁴⁴². Esto es, la relevancia del factor económico se revela como influencia para el cumplimiento de las recomendaciones, en tanto en cuanto los costes asociados al funcionamiento del *Dispute Review Board* pueden ser cuantificados de antemano y se limitan a la remuneración de los miembros, la preparación de las vistas y los costes asociados a las mismas. Ahora bien, no es posible afirmar estos aspectos en un proceso arbitral o de un litigio que presente resolver un supuesto de hecho extremadamente complejo y que presenta vínculos potenciales con múltiples sistemas jurídicos⁴⁴³.

La suma de las consideraciones recién expuestas conduce a estimar que la configuración de un *Dispute Board* como órgano emisor de recomendaciones no vinculantes es un método especialmente adecuado para sujetos de cultura jurídica *common law* que cuenten con experiencia en contratos complejos de ingeniería y construcción⁴⁴⁴. Y es precisamente Estados Unidos,

⁴⁴² Vid. supra I.1.

⁴⁴³ Algunos autores inciden en el cumplimiento de las recomendaciones emitidas por los DRBs como elemento disuasorio ante otros métodos de resolución de conflictos, comparando la figura del *Dispute Board* a la de un espantapájaros. GENTON, Pierre M. “The Dispute Review Board— Wishful Thinking or Reality?”, *International Law FORUM du droit international*, 1999, págs. 68-72, en esp., pág. 71.

⁴⁴⁴ Tal y como enuncian diversos autores, no es aconsejable subestimar el poder de una resolución configurada como no vinculante. “While there may be some doubts about a process that results in a non-binding recommendation, experience in the United States, where dispute review boards are the norm, has shown that, even if a recommendation is not initially binding, it may, nevertheless, be an efficient tool to resolve a dispute. There are several reasons for this. First, a recommendation provides the parties with the assessment of the situation by the board. This is a valuable reality check about the strength of their respective positions. A recommendation may thus become a workable basis for the parties to settle their dispute by themselves. Moreover, if the parties cannot find a negotiated solution, either of them could refer the dispute to arbitration and submit the recommendation as evidence. An arbitral tribunal is likely to give some weight to a recommendation given by a panel of experienced, impartial experts, who were familiar with the project from beginning to end. One should, therefore, not

como ya ha desgranado esta tesis, el país en el que se utiliza este método de resolución de conflictos con mayor frecuencia y mejores tasas de eficiencia jurídica⁴⁴⁵. Es fácil observar que, en Estados Unidos, las partes suelen dar cumplimiento a las recomendaciones de los *Dispute Review Boards* de forma voluntaria, conscientes de que un arbitraje o proceso judicial resultaría finalmente mucho más costoso⁴⁴⁶.

underestimate the persuasive force of a non-binding recommendation". CHERN, Cyril, *Chern on Dispute Boards*, Londres, Informa Law from Routledge, 3ª Ed., 2015, pág. 281.

⁴⁴⁵ MCMILLAN, Daniel D.; RUBIN, Robert A., "Dispute review boards: Key issues, recent case law, and standard agreements", *The construction Lawyer*, vol. 25, primavera de 2005, vol. 25, págs. 14-25.

⁴⁴⁶ La cuestión del cumplimiento voluntario de las recomendaciones emitidas por los *Dispute Review Boards* ha sido objeto de brillantes reflexiones por parte de la doctrina sobre casos en los que la presencia de un *Dispute Board* no pudo evitar el recrudecimiento de las posturas de las partes y la ineficacia jurídica y económica que ello trajo consigo. "Do non-binding recommendations work? The outcome of the DRB hearing is a non-binding recommendation, designed to "convince both parties to accept the [DRB's] merit recommendations, and to facilitate a negotiated quantum settlement when needed".¹¹⁵ Given the non-binding nature of the decision, the DRB's ability to craft and "sell" a convincing recommendation becomes a crucial factor in the success of the process. As Harmon notes, the "recommendation is the way the DRB demonstrates its knowledge of the project; understanding of both sides of the dispute, as well as the analysis of the solution to the disputes". A well-considered and thorough recommendation, which gives due consideration to the contract and the law, should function as a tool for settlement,¹¹⁸ which, even if not accepted, can greatly assist parties in continuing their negotiations and resolving their dispute without recourse to litigation, or arbitration. In practice, the recommendation is more often than not accepted by the parties, as they recognize that it has been made by experts in the field who have extensive knowledge of the project. It follows that the recommendation will likely be rejected if the advice rendered by the DRB is perceived as having failed to consider all relevant factors. Indeed, a recommendation that shows inadequate reasoning and competence may compromise the DRB process altogether, because it may damage the parties' trust and confidence in the DRB. Take, for example, the following recommendation issued by the DRB on the Big Dig: i. DRB merit entitlement summary: The claim elements reviewed by the board and the board opinion on the merit are as follows: a. Direct cost of added scope: partial merit of contractor's claim. b. Impact to contract work: partial merit of contractor's claim. c. Field support costs: partial merit of contractor's claim. Subcontractors' extended overhead: no merit to contractor's claim. e. Contractor's extended overhead: no merit to contractor's claim. This recommendation fails to adequately analyse the issues and provides the parties with no insight into the rationale for the DRB's decision. Because the parties have no basis for assessing the merits of the decision, they could not have any confidence that the recommendation was arrived at after a careful consideration of the parties' positions. It is unreasonable to expect that the parties will accept a recommendation that does not substantively address the parties' arguments. As the principal's representative on the Big Dig noted: "some DRB panels seemed to view their role as one of a mediator who would typically recommend that the parties 'split-the-baby' in order to resolve

Para concluir el estudio de los *Dispute Review Boards* como *Dispute Boards* emisores de resoluciones no vinculantes, es necesario realizar una valoración de las desventajas que puede llegar a presentar la referida configuración de este método de resolución de conflictos. Además de las dificultades apuntadas en los párrafos precedentes, que se circunscriben a la inadecuación de este mecanismo de ADR a la voluntad de las partes o a su cultura legal, existen cuestiones adicionales que presentan una gran complejidad jurídica y que se presentan a continuación.

Por una parte, ha de señalarse que la parte no favorecida por la recomendación del *Dispute Review Board* puede solicitar el arbitraje o el proceso judicial, según prevea la cláusula escalonada, en todo caso. Y esta afirmación incluye los casos en los que la disputa se eleve al siguiente escalón de la cláusula

*the dispute as opposed to issue a recommendation based on the express provisions in the Contract as well as the circumstances of the dispute at hand.” This may explain why one-third of the DRB recommendations on the Big Dig were firmly rejected, and the other-two thirds were settled for amounts vastly different from the amount recommended by the DRB. Of the US \$169 million claimed by the contractor, the DRB issued recommendations that the contractor be paid US \$42 million. Ultimately, the owner negotiated a payment to the contractor of only US \$7 million, i.e. 18 per cent of the sum recommended by the DRB.¹²³ Thus, it is not surprising that the contractors on the Big Dig were of the opinion that “the nonbinding nature of the [DRB] process serves only to the benefit of the owner”.¹²⁴ This is a reflection of the failure of the DRBs on the Big Dig to fully grasp and understand their role in the process. It is worth noting that in one of the Big Dig's contracts, the contracting parties agreed that the decisions of the DRB would be binding. This is the same approach taken by DABs under FIDIC, in which binding decisions (unless and until they are overturned by arbitration)¹²⁶ are favoured over non-binding recommendations, with the result that more rigid protocols are adopted and more time allocated towards the hearing process. This, however, has the potential to increase the hostilities between the contracting parties to the detriment of the process.¹²⁷ Indeed, the one binding DRB contract on the Big Dig had a claim initiated in 1999, which has, to date, resulted in 20 law suits, with hearings expected to continue through. This plethora of lawsuits following a DRB decision has been attributed to the binding nature of the decision, which ultimately transformed the traditional DRB process into one that resembled arbitration. Experience has shown that a well thought through, and carefully crafted non-binding recommendation, from three independent respected industry experts, is likely to engender the trust and confidence of the contracting parties, and provide them with the impetus needed to resolve their disputes.¹²⁹ This: “represents a paradigm shift away from the traditional focus of binding dispute resolution, in favour of dispute avoidance and management, which encourages issues to be resolved at project level without traditional adversarial attitudes”. ONG, Brennan; GERBER, Paula, “Look before you leap: avoiding the traps and maximizing the benefits of your DRB”, *Construction Law Journal*, vol. 28, núm. 4, 2012, págs. 310-337.*

multi-tier con un ánimo meramente dilatorio. Como se ha expuesto en secciones precedentes⁴⁴⁷, las resoluciones emitidas por los *Dispute Boards* no contienen pronunciamientos en costas, por lo que una conducta calificada como mala fe procesal no encuentra su reprobación jurídica en el procedimiento seguido ante un *Dispute Review Board*. El criterio de costas vencidas, que suele estar presente en los litigios seguidos ante tribunales ordinarios y en arbitraje internacional, no aparece sin embargo recogido en ninguno de los principales modelos de acuerdo para el establecimiento de *Dispute Board* ofrecido por las asociaciones profesionales internacionales de la industria y la construcción. Así, la imposición de costas como sanción jurídica a la temeridad de alguna de las partes, tampoco puede hacerse valer en sede de *Dispute Boards*.

Un supuesto que también puede plantear serias dificultades jurídicas se refiere a la actitud de una parte desfavorecida por una recomendación emitida por un *Dispute Review Board*. En concreto, la doctrina se plantea en qué situación jurídica queda una recomendación cuyo contenido es directamente ignorado por la parte no favorecida. En concreto, la doctrina define esta actitud mostrada por la parte no favorecida como “esperar y ver qué ocurre”. Esta postura de la parte no favorecida por la recomendación se aprovecharía de la naturaleza no vinculante de una resolución que no favorece sus intereses⁴⁴⁸. Para evitar esta situación jurídicamente compleja, algunas voces sugieren prever expresamente esta incidencia y otorgarle una consecuencia jurídica en la cláusula

⁴⁴⁷ Vid. supra I.1.A.

⁴⁴⁸ Con estos términos se pronuncia la doctrina en fuentes como la referida a continuación: “*Binding decision or non-binding recommendation? This is a very delicate issue, as it dictates the efficiency of the DB approach. (a) A non-binding recommendation may assist the parties in solving their dispute but may also be considered only as advice. The “losing” party, following the view that the DB was not competent or fails to understand the matter at stake, may have a passive attitude and decide to wait and see. This might be a deadlock for the “winning” party, which might face critical financial situations, for instance in case of major decisions concerning the progress of the works*”. GENTON, Pierre M., “Dispute Boards” en TACKABERRY, John A.; MARRIOTT, Arthur L., *Bernstein's handbook of arbitration and dispute resolution practice*, 1ª Ed. Sweet & Maxwell, Londres, 2003, pág. 614.

multi-tier que se redacte en el contrato. Esto es, que en el contenido de dicho apartado contractual se establezca que, en caso de que la parte no favorecida por alguna recomendación emitida por el *Dispute Review Board* reaccione de una manera contraria a los principios de buena fe contractual o *pacta sunt servanda*⁴⁴⁹, entre automáticamente en funcionamiento el siguiente escalón y la disputa pueda ser sometida a los tribunales ordinarios elegidos por las partes en el ejercicio de su autonomía de la voluntad o bien a paneles arbitrales⁴⁵⁰. Sin embargo, una parte de la doctrina desaconseja introducir las referidas medidas por diversos motivos⁴⁵¹.

En primer lugar, esta disposición es frontalmente contraria a la autonomía de la voluntad de las partes que negocian una cláusula de ADR, puesto que una disposición de estas características no sería necesaria en caso de que las partes decidan someter la cuestión directamente a los tribunales que les competen. En segundo lugar, se considera que introducir la remisión automática de la disputa al siguiente escalón de la cláusula *multi-tier* supondría un aliciente a la inactividad de la parte no favorecida por las resoluciones del *Dispute Review Board*. En el caso de que, ante la inactividad de la parte no

⁴⁴⁹ Este interesante aspecto es puesto de relieve por la doctrina internacional. “*The DRB's decisions are not binding but the combined wisdom of three figures respected in the industry is compelling. DRBs are effective where the parties are willing to honor the DRB procedures in good faith; it is possible to ignore or reject the DRB's recommendations, but a continuous pattern of such behavior begins to smack of bad faith. The effectiveness of DRBs is particularly helpful in such issues as contract interpretation of the technical scope of a contract and issues involving scheduling and responsibility for delays, which are often easier to understand and evaluate contemporaneously with the event. DRBs are also effective in considering issues such as alleged differing site conditions and other issues helped by prompt on-the-spot inspection by experts*”. SORTON, Jones J., “Dispute Resolution Trends”, *Independent Energy*, vol. 25, núm. 9, 1995, pág. 50.

⁴⁵⁰ Esta cuestión remite a la consideración de los escalones de la cláusula *multi-tier* como condición necesaria o *condition precedent*. Ello es objeto de estudio en secciones posteriores de la presente tesis doctoral. Vid. *supra* IV5.B y V2.B.

⁴⁵¹ GENTON, Pierre M., “Dispute Boards” en TACKABERRY, John A.; MARRIOTT, Arthur L. *Bernstein's handbook of arbitration and dispute resolution practice*, 1ª Ed. Sweet & Maxwell, Londres, 2003, pág. 616.

favorecida por la recomendación, se introdujese una mención que activase automáticamente el siguiente escalón previsto en la cláusula *multi-tier*, ello podría generar efectos adversos. Esto es, las cargas inherentes a iniciar un procedimiento arbitral o judicial recaerían sobre la parte favorecida por la recomendación; lo cual parece contradecir al principio de justicia material. En tercer lugar y en relación con el anterior aspecto, si el *Dispute Review Board* hubiese emitido varias resoluciones en el seno de un mismo contrato, según la configuración más frecuente de este tipo de órganos, cada una de las recomendaciones ignoradas requeriría iniciar un proceso arbitral o judicial separado. En el ámbito de la ingeniería y construcción de mega proyectos internacionales, estas consecuencias pueden calificarse de disparatadas. Por todo ello, la doctrina⁴⁵² desaconseja introducir en las disposiciones contractuales un plazo concreto para el cumplimiento de las recomendaciones emitidas por un *Dispute Review Board*, tras el cual se iniciaría el correspondiente proceso judicial o arbitral.

Ahora bien, para minimizar las consecuencias adversas que pueda sufrir la parte favorecida por la recomendación ante la inactividad de la otra parte contractual, la función del propio *Dispute Review Board* es esencial. Este órgano habrá de mantener una actitud proactiva para documentar todas las incidencias que se presenten a lo largo de la ejecución contractual y que estas puedan quedar registradas en caso de que sea inevitable acudir al siguiente escalón previsto en la cláusula *multi-tier* de resolución de conflictos o para en el cumplimiento final de la recomendación emitida por el *Dispute Review Board*.

Una vez examinadas las características de los *Dispute Review Boards* y tras realizar una valoración jurídica de los aspectos que definen a este tipo de configuración de las resoluciones de los *Dispute Boards*, procede a continuación

⁴⁵² Vid. nota al pie 451.

acometer el estudio de los órganos que emiten resoluciones vinculantes. Estos son los denominados *Dispute Adjudication Boards* y, como se ha anunciado previamente, sus pronunciamientos son conocidos normalmente por el nombre de decisiones.

2.B. Resoluciones vinculantes o decisiones (*decisions*): *Dispute Adjudication Boards*

A diferencia de los órganos referidos en el apartado anterior, los *Dispute Adjudication Boards* son paneles de resolución de conflictos que sí emiten decisiones vinculantes sobre la disputa que ha sido sometida por las partes, en virtud de los correspondientes términos contractuales. Los *Dispute Adjudication Boards* han sido objeto tradicionalmente de un gran interés por parte de la doctrina internacional, que ha dedicado numerosos estudios a esclarecer tanto el origen de la fuerza ejecutiva de estas decisiones como el momento en el que esta fuerza ejecutiva despliega plenos efectos.

En fechas recientes, con la esperada publicación de la nueva *Rainbow Suite* de FIDIC, la configuración jurídica de estos órganos ha experimentado un cambio cualitativo, al cual ha comenzado a ser abordado, empero tímidamente, por la doctrina internacional. Estas modificaciones, que son objeto de estudio en el presente epígrafe, a buen seguro encuentran su causa en algunos aspectos considerados como deficientes en la redacción de la cláusula 20 de los modelos de contrato FIDIC de 1999. Correlativamente a la referida disposición, han sido varios los pronunciamientos arbitrales que han puesto de manifiesto la confusión jurídica que ha generado la referida cláusula *multi-tier*, que incluía un *Dispute Adjudication Board* como primer escalón para la resolución de conflictos.

2.B.i. Características principales de las decisiones de los *Dispute Adjudication Boards*

En primer lugar, es necesario conocer la naturaleza jurídica de las resoluciones emitidas por los *Dispute Adjudication Boards* y los efectos que provocan estas resoluciones, conocidas como decisiones. La configuración de un *Dispute Board* como órgano emisor de decisiones (*Dispute Adjudication Board*) no parte de un origen tan consensual como aquel que origina el establecimiento de un *Dispute Review Board*. Al contrario de lo que sucede con las resoluciones no vinculantes, los *Dispute Adjudication Boards* están en la actualidad llamados a pronunciarse a favor de una u otra parte respecto de las cuestiones en liza y a que este pronunciamiento surta efectos inequívocamente inmediatos. Como es común a todos los tipos de *Dispute Board*, las partes otorgan la autoridad a este órgano mediante el ejercicio de su autonomía de la voluntad. Ahora bien, las partes plasman la citada autonomía de la voluntad en una cláusula por la que deciden expresamente someterse de manera inmediata a las resoluciones que emita el *Dispute Adjudication Board*. Esta configuración conlleva irremediabilmente que las partes queden enfrentadas ante un tercero cuya resolución las vincula con efectos *ab initio*. Sin perder su naturaleza, dicho aspecto sitúa a los *Dispute Adjudication Boards* en una posición más cercana a la heterocomposición dentro de la clasificación general de los métodos de ADR que la presente tesis doctoral va desgranando⁴⁵³.

Como consecuencia de lo expuesto y dado que los *Dispute Boards* y sus normas de funcionamiento son establecidos mediante acuerdo por las partes, en el caso de los *Dispute Adjudication Boards* estas partes se obligan contractualmente a someterse al contenido de las decisiones emitidas por el órgano establecido. Por lo tanto, la inobservancia de la decisión por alguna de las

⁴⁵³ Vid. supra Gráfica 1.

partes trae consigo un supuesto de incumplimiento contractual que puede ser la base de una nueva disputa. En tal caso, dicha disputa ulterior puede tener que someterse a este mismo órgano de resolución de conflictos; o bien al siguiente escalón de la cláusula *multi-tier* de resolución de conflictos, con los costes que este proceso puede llegar a generar. La función disuasoria que facilita el cumplimiento de las resoluciones que se observaba en los *Dispute Review Boards* también se percibe en este tipo de *Dispute Boards*.

Al hacer referencia al concepto de costes en este tipo de contratos, se engloban bajo este amplio término numerosas partidas que se generan con motivo de los conflictos en la ejecución contractual. De hecho, la práctica internacional incluye bajo esta denominación una gran diversidad de partidas. Entre ellas, se incluyen los costes financieros, los costes ocultos que se generan en la resolución de disputas (gastos de abogados y expertos, deterioro de los avales, daños en la reputación, desvío de mano de obra a otros proyectos ante la amenaza de un conflicto que paralice la ejecución de la obra, etc.), las dificultades en la relación entre los sujetos que intervienen en la ejecución contractual que pueden tener impacto comercial en futuros proyectos, los efectos adversos en la obra misma, el encarecimiento del proceso de resolución de conflictos conforme se avanza en la cláusula escalonada (debido a que los métodos que esta contiene suelen avanzar en sofisticación y son más caros)⁴⁵⁴, la posibilidad de arrastrar conflictos de un proyecto a otro por la coincidencia de elementos subjetivos en un eventual proyecto sucesivo e –incluso– los costes emocionales que supone el conflicto, que puede llegar a desgastar física y psicológicamente a las partes que se ven envueltas en él⁴⁵⁵.

⁴⁵⁴ ZUCKERMAN, Susan, “Comparing cost in construction arbitration and litigation”, *Dispute Resolution Journal*, May-July 2007, 11, pág. 70.

⁴⁵⁵ HARMON, Kathleen. M. J., “Construction Conflicts and Dispute Review Boards; Attitudes and Opinions of Construction Industry Members”, *Dispute Resolution Journal*, vol. 58, núm. 4, noviembre 2003 – enero 2004, pág. 66.

2.B.ii. Reflexiones en torno a la eficacia jurídica de los *Dispute Adjudication Boards*: terminología asociada y estado actual de la cuestión

Tal y como se anticipa en la introducción a este capítulo, el estudio de los aspectos jurídicos relacionados con los *Dispute Adjudication Boards* requiere la valoración de diversos términos que la doctrina suele utilizar para desarrollar el concepto de resolución vinculante en el ámbito de los *Dispute Boards*. Esta necesidad se ve reforzada fundamentalmente por dos motivos. El primero de ellos consiste en que las fuentes bibliográficas sobre *Dispute Boards* están escritas casi íntegramente en inglés, aunque con frecuencia los conceptos han de ser aplicados en contratos redactados en otros idiomas y, en ocasiones, también han de ser sometidos a un derecho aplicable propio de un país de cultura jurídica *civil law*. En segundo lugar, varios de los modelos de contrato que contienen *Dispute Boards* en su cláusula *multi-tier* (FIDIC u ORGALIME o el Reglamento de la CCI) están disponibles en español debido a que las organizaciones que los publican han acometido su traducción. Por lo tanto, las cuestiones terminológicas y, especialmente, aquellas relacionadas con la traducción de diversos términos que presentan una importante dimensión jurídica, han de ser valorados para realizar un estudio riguroso de la figura de los *Dispute Adjudication Boards* como *Dispute Board* emisor de decisiones vinculantes.

En este sentido, merece una mención el término en inglés “adversarial”. Este término es el que utiliza la doctrina anglosajona para definir el proceso que se sigue ante el tercero en los *Dispute Adjudication Boards* como mecanismo de resolución de disputas. En los siguientes párrafos se exponen diversas consideraciones en torno a la correspondiente traducción al español del referido término.

Si bien la raíz semántica del término inglés *adversarial* existe también en español, el término “adversarial” no se encuentra en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española⁴⁵⁶. Es necesario, por tanto, acudir a un diccionario jurídico bilingüe para conocer el significado de la voz inglesa *adversarial*. Este término remite a la noción procesal de “procedimiento contradictorio”, entendiéndose como tal aquel que da la oportunidad de ser oídas a ambas partes⁴⁵⁷. Por lo tanto, a la hora de elaborar doctrinalmente el concepto de *Dispute Adjudication Board*, la presente tesis doctoral desaconseja utilizar el término “adversarial” para hacer referencia a la naturaleza contradictoria del procedimiento que se establece con arreglo a las normas de los *Dispute Boards*.

Actualmente, en el caso de los *Dispute Adjudication Boards*, las partes se comprometen contractualmente a cumplir con las instrucciones establecidas en la decisión de manera inequívocamente inmediata. Sin embargo, sigue quedando abierta la vía del arbitraje o de la jurisdicción nacional – determinada vía autonomía de la voluntad o bien por las correspondientes normas de competencia judicial internacional– prevista contractualmente en caso de que alguna de las partes eleve la disputa a estas instancias con motivo de su disconformidad con el contenido de la decisión⁴⁵⁸. En torno a esta configuración, la doctrina tradicionalmente ha señalado una importante deficiencia a la hora de interpretar estos aspectos, que se expone a continuación.

⁴⁵⁶ La búsqueda de este término se realiza el 17 de febrero de 2019 en el portal web del citado diccionario: <http://www.rae.es/>.

⁴⁵⁷ El Diccionario Jurídico de la Real Academia Española, define el principio de contradicción como la “*Necesidad de audiencia a la otra parte para que manifieste lo que convenga a su derecho, resumido en la conocida frase “nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio”*”. <http://dej.rae.es/#/entry-id/E190590>.

⁴⁵⁸ Esta manifestación realizada por la parte contractual que muestra su disconformidad con la resolución del *Dispute Adjudication Board* se denomina *Notice of Dissatisfaction* en numerosos modelos de contrato utilizados en la práctica internacional.

A lo largo de varios años, la práctica jurídica en la aplicación de los principales modelos de contrato y normas sobre *Dispute Boards* se dividía en dos sectores: aquellos que mantenían que las resoluciones de los *Dispute Adjudication Boards* desplegaban sus efectos de manera inmediata⁴⁵⁹ y aquellos que determinaban que la inmediatez de sus efectos quedaba condicionada a la ausencia de emisión de una *Notice of dissatisfaction*⁴⁶⁰ por ninguna de las partes. El campo de esta relevante discusión doctrinal queda acotado a los supuestos de aplicación de los modelos de contrato FIDIC, cuyas ediciones anteriores a la de 2017 no contenían una redacción tan clara como la que exponían sobre la misma cuestión los Reglamentos de la CCI tanto de 2004 como de 2015.

Respecto a la segunda línea interpretativa apuntada, que incluso llegó a ser aplicada por instancias jurídicas de relevancia global⁴⁶¹, las resoluciones de los *Dispute Adjudication Boards* no surtían plenos efectos hasta que no había transcurrido el plazo para emitir la *Notice of Dissatisfaction*, sin que esta se hubiera llegado a producir. En congruencia con esta última interpretación, los efectos de la decisión emitida por el *Dispute Adjudication Board* quedaban *de facto* suspendidos hasta que se emitía el pronunciamiento arbitral sobre la

⁴⁵⁹ Esta es la postura que ha adoptado la nueva *Rainbow Suite* de FIDIC de 2017. Se realiza un estudio de estas cuestiones en secciones posteriores de la presente tesis doctoral. Vid. infra IV.

⁴⁶⁰ BROWN, David; SOIMULESCU, Oana, “Enforcement of Binding but Not Final DAB Decisions: The Impact of ICC Case 16948/GZ”, *Construction Law International*, vol. 7, núm 3, octubre de 2012, págs. 7-11.

⁴⁶¹ Sobre esta cuestión, ya superada por la actual redacción de los modelos de contrato FIDIC de la *Rainbow Suite* de 2017, se ha pronunciado la doctrina. GILLION, Frédéric, “Enforcement of DAB decisions under the 1999 FIDIC Conditions of Contract - A recent development: CRW Joint Operation v. PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK SGCA 33 [2011]”, *International Construction Law Review*, vol. 28, núm.4, octubre de 2011, págs. 388 y ss.; GILLION, Frédéric, “The Court of Appeal Decision in Persero II: Are We Now Clear About the Steps to Enforce a Non-Final DAB Decision Under FIDIC?”, *International Construction Law Review*, 4, 2016; SEPPÄLÄ, Christopher R., “An excellent decision from Singapore which should enhance the enforceability of decisions of dispute adjudication boards - the second Persero case before the Court of Appeal”, *Construction Law Journal*, vol. 31, núm. 7, 2015, págs. 367-374, http://fidic.org/sites/default/files/2015_ConstLJ_Issue_Print_7FINALSEPPALA.PDF.

cuestión objeto de la *litis*. En consecuencia, el *Dispute Adjudication Board* como mecanismo de ADR interpretado según este principio no ofrecía mayores ventajas que una cláusula de arbitraje internacional al uso⁴⁶². Se considera este un claro ejemplo de cómo la interpretación errónea de una cláusula contractual puede conducir a una total ineficacia en el plano práctico⁴⁶³.

Ahondando en esta afirmación, incluso, se puede concluir que aunque esta interpretación se aleja totalmente de la voluntad de las partes que redactaron y aceptaron la cláusula escalonada, la parte que consigue dilatar el proceso por este error interpretativo ve satisfechos sus intereses de una manera que no responde a la voluntad manifestada en la firma del contrato. En torno a esta afirmación, además, es necesario realizar dos importantes consideraciones. La primera de ellas remite a cuestiones procedimentales. Así, la obtención de una resolución emitida por el *Dispute Adjudication Board* suele constituir un requisito obligatorio⁴⁶⁴ para acceder a la siguiente instancia en las cláusulas escalonadas (arbitraje internacional, tras un plazo en el que las partes han de intentar un acuerdo amistoso⁴⁶⁵). Ante esta tesitura, se pueden presentar dos escenarios. En caso de que el arbitraje confirme la decisión del

⁴⁶² SEPPÄLÄ, Christopher R., “How Not to Interpret the FIDIC Disputes Clause: The Singapore Court of Appeal Judgment in the Persero Case”, White & Case, abril de 2012, <https://www.whitecase.com/sites/whitecase/files/files/download/publications/article-How-not-to-interpret-FIDIC-Disputes-Clause-April2012.pdf>. Tal y como señala el autor, esta contribución aún el contenido de dos artículos previos sobre la materia: “*This paper combines an article with the same title published in the January 2012 issue of The International Construction Law Review, London, and the author’s article “Sub-Clause 20.7 of the FIDIC Red Book does not justify denying enforcement of a ‘binding’ DAB decision” published in the October 2011 issue of Construction Law International, Volume 6, Issue 3*”.

⁴⁶³ DEDEZADE, Taner, “Legal Justification for the Enforcement of a Binding DAB Decision under the FIDIC 1999 Red Book”, *Construction International Law*, vol. 7, núm.1, marzo de 2012, pág. 13-20.

⁴⁶⁴ LÓPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO, Álvaro, *Multistep dispute resolution clauses*, Liber amicorum. en CREMADES, Bernardo ARIAS, David (Editor), FERNÁNDEZ-BALLESTEROS Miguel Ángel (Editor). Las Rozas (Madrid): La Ley, 2010.

⁴⁶⁵ Este paso previo al arbitraje, que contempla la nueva *Rainbow Suite* de FIDIC, es objeto de estudio en posteriores secciones de la presente tesis doctoral. Vid. infra IV

Dispute Adjudication Board, la parte desfavorecida por la resolución habrá desembolsado una cantidad muy superior a aquella satisfecha por el establecimiento del *Dispute Adjudication Board* en el proyecto. En caso contrario, si el procedimiento arbitral pone fin al conflicto con una la resolución contraria a la emitida por el *Dispute Adjudication Board*, será necesario realizar una nueva valoración de los daños que el cumplimiento inmediato de la resolución haya causado a la parte disconforme con la decisión del *Dispute Adjudication Board*. Así, es aconsejable que las partes no favorecidas con determinada resolución, valoren las consecuencias de elevar la reclamación a la instancia arbitral. La segunda de las consideraciones enunciadas alude a la cuestión sobre la provisionalidad de las resoluciones de los *Dispute Adjudication Boards*. Esto es, aunque las decisiones de los *Dispute Adjudication Boards* tienen carácter inmediato, participan también de un carácter provisional, en tanto en cuanto pueden ser revisadas en vía jurisdiccional o arbitral según prevea dicha cláusula contractual escalonada. Por lo tanto, según esta interpretación –que se reputa errónea–, solo en caso de que ninguna de las partes emitiese una notificación de disconformidad –esto es, no practicase la referida notificación en un plazo determinado también contractualmente–, las decisiones de los *Dispute Adjudication Boards* se convertirían en definitivas, aunque siempre limitándose al ámbito contractual y no al jurisdiccional, puesto que en todo caso queda la opción de remitir la cuestión a arbitraje o litigación internacional, siguiendo los parámetros propios del Derecho Internacional Privado.

Este concepto trae su origen en la redacción de la cláusula 20 del Libro Rojo de FIDIC de 1999. Una redacción ambigua desvirtuaba la naturaleza jurídica de las resoluciones de los *Dispute Boards* en general y encontraba su respaldo en la mal entendida nota de provisionalidad de las resoluciones que

estos emiten recientemente apuntada⁴⁶⁶. Esta característica de provisionalidad, como se ha indicado previamente, puede no coincidir con la naturaleza de la decisión del *Dispute Adjudication Board*. Esto es, en aplicación del segundo criterio interpretativo, el elemento que determinaba la efectividad plena de los efectos de la resolución del *Dispute Adjudication Board* era la conformidad de las partes con el contenido de la decisión. Esta conformidad quedaba, supeditada al momento en el que terminaba el plazo para la emisión de la *Notice of dissatisfaction* sin que ninguna de las partes efectuara dicha notificación. La naturaleza de la resolución del *Dispute Adjudication Board* podía ser calificada como definitiva o final –en caso de que ambas estuvieran conformes con la decisión–, o bien, por el contrario, provisional –en el supuesto en el que alguna de las partes manifestase su disconformidad sobre sus términos–. Irremediablemente, la decisión se veía sometida a un tribunal arbitral o jurisdiccional en aplicación de lo dispuesto por las partes en la cláusula *multi-tier*, alejándose de lo que las partes habían previsto inicialmente para la resolución de conflictos. De esta interpretación, se infiere que la autoridad de los *Dispute Adjudication Boards*, había de pasar por un doble filtro para ser efectiva: en primer lugar, el establecimiento de un *Dispute Adjudication Board* acordado por las partes en el momento de la firma del contrato y, en segundo lugar, la ausencia de una *Notice of Dissatisfaction* tras haberse celebrado un procedimiento contradictorio ante el *Dispute Adjudication Board*.

⁴⁶⁶ A consecuencia de los problemas que planteaba esta redacción, FIDIC publicó el documento: *FIDIC Guidance Memorandum to Users of the 1999 Conditions of Contract dated 1st April 2013*, para eliminar la ambigüedad de las cláusulas 20.4 y 14 de la edición de 1999 del Libro Rojo. Este documento todavía está accesible en el siguiente enlace: <http://fidic.org/sites/default/files/FIDIC%20Guidance%20Memorandum%20to%20Users%20of%20the%201999%20Conditions%20of%20Contract%20dated%201st%20April%202013.pdf>. Sin embargo, estas disposiciones no gozaron de una acogida unánime en la doctrina, que solicitaba una reformulación de las disposiciones de FIDIC sobre la ejecución de las resoluciones de los *Dispute Boards* contenidos en sus modelos de contrato. TWEEDDALE, Andrew, “FIDIC's Guidance Memorandum to Users-A Half-Baked Solution?”, *Construction Law International*, vol. 9, núm. 2, 2014, págs 23-27.

Los aspectos recientemente expuestos conducen a considerar dos cuestiones terminológicas y de traducción inglés-español que inciden en la interpretación de la naturaleza de las resoluciones emitidas por los *Dispute Adjudication Boards*, las cuales se refieren a continuación.

En primer lugar, la doctrina internacional, principal fuente de conocimiento sobre esta materia, califica las decisiones de estos órganos con el término en inglés “*interim*”. La traducción al español más extendida de dicho término es “provisional”. Algunos diccionarios jurídicos bilingües, recogen entre sus acepciones esta noción, definiendo el término en inglés *interim* como: “*provisional, transitorio, temporal, breve, momentáneo*”; mientras que otros⁴⁶⁷, además, añaden la acepción de “cautelar”.

Por lo que respecta a esta última noción apuntada de cautelar, se estima que esta se muestra más próxima al concepto anglosajón de “*interim*”. La referida interpretación que señalaba que las resoluciones de los *Dispute Adjudication Boards* comenzaban a surtir efectos únicamente en caso de que ninguna de las partes muestre su disconformidad con el contenido de la resolución, también planteaba problemas en el ámbito terminológico. Esto es, atribuir la nota de provisionalidad a las decisiones de los *Dispute Adjudication Boards* según este criterio no resultaba completamente adecuado, puesto que dichas resoluciones –en contraposición con las recomendaciones de los *Dispute Review Boards*– se configuran contractualmente como inmediatamente vinculantes desde el momento en el que son emitidas y solo pueden ser revisadas en caso de que alguna de las partes muestre su disconformidad con su contenido, y no al contrario.

⁴⁶⁷ ALCARAZ, Enrique; HUGHES, Brian; CAMPOS, Miguel Ángel, *Diccionario de términos jurídicos – A dictionary of legal terms*, 11ª Ed., Barcelona, Ariel Derecho, 2014, págs. 329–330; BECERRA, Javier F., *Diccionario de terminología jurídica norteamericana (Inglés–Español) – Dictionary of United States legal terminology (English–Spanish)*, 10ª Ed., México, Escuela Libre de Derecho, 2008, pág. 504.

En segundo lugar, el término “*adjudication*” –que identifica a los *Dispute Boards* cuyas resoluciones producen efectos vinculantes desde su emisión– genera confusión en su traducción al español⁴⁶⁸. La palabra anglosajona *adjudicative* se opone en este contexto al término *advisory*, de modo que la diferencia entre estos términos radica en la naturaleza de la decisión: *adjudication*⁴⁶⁹ contiene una noción de vinculatoriedad, mientras que *advice* no presenta esta nota. Partiendo de esta distinción, el término *adjudication* obligaba a ser definido como un fenómeno de naturaleza híbrida según la segunda línea interpretativa contemplada. Ello se debía a que la noción de *adjudication* se predicaba de un órgano que emite resoluciones vinculantes que normalmente se convertían en definitivas por la voluntad de las partes, pero que podían ser revisadas por un órgano jurisdiccional o, análogamente, arbitral, mediante la emisión de una *Notice of dissatisfaction*⁴⁷⁰. En cualquier caso, el calco en español

⁴⁶⁸ Por este motivo y sin perjuicio de las consideraciones de esta sección, en lo sucesivo se hará referencia a esta institución jurídica con su voz inglesa: “*adjudication*”.

⁴⁶⁹ Así se pronuncian las Fuentes bibliográficas redactadas en inglés. “A Dispute Board (DB) is a “job-site” dispute avoidance and adjudication process”, CHAPMAN, PETER H.J., The use of Dispute Boards on major infrastructure projects, *Turkish Commercial Law Review*, vol. 1, núm. 3, Octubre 2015, pág. 219.

⁴⁷⁰ Así lo refleja la doctrina en diversas fuentes bibliográficas: “*Thus, only if we have been able to identify the very nature of dispute adjudication, existing specific legislation or case law can and shall be applied on it. Accordingly at least under Civil law it is much helpful to know the legal character of dispute adjudication helping us to classify it. Now, what is dispute adjudication like? What are its essential or characterizing elements? It is suggested that Dispute Adjudication can be described as a hybrid phenomenon as follows: 1. Dispute adjudication is based on an agreement (governed by the proper law of the contract) whereby the Parties to it agree that a third party (the DB) shall give an opinion on a subject matter (a matter of fact or an element of a legal relationship), opinion which they agree in advance shall be binding on them. 2. But it should be added that the third party shall form its opinion on what is unilaterally submitted to it as a dispute, being bound to hear both parties and to form its opinion not only based on its professional knowledge but subject to the law and the contract from which the subject matter of the dispute (for ex: a claim) has arisen. 3. Last but not least the adjudicator shall not act as an arbitrator, hence being deliberately exempted from the duties of an arbitrator albeit not having been appointed to act as an “amiable compositeur” 37. 4. It has the nature of an agreement sui generis*”. HÖK, Götz-Sebastian, “Dispute Adjudication in Civil Law Countries: Phantom or Effective Dispute Resolution Method?”, *Forum, The Dispute Resolution Board Foundation*, vol. 15, núm 3, agosto de 2011, pág. 12.

del término “adjudicación” no resulta adecuado para definir este mecanismo que nada tiene que ver con el significado jurídico del término en español⁴⁷¹.

La ventaja de la emisión de resoluciones de inmediato vinculantes para las partes queda reflejada principalmente en la posibilidad y en el momento de ejecutar las decisiones, desde el momento en el que estas son notificadas a las partes. Ahora bien, esta característica viene modulada por las diferentes jurisdicciones y normativa de aplicación de cada estado en el que las resoluciones hayan de surtir efectos para la vía ejecutiva. Se distingue efectivamente una gran diferencia entre los estados del sistema jurídico *Common Law* de los de raíz romana o denominados *civil law* por la doctrina internacional⁴⁷². Es diferencia radica fundamentalmente en las atribuciones de los

⁴⁷¹ Las entradas que se presentan en los diccionarios jurídicos consultados para término “adjudicación” se circunscriben principalmente al ámbito administrativo. Así, se encuentra “*Adjudicación de contratos administrativos: Es el acto a través del cual la Administración pública encomienda la ejecución un contrato administrativo a un contratista, tras el correspondiente procedimiento de selección del mismo. La adjudicación se realizará, ordinariamente, utilizando el procedimiento restringido, pudiéndose llevar a cabo, en determinados supuestos, siguiendo el procedimiento negociado o el diálogo competitivo. (...)*”. Vid. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Juan Manuel (Coord.), *Diccionario jurídico*, 6ª Ed., Barcelona, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pág. 54. En este mismo sentido, vid. BERMEJO VERA, José (Dir.); BERNAL BLAY, Miguel Ángel (Coord.), *Diccionario de contratación pública*, Madrid, Iustel, 2ª Ed, 2012, págs. 34 y ss y FERNÁNDEZ DE BIJÁN Y FERNÁNDEZ, Federico (Coord.), *Diccionario jurídico el derecho*, Madrid, El derecho grupo editorial, 1ª Ed., 2009, pág. 60.

⁴⁷² La doctrina se pronuncia sobre estas cuestiones, que presentan una gran complejidad jurídica. “*4. Binding Effect of DAB decisions and enforceability of DAB decisions. The binding effects of a DAB decision depend on what has been agreed upon. Under FIDIC there is no doubt that the parties agree when they make their contract that they shall give effect to any future DAB decision. To the extent that the parties to the adjudication clause have agreed that they shall give effect to a resulting DAB decision, the question arises whether this agreement is enforceable. In other words it must be checked whether an agreement according to which the parties have agreed to be to the determination of the performance by a third person can be enforced and what are the elements that are required to be met in order to enforce the decision. The parties do not agree themselves independently either to do or to omit something. Rather the parties agree to perform or accept what the third person has or had determined. Thus the duty to give effect to a DAB decision which in itself does not result directly from the intentions of the parties (this would constitute a legal transaction – “acte juridique”) but is the professional opinion of a third person (thus a “fait juridique” as opposed to an “acte juridique”) should probably be dealt with a bit differently than a mere duty to pay a specific amount of money as independently agreed by the parties. It must be derived from the relevant circumstances as*

tribunales de los estados de la cultura del *Common Law*, los cuales (a diferencia de aquellos establecidos en los países de tradición romano-germánica), presentan un carácter abierto que les permite cubrir lagunas en caso de percibir ambigüedad en las disposiciones contractuales⁴⁷³.

described above that the parties certainly did not agree to be bound to any kind and type of decision (irrespective of whether a certain procedure was followed and independent of whether what had been agreed on in terms of a contract). Rather it must be assumed that the parties' intentions included merely those decisions for which they have conferred judicial powers on the DAB (jurisdiction) and which are the result of a fair procedure (natural justice). Though of course the requirement of a fair procedure should be understood subject to further qualification in accordance with the law, it shows that civil law jurisdictions will have to acquaint themselves with the concepts of dispute adjudication and that the courts will have to shape the elements of fair procedure in accordance with what the parties have anyway agreed on in terms of the contract. Since there is very little experience with FIDIC based dispute adjudication in Civil Law countries and jurisdictions, with the exception of probably South Africa and Botswana, there is still some uncertainty about the binding effects of dispute adjudication decisions. On the other hand it is difficult to argue that Civil Law jurisdictions are unable to deal with dispute adjudication and other alternative forms of dispute resolution than arbitration. The examples of the Italian "lodo irrituale" and similar contractual arbitration in some US states show that irrespective of some difficulties civil law practitioners might encounter, it is feasible to deal with such features. In other words, it is acceptable that a third person may make a decision on a dispute which does not have legal force (res judicata) in itself, and which cannot be enforced by means of simple registration of judgment. Under FIDIC forms of contract Sub-Clause 20.4 clearly says that the parties to the contract shall give prompt effect to any DAB decision whether merely binding or final and binding. The contractual machinery is such that the failure to comply with any such DAB decision constitutes a breach of contract and may result in suspension of progress and/or termination of contract. Sub-Clause 20.7 FIDIC 1999 confers upon the arbitral tribunal jurisdiction to deal with the failure to comply with a final and binding DAB decision. Sub-Clause 20.9 FIDIC Gold Book follows a broader approach. Thereunder, a dispute with regard the failure to give effect to a (merely) binding and/or final and binding DAB decision may be referred to arbitration. Whilst under Sub-Clause 20.6 it is likely that the court will hear the merits before granting relief, Sub-Clause 20.7 FIDIC 1999 and Sub-Clause 20.9 FIDIC Gold Book do allow the arbitral tribunal to grant specific performance". HÖK, Götz-Sebastian, "FIDIC – MDB Approach in respect of Dispute Adjudication Boards", <http://fidic.org/sites/default/files/FIDIC%20MDB%20Approach%20in%20respect%20of%20Dispute%20Adjudication%20Boards.pdf>.

⁴⁷³ La doctrina española apuntó los retos a los que se enfrentaban en su día la implementación de modelos de contrato en la industria de los países pertenecientes a esta cultura jurídica: "Una de las características más importantes de las condiciones FIDIC es, precisamente, su ya citada marcada inspiración en el common law. En este sentido, se ha afirmado que no satisfacen las necesidades de los sistemas de tradición romano-germánica, además de denunciar el carácter ambiguo e inapropiado de su redacción. En cualquier caso, esta afirmación genérica de falta de aptitud de los contratos modelo de la FIDIC en los sistemas de derecho civil se concretan en varias objeciones: (a) En primer lugar, el arcaísmo del Derecho inglés que se manifiesta en instituciones como el nominated subcontractor, que da lugar a la transmisión de la responsabilidad al cliente contratista y subcontratista, liberando al ingeniero. (b) Como

Al mismo tiempo, la naturaleza vinculante de las resoluciones de los *Dispute Adjudication Board* suele estar presente en la estrategia de las partes ante el conflicto, de modo que las partes perciben este mecanismo como el último escalón de la cláusula de resolución de conflictos, porque no desean acudir a hipotéticos escalones posteriores de una cláusula *multi-tier*. Así, las partes, al dotar de eficacia vinculante a las resoluciones de los *Dispute Adjudication Boards*, previsiblemente cumplirán con su contenido y se abstendrán de iniciar un procedimiento arbitral o jurisdiccional. De la misma manera, es menos probable que la parte desfavorecida con la resolución contravenga las disposiciones de la misma, porque con ello se produciría un caso de incumplimiento de contrato y, con mayor motivo, se podría instar la ejecución de las disposiciones de la resolución, sin perjuicio de las acciones de suspensión del contrato o incluso su terminación anticipada o rescisión. La emisión de resoluciones vinculantes también juega un importante papel en los casos en los que una de las partes está constituida por una agrupación de empresas o *joint venture*, en la medida que el consenso entre los partícipes en la misma puede no adoptarse inmediatamente ante una recomendación; mientras que es irrefutable

*segunda razón que justifica la inadaptación de las condiciones FIDIC a los sistemas de Derecho civil se hace referencia a la ausencia de determinación de las obligaciones del ingeniero. Esta circunstancia da lugar a incertidumbre en la relación contractual, en la que el contratista carece de seguridad jurídica y se tiende a transmitir la responsabilidad al cliente. (c) En tercer lugar, se critica la determinación del sistema de fijación del precio en el bill of quantities unit price. (d) También, se denuncia la falta de protección del cliente. Así como el procedimiento de recepción que se deja en manos del ingeniero, sin tener en cuenta la forma tácita, que suele ser muy habitual. En este mismo sentido se refiere a la pervivencia de instituciones como el fitness for the purpose y el performance certificate que ignoran el rigor de las obligaciones de resultado en los sistemas de derecho civil. (e) Finalmente, se denuncia el carácter abierto del sistema de common law al que pertenecen originariamente las condiciones FIDIC, por cuanto son completadas por la labor de los tribunales, cubriendo la laguna de su ambigüedad. (f) A su vez, se muestran dudas para la utilización de estas condiciones en el ámbito internacional de la contratación pública, fundamentalmente de los Estados en vías de desarrollo, ya que el modelo en el que están inspirados, el ICE, estaba elaborado pensando, tan sólo, en las transacciones privadas. De hecho, existen otros modelos contractuales utilizados por las instituciones públicas británicas, para los supuestos de contratación pública”. REIG FABADO, Isabel, *El contrato internacional de ingeniería*, Valencia, 1ª Ed., Tirant lo Blanch, 2008, págs. 123-240.*

en caso de una decisión. Por último, la fuerza vinculante de las resoluciones de los *Dispute Adjudication Boards* también opera en el plano público, por cuanto facilita el cumplimiento de disposiciones en jurisdicciones en las que los pagos no absolutamente obligatorios pueden conducir a sospecha de corrupción de los funcionarios públicos.

Como principal inconveniente de los *Dispute Adjudication Boards*, la doctrina señala que las partes desfavorecidas con la decisión de este órgano serán más proclives a iniciar o bien el procedimiento arbitral previsto como recurso final en las cláusulas de resolución de conflictos predeterminadas inicialmente en los modelos de contrato que se refieren en la presente tesis doctoral⁴⁷⁴, o bien a acudir a los tribunales nacionales que las reglas de Derecho internacional privado determinen como competentes para conocer de esta situación privada internacional. La implementación de cualquiera de las dos hipótesis anunciadas se entiende que haría fracasar la voluntad inicial de las partes en la negociación y firma del contrato. Otro de los motivos que puede ser referido como inconveniente de los *Dispute Adjudication Boards* hace referencia a términos económicos. Esto es, para emitir resoluciones vinculantes, se señala que en este tipo de *Dispute Boards* se suelen incrementar los costes en concepto de preparación de vistas, documentación asistencia de profesionales del derecho, etc. Esta circunstancia es debida a que las decisiones suelen constituir pronunciamientos más complejos que aquellos contenidos en las recomendaciones. Ello, además, conduce a incumplimientos del plazo previsto contractualmente para la emisión de la decisión por parte del *Dispute Adjudication Board*. Sin olvidar, además, que la resolución por vía de decisión de un *Dispute Adjudication Board* presenta un componente

⁴⁷⁴ Vid. supra II

heterocompositivo que, en sí, despoja a las partes de su poder de decisión sobre la disputa⁴⁷⁵.

Tal y como se ha referido con anterioridad, la cuestión sobre la eficacia de las decisiones de los *Dispute Adjudication Boards* ha sido objeto de una gran controversia en el ámbito jurídico, con especial repercusión en diversos pronunciamientos arbitrales a los que llegaban las cuestiones en un primer momento sometidas a un *Dispute Adjudication Board*. A este respecto, se emitieron pronunciamientos contradictorios sobre el momento en el surtían plenos efectos las resoluciones contenidas en una decisión emitida por un *Dispute Adjudication Board*. Una vez más, el papel de las asociaciones profesionales que emiten normas sobre la materia ha sido clave en la aclaración de estas cuestiones. En los modelos de contrato publicados por FIDIC a finales del año 2017, esta cuestión queda claramente regulada, estableciéndose inequívocamente el carácter inmediato de los efectos de las decisiones emitidas por los *Dispute Adjudication Boards*, sin perjuicio de que la cuestión se someta a otros métodos de resolución de conflictos ulteriores según lo establecido en el sistema de resolución de disputas acordado contractualmente⁴⁷⁶. Esta cuestión es objeto de un estudio más detallado en secciones posteriores de la presente tesis doctoral⁴⁷⁷.

⁴⁷⁵ CHAPMAN, Peter H.J., *Dispute Boards on Major Infrastructure Projects*, Conferencia de la DRBF, Bruselas, noviembre de 2011.

⁴⁷⁶ Esta cuestión y el análisis de las cláusulas 20 y 21 de los modelos de contrato FIDIC queda desarrollada en posteriores secciones. Vid. infra IV.

⁴⁷⁷ Esta cuestión es objeto de un estudio más detallado en secciones posteriores. Vid. infra IV

2.C. *Combined Dispute Boards*: Una figura mixta auspiciada por la CCI

Mientras que la distinción entre recomendaciones y decisiones inmediatamente vinculantes recientemente expuesta (derivadas respectivamente de los *Dispute Review Boards* y de los *Dispute Adjudication Boards*) se originó en fases tempranas del uso de los *Dispute Boards*, el tipo de órgano que esta tesis estudia a continuación, los *Combined Dispute Boards*, no fue formulado hasta fechas relativamente recientes. La elaboración positiva de estos *Combined Dispute Boards* fue acometida por la CCI en el año 2004, a través de la publicación de su primer Reglamento Relativo a los *Dispute Boards*⁴⁷⁸. La CCI ofrece desde 2004 un sistema mixto de emisión de resoluciones, denominado *Combined Dispute Boards*⁴⁷⁹, que merece ser objeto de estudio en la clasificación de *Dispute Boards* que realiza la presente tesis doctoral. El Reglamento ICC de 2015 presenta como novedades con respecto al texto anterior publicado en el año 2004, una descripción más detallada de las funciones básicas de los *Dispute Boards*, que ya han sido presentadas en las secciones precedentes de esta tesis doctoral⁴⁸⁰.

Los *Combined Dispute Boards* se caracterizan principalmente por admitir la manifestación de la autonomía de la voluntad de las partes en mayor grado que en los casos anteriores. Eso es, en los dos tipos de *Dispute Board* referidos previamente (*Dispute Review Boards* y *Dispute Adjudication Boards*), las partes toman en el momento de la firma del contrato una decisión sobre la importante cuestión de la fuerza vinculante de las resoluciones que emita el *Dispute Board* como mecanismo de ADR. Así, en caso de que elijan establecer

⁴⁷⁸ Vid. supra II.2.C.

⁴⁷⁹ El Reglamento CCI 2004, así como su edición de 2015, en sus versiones en español, no traducen este término, por lo que utilizará la nomenclatura en inglés a lo largo de la presente tesis doctoral.

⁴⁸⁰ Vid. supra I.1.A.

un *Dispute Review Board*, las resoluciones que se obtengan al final del procedimiento ante este órgano no serán vinculantes; mientras que si, por el contrario, optan por establecer un *Dispute Adjudication Board*, las decisiones surtirán efectos *ab initio*. La opción elegida por las partes a la firma del contrato determina los efectos a lo largo de toda la ejecución contractual y solo puede ser modificada mediante un posterior acuerdo en los mismos términos contractuales antes de que se someta la disputa al *Dispute Board*.

A diferencia de este planteamiento recién apuntado, en el caso de que las partes de un contrato internacional de ingeniería y construcción establezcan un *Combined Dispute Board* según el régimen establecido en el Reglamento de la CCI de 2015, las partes pueden modular la fuerza vinculante de la resolución que emita este órgano, según su autonomía de la voluntad, en un momento posterior al de la firma del contrato y sin necesidad de modificar las estipulaciones contenidas en él. Así, el *Combined Dispute Board* no queda limitado por las disposiciones acordadas al inicio del contrato, sino que podrá emitir tanto recomendaciones como decisiones en determinados supuestos. Así, cuando se someta una controversia al *Combined Dispute Board*, este emitirá una recomendación, salvo que las partes acuerden que el *Combined Dispute Board* emita una decisión o que este órgano así lo decida a petición de una de las partes, en determinados supuestos. Para favorecer el uso de esta fórmula de resolución de conflictos, en el mismo Reglamento de la CCI de 2015 se integra un modelo de cláusula de *Combined Dispute Board* en la publicación que recoge el Reglamento de 2015, que se adecúa perfectamente a lo dispuesto al respecto en el contenido del citado Reglamento⁴⁸¹.

⁴⁸¹ Se reproduce a continuación el referido modelo de cláusula de la versión del Reglamento traducida al español: “*Combined Dispute Board CCI seguido por arbitraje CCI en caso necesario* Por la presente, las Partes se comprometen a constituir un *Combined Dispute Board* («CDB») conforme al Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (la «CCI») relativo a los *Dispute Boards* (el «Reglamento»), el cual es considerado como parte integrante de la presente. El CDB se compone de [uno/tres/X] miembro(s) nombrado(s) en el presente contrato

Para exponer las características de los llamados *Combined Dispute Boards*, es necesario realizar un examen de las disposiciones correspondientes a esta figura, que se encuentran publicadas en el Reglamento CCI de 2015. La Cláusula 6⁴⁸² del Reglamento CCI de 2015 está dedicada a la

o nombrado(s) de acuerdo con el Reglamento. Todas las controversias derivadas del presente contrato o relacionadas con él serán sometidas, en primer lugar, al CDB conforme al Reglamento. Para cualquier controversia, el CDB emitirá una Recomendación, salvo que las Partes hayan acordado que el CDB debe dictar una Decisión o que el CDB decida hacerlo a petición de una de las Partes y de conformidad con el Reglamento. Si una de las Partes no acata una Recomendación o una Decisión cuando se le exija hacerlo de conformidad con el Reglamento, la otra Parte puede, sin tener que recurrir primero al CDB, someter este incumplimiento a arbitraje de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la CCI, a uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento de Arbitraje. Una Parte que no cumpla con una Recomendación o una Decisión cuando se le exija hacerlo de conformidad con el Reglamento no podrá plantear ningún asunto sobre el fondo de la Recomendación o la Decisión como defensa de su falta de cumplimiento sin demora de la Recomendación o la Decisión. Si una Parte notifica por escrito a la otra y al CDB su desacuerdo con una Recomendación o una Decisión, según lo previsto en el Reglamento, o bien si el CDB no ha emitido la Recomendación o dictado la Decisión en el plazo establecido por el Reglamento, o incluso si el CDB es disuelto conforme al Reglamento antes de que se emita la Recomendación o se dicte la Decisión, la controversia será resuelta definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la CCI por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento de Arbitraje. [* Si lo desean, las partes pueden solicitar al Centro el examen de las Decisiones del CDB mediante la inclusión de la siguiente frase: El CDB deberá someter cada Decisión a examen de la CCI de conformidad con el Artículo 23 del Reglamento.]”.* Reglamento Relativo a los Dispute Boards de la CCI, 2015, <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/2015-Dispute-Board-Rules-Spanish-version.pdf>.

⁴⁸² A continuación se reproduce el contenido del citado Artículo 6: “Artículo 6 *Combined Dispute Boards (CDB)* 1 Los CDB pueden ayudar a las Partes a evitar Desacuerdos, a resolverlos a través de una asistencia informal y emitiendo Conclusiones sobre las Desavenencias en caso de sumisión formal. En las sumisiones formales, emiten Recomendaciones relacionadas con las Desavenencias conforme al Artículo 4, pero pueden dictar Decisiones conforme al Artículo 5 según lo estipulado en los párrafos 2 y 3 del presente Artículo 6. 2 Si una de las Partes solicita una Decisión acerca de una Desavenencia, y ninguna otra Parte se opone a ello, el CDB dictará una Decisión. 3 Si una de las Partes solicita una Decisión y la otra Parte se opone a ella, el CDB decidirá definitivamente sobre la emisión de una Recomendación o de una Decisión. Para llevar a cabo esta elección, el CDB deberá tomar en consideración, sin limitarse a ellos, los factores siguientes: a) si, por razones de urgencia u otras consideraciones pertinentes, una Decisión puede facilitar la ejecución del Contrato o impedir un daño o un perjuicio importante para cualquiera de las Partes; b) si una Decisión permite prevenir la interrupción del Contrato; c) si una Decisión es necesaria para conservar elementos de prueba. 4 Cualquier solicitud para emitir una Decisión efectuada por la Parte que remite la Desavenencia al CDB debe figurar en la Exposición de la Desavenencia conforme al Artículo 19. Cualquier solicitud formulada por la otra Parte debe constar por escrito, a más tardar en la Contestación prevista en el Artículo 20”.

regulación de los *Combined Dispute Boards*, confirmando en su contenido que el mismo órgano puede emitir tanto recomendaciones –aquellas emitidas normalmente por los *Dispute Review Boards*– como decisiones –las emitidas normalmente por los *Dispute Adjudication Boards*–, dependiendo de ciertas condiciones⁴⁸³.

El régimen establecido en la citada Cláusula 6 del Reglamento CCI de 2015 se adecúa también al acuerdo modelo que ofrece la CCI en el documento Cláusulas Modelo sobre los *Dispute Boards*, que forma parte del texto del Reglamento CCI de 2015⁴⁸⁴. Así, en las Cláusulas Modelo sobre los *Dispute Boards* del Reglamento CCI 2015, se ofrece un texto predeterminado de cláusula *multi-tier* que puede ser utilizado por las partes contractuales que deseen instaurar un *Combined Dispute Board* para la resolución de las disputas que se originen en la ejecución contractual. Esta cláusula modelo queda rubricada bajo la denominación: “*Combined Dispute Board CCI seguido por arbitraje CCI en*

⁴⁸³ La doctrina enumera dichas condiciones: “*ICC Combined Dispute Board Followed By ICC Arbitration If Required The Parties hereby agree to establish a Combined Dispute Board ('CDB') in accordance with the Dispute Board Rules of the International Chamber of Commerce (the 'Rules'), which are incorporated herein by reference. The CDB shall have [one/three] member[s] appointed in this Contract or appointed pursuant to the Rules. All disputes arising out of or in connection with the present Contract shall be submitted, in the first instance, to the CDB in accordance with the Rules. For any given dispute, the CDB shall issue a Recommendation unless the Parties agree that it shall render a Decision or it decides to do so upon the request of a Party and in accordance with the Rules. If any Party fails to comply with a Recommendation or a Decision when required to do so pursuant to the Rules, the other Party may refer the failure itself to arbitration under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules of Arbitration. If any Party sends a written notice to the other Party and the CDB expressing its dissatisfaction with a Recommendation or a Decision as provided for in the Rules, or if the CDB does not issue the Recommendation or Decision within the time limit provided for in the Rules, or if the CDB is disbanded pursuant to the Rules, the dispute shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules of Arbitration*”. CHERN, Cyril, *Chern on Dispute Boards*, Londres, Informa Law from Routledge, 3ª Ed., 2015, pág. 389.

⁴⁸⁴ Este modelo forma parte integral del Reglamento de 2015 y puede accederse a él de manera gratuita mediante el enlace referido con anterioridad (vid. nota al pie 484).

caso necesario” (sic)⁴⁸⁵. En este documento, que la CCI aconseja a las partes introducir en su contrato, se anticipa que el *Combined Dispute Board* emitirá “una Recomendación, salvo que las Partes hayan acordado que el CDB debe dictar una Decisión o que el CDB decida hacerlo a petición de una de las partes y de conformidad con el Reglamento”. A la luz de estas indicaciones, se puede afirmar que el *Combined Dispute Board* emite resoluciones no vinculantes (recomendaciones)⁴⁸⁶ de modo general. Ahora bien, el Artículo 6 del Reglamento CCI de 2015 continúa introduciendo la posibilidad de que el *Combined Dispute Board* emita resoluciones vinculantes (decisiones)⁴⁸⁷ en casos como los que se apuntan a continuación.

Los supuestos en los que el *Combined Dispute Board* puede emitir resoluciones vinculantes vienen recogidos en los apartados 2 y 3 del Artículo 6 del Reglamento de la CCI de 2015 y responden a dos aspectos fundamentales: la voluntad de las partes y el buen fin del proyecto. Así, el Artículo 6.2 del Reglamento de la CCI de 2015, reafirma que la fuerza vinculante de las resoluciones emitidas por los *Combined Dispute Boards* pertenece al ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes en el documento convencional por el cual se obligan a someter sus disputas. Esta afirmación encuentra su causa en el Artículo 6.2 del Reglamento de la CCI de 2015, previsto para los casos en los que una de las partes solicite al *Combined Dispute Board* una decisión vinculante y la otra parte no se manifieste contraria a ello. En tal caso, el *Combined*

⁴⁸⁵ Como se ha indicado, la CCI no traduce el término *Dispute Board* en su modelo español del Reglamento sobre *Dispute Boards* de 2015, por lo que inglés y español conviven en su clausulado. A este respecto, vid. nota al pie 479.

⁴⁸⁶ Las Recomendaciones están reguladas en el Art. 4 del Reglamento 2015 y de ellas se predica que “2. Al recibir una Recomendación, las Partes pueden acatarla voluntariamente pero no están obligadas a hacerlo”.

⁴⁸⁷ El régimen jurídico de los efectos de las Decisiones, a su vez, viene estipulado en el Artículo 5 del Reglamento de la CCI de 2015, cuya redacción es inequívoca con respecto a los efectos de las mismas: “2 Una Decisión es obligatoria para las Partes desde el momento de su recepción. Las Partes deben cumplirla sin demora aun cuando exista una manifestación de desacuerdo conforme al presente Artículo 5”.

Dispute Board emitirá una decisión de esta naturaleza. Aunque esta posibilidad viene formulada en la referida fórmula análoga a la sumisión tácita, la esencia de los *Dispute Boards* como mecanismo de resolución de conflictos obliga a interpretar que nada obsta a que las partes soliciten de antemano y de mutuo acuerdo la emisión de una decisión sobre determinada controversia.

Ahora bien, en caso de que una de las partes solicite una decisión⁴⁸⁸ y la otra parte se oponga a ello, el pronunciamiento sobre el tipo de resolución a emitir será realizado por el propio *Combined Dispute Board*. La valoración que conduzca a elegir el tipo de resolución, llevada a cabo por el *Combined Dispute Board*, presenta rasgos heterocompositivos, por cuanto las partes pierden el control de la controversia y dejan que un tercero decida sobre una cuestión tan crucial como la fuerza vinculante que ha de presentar la resolución emitida. Como apunta la ICC, el referido pronunciamiento del *Combined Dispute Board* habrá de basarse en elementos que redunden en el buen fin del contrato. Así se establece en los tres supuestos recogidos en el Artículo 6.3 del Reglamento CCI de 2015: i) motivos de urgencia o cualesquiera otros encaminados evitar daños; ii) favorecer la continuidad del contrato; o iii) conservar elementos de prueba; todo ello sin perjuicio de cualesquiera otras causas que aprecie el mismo *Combined Dispute Board* para justificar la emisión de una decisión vinculante.

El procedimiento recientemente referido sobre la determinación de la fuerza vinculante de la resolución del *Combined Dispute Board*, que decide este mismo órgano, ha de ponerse en relación con las disposiciones relativas a la

⁴⁸⁸ Ha de tenerse en cuenta que la configuración predeterminada del *Combined Dispute Board* establece que este tipo de órganos emiten meras recomendaciones. Por este motivo, el Artículo 6.4 del Reglamento CCI del 2015 establece una serie de requisitos formales con que debe contar la solicitud de emisión de una decisión por parte del *Combined Dispute Board*. La solicitud, por tanto, ha de formularse expresamente en un momento determinado y realizarse por escrito: “Artículo 6.4. *Cualquier solicitud para emitir una Decisión efectuada por la Parte que remite la Desavenencia al CDB debe figurar en la Exposición de la Desavenencia conforme al Artículo 19. Cualquier solicitud formulada por la otra Parte debe constar por escrito, a más tardar en la Contestación prevista en el Artículo 20*”.

fuerza vinculante de las recomendaciones y decisiones de los *Dispute Boards* establecidos según el Reglamento de la CCI. En este sentido, ha de subrayarse que los artículos correspondientes del citado Reglamento presentan una redacción mucho más clara que la que se contenía en las ediciones anteriores de los modelos de contrato FIDIC. Por ejemplo, la aplicación del principio *solve et repete*⁴⁸⁹ que fue objeto de disquisiciones doctrinales en relación con los célebres modelos de contrato, no ha lugar en la aplicación del Reglamento de la CCI de 2015⁴⁹⁰. Esto es, las disposiciones del Reglamento de la CCI de 2015 establecen expresamente que las decisiones son es obligatorias para las partes desde el momento de su recepción y que estas deben cumplirla sin demora aun cuando exista una manifestación de desacuerdo sobre su contenido⁴⁹¹. Sin embargo, tal y

⁴⁸⁹ GILLION, Frederic, “Persero II: “Pay Now, Argue Later” In The Context Of Dab Decisions – What Approach Best Advances the Purpose of The FIDIC’s Security of Payment Regime?”, *International Construction Law Review*, vol. 32, núm. 1, 2015, págs. 26-43.

⁴⁹⁰ Así lo recoge la siguiente fuente bibliográfica, que reúne las opiniones del comité de redacción del Reglamento de la ICC 2015: “1.2. *Compliance with contractually binding Determinations. During the consultation process leading to the drafting of the 2015 Rules, there were many requests for the new Rules to do as much as possible to ensure that, after formal referral, parties comply with any Conclusions issued by the Dispute Board that have become contractually binding on them. While it was agreed that this was a worthy aim, it is impossible for the Rules to impose obligations on external bodies, so they cannot bind arbitral tribunals or state courts. They are however contractually binding on the parties themselves as a result of the parties’ agreeing to the Rules in their underlying contract. For this reason language that strengthens the obligations of the parties was added in the 2015 Rules, as follows: a) The Rules now expressly provide in Articles 4(4), 5(4) and 6(1) that a party that has failed to comply with a Conclusion of the Dispute Board when it was required to do so under the Rules shall not raise any issue on the merits as a defence to its failure to comply with the Conclusion. This should eliminate any attempt to re-argue the merits of any Conclusion that has become contractually binding. b) Conclusions are now referred to as being ‘final and binding’ as soon as the parties are contractually bound to comply with them. This represents a contractual agreement of the parties to treat such Conclusions as final and binding. c) In Articles 4(4), 5(4) and 6(1) the Rules now even more clearly specify that any party may refer a failure by another party to comply with a Conclusion directly to arbitration or a competent court, as the case may be, without having to refer it to the Dispute Board first. This also helps ensure compliance with contractually binding Conclusions”.* WOLRICH, Peter M., BUNNI, Nael G., Genton Pierre M; “Drafters Insights into the 2015 ICC Dispute Board Rules”, *ICC Dispute Resolution Bulletin*, vol. 43, núm.1, 2016 pág. 46.

⁴⁹¹ En este sentido se pronuncia el Reglamento de la CCI de 2015 en su artículo 5: “*Artículo 5 Dispute Adjudication Boards (DAB). 2 Una Decisión es obligatoria para las Partes desde el momento de su recepción. Las Partes deben cumplirla sin demora aun cuando exista una manifestación de desacuerdo conforme al presente Artículo 5*”.

como ha quedado desarrollado en secciones anteriores de la presente tesis doctoral⁴⁹², este extremo no quedaba completamente detallado en la redacción de la *Rainbow Suite* de FIDIC de 1999. Esta diferencia entre los referidos planteamientos podría llegarse a traducir en términos económicos, por lo que la doctrina señalaba la importancia de aplicar también el mencionado principio *solve et repete* a las decisiones emitidas por los *Dispute Adjudication Boards* creados en virtud de la *Rainbow Suite* de FIDIC de 1999⁴⁹³.

La formulación sobre la fuerza vinculante de las resoluciones emitidas por los *Combined Dispute Boards* es objeto de opiniones encontradas en la doctrina internacional desde su primera publicación en el Reglamento de la CCI 2004⁴⁹⁴. Mientras que algunos autores refieren opiniones favorables a esta

⁴⁹² Vid. supra III.2.B.

⁴⁹³ SEPPÄLÄ, Christopher R, "Singapore: The Second Persero Case", *Insight: Construction, White & Case*, noviembre de 2014, <https://www.whitecase.com/sites/whitecase/files/files/download/publications/alerts-singapore-the-second-persero-case.pdf>.

⁴⁹⁴ Reputados autores relacionan incluso los distintos tipos de *Dispute Boards* con las necesidades de las partes en los proyectos. Según sus afirmaciones, los *Combined Dispute Boards* ofrecen un gran atractivo tanto para el cliente como para el contratista. "Now let me just explain briefly what forms of *Dispute Boards* presently exist. You have three types of dispute boards. The most used approach is the one born in the United States in the '70s, already 40 years ago: The *Dispute Review Board (DRB)* which issues a *Recommendation*. The *DRBs* are mostly popular in US and with Buyers, Owners. The *Recommendation*, if parties have to express their dissatisfaction within the time limits (depending on the contract, whether ICC rules or other rules), gives the parties a flavour of what could be the result of an arbitration or a litigation. The second one, which is very popular with the sellers/contractors but also with buyers/owners mainly, is the *Dispute Adjudication Board (DAB)* which issues a *Decision*. My colleague Paul Gélinas will come up with this approach because there are, and we have to clearly mention it, sometimes difficulties in implementing those *Decisions*: It happens that Buyers, Employers, Owners, buyers dissatisfied with a *Decision*, issue a notice of dissatisfaction, but do not implement the *Decision*, thus being in breach of contract, numerous problems may arise and Paul will come up with this aspect. I should also emphasise that *Adjudication* is coming from the UK following the 1996 Housing Grants Act. Finally, there is the baby of the ICC which is the *Combined Dispute Board (CDB)*, which is a mixture between both the *Dispute Review Board* and the *Dispute Adjudication Board*. The *CDB* is in principle a *Dispute Board* which usually issues a *Recommendation*. If one party is filing a referral to the *CDB* and requesting a *Decision*, the *CDB* has the power to decide whether it will be a *Recommendation* or a *Decision* after having heard both parties. This decision on whether it will be a *Recommendation* or a *Decision* will depend on the prevailing situation and if a *Decision* is absolutely required for a party to continue the implementation of the contract. Jason Fry will certainly tell us more on this approach and tell us that the use of *CDB* as baby of the ICC has really started. There are several cases which are underway. It may look partial, but it appears that the *CDB* approach is likely to be the best of the *Dispute Board* approaches. At the time the ICC *Dispute Boards Rules* were prepared, I remember an eminent French magistrate telling me: "Forget about all other approaches, just rely on the *CDB*". It is however

opción, la doctrina en general muestra cautela ante la existencia de los *Combined Dispute Boards* como método de resolución de conflictos en los contratos internacionales de ingeniería y construcción. Las posibles reticencias manifestadas por algunos autores se enfocan en la imbricada estructura procedimental del mecanismo de *Combined Dispute Board*⁴⁹⁵. Algunas voces incluso señalan que este tipo de órganos no ofrecen seguridad jurídica a las partes⁴⁹⁶. Esta actitud recelosa por parte de la doctrina ha contribuido con gran seguridad a que el uso de este tipo de *Dispute Board* no se haya extendido con tanta facilidad como los tipos de *Dispute Board* expuestos en los epígrafes precedentes.

not possible to forget all other approaches, knowing how many Dispute Boards such as DRB or DAB have been used and are presently used around the world. GENTON, Pierre, *et al.* “Another Way to Settle Disputes-Can the Success Story of Dispute Boards Be Extended beyond Construction to Other Fields?”, *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 12, 2011, GENTON; Pierre, GÉLINAS, Paul-A., KOCH, Christopher, PETER, Wolfgang. “Another Way to Settle Disputes-Can the Success Story of Dispute Boards Be Extended beyond Construction to Other Fields?”, *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 12, 2011, págs. 415-418, en esp. pág. 413, en esp. págs. 412 y 413.

⁴⁹⁵ Algunos autores aluden a que la abundancia de opciones puede acarrear consecuencias negativas. “However, there can be too much choice in a smorgasbord: it may be doubted that parties will often opt for the ICC’s “Combined Dispute Board”. Under Article 6.3, if the parties disagree over whether the CDB should issue a decision, the question becomes a preliminary issue for the CDB to decide. Tactical considerations may thus give rise to a new dispute between the parties, in conflict with the general goal of facilitating the quick and informal resolution of disputes. The CDB appears to be an awkward, rather than a useful, compromise”. DORGAN, Carroll S., “The ICC's New Dispute Board Rules”, *International Construction Law Review*, vol. 22, núm. 1/4, 2005, págs. 142-150, en esp. pág. 148.

⁴⁹⁶ En este sentido se pronuncia la doctrina: “On the other hand, parties choosing to submit their differences to a CDB must realise that this option implies a certain degree of uncertainty about whether any given determination of the CDB will provide immediate relief or not, because in selecting a CDB they have delegated this choice to the Board”. KOCH, Christopher, “Decision or uncertainty? Combined Dispute Boards under the ICC Dispute Board Rules”, *Construction Law International*, vol. 1, núm. 1, marzo de 2006, págs 14-16, en esp. pág. 16

3. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO III

Las principales taxonomías elaboradas en torno a la tipología de *Dispute Boards* originan atractivos debates doctrinales en torno a cuestiones jurídicas de gran alcance. Las clasificaciones de *Dispute Boards* que ofrece el Capítulo III de esta tesis doctoral tienen en cuenta que, en materia de resolución de conflictos derivados de contratos de construcción e ingeniería, las partes y sus asesores jurídicos habitualmente hacen uso de su autonomía de la voluntad para pactar la fórmula de resolución de controversias que más satisfaga sus complejas necesidades. Ello trae consigo, en el campo de la sistematización jurídica, la existencia de una gran variedad de órganos de resolución alternativa de conflictos que comparten el nombre de *Dispute Board*.

El tipo de órgano conocido como *Dispute Board* por antonomasia es aquel que se establece por la voluntad de las partes al inicio de la ejecución contractual de los grandes proyectos de ingeniería y construcción. El desarrollo de las funciones de estos órganos obliga a realizar visitas a las instalaciones donde se llevan a cabo las prestaciones contenidas en el contrato. Por este motivo, los principales modelos de contrato publicados por diversas asociaciones profesionales internacionales establecen este tipo de *Dispute Board* en las cláusulas modelo que ofrecen a los empresarios y profesionales jurídicos que intervienen en el sector de la construcción e ingeniería. La presente tesis doctoral considera como referencias en este sentido los modelos de contrato ofrecidos por FIDIC –en especial, el Libro Plata–, el modelo de contrato NEC4 elaborado por la ICE (ambos publicados en 2017) y el Reglamento sobre *Dispute Boards* de la CCI del año 2015.

La presente tesis doctoral ofrece en el Capítulo III dos clasificaciones no excluyentes de los diferentes tipos de órganos que se rubrican bajo el nombre de *Dispute Boards*. Independientemente del *nomen iuris* que escojan las partes contractuales para referirse a estos órganos de resolución de disputas, este estudio hace referencia a los nombres que la doctrina internacional viene

utilizando a lo largo del tiempo para los diferentes tipos de *Dispute Board* expuestos en el referido capítulo.

Para reflejar las cruciales consecuencias jurídicas de esta novedosa taxonomía, se toman en consideración tanto los modelos de contrato y de disposiciones para el establecimiento de *Dispute Boards* referidas anteriormente, como las fuentes jurisprudenciales y doctrinales internacionales que, a buen seguro, han influido en el contenido de las cláusulas contractuales más recientes en la materia.

La primera de las clasificaciones propuestas por esta tesis atiende a un elemento fáctico: el momento de constitución del *Dispute Board* dentro del *iter* de la ejecución contractual. Así, se puede distinguir entre dos tipos de *Dispute Boards*: los *Standing Dispute Boards*, que son aquellos constituidos por las partes en el momento de la firma del contrato o en una fase temprana de su ejecución, y los *Ad Hoc Dispute Boards*, que son aquellos que no cuentan con presencia en el proyecto hasta que surge una disputa entre las partes y son conformados con el único objetivo de pronunciarse sobre ella.

La segunda de las clasificaciones elaborada sobre los *Dispute Boards* en la presente tesis doctoral, pivota en torno a un elemento jurídico: la fuerza vinculante de las decisiones que emite el órgano establecido por las partes. La aplicación de este parámetro determina la distinción entre *Dispute Review Boards*, que emiten recomendaciones no vinculantes; *Dispute Adjudication Boards* cuyos pronunciamientos recogen decisiones vinculantes; y *Combined Dispute Boards*, que produce recomendaciones como principio general pero puede pronunciarse de manera vinculante en determinados supuestos.

Como resultado de la aplicación de la primera de las taxonomías enunciadas, merecen atención individualizada los órganos denominados *Standing Dispute Boards*. El carácter híbrido de los *Dispute Boards* encuentra su máximo

exponente en esta figura. Los *Standing Dispute Boards* son órganos que se conforman en una fase inicial del contrato, para que su presencia permanezca a lo largo de toda la ejecución contractual. Con frecuencia, los *Standing Dispute Boards* están formados por profesionales cualificados: idealmente, dos ingenieros y un abogado.

Esta presencia continua se articula mediante el régimen jurídico del mandato de los miembros del *Standing Dispute Board*, por el cual se establecen visitas periódicas a la obra y la obligación genérica de que todos los miembros del *Dispute Board* estudien las disposiciones contractuales del proyecto en el que hayan de realizar sus funciones. Dicha configuración logra que los miembros del *Standing Dispute Board* conozcan en detalle el contrato, el proyecto, el lugar de las obras y las circunstancias que rodean a las partes. Todo ello redundará en la configuración de los *Dispute Boards* como mecanismo híbrido de evitación y resolución de conflictos.

Resulta indiscutible que el establecimiento de un *Standing Dispute Board* se configura como la fórmula ideal para evitar posibles conflictos antes de que estos lleguen a convertirse en disputas formales que alcancen un mayor grado de enfrentamiento y juridicidad, con los negativos costes económicos y temporales que ello llevaría aparejado. Este hecho hace decaer cualquier objeción que se pueda plantear con respecto al coste económico de un órgano permanente, puesto que la experiencia refleja que la inversión en este tipo de órganos resulta ventajosa en prácticamente la totalidad de los casos.

La relevancia de los efectos jurídicos correspondiente al establecimiento de un *Standing Dispute Board* al inicio de un contrato de ingeniería y construcción internacional viene reflejada en la regulación de los elementos más representativos de este órgano de evitación y resolución de conflictos. Refiriendo este hecho, la presente tesis doctoral expone en detalle el tratamiento normativo de cuestiones tan relevantes como la composición, la remuneración y las obligaciones de los miembros de un *Standing Dispute Board*,

así como aquellas referidas a la terminación de su mandato; en los modelos de contrato Libro Plata de FIDIC, NEC4 de ICE y el Reglamento de la CCI de 2015.

Volviendo a la clasificación propuesta de los *Dispute Boards* en atención al momento de la constitución de este mecanismo, la figura de los *Ad Hoc Dispute Boards* es reseñable. Los *Ad Hoc Dispute Boards* son órganos especialmente creados cuando la disputa ya ha surgido entre las partes. Esta configuración, en principio, despoja al *Ad Hoc Dispute Board* de sus funciones de evitación de conflictos. Sin embargo, la presente tesis doctoral presenta una tímida iniciativa desarrollada muy recientemente en un sector muy concreto, que trata de introducir en esta taxonomía la existencia de paneles de evitación de disputas creados cuando la diferencia ya existe entre las partes.

A la espera de los resultados que muestre esta incipiente creación, esta tesis doctoral se centra en ofrecer una visión de un mecanismo que comparte muchas características con los *Ad Hoc Dispute Boards*: la institución de la *Statutory Adjudication*. Ahondando en ello, este estudio se hace eco de la confusión científica que existe en torno a la clasificación de los *Ad Hoc Dispute Boards* y aclara expresamente las diferencias entre la figura afín de la *Statutory Adjudication*. Para ello, se realiza un análisis detallado y en clave de derecho comparado de las disposiciones británicas *United Kingdom's Housing Grants, Construction and Regeneration Act* y su correspondiente regulación supletoria *Scheme for Construction Contracts (England and Wales) Regulations*.

Tras estudiar la regulación que sobre el instituto de la *adjudication* ofrecen las referidas disposiciones nacionales, la presente tesis doctoral estima que esta figura de la *Statutory Adjudication* puede ser considerada afín a los *Ad Hoc Dispute Boards*, por los motivos que se exponen a continuación. Aunque es un hecho que la regulación de la *Statutory Adjudication* viene dada por la ley, la referida normativa podría ser utilizada como texto de un acuerdo para el establecimiento de un *Ad Hoc Dispute Board*. Incluso, en la propia configuración de la *Statutory Adjudication* de la *United Kingdom's Housing Grants,*

Construction and Regeneration Act inglesa se puede apreciar el elemento esencial para la creación de un *Dispute Board*, que es la autonomía de la voluntad de las partes. Este hecho se aprecia en que la referida normativa establece el procedimiento de la *adjudication* como opcional para las partes.

En segundo lugar, el capítulo III de la presente tesis doctoral fija su atención en la fuerza vinculante de las resoluciones emitidas por los *Dispute Boards*, ofreciendo la siguiente clasificación tripartita: los *Dispute Review Boards* como órganos a los que las partes atribuyen la emisión de recomendaciones no vinculantes; los *Dispute Adjudication Boards* que se pronuncian mediante decisiones vinculantes; y los *Combined Dispute Boards*, figura de creación más reciente, y que pueden modular la fuerza vinculante de sus pronunciamientos en virtud de determinados factores.

El estudio de la referida taxonomía viene justificado por la complejidad jurídica de la valoración de los pronunciamientos de cada uno de los tipos de *Dispute Board* en virtud de la aplicación del parámetro de su grado de vinculatoriedad. Se estima que la cuestión sobre la fuerza vinculante que las partes otorgan a las resoluciones de los *Dispute Boards* es, junto con el momento de constitución del *Dispute Board* en un contrato, uno de los aspectos que mayores retos jurídicos plantea para la doctrina y la práctica internacional. Ello viene determinado porque las consideraciones jurídicas en torno a la fuerza vinculante de las resoluciones de los *Dispute Boards* conducen irremediabilmente a examinar la ejecutividad de los pronunciamientos emitidos por estos órganos, cuya autoridad emana de la propia autonomía de la voluntad de las partes.

Como se ha apuntado, los denominados *Dispute Review Boards* emiten resoluciones que no son vinculantes para las partes. Sin embargo, el cumplimiento de las disposiciones contenidas en las denominadas recomendaciones responde a lo pactado inicialmente por las partes, que dotan de autoridad a este tipo de mecanismo de resolución de disputas. En este sentido,

existen diversos factores que inciden en la conveniencia del cumplimiento de los pronunciamientos de los *Dispute Review Boards*, aunque estos no tengan un carácter formalmente vinculante.

En primer lugar, el cumplimiento de dichas recomendaciones evita someter la disputa a los métodos de resolución de conflictos previstos en escalones ulteriores de la cláusula *multi-tier*. El siguiente método del citado *iter* remitirá la disputa al arbitraje internacional o los tribunales nacionales que las partes hayan elegido como foro de competencia judicial internacional, de acuerdo con las normas del Derecho Internacional Privado. Los referidos métodos de resolución de disputas han probado ser más complejos, costosos y –con frecuencia– inadecuados para satisfacer los intereses de las partes, cuya voluntad inicial consiste en terminar la disputa con la emisión de una recomendación.

En segundo lugar y en conexión con el referido efecto disuasorio que favorece el cumplimiento voluntario de las resoluciones de los *Dispute Review Boards*, en caso de que las partes accionen el siguiente escalón de la cláusula *multi-tier* y la disputa sea sometida a un tribunal arbitral o estatal, es previsible que la parte favorecida por la resolución del *Dispute Board* incluya en su estrategia procesal la aportación de documentos que sustenten sus reclamaciones. Los documentos generados en el procedimiento previsto contractualmente ante el *Dispute Review Board*, posteriormente adquirirán con toda seguridad un gran valor como mecanismo probatorio ante el árbitro o juez.

En tercer lugar, no puede ser subestimada la predisposición de las partes para el cumplimiento de las resoluciones de los *Dispute Review Boards*, aunque estas no tengan carácter vinculante. Este último factor viene modulado por la cultura jurídica de los agentes que intervienen en determinado proyecto de ingeniería y construcción y favorece especialmente el cumplimiento de las recomendaciones en países de la familia del *common law* con experiencia en este tipo de mecanismos, siendo Estados Unidos el máximo referente en este sentido.

Por lo que respecta a los *Dispute Adjudication Boards*, este tipo de órganos emiten resoluciones inmediatamente vinculantes para las partes del contrato que acuerdan establecer este mecanismo de resolución de conflictos. Mientras que en términos de eficiencia jurídica la opción más razonable es la del cumplimiento de las disposiciones contenidas en la resolución del *Dispute Adjudication Board*, no puede obviarse que, para asegurar la eficacia de las decisiones, es necesario regular sus vías de reconocimiento y ejecución. Así, el mecanismo acordado por las partes en materia de resolución de conflictos, debe prever cauces de revisión en caso de que alguna de las partes contractuales considere que no ha obtenido una correcta tutela de sus intereses por parte del *Dispute Adjudication Board*. Con la configuración actual de este método de resolución de conflictos en los principales modelos de contrato internacionales de ingeniería y construcción, los *Dispute Adjudication Boards* remiten irremediabilmente a la vía ejecutiva nacional. Ello es debido a que no presentan tantas garantías para su reconocimiento y posterior ejecución como pueda ocurrir en el caso de, por ejemplo, el arbitraje internacional –gracias al Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958– o de la mediación internacional –gracias a la muy reciente Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación–.

La cuestión de la eficacia de las resoluciones emitidas por los *Dispute Adjudication Boards* creados según las disposiciones contractuales propuestas en la edición de 1999 de FIDIC fue objeto de opiniones doctrinales encontradas y de resoluciones judiciales contradictorias. La antigua cláusula 20 de los modelos de contrato de la *Rainbow Suite* presentaba una redacción ambigua con respecto a las decisiones emitidas por los *Dispute Adjudication Boards*. Ello fue objeto de interpretaciones erróneas con respecto al lapso de tiempo que transcurría entre la notificación de la decisión del *Dispute Adjudication Board* y el plazo establecido para emitir una *Notice of Dissatisfaction* que accionase la vía arbitral contemplada como último escalón de

la cláusula *multi-tier* en la *Rainbow Suite* de FIDIC de 1999. Varios pronunciamientos, de la CCI y de tribunales domésticos (en concreto, de la corte de apelaciones de Singapur), llegaron a negar los efectos de las decisiones de los *Dispute Adjudication Boards* durante el plazo referido, lo cual traía consigo, hasta el momento de la resolución final por parte del órgano arbitral o el tribunal doméstico, importantes consecuencias económicas adversas –reflejadas principalmente en perjuicios en el *cash flow* del proyecto-

La presente tesis doctoral estima que estos retos parecen haber sido superados en la actualidad a raíz de la nueva redacción del sistema de gestión de conflictos que ofrece la nueva *Rainbow Suite* de FIDIC del año 2017. De este modo, las citadas cláusulas contractuales establecen de manera inequívoca la efectividad *ab initio* de las disposiciones contenidas en las decisiones emitidas por los *Dispute Boards*, independientemente de si alguna de las partes eleva una notificación de disconformidad con su contenido, con lo que estaría accionando el siguiente escalón de la cláusula *multi-tier* de resolución de conflictos. Así, en la actual versión de la *Rainbow Suite* de FIDIC queda consagrado el principio *solve et repete*, a cuya aplicación apuntaban tanto la doctrina mayoritaria como las resoluciones arbitrales internacionales más solventes en fechas anteriores al 2017.

Finalmente, los *Combined Dispute Boards* representan la última de las categorías analizadas por esta tesis doctoral en el presente capítulo. Este tipo de órganos, cuya creación se circunscribe al Reglamento de la CCI, están configurados para emitir recomendaciones inicialmente. Sin embargo, en caso de que alguna de las partes solicite que la resolución que emita el *Combined Dispute Board* sea vinculante y la otra parte no se oponga a ello, este órgano estará facultado para emitir una decisión que presente la naturaleza recién apuntada. En caso de que la referida parte sí que manifieste su oposición a que la resolución del *Combined Dispute Board* tenga fuerza vinculante, será este mismo órgano el que decida una cuestión tan relevante como la obligatoriedad de las

propias resoluciones que él mismo emita, en concordancia con las disposiciones del Reglamento de la CCI de 2015.

Tal y como era previsible, los *Combined Dispute Boards* cuentan tanto con grandes detractores como con acérrimos defensores. La presente tesis doctoral se posiciona más cerca del primer grupo, debido a que la decisión sobre el tipo de pronunciamiento del *Combined Dispute Board* necesita de un mínimo procedimiento heterocompositivo. Este aspecto ha de ser criticado, por cuanto las tendencias más recientes en el ámbito de los *Dispute Boards* apuntan hacia la consolidación de la función autocompositiva de este tipo de órganos. Este último aspecto viene reflejado en la potenciación del principio de evitación de conflictos que queda consagrado en la nueva *Rainbow Suite* de FIDIC de 2017 y que es objeto de estudio pormenorizado en el Capítulo IV de la presente tesis doctoral.

CAPÍTULO IV.
**EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA GESTIÓN
DE CONFLICTOS DE INGENIERÍA Y
CONSTRUCCIÓN EN EL LIBRO PLATA DE FIDIC
DE 2017: UN INNOVADOR CONCEPTO DE
*DISPUTE BOARD***

Conocer y comprender la práctica jurídico-empresarial internacional vinculada a los contratos de ingeniería y construcción para los que los *Dispute Boards* han optimizado su funcionamiento requiere examinar de forma exhaustiva el régimen jurídico que ofrecen los modelos de contrato sobre este sector y las iniciativas normativas ofrecidas por las diversas asociaciones profesionales internacionales que operan en este ámbito. Estas herramientas jurídicas constituyen, como se viene exponiendo, relevantes expresiones del *ius ingeniorum* y el *ius constructionis* , los cuales forman a su vez parte de la *Lex Mercatoria*.

La presente tesis doctoral dedica este capítulo al análisis de las principales cuestiones jurídicas suscitadas por la presencia de un *Dispute Board* en el sistema escalonado de resolución de conflictos ofrecido por FIDIC, como organización de prestigio internacional en materia de estandarización de disposiciones contractuales y resolución de disputas en el ámbito de la ingeniería y construcción. Los modelos de contrato que integran la *Rainbow Suite* de 2017

han sido concebidos para regir el complejo régimen jurídico que regula los megaproyectos más importantes a nivel mundial, por lo que esta tesis doctoral dirige su atención a dichos textos, con especial consideración del “Libro Plata” *Silver Book, Conditions of Contract for Engineering, Procurement and Construction Turnkey Projects*)⁴⁹⁷. En concreto, este capítulo presenta un estudio en profundidad de las cláusulas escalonadas de resolución de conflictos del entorno FIDIC en su novedosa edición de 2017, con especial incidencia en aquellas recogidas en el Libro Plata como referente.

Establecido el alcance del presente capítulo, se ha de dejar constancia de que la figura del *Dispute Board* objeto de estudio puede ser utilizada tanto por entidades públicas como privadas. Así, nada obsta que se recurra a ella para la contratación de obras públicas de modelos de contrato elaborados por asociaciones profesionales y, de hecho, bajo fórmulas ofrecidas por FIDIC se han acometido obras públicas tan relevantes como el túnel del Canal de la Mancha.

Asimismo, aunque las asociaciones que emiten este tipo de documentos tienen un gran peso entre las comunidades profesionales y por ende se suele acudir a ellas para la ejecución de contratos de gran volumen, una nota fundamental que todas estas instituciones predicen de sus contratos tipo es que garantizan el equilibrio entre las partes, por lo que sus modelos se adecúan también a las necesidades de proyectos de menor entidad.

Centrando la atención del capítulo IV de esta tesis doctoral en la relevante labor desarrollada por la Federación Internacional de Ingenieros-Consejeros (*FIDIC-Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils*), ha de subrayarse que esta institución fomenta desde hace décadas⁴⁹⁸ la utilización de

⁴⁹⁷ En adelante, se hará referencia a este modelo de contrato con la denominación otorgada por FIDIC y que utiliza la comunidad internacional: “*Silver Book*”, en español: “Libro Plata”.

⁴⁹⁸ REIG FABADO, Isabel; LAPIEDRA ALCAMÍ Rosa, “Novedades en la resolución extrajudicial de controversias en los contratos internacionales de ingeniería (de la función cuasi-

los *Dispute Boards* en proyectos de ingeniería y construcción de gran calado, mediante la inclusión de este método de resolución alternativa de conflictos en sus modelos de contrato, tal y como se ha apuntado con anterioridad⁴⁹⁹.

En este capítulo se realiza un análisis detallado de las nuevas cláusulas de resolución de conflictos contenidas en los nuevos modelos de contrato FIDIC, publicados en el año 2017. En concreto, se hará referencia a la nueva edición del modelo de contrato conocido como Libro Plata: las Condiciones de Contrato para proyectos *EPC/Turnkey*, en su reciente edición de 2017⁵⁰⁰. El capítulo también realiza la correspondiente comparativa con versiones anteriores de dichas cláusulas de resolución de conflictos, al objeto de facilitar la comprensión de la actual versión del Libro Plata de FIDIC del año 2017. Posiblemente, el análisis realizado por esta tesis doctoral sea uno de los primeros trabajos extensos elaborados en idioma español en torno al referido documento de 2017.

1. EL MODELO DE CONTRATO LIBRO PLATA DE FIDIC DE 2017: JUSTIFICACIÓN JURÍDICA DE SU ESTUDIO DETALLADO

La elección del modelo conocido como Libro Plata de FIDIC para ser objeto estudio detallado en la presente tesis doctoral responde principalmente a dos motivos. En primer lugar, el Libro Plata está dedicado a la fórmula contractual EPC o “Llave en mano” que incorpora un característico reparto de

arbitral del ingeniero a una modalidad de ADR: el Dispute Adjudication Board. Las cláusulas 67 y 20 del libro rojo de la FIDIC”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, núm. 2000-2001, págs. 317-346.

⁴⁹⁹ Vid. supra II.2.A.

⁵⁰⁰ El Libro Plata se adjunta como Anexo a la presente tesis doctoral, con fines académicos y para la mejor comprensión del escenario general en el que se desenvuelven las cuestiones jurídicas más relevantes de este modelo de contrato FIDIC.

riesgos que define a esta fórmula contractual. Esta configuración permite un estudio conceptualmente más genérico de la nueva apuesta de FIDIC en materia de evitación y resolución de conflictos, dado que excluye la figura del ingeniero (*Engineer*) de manera completa. Asimismo, la configuración de riesgos que requiere la fórmula contractual llave en mano resultó especialmente novedosa en el momento de su publicación, en 1999⁵⁰¹ y todavía es objeto de estudio actual entre la doctrina⁵⁰². La primera edición del Libro Plata data de 1999, mientras que las primeras ediciones del Libro Rojo y el Libro Amarillo de FIDIC fueron publicados con anterioridad a esta fecha. Concretamente, la primera edición del modelo de contrato de construcción de FIDIC, precursora del Libro Rojo se remonta al año 1957; mientras que la primera edición del Libro Amarillo fue publicada en 1987. La creación del Libro Plata respondió en su momento a una demanda concreta de la comunidad profesional internacional, tal y como queda justificado en el preámbulo de su primera edición⁵⁰³

⁵⁰¹ Este modelo encuentra un precedente inmediato en la edición del conocido como Libro Naranja: *Conditions of Contract for Design-Build and Turnkey*, publicado en 1995. Sin embargo, es la edición de 1999 –conocida como Libro Plata– la que contiene el régimen jurídico del contrato EPC/Llave en mano por primera vez en el entorno FIDIC.

⁵⁰² NUVALA LAPIEZA, Irene; FACH GÓMEZ, Katia, “El contrato llave en mano”, en ABRIL, ANTONIO (Coord.), *Los contratos mercantiles y su aplicación práctica*, Bosch – Wolters Kluwer, 1ª Ed., 2017, págs. 551 a 602.

⁵⁰³ Nota Introductoria a la Primera Edición del Libro Plata, en concreto, su segundo párrafo: “Durante los últimos años se ha comprobado que gran parte del mercado de construcción demanda un modelo de contrato en el que la certeza del precio final, y a menudo de la fecha de terminación, es de la máxima importancia. Los Clientes de dichos proyectos “Llave en Mano” pagarían más – a veces considerablemente más – por su Proyecto si tienen mayor seguridad de que no se excederá el precio final acordado. Entre estos proyectos pueden encontrarse muchos financiados con fondos privados, en los que los prestamistas requieren mayor certeza en el coste del proyecto para el Cliente, que la que se origina por la distribución de riesgos establecida en los modelos tradicionales de contrato de FIDIC. Con frecuencia, el Proyecto de construcción (el contrato EPC o Ingeniería, Gestión de Compras y Construcción, en español) es sólo una parte de una compleja operación comercial, que podría verse en peligro por fallos, financieros o de otra índole, en este proyecto de construcción”. Nota introductoria a la primera edición, Condiciones de contratación para proyectos EPC/Llave en mano (Libro Plata), versión en español, FIDIC, 1ª Ed., 1999.

En segundo lugar, la configuración del Libro Plata, que responde al tipo contractual llave en mano, prescinde totalmente de la figura del *Engineer*, que todavía sigue presente en el Libro Rojo y en el Libro Amarillo de la nueva *Rainbow Suite* de FIDIC. Tradicionalmente, se le atribuían al *Engineer* multitud de funciones, tanto técnicas como de resolución de conflictos⁵⁰⁴. Por lo que respecta a las funciones técnicas de apoyo al cliente, este elemento subjetivo del contrato cuenta todavía con una gran importancia a lo largo de las fases de diseño y ejecución de la obra y, tal y como se ha apuntado recientemente, todavía está presente en modelos de contrato actuales que todavía son utilizados con mucha frecuencia (Libro Rojo y Libro Amarillo).

Sin embargo, hasta la edición de 1999, los modelos de contrato FIDIC incluían también entre las funciones de la figura del ingeniero la emisión de resoluciones necesariamente previas al sometimiento de la disputa al sistema de resolución de conflictos contractualmente establecido. Según esta configuración tradicional, el *Engineer* resolvía cuestiones contractuales sobre tiempo y precio en un primer escalón de la cláusula de resolución de conflictos. Esta última función comenzó a ser percibida por la comunidad internacional como una amenaza al principio básico de imparcialidad en el procedimiento⁵⁰⁵ de resolución de disputas, por cuanto constituía un conflicto de intereses para el *Engineer* cuyos servicios eran pagados íntegramente por el *Employer*⁵⁰⁶. Por lo

⁵⁰⁴ Para un estudio actualizado de las funciones tradicionales del ingeniero, vid. RUBINO-SAMMARTANO, Mauro, “The role of the Engineer – Myth and Reality”, *Trasnational Dispute Management (TDM)*, 2017, núm 2, págs. 1 y ss.

⁵⁰⁵ La presente tesis doctoral hace referencia con el término “procedimiento” a la sucesión de trámites tendentes a la resolución de disputas en las cláusulas *multi-tier* de los modelos de contrato referidos, con especial atención en el Libro Plata de FIDIC. Se justifica esta opción por la entidad de los referidos trámites, que aúna plazos, condiciones y documentación formal. Sin embargo, se evita utilizar el término “proceso”, puesto que la presente tesis doctoral estima que este término queda reservado al derecho sustantivo procesal.

⁵⁰⁶ Sobre la figura del *engineer*: “*The Engineer’s traditional dual role - as the adjudicator of disputes between the employer and the contractor and the determiner of the contractor’s entitlements - was met with a perception of a conflict of interest in the international context, given that the Engineer was directly engaged and paid by the Employer, notwithstanding that*

tanto, las necesidades actuales de la industria exigen prescindir de la figura del *Engineer* para los servicios de resolución de disputas, en aras de la imparcialidad del sistema de resolución de conflictos. La respuesta a esta exigencia se tradujo en la posibilidad que contempló FIDIC por primera vez en 1995, introduciendo la opción de establecer un *Dispute Board* en su clausulado. Esta posibilidad que meramente se enunciaba como opción para introducir en el clausulado del antiguo *Red Book*, quedó recomendada por defecto en la edición de 1999 de toda la *Rainbow Suite*.

Sin perjuicio de lo anterior, la presencia del *Dispute Board* no excluye la figura del *Engineer*, tal y como llegaron a apuntar algunas voces de la doctrina internacional⁵⁰⁷. En la situación actual, el *Engineer* todavía existe en la cultura FIDIC, en el Libro Rojo y Libro Amarillo y a él se le atribuyen numerosas funciones técnicas que redundan en el buen fin del proyecto de ingeniería y construcción⁵⁰⁸. Sin embargo, las atribuciones actuales del *Engineer* están

this was a well-established approach in the UK construction industry". NADAR, Aisha, "Settlement of Disputes Under FIDIC Forms of Contract", *Dispute Prevention and Settlement*, ICC, 2017, pág. 87.

⁵⁰⁷ NADAR, Aisha, "Settlement of Disputes Under FIDIC Forms of Contract", *Dispute Prevention and Settlement*, Cámara de Comercio Internacional, 2017, pág. 87.

⁵⁰⁸ Sobre el papel genérico del ingeniero en los contratos de construcción se ha pronunciado la doctrina internacional: "*For a long time it was commonplace to believe that when the Engineer carried out certain duties under the contract he or she was acting as a quasi-arbitrator or in other words with judicial powers. He or she was said to be acting in a quasi-judicial capacity. More than one hundred years later the English House of Lords put an end to this misunderstanding by the well known case of Sutcliffe v. Thackrah*³⁹. In this case, the House of Lords held that an architect issuing interim certificates was not immune from suit in negligence. The speeches in the House of Lords contain many valuable statements about the duties of an architect when acting as certifier or decision-maker. At p. 737 Lord Reid said this: It has often been said, I think rightly, that the architect has two different types of function to perform. In many matters he is bound to act on his client's instructions whether he agrees with them or not, but in many other matters requiring professional skill he must form and act on his own opinion. Many matters may arise in the course of the execution of a building contract where a decision has to be made which will affect the amount of money which the contractor gets. Under the RIBA contract many such decisions have to be made by the architect and the parties agree to accept his decisions. For example, he decides whether the contractor should be reimbursed for loss under clause 11 (variation), clause 24 (disturbance), or clause 34 (antiquities), whether he should be allowed extra time (clause 23) or when work ought reasonably to have been

configuradas de una manera más discreta y alejada del sistema de resolución de conflictos⁵⁰⁹. La nueva configuración de la figura del *Engineer* queda privada de atribuciones como órgano decisorio en el sistema de resolución de conflictos, en favor del establecimiento de un *Dispute Board* en todos los modelos de contrato de la *Rainbow Suite*⁵¹⁰. En esta misma línea, FIDIC consolida su compromiso

completed (clause 22). And, perhaps most important, he has to decide whether work is defective. These decisions will be reflected in the amounts contained in certificates issued by the architect. The building owner and the contractor make their contract on the understanding that in all such matters the architect will act in a fair and unbiased manner, and it must therefore be implicit in the owner's contract with the architect that he shall not only exercise due care and skill but also reach such decisions fairly, holding the balance between his client and the contractor" 40. At page 737H Lord Reid described the argument that, as all persons carrying out judicial functions must act fairly, therefore all persons who must act fairly are carrying out judicial functions as completely illogical. Hence, for an Engineer to be immune from negligence claims the contract must require from him to act as an independent quasiarbitrator. For the rules of natural justice to apply, there must be something in the nature of a judicial situation. In Amec Civil Engineering Ltd v. Secretary of State for Transport⁴¹ the Court of Appeal had to consider the ambit of the duty of an engineer in making a decision over a dispute referred to him under Clause 66 of the ICE Conditions. Amec were responsible for renovation works to the Thelwell Viaduct, which carries the M6 motorway across the Manchester Ship Canal. When defects were found in roller bearings used the employer wrote to Amec asking them to accept liability. When Amec did not do so, the employer referred the dispute to the engineer for determination in accordance with Clause 66 ICE conditions. The engineer decided in a matter of days that Amec was liable for the defects. Amec was dissatisfied with this decision and referred the dispute to arbitration. Amec complained that the arbitrator had no jurisdiction because the engineer's decision was invalid in that it had not been reached by a fair process – in particular the engineer had made his decision without giving Amec the opportunity to make submissions. The Court of Appeal (with May LJ giving the leading judgment) held that there was no difference between the engineer's duty under Clause 66 and his duty when carrying out his other independent functions. According to Justice May the engineer had to act independently, honestly and fairly – but he did not have to apply the rules of natural justice. By contrast Rix LJ was of the view that the engineer's role under Clause 66 did differ from his other roles and that he had been wrong not to have heard both sides before reaching his decision on the dispute. Accordingly he was of the view that the engineer was obliged to comply with the rules of natural justice when determining a dispute under Clause 66. However, the disagreement between May LJ and Rix LJ did not affect the outcome of the Appeal", HÖK, Götz-Sebastian, "Dispute Adjudication in Civil Law Countries: Phantom or Effective Dispute Resolution Method?", Forum, The Dispute Resolution Board Foundation, vol. 15, núm. 3, Agosto de 2011, pág. 13.

⁵⁰⁹ La doctrina se pronuncia sobre esta cuestión. "FIDIC maintained its long tradition of rendering an Engineer's decision "binding on the parties." The 1996 Supplement simply transferred that authority to the Dispute Board". APPUHN, Richard, "History and Overview of Dispute Boards Around the World", Dispute Prevention and Settlement, 2017, págs. 1-63.

⁵¹⁰ Es destacable el resumen que realiza la siguiente fuente bibliográfica: "3. *From the Engineer to the Dispute Board in the resolution of disputes regarding construction contracts Initially the*

con la imparcialidad mediante la creación de los *Dispute Boards* como órgano de evitación y resolución de disputas en la *Rainbow Suite* de FIDIC publicada en 2017.

FIDIC recomienda utilizar el Libro Plata en proyectos grandes o complejos en los que el contratista realiza la mayoría del diseño, esto es, el diseño de detalle de la planta o los equipos para que la instalación llegue al rendimiento u otra especificación indicados por el cliente, que no se verá envuelto en el día a día del progreso del proyecto. El concepto de proyecto grande no tiene una definición expresa en el Libro Plata, pero en la práctica se suele delimitar esta denominación atendiendo a criterios cuantitativos, esto es, con arreglo al coste de los proyectos, tal y como se apunta en secciones anteriores de la presente tesis doctoral⁵¹¹.

FIDIC contracts (Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils) comprised the figure of the Engineer, who had multiple tasks and duties. The engineer, paid by the commissioning Party, was responsible, among others, for the planning, implementation and supervision of the works. However he also had to examine the contractor's claims, assess the granting of time extensions and of change authorisations, as well as resolve disputes. Nowadays the Engineer has been replaced by a Dispute Board (DB), that is usually made up of a panel involving independent subjects, often experienced engineers. One of the features that characterize a DB and distinguish it from arbitration and ordinary trials is the fact that a Board may be set up at the outset of a contract and remain throughout its duration, constantly following the execution of the works, unlike what happens in arbitration proceedings or before ordinary courts, which are often set up when the flow of work has already reached an advanced stage. This allows to avoid one of the typical disadvantages of arbitration and of ordinary judgment, namely the fact that they may also take place at a relevant distance of time from the events to which the dispute refers, making it necessary for the arbitrators or the judge to perform a long and expensive work of investigation and reconstruction of the relevant circumstances. Moreover, the increasingly important role acquired by the DBs and their capabilities, and the possibility they have to give informal assistance even before a dispute arises, allow us to recognize that DBs have a function of dispute prevention. To illustrate the main features of Dispute Boards as an alternative means of dispute resolution we will mainly take into account the Dispute Board Rules set by the ICC (International Chamber of Commerce) 5 and the regulation of the Dispute Board contained in the general conditions of the contracts provided by FIDIC (Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils)", IUDICA, Giovani, "Dispute board nos contratos de empreitada", Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 50, Julio a septiembre de 2016, págs. 1-8.

⁵¹¹ Vid. supra I.1.A.

A la luz de los motivos expuestos, se justifica la elección del Libro Plata de FIDIC en su edición del año 2017 como objeto de estudio por parte de la presente tesis doctoral, por cuanto la configuración de la relación jurídico-contractual llave en mano puede permitirse la eliminación total de la figura contractual del *Engineer*, impulsando un estudio conceptual más depurado. Cuando sea necesario, la presente tesis hará también referencia a la versión anterior datada en el año 1999. Aunque ahora se halla desplazada formalmente por la referida versión de 2017, puede seguir teniendo relevancia práctica en caso de que proyectos que recojan la versión previa⁵¹² o en los casos en los que las partes –desoyendo las actuales recomendaciones de FIDIC– decidan rechazar la función de evitación de conflictos establecida por defecto en los *Dispute Boards* de 2017 e introduzcan en sus contratos un *Ad Hoc Dispute Board* en lugar de un órgano permanente de resolución de conflictos.

Una vez justificada la elección del modelo de contrato Libro Plata de FIDIC, los siguientes epígrafes proceden a analizar la composición y estructura de esta prestigiosa herramienta jurídica.

⁵¹² Nada obsta a que las diferentes ediciones de los modelos de contrato FIDIC puedan ser utilizadas indistintamente, incluso en proyectos acometidos a partir de 2017. En este sentido, FIDIC no ha publicado ninguna guía de transición entre las dos ediciones, puesto que la organización afirma que, simplemente, son documentos distintos. Además, al ser publicaciones de carácter privado, no están sometidas a los correspondientes mecanismos de derogación. Ahora bien, es previsible que a partir de ahora se utilicen las nuevas ediciones de los modelos de contrato FIDIC, puesto que introducen grandes mejoras en su clausulado. Ello queda especialmente reflejado en lo que respecta a la resolución de conflictos, tal y como se va a analizar en el presente epígrafe.

2. COMPOSICIÓN Y ESTRUCTURA DEL LIBRO PLATA DE FIDIC DE 2017

La nueva edición de las Condiciones de Contrato para proyectos EPC/Llave en mano⁵¹³, conjunto de documentos conocido como “Libro Plata” y publicado en 2017, está integrada por cuatro bloques documentales (excluyendo los agradecimientos -*Acknowledgements*- que ocupan las primeras páginas del modelo de contrato)⁵¹⁴. A continuación, esta tesis presenta estos cuatro bloques documentales y expone las características más relevantes de cada uno de ellos, en relación con la configuración de los *Dispute Boards* como principal método de resolución de los conflictos que traigan causa en la ejecución contractual de un contrato de ingeniería y construcción bajo la fórmula llave en mano, regido por estas condiciones.

2.A. Notas (*Notes*)

El primer bloque documental del Libro Plata, denominado “Notas” (*Notes*)⁵¹⁵, contiene, por una parte, la presentación del modelo contractual y, por

⁵¹³ Así se tradujo al español el título de este modelo de contrato en su edición de 1999.

⁵¹⁴ El Libro Plata de FIDIC de 1999 estaba integrado por unas Condiciones Generales, compuestas por 20 cláusulas; a las que se añadía una Guía para la Preparación de las Condiciones Particulares. Esta última contemplaba variaciones y complementos a las cláusulas más relevantes de las Condiciones Generales y varios Documentos Tipo como los de carta de oferta, acuerdo contractual y acuerdo de resolución de conflictos (Anexos A a G) asociados a la preparación de las posibles licitaciones, instrumentos de pago, garantías, etc. Con ello, las partes podían articular todo el procedimiento fáctico asociado al contrato llave en mano y completar una relación contractual a su medida, con garantía de coherencia de la documentación contractual derivada de la opción FIDIC.

⁵¹⁵ A lo largo de la presente tesis doctoral, se recogen los términos contractuales establecidos en el Libro Plata en su inglés original, puesto que la reciente versión de la Rainbow Suite, publicada en 2017, todavía no ha sido traducida al español. En caso de que se incluya la traducción al español de los términos, esta se realiza para la mejor comprensión de los conceptos pero no responde a la traducción oficial, que –como se ha mencionado– todavía no ha sido publicada.

otra parte, varios esquemas gráficos muy útiles para la comprensión de los diferentes hitos contractuales. Por lo que respecta a la presentación de la actual edición del Libro Plata (*Silver Book*), FIDIC recomienda en este preámbulo optimizar la utilización de este modelo de contrato⁵¹⁶, mediante su aplicación en el contexto de los denominados contratos llave en mano⁵¹⁷ caracterizados por que el contratista asume la responsabilidad global del proyecto.

Para elaborar este régimen jurídico, el Libro Plata configura un reparto de riesgos que difiere de aquellos contemplados en otras fórmulas contractuales⁵¹⁸. FIDIC aconseja utilizar la fórmula contractual llave en mano exclusivamente en los casos en los que –mediante la información facilitada al efecto– exista un grado alto de certeza en torno al precio del proyecto y al plazo

⁵¹⁶ La Edición del Libro Plata de 2017 delimita negativamente la adecuación de este modelo de contrato, desaconsejando su utilización en caso de que la información a los contratistas no sea suficiente al inicio del proyecto, que este incluya prestaciones sobre terrenos que el contratista no haya podido inspeccionar con anterioridad o cuando el cliente tenga facultades de supervisión sobre el diseño de los planos del contratista. “*These Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects are not suitable for use in the following circumstances: – If there is insufficient time or information for tenderers to scrutinise and check the Employer’s Requirements or for them to carry out their designs, risk assessment studies and estimating; – If construction will involve substantial work underground or work in other areas which tenderers cannot inspect, unless special provisions are provided to account for unforeseen conditions or – If the Employer intends to supervise closely or control the Contractor’s work, or to review most of the construction drawings*”. Notes, *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects (Silver Book)*, FIDIC, 2ª Ed., 2017.

⁵¹⁷ De hecho, el nombre completo del Libro Plata es: *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*.

⁵¹⁸ Así se establece: “*En estos proyectos es necesario que el Contratista asuma responsabilidades por un espectro más amplio de riesgos que el habitual en los Libros Rojo y Amarillo tradicionales. Para obtener mayor certeza en el precio final, es frecuente que se pida al Contratista que cubra riesgos tales como los derivados de condiciones geotécnicas pobres o inesperadas, o de que lo establecido en los requisitos del Cliente realmente dé como resultado los objetivos previstos. Si el Contratista va a responsabilizarse de estos riesgos, el Cliente deberá darle obviamente el tiempo y las oportunidades necesarias para obtener y considerar toda la información pertinente antes de pedirle que firme un precio contractual fijo. El Cliente también debe tener en cuenta que pedir a contratistas responsables que pongan precio a dichos riesgos aumentará el coste de la construcción, lo que puede provocar que algunos proyectos no resulten comercialmente viables*”. Nota introductoria a la primera edición, *Condiciones de contratación para proyectos EPC/Llave en mano (Libro Plata)*, versión en español, FIDIC, 1ª Ed., 1999.

en el que este se va a desarrollar⁵¹⁹, salvo excepciones que no hayan podido ser previstas en el momento de la contratación⁵²⁰. FIDIC advierte además de que la utilización del Libro Plata implica que la relación jurídica principal se articula únicamente en torno a dos sujetos: Cliente (*Employer* en su inglés original⁵²¹) y Contratista (*Contractor* en su inglés original)⁵²². Por todo ello, el cliente estará dispuesto a pagar un precio más alto, que comprenderá la asunción por parte del contratista de los riesgos que puedan ser ocasionados para garantizar el precio cerrado y el plazo en la ejecución.

En estas mismas nociones de presentación del texto contractual, FIDIC enuncia la importancia de dos bloques documentales que se mencionarán a continuación en este mismo epígrafe de la presente tesis doctoral. Por un lado, se hace referencia al relevante documento que forma parte de las Condiciones Generales (*General Conditions*): *Particular Conditions Part A Contract Data*; que han de utilizar todos los

⁵¹⁹ Así se enuncia: “Este modelo para la contratación de Proyectos Llave en Mano/EPC tiene por tanto la intención de resultar apropiado no sólo para los Contratos Llave en Mano dentro de un BOT u operación similar, sino también para muchos otros proyectos, tanto grandes como pequeños, en particular E & M (Eléctricos y Mecánicos) y otros proyectos de plantas de proceso, desarrollados en todo el mundo por todo tipo de clientes, con frecuencia en el marco del derecho civil, en el que los Ministerios o promotores privados desean llevar a cabo sus proyectos con un precio fijo Llave en Mano y con un enfoque estrictamente bipartito”. Nota introductoria a la primera edición, Condiciones de contratación para proyectos EPC/Llave en mano (Libro Plata), versión en español, FIDIC, 1ª Ed., 1999.

⁵²⁰ Esta previsión, que responde a un rasgo característico de los contratos llave en mano, anticipa la existencia de dos cláusulas clave: *hardship* y *variations*, que suelen constituir la causa de las disputas en este tipo de contratos.

⁵²¹ A fecha de hoy, la segunda edición del Libro Plata (2017) no ha sido traducida a ningún idioma y el texto auténtico está redactado en inglés. A lo largo de la presente tesis doctoral se utilizarán las voces en inglés, a falta de la opción por la que se decante la traducción al español.

⁵²² El enfoque bipartito de la configuración contractual llave en mano contrasta con otras fórmulas con las que se pueden acometer los grandes proyectos de construcción. Así, el Libro Amarillo y el Libro Rojo ofrecen una relación de riesgos más acorde con fórmulas contractuales no bipartitas. Entre ellas, se encuentran el *Package Contracting*, el *Multiple Contracting* (en sus modalidades *General Contractor Design Build* y *General Contractor*), el *Multiple Contracting* y, en el extremo opuesto al *turnkey*, el *Full Multiple Contracting*. IRELAND, Tomas, "Which project-execution approach is best for you? ", *IEEE Industry Applications Magazine*, vol. 7, no. 6, Noviembre/Diciembre 2001, págs. 33-40.

usuarios del Libro Plata, independientemente de su origen o composición y de su naturaleza pública o privada. Por otro lado, las *Notes* contemplan en este apartado el no menos importante documento *Part B Special Provisions*, que han de suscribir determinados *Employers* con rasgos específicos como, por ejemplo, las agencias gubernamentales. Precisamente para ayudar a los *Employers* en la redacción del texto contractual, el Libro Plata ofrece recomendaciones de redacción en sus correspondientes bloques documentales.

Aunque FIDIC ofrece una prolija variedad de instrumentos y consejos para la utilización práctica de sus modelos de contrato, en este mismo texto introductorio la Federación recomienda acudir en todo caso a profesionales del derecho para adaptar las estipulaciones contractuales del Libro Plata a las características de cada caso concreto en particular. Esto es, aunque FIDIC proporciona las valiosas herramientas que constituyen sus modelos de contrato, la institución aconseja poner dichas herramientas en manos de profesionales que tengan la pericia necesaria para adaptarlas al proyecto concreto que se ha de acometer. FIDIC incluye expresamente esta recomendación en su texto, para conseguir la satisfacción de los usuarios mediante la prevención de la ambigüedad y la consecución de integridad y consistencia de los elementos contractuales. Estas complejas tareas solo pueden ser resueltas con éxito por profesionales del derecho especialmente cualificados para trabajar con contratos complejos, con especial cuidado respecto de aquellos que incluyen sistemas escalonados de resolución de conflictos⁵²³.

Al hilo de esta afirmación, procede destacar una doble función de los modelos de contratos FIDIC: mientras que los modelos pueden ser utilizados como contrato en sí (siempre y cuando sean supervisados por profesionales que tengan la pericia para utilizarlos a favor de los intereses de las partes implicadas

⁵²³ Notes, Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects (Silver Book), FIDIC, 2ª Ed., 2017.

en ellos); las disposiciones contractuales contenidas en la *Rainbow Suite* se erigen asimismo como estándares de la industria de la ingeniería y la construcción⁵²⁴. Esta función está actualmente reconocida tanto en el ámbito jurídico como en el de la industria de la construcción.

Por último, es oportuno destacar la mención con la que concluye esta primera parte de las *Notes* del Libro Plata. Como si de un instrumento con repercusión pública se tratase, el preámbulo del Libro Plata de FIDIC establece que la lengua auténtica de los textos contractuales que ofrece la organización es el inglés⁵²⁵. Esto es, en caso de que exista alguna controversia sobre la interpretación de las estipulaciones contractuales o algún error de traducción en las eventuales versiones en otros idiomas, prevalecerá en todo caso lo establecido en la versión auténtica en inglés. Esta afirmación adquiere relevancia en el ámbito de un eventual pronunciamiento sobre las condiciones suscritas por las partes por un tribunal doméstico. Al igual que el criterio de interpretación auténtica de los textos legales está reconocido tanto en la legislación española como en multitud de tratados internacionales, este criterio viene expresamente

⁵²⁴ Instituciones de prestigio mundial como la Cámara de Comercio Internacional, recomiendan la utilización de modelos consolidados en la industria, bajo la supervisión de profesionales para obtener un documento a medida de las necesidades de las partes. *“Furthermore, if arbitration is to be combined with other dispute resolution methods, the interplay between the different methods needs to be carefully examined and considered when drafting the documents. Using model clauses and documents, and relying on the provisions already contained in institutional rules is always recommended, at least as a point of departure. However, as the cases described above reflect, there may be circumstances in light of which the parties may consider that more precise provisions are required and necessary to tailor the dispute resolution mechanism to specific needs. This said, the possibility of jurisdictional issues arising in complex transactions will always exist and it is of the essence to be able to rely on institutions such as ICC. In addition to being the institution of choice in FIDIC standard forms of contract, ICC offers extensive experience in the construction sector, features modern rules to solve complex procedural issues, and provides the necessary safeguards to tackle jurisdictional submissions as efficiently as possible”*. FERIS, José Ricardo; FILIPIČ, Živa, “Jurisdictional Issues in Construction Arbitration. The ICC Experience”, *ICC Dispute Resolution Bulletin*, núm. 4, 2017, págs. 25-39, pág. 25.

⁵²⁵ Así se previene en el texto de este modelo contractual: *“FIDIC considers the official and authentic texts to be the versions in the English language”*, Notes, Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects (Silver Book), FIDIC, 2ª Ed., 2017.

recogido en la letra del Libro Plata. Por lo tanto, en caso de que las partes hayan suscrito un contrato basado en los modelos ofrecido por FIDIC en un idioma distinto del inglés, los tribunales –en cumplimiento del citado criterio de interpretación auténtica– habrán de acudir a la versión auténtica del texto –en inglés– para la interpretación y aplicación correcta de las provisiones contractuales.

En segundo lugar, dentro del primer bloque documental del Libro Plata *Notes*, se ofrecen hasta cuatro esquemas gráficos como herramienta visual de apoyo a la comprensión de los hitos y procedimientos contractuales contenidos en el Libro Plata. Entre ellos se encuentran aclaraciones sobre plazos, pagos, certificaciones de obras, fechas (de entrada en vigor del contrato, de comienzo de las obras, etc.). Los dos últimos esquemas son especialmente ilustrativos para el tema que trata la presente tesis doctoral. El tercer esquema *Typical Sequence of Dispute Events Envisaged in Clause 21* ilustra el novedoso sistema de resolución de conflictos que se va analizar a lo largo de los próximos epígrafes de este capítulo; y, el cuarto divide en tres escenarios el incidente que viene recogido en la sub-cláusula 3.5 *Agreement or determination*, que también será objeto de estudio a continuación. Estos cuatro esquemas aparecen reproducidos en las páginas iniciales del Libro Plata.

Tras esta sección introductoria *Notes*, la redacción del Libro Plata prosigue con el bloque documental más prolijo de este modelo contractual: *General Conditions*, el cual es objeto de estudio en la siguiente subsección de la presente tesis.

2.B. Condiciones Generales (*General Conditions*)

Tras las *Notes* que hacen las veces de preámbulo al modelo de contrato Libro Plata, se encuentran las Condiciones Generales (*General Conditions*) que ofrece FIDIC como texto contractual para regir las

relaciones jurídicas entre las partes que acometen el proyecto llave en mano. Las Condiciones Generales consisten en un conjunto de 21 cláusulas⁵²⁶ que, a su vez, contienen sus correspondientes subcláusulas. Es destacable que, aunque en apariencia la edición del Libro Plata de 2017 no resulta mucho más prolija, puesto que sus Condiciones Generales solo han sido aumentadas en una disposición (la edición del Libro Plata de 1999 contaba con 20 cláusulas), en realidad el Libro Plata de 2017 presenta un notable incremento de contenidos sobre la edición predecesora del Libro Plata de 1999.

Esta sección del modelo de contrato Libro Plata, la más extensa y relevante desde el punto de vista jurídico, viene indexada en una tabla de contenidos y contiene una serie de hasta ochenta definiciones de los términos utilizados a lo largo de la redacción del referido modelo de contrato. A buen seguro, estas definiciones resultarán muy útiles para interpretar el alcance de la voluntad de las partes, en caso de duda en la aplicación de las provisiones contractuales.

Este segundo bloque documental *General Conditions* se completa con dos documentos de vital importancia para la correcta implementación del sistema de resolución de disputas por el que apuesta la nueva *Rainbow Suite* de FIDIC. En primer lugar, el Apéndice Condiciones Generales del Acuerdo para la Evitación/Resolución de Disputas (*Appendix: General Conditions of Dispute Avoidance/Adjudication Agreement*) y, en segundo lugar, el Anexo de reglas procedimentales de aplicación al *Dispute Avoidance/Adjudication Board* en el documento *Annex: DAAB Procedural Rules*.

⁵²⁶ A lo largo del texto de la presente tesis doctoral, en caso de que no se indique el documento al que pertenece una cláusula o sub-cláusula y en aras de la mejor comprensión de las disposiciones analizadas, se entenderá que la disposición pertenece a las *General Conditions* del Libro Plata. En caso de pertenecer a otro bloque documental de los aquí expuestos, se hará referencia expresa al bloque documental que contenga la disposición que sea objeto de análisis.

El Apéndice Condiciones Generales del Acuerdo para la Evitación/Resolución de Disputas (*Appendix: General Conditions of Dispute Avoidance/Adjudication Agreement*) contiene un conjunto de doce reglas exclusivamente dedicado a establecer el régimen jurídico de un órgano especialmente novedoso y relevante: la Mesa de Evitación y Resolución de Disputas⁵²⁷ (*Dispute Avoidance/Adjudication Board*). Con la configuración de este rediseñado *Dispute Board*, al cual el Libro Plata del 2017 otorga un relevante papel, FIDIC consolida la función de evitación de conflictos que hasta el momento se venía practicando *de facto* por parte de los *Dispute Boards*.

Tal y como se ha expuesto en capítulos anteriores⁵²⁸, los *Dispute Boards* han resuelto a lo largo de su trayectoria histórica numerosos conflictos sin necesidad de llegar a instancias jurídicas más costosas, ineficientes y traumáticas. Los métodos de resolución de conflictos heterocompositivos calificados como tradicionales (tribunales ordinarios y arbitraje internacional) creaban frecuentemente un impacto adverso en la mayoría de los agentes presentes en los contratos de ingeniería y construcción internacional que podía ser evitado mediante el establecimiento eficaz de un *Dispute Board* al inicio de la ejecución contractual. Una vez reconocidos a nivel global en multitud de proyectos, la nueva edición del Libro Plata de FIDIC elige de nuevo la presencia de un *Dispute Board* a lo largo de todo el proyecto y, además, otorga a este órgano nuevas funciones en materia de evitación de conflictos. Este reconocimiento respalda la percepción de los *Standing Dispute Boards* como método híbrido de resolución de conflictos, de reconocimiento internacional, tal y como se estudia en la presente tesis doctoral⁵²⁹.

⁵²⁷ Aunque, el Libro Plata no ha sido todavía traducido al español, la edición de este mismo modelo de contrato de 1999 utilizaba el término “Mesa” para hacer referencia al *Dispute Board* que se establecía en su cláusula de resolución de conflictos.

⁵²⁸ Vid. supra I.2.

⁵²⁹ Vid. infra I.1.

Dentro de este mismo bloque documental *General Conditions*, el Libro Plata contiene el Apéndice de Condiciones Generales del Acuerdo para la Evitación/Resolución de Disputas (*Appendix: General Conditions of Dispute Avoidance/Adjudication Agreement*). El contenido del mencionado apéndice de las Condiciones Generales, está integrado por siete definiciones de términos de términos clave y el régimen jurídico aplicable en virtud de once cláusulas. En estas once cláusulas contienen disposiciones de aplicación tanto a los miembros del *Dispute Avoidance/Adjudication Board* como a las partes, quedando así configurado totalmente el régimen jurídico aplicable al establecimiento del *Dispute Avoidance/Adjudication Board* que está presente a lo largo de todo el proyecto. En el presente epígrafe se hará referencia con detalle a este apéndice, de gran relevancia.

En segundo lugar, el bloque documental de las *General Conditions* apuntado incluye las reglas procedimentales de aplicación al *Dispute Avoidance/Adjudication Board* en el documento *Annex: DAAB Procedural Rules*. Con la publicación de este conjunto de diez normas procedimentales –que tratan cuestiones del *Dispute Avoidance/Adjudication Board* tales como las reuniones, visitas a las obras, comunicaciones y documentación, etc.– FIDIC se une al camino emprendido por varias instituciones que han publicado normas análogas en materia de *Dispute Boards*. Es relevante destacar a este respecto que, tanto el Libro Plata de FIDIC como los demás modelos de contrato que integran la *Rainbow Suite* de FIDIC, apuestan firmemente por la introducción de *Standing Dispute Boards* en todos sus modelos de contrato⁵³⁰. Como consecuencia, las funciones de este órgano otorgan especial relevancia a la evitación de disputas.

⁵³⁰ A buen seguro, las resoluciones judiciales y arbitrales que se estudian en el presente capítulo y en el Capítulo V de la presente tesis doctoral, han contribuido en esta elección del redactor de la *Rainbow Suite* de FIDIC.

Este segundo gran bloque documental del Libro Plata, *General Conditions*, concluye recapitulando su contenido en un índice de sub-cláusulas ordenado alfabéticamente. Esta útil clasificación viene posibilitada por el hecho de que el redactor del Libro Plata ha optado, con acierto, por rubricar las sub-cláusulas con títulos que se reproducen en el respectivo apartado. En esta misma labor de ayuda a los usuarios para la utilización del Libro Plata, el siguiente bloque documental del Libro Plata ofrece varios modelos que complementan el régimen jurídico del cuerpo contractual principal, los cuales se exponen a continuación.

2.C. Guía para la preparación de las condiciones particulares y anexos: Formularios de garantías (*Guidance for the Preparation of Particular Conditions and Annexes: Forms of Securities*)

El tercer bloque documental del Libro Plata consiste en la denominada “Guía para la preparación de las condiciones particulares y anexos: Formularios de garantías” (*Guidance for the Preparation of Particular Conditions and Annexes: Forms of Securities*), que a su vez consta de siete documentos de diferente naturaleza. Entre ellos, cabe destacar el formulario “Datos del Contrato” (*Contract Data*), que enumera los datos específicos del proyecto que va a ser regido por las disposiciones contenidas en el Libro Plata. En concreto, es esencial hacer una mención al apartado del *Contract Data* que consigna la ley aplicable al contrato (*Contract shall be governed by the Law of _____*) que remite a a la Sub-Cláusula 1.4 *Law and Language*⁵³¹ de las Condiciones

⁵³¹ Se reproduce el contenido de esta disposición: “*Sub-clause 1.4 Law and Language. The Contract shall be governed by the law of the country (or other jurisdiction) stated in the Contract Data (if not stated, the law of the Country), excluding any conflict of law rules. The ruling language of the Contract shall be that stated in the Contract Data (if not stated, the language of these Conditions). If there are versions of any part of the Contract which are*

Generales. Para dotar de integridad al conjunto de documentos ofrecidos por FIDIC, en concreto a las *General Conditions* y al *Contract Data*, la Sub-Cláusula 1.5 *Priority of Documents*⁵³² establece que las *Particular Conditions Part A – Contract Data* forman parte integral del contrato. El contenido de este bloque documental pone a disposición de los usuarios del Libro Plata soporte técnico y recomendaciones para la redacción de condiciones contractuales entre las partes.

Asimismo, el Libro Plata ofrece en este tercer bloque documental unos formularios modelos de garantías accesorias al contrato, ya redactados con la terminología contractual para que estos puedan ser utilizados directamente por las partes y resulten coherentes con el conjunto del régimen jurídico establecido. En concreto, el Libro Plata ofrece hasta siete formularios que contienen diferentes garantías en función de las relaciones entre los elementos subjetivos del contrato (*Example Form of Parent Company Guarantee, Example Form of Tender Security, Example Form of Performance Security- Demand Guarante, Example Form of Performance Security- Surety Bond, Example Form of Advance Payment Guarantee Example Form of Retention Money Guarantee y Example Form of Payment Guarantee by Employer*). Todos ellos cuentan con el estándar de calidad FIDIC y se prevé que puedan resultar muy útiles entre los sujetos que suelen participar en grandes proyectos internacionales ingeniería y construcción.

written in more than one language, the version which is in the ruling language shall prevail. The language for communications shall be that stated in the Contract Data. If no language is stated there, the language for communications shall be the ruling language of the Contract”.

⁵³² Se reproduce el contenido de esta disposición: “*Sub-clause 1.5 Priority of Documents 1 The documents forming the Contract are to be taken as mutually explanatory of one another. If there is any conflict, ambiguity or discrepancy, the priority of the documents shall be in accordance with the following sequence: (a) the Contract Agreement; (b) the Particular Conditions Part A – Contract Data; (c) the Particular Conditions Part B – Special Provisions; (d) these General Conditions; (e) the Employer’s Requirements; (f) the Schedules; (g) the Tender; (h) the JV Undertaking (if the Contractor is a JV); and (i) any other documents forming part of the Contract. If a Party finds an ambiguity or discrepancy in the documents, that Party shall promptly give a Notice to the other Party, describing the ambiguity or discrepancy. After giving or receiving such Notice, the Employer shall issue the necessary clarification or instruction”.*

2.D. Modelos de carta de adjudicación, acuerdo contractual y acuerdo del Dispute Adjudication/Avoidance Board (*Forms of Letter of Tender, Contract Agreement and Dispute Adjudication/Avoidance Agreement*)

Por último, el cuarto bloque documental que integra la regulación completa del contenido del Libro Plata de FIDIC, contiene tres formularios con una gran relevancia práctica. Los dos primeros (*Letter of Tender* y *Contract Agreement*⁵³³) recogen varios de los datos fundamentales y elementos esenciales del contrato (identidad de las partes, fecha de entrada en vigor, carta de adjudicación, etc.). El tercero de ellos, (*Dispute Avoidance/Adjudication Board Agreement*) es el documento con el que concluye el Libro Plata y presenta el contenido siguiente: especifica los detalles de las personas que conforman el *Dispute Board* y recoge las firmas tanto de las partes contractuales como de los miembros que integran este órgano. Esta formalidad es necesaria en señal de conformidad con la presencia y composición de este órgano de naturaleza híbrida –de evitación y resolución de disputas–, que FIDIC introduce en su *Rainbow Suite* del año 2017.

En relación con el *Dispute Avoidance/Adjudication Board Agreement* recién referido, es relevante destacar que la edición del Libro Plata de 2017 introduce con acierto una provisión para determinar expresamente la ley aplicable a este acuerdo de voluntades, independientemente de la ley aplicable al contrato, recogida en la Sub-Cláusula 1.4 *Law and Language*⁵³⁴ detalles de las personas que conforman el *Dispute Board* y recoge las firmas tanto de las partes contractuales como de los miembros que integran este órgano. Esta formalidad es

⁵³³ Este breve documento es el primero en prioridad de acuerdo con la lista establecida en la Sub-Cláusula 1.5 *Priority of Documents* de las Condiciones Generales, reproducida en la nota al pie 532..

⁵³⁴ Vid. supra nota al pie 531.

necesaria en señal de conformidad con la presencia y composición de este órgano de naturaleza híbrida –de evitación de las Condiciones Generales referida con anterioridad. En efecto, la determinación de la ley aplicable al *Dispute Board* en sí soluciona lo que la doctrina internacional había llegado a calificar como un *teething problem*⁵³⁵: esto es, la ausencia de especificación sobre la ley aplicable al acuerdo de voluntades que establece el *Dispute Board* como pacto independiente del contrato general. La ausencia de una provisión al efecto podría incluso llegar a interferir en la coercitividad de las resoluciones emitidas por este método de resolución alternativa de conflictos, tal y como venía señalando la doctrina internacional⁵³⁶.

La reciente inclusión de la regla número 6⁵³⁷ del *Dispute Avoidance/Adjudication Board Agreement*, introduce una provisión por la cual “Este Acuerdo para el establecimiento de un *Dispute Avoidance/Adjudication Board* se regirá por la ley de ____ (en ausencia de disposición al efecto, será de aplicación la ley aplicable al contrato establecida en la Sub-Cláusula 1.4 de las Condiciones del Contrato”⁵³⁸. Con esta mención, se

⁵³⁵ En los terminos señalados por la doctrina: “*Dispute Boards (DBs) in international construction contracts are still in their infancy and therefore it should not be surprising that they have had teething problems. (...) Absent an applicable choice of law provision, what law governs the DB clause? The law governing the main contract or (if different) that governing the arbitration clause itself or (if different) the law of the country of the construction site? Though this question would appear to be important (how else is one to determine the scope and meaning of a DB clause?) there appears to be no uniform answer to it. In the author’s view, much will depend on how the DB clause is drafted*”. Se hace referencia con esta elocuente expresión anglosajona al tipo de dificultades que se presentan por causa de la inexperiencia que tienden a solucionarse con el paso del tiempo y la práctica. SEPPÄLÄ, Christopher R., “Recent Case Law on Dispute Boards”, en DE LY, Filip, “Concluding Remarks”, en DE LY, Filip; GÉLINA Paul-A., *Dispute Prevention and Settlement through Expert Determination and Dispute Boards* (Dossier de la Cámara de Comercio Internacional), París, 2017, págs. 123 y ss.

⁵³⁶ Vid. supra nota 535.

⁵³⁷ Regla número 6 del *Dispute Avoidance/Adjudication Board Agreement* del Libro Plata: “6. *This DAA Agreement shall be governed by the law of ____ (if not stated, the law that governs the Contract under Sub-Clause 1.4 of the Conditions of Contract)*”.

⁵³⁸ Se reproduce el contenido de la referida regla en inglés original: “*This DAA Agreement shall be governed by the law of ____ (if not stated, the law that governs the Contract under Sub-*

viene a resolver de manera inequívoca una cuestión sobre la que todavía no existían pronunciamientos consistentes en la práctica. Hasta la fecha, la ausencia de elección expresa de ley aplicable al *Dispute Board* era percibida como una amenaza para el buen fin de la elección de este método de resolución alternativa de conflictos en un contrato, porque podía llegar a interferir en la ejecución de sus resoluciones⁵³⁹. Ante dicha ausencia, algunas voces de dilatada trayectoria práctica y académica en estas cuestiones⁵⁴⁰ señalaban como posibles opciones de ley aplicable aquella de aplicación al contrato en general, la del país en la que se llevaba a cabo el proyecto de construcción, o aquella recogida en la correspondiente cláusula de arbitraje. Teniendo en cuenta las referidas diversas opciones, el criterio definitorio para averiguar la voluntad de las partes residiría en la redacción global del contrato.

En la actualidad, la inclusión de la disposición 6 del *Dispute Avoidance/Adjudication Board Agreement* en el Libro Plata de 2017 elimina de forma inequívoca la imprecisión que se venía señalando hasta ahora.

Clause 1.4 of the Conditions of Contract)”. La traducción al español es la realizada por la doctoranda.

⁵³⁹ La doctrina internacional había manifestado su preocupación por el asunto. “*Absent choice of law, any expert determination or dispute board process may become frustrated when a relevant issue arises and the parties involved cannot agree on the applicable law to solve any such issue. Ultimately, the law applicable to such issue will have to be determined by the experts or dispute board members or by any other decision maker (judge or arbitrator) having jurisdiction over such issues (see Part 5). In general, the law applicable to the contract between the expert and the dispute board member on the one hand and the parties on the other hand absent choice of law, is not too difficult to localize as the most important connecting factor mostly relates to the identity of the expert or dispute board member and the country where he performs the relevant activities. However, the relationship between the parties as regards their expert determination or dispute board process, absent choice of law, is much more difficult to localize as the process implies mutual efforts by the parties in contributing to the avoidance of a dispute or its resolution. A connecting factor is then to be looked for in any law that is most closely connected to the relationship which may be the law that applies to the initial contractual relationship between the parties*”. DE LY, Filip, “Concluding Remarks”, en DE LY, Filip, “Concluding Remarks”, en DE LY, Filip; GÉLINA Paul-A., *Dispute Prevention and Settlement through Expert Determination and Dispute Boards* (Dossier de la Cámara de Comercio Internacional), París, 2017, págs. 123 y ss.

⁵⁴⁰ Vid. supra nota al pie 535.

Según dicho modelo de contrato, la ley aplicable al Dispute Board es la establecida por las partes en dicha estipulación número 6 del *Dispute Avoidance/Adjudication Board Agreement* y, en ausencia de pronunciamiento de las partes al respecto, se considerará ley aplicable aquella prevista para regir el contrato. Esto es, en este último caso en el que se realiza una remisión a la ley aplicable al contrato, habría que acudir a la Sub-Cláusula 1.4 de las Condiciones Generales⁵⁴¹, contenida en el documento *Contract Data* y que afirma que “*Contract shall be governed by the Law of _____*”.

Una vez explicitados los bloques documentales que integran el Libro Plata, a continuación procede señalar las principales novedades que incluye este modelo de contrato con respecto a la redacción de su sistema escalonado de resolución de disputas.

3. LA EVOLUCIÓN DEL SISTEMA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL ENTORNO FIDIC: DE LA PREDECESORA CLÁUSULA 20 A LAS ACTUALES CLÁUSULAS 20 Y 21 DE LAS CONDICIONES GENERALES DEL LIBRO PLATA

La novedosa segunda edición del Libro Plata, de Condiciones de Contratación para contratos EPC/Llave en Mano, fechada en diciembre de 2017, viene presidida por una clara orientación hacia la evitación de disputas en la ejecución de los proyectos que quedan regulados por su clausulado. Ello queda patente en la creación de un órgano reconocido expresamente como híbrido, al

⁵⁴¹ Vid. supra nota al pie 531.

que se atribuyen expresamente funciones tanto de evitación como de resolución de disputas: el *Dispute Avoidance/Adjudication Board*.

La novedosa regulación explícita de dicho carácter bifronte ha obligado a desdoblar la clásica Cláusula 20 de los modelos contractuales de FIDIC recogida en su edición de 1999⁵⁴². El sistema para la resolución de conflictos que ha actualizado FIDIC en el lanzamiento de su nueva *Rainbow Suite* de 2017 se desdobra ahora en dos cláusulas que consolidan la dualidad de funciones –*dispute avoidance* y *dispute resolution*– que hasta ahora se venía configurando de manera casuística. Para ello, la nueva *Rainbow Suite* acoge como principal novedad la creación de un órgano de funciones ya explicitadas en su propia denominación⁵⁴³.

3.A. El perfeccionamiento del sistema *multi-tier* en el Libro Plata de FIDIC de 2017: Establecimiento de varias oportunidades para resolver el conflicto

Tal y como ha quedado apuntado, la cuestión de la resolución de conflictos es abordada por el Libro Plata de 2017 mediante dos cláusulas que

⁵⁴² En las ediciones de 1999, esta cláusula venía rubricada como “*Claim, disputes and Arbitration*” en inglés (“Reclamaciones, discrepancias y Arbitraje” en la traducción al español).

⁵⁴³ Algunas de las características que se detallan a continuación habían sido ya apuntadas en el año 2008, con la publicación de las Condiciones de FIDIC para proyectos de diseño, construcción y operación (*Conditions of Contract for Design, Build and Operate Projects*), en el conocido como Libro Dorado (*Gold Book*) de FIDIC. Sin embargo, la *Rainbow Suite* originaria solo comprende los contratos para grandes proyectos (*major projects*). Por ello, la presente tesis doctoral se centra en el estudio de los libros que conforman la *Rainbow Suite* de FIDIC: Libro Rojo, Libro Amarillo y, con mayor profundidad, Libro Plata.

establecen en su conjunto un sistema *multi-tier* para la resolución de conflictos⁵⁴⁴.

La primera de ellas, la Cláusula 20 *Employer's and Contractor's Claims*⁵⁴⁵ propone la elaboración de una reclamación formal (*Claim*), mediante un sencillo procedimiento al efecto, al que añade unos mínimos requisitos formales. Con ello, dicha reclamación adquiere la entidad suficiente como para ser distinguida de una mera diferencia entre las partes. Una vez conformada la reclamación, esta se plantea ante el representante del cliente (*Employer's Representative*)⁵⁴⁶ en virtud del procedimiento establecido en la Sub-Cláusula 3.5 *Agreement or Determination*, cuyo contenido se desarrolla en secciones posteriores de la presente tesis doctoral⁵⁴⁷.

En segundo lugar, la Cláusula 21 *Disputes and Arbitration*⁵⁴⁸ completa el sistema de resolución de conflictos establecido en el Libro Plata. En ella se establece que las disputas, que se constituyen formalmente con posterioridad al procedimiento de reclamación, han de someterse inicialmente a la resolución de un *Dispute Board*. El Libro Plata de FIDIC dota a este órgano de

⁵⁴⁴ JIMÉNEZ FIGUERES, Dyalá, "Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in ICC Arbitration: Introduction and Commentary", *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 14, núm 1, 2003, págs. 71 y ss.

⁵⁴⁵ A lo largo del presente capítulo se hace referencia a esta relevante cláusula y se reproducen extractos de su contenido. Sin embargo, a prolija extensión de estas disposiciones obliga a remitir su lectura directamente al texto auténtico del Libro Plata, documento complementario que se entrega como Anexo 1 a los miembros del tribunal de la presente tesis doctoral.

⁵⁴⁶ En los modelos de contrato Libro Rojo y Libro Amarillo, este papel es realizado por el *Engineer*, constituyendo esta una de las atribuciones que todavía conserva este elemento subjetivo establecido contractualmente. Sin embargo, por la evolución del concepto que ha sido expuesta en la presente tesis doctoral, el Libro Plata prescinde de la inclusión de este elemento subjetivo.

⁵⁴⁷ Vid. infra IV.5.A.IV.

⁵⁴⁸ A lo largo del presente capítulo se hace referencia a esta relevante cláusula y se reproducen extractos de su contenido. Sin embargo, la prolija extensión de estas disposiciones obliga a remitir su lectura directamente al texto auténtico del Libro Plata, documento complementario que se entrega como Anexo 1 a los miembros del tribunal de la presente tesis doctoral.

facultades de *adjudication*. Estas atribuciones de resolución de disputas con notas heterocompositivas se complementan con aquellas previstas para la evitación de conflictos, que son atribuidas al *Dispute Board* a lo largo del texto contractual y en las que rige el principio de autocomposición. Ambas funciones son objeto de detallado estudio en la presente tesis doctoral, en secciones posteriores al presente epígrafe⁵⁴⁹.

En tercer y último lugar en este sistema de resolución de conflictos, la misma Cláusula 21 *Disputes and Arbitration* remite al arbitraje administrado por las normas de la Cámara de Comercio Internacional como método para la resolución de disputas posterior a la emisión de la resolución por parte del *Dispute Board*. Este mecanismo está previsto como último escalón del sistema de resolución de conflictos y se aplica ante la disconformidad (*dissatisfaction*) de alguna de las partes con la resolución emitida por el *Dispute Board*. Todo ello, no obstante, sin perjuicio de que se llegue a un acuerdo amistoso entre las partes en cualquier momento de la controversia.

La mencionada solución autocompositiva consistente en el acuerdo amistoso entre las partes, se introduce expresamente en el sistema de resolución de conflictos del Libro Plata mediante una referencia expresa en la Cláusula 21 *Disputes And Arbitration*. La referida cláusula invita a las partes a intentar resolver la disputa (*both Parties shall attempt to settle the Dispute amicably before the commencement of arbitration*) en cualquier momento a partir de la emisión de una *Notice of Dissatisfaction* por la parte que se considera perjudicada por la resolución de la reclamación formal⁵⁵⁰. A su vez, el Libro Plata indica que este plazo para llegar a una solución amistosa se agota a

⁵⁴⁹ Vid. infra IV.4.

⁵⁵⁰ Tal y como se estudia en el epígrafe correspondiente, la emisión de una *Notice of Dissatisfaction* es uno de los supuestos que conforma una disputa formal (*Dispute*) en el Libro Plata. Vid. infra IV.5.A.

los 28 días contados desde la emisión de la *Notice of Dissatisfaction*, puesto que es entonces cuando queda previsto en la Cláusula 21 *Disputes And Arbitration* que se accione el siguiente escalón del sistema *multi-tier* de resolución de conflictos: el arbitraje⁵⁵¹. Como novedad, el Libro Plata posibilita que, previamente a la sumisión formal de la disputa en virtud del procedimiento contenido en la Cláusula 21 *Disputes and Arbitration*, también se pueda acudir al *Dispute Board* actuando este específicamente en funciones de evitación de disputas (*Dispute Avoidance Board*). Esta mención supone una mejora con respecto a la edición del Libro Plata de 1999 en términos de resolución autocompositiva de las posibles disputas. Esto es, mientras que en el Libro Plata de 1999 únicamente se contemplaba el acuerdo amistoso como método

⁵⁵¹ Sobre la obligatoriedad de agotar la vía del acuerdo amistoso se pronunció la Cámara de Comercio Internacional, en un laudo emitido con motivo de la aplicación de la cláusula *multi-tier* de una edición antigua del Red Book. El tribunal arbitral se guió por indicios para resolver que sí se había agotado la vía del acuerdo amistoso. Lejos de resultar superflua, esta disposición puede potencialmente perjudicar la apreciación del cumplimiento del sistema *multi-tier* de resolución de conflictos.

“The Tribunal must ascertain that the claimant has duly satisfied the two preconditions for arbitration, namely first the resort to amicable settlement and secondly the submission of the dispute to the Engineer.

With regard to prior resort to amicable settlement, the Tribunal notes that there are no objective criteria making it possible to declare that the means of amicable settlement have been actually exhausted. These means cannot be identified in absolute terms and do not obey any pre-established and stereotyped rules. Everything depends on the circumstances and chiefly on the good faith of the parties. What matters is that they should have shown their good will by seizing every opportunity to try to settle their dispute in an amicable manner. They will only be discharged of this duty when they arrive in good faith at the conviction that they have reached a persistent deadlock.

On this subject, the Tribunal finds a number of indications in the dossier which warrant the conclusion that the claimant made genuine efforts with a view to an amicable settlement. This can be easily be deduced already from the lengthy waiting period of nearly three years after the completion of the work which the claimant observed before resorting to arbitration. This period was marked by a variety of contacts.

The Tribunal observes that a proposal was even formulated by the claimant to obtain payment of the sums due in the form of petroleum. The Tribunal likewise notes, among other signs of reciprocal good will, the request made in 1986 by the defendant . . . to the Court of Accounts of . . . , for authorization to pay to the claimant the sums due. All these attempts failed”.

Laudo sobre resolución de disputas *multi-tier*, emitido en el caso 6276, publicado en el ICC Dispute Resolution Bulletin 2003, vol. 14, núm. 1, págs. 76 y ss.

autocompositivo de resolución de disputas, la función de evitación que ejerce el DAAB en el nuevo Libro Plata añade otro mecanismo autocompositivo en aras de la detección y eliminación temprana de las controversias contractuales.

Sin embargo, procede cuestionarse si la acotación de este lapso de tiempo resulta una estipulación idónea. La referida redacción deja sin resolver la posible situación en la que las partes, una vez transcurrido el plazo de 28 días desde la emisión de la *Notice of Dissatisfaction*, incluso una vez iniciado el procedimiento arbitral, decidan negociar un acuerdo amistoso. Procede cuestionarse si la previsión contenida en la redacción del Libro Plata prohíbe a las partes llegar a un acuerdo una vez haya vencido el plazo de 28 días, dado que el comienzo del procedimiento arbitral, con toda seguridad, se postergará más allá de exiguo plazo. Además, en caso de que el procedimiento arbitral ya haya comenzado, las partes están facultadas en todo caso a disponer del objeto del proceso.

La presente tesis doctoral se estima que, en el favorable supuesto de que las partes lleguen a un acuerdo por sus propios medios, el momento en el que este deseable efecto se haya producido causará simplemente una distinción en la aplicación de cláusulas contractuales diferentes. Esto es, si las partes llegan a un acuerdo en el lapso determinado por el Libro Plata –o bien a su vencimiento pero con anterioridad a que dé comienzo el arbitraje–, serán de aplicación las correspondientes cláusulas del Libro Plata, que remiten a la solución amistosa como fin de la disputa. Por el contrario, en caso de que el acuerdo se alcance constante el proceso arbitral, ya no serán de aplicación las estipulaciones contractuales. En este último supuesto, el impulso del proceso arbitral habría de ser interrumpido con arreglo a las normas del arbitraje internacional de la Cámara de Comercio Internacional, a las cuales se remite FIDIC expresamente en sus disposiciones.

La presente tesis doctoral se decanta por utilizar los términos “sistema de resolución de conflictos” para hacer referencia al contenido de las cláusulas

20 y 21 del Libro Plata de FIDIC que se analiza en este epígrafe. Esta elección terminológica es fruto de una reflexión sobre el enfoque del tratamiento de las diferencias contractuales entre las partes que realiza el redactor de los nuevos modelos de contrato FIDIC en materia de evitación resolución de disputas. Así, la nueva edición del *Rainbow Suite* y, por ende, el Libro Plata que se estudia en este capítulo ofrecen a las partes un sistema escalonada para la resolución de conflictos que ocupa dos cláusulas y aúna tanto elementos sobre los que las partes pueden disponer en virtud de su autonomía de la voluntad como elementos que escapan a la libre disposición de estas mismas partes.

En efecto, a lo largo del *iter* que establecen las cláusulas 20 *Employer's and Contractor's Claims* y 21 *Disputes and Arbitration* para la resolución de las posibles disputas surgidas en la ejecución contractual, se contemplan varias instancias que favorecen desde la evitación de conflictos mediante una opción íntegramente autocompositiva –aquella contenida en la Sub-Cláusula 3.5 *Agreement or Determination*– hasta el sometimiento de la controversia a un procedimiento arbitral reglado que trasluce una clara postura de enfrentamiento entre las partes –mecanismo establecido por defecto en la Cláusula 21 *Disputes and Arbitration*–. Este sofisticado planteamiento para la resolución de disputas, que combina varios métodos alternativos para culminar, en último lugar, con las opciones clásicas de tribunal internacional arbitral o doméstico (en caso de que las partes opten por modificar la versión estándar del Libro Plata), resulta muy adecuado para los contratos internacionales de ingeniería y construcción. La doctrina internacional denomina a esta elaborada opción “cláusulas escalonadas para la resolución de conflictos” o “cláusulas en cascada” (*multi-tier dispute resolution clauses* en inglés, el idioma en el que están escritas la mayoría de las contribuciones científicas sobre la materia). Mientras que el *iter* de resolución de conflictos suele estar contenido en una sola cláusula contractual, como así constaba en ediciones precedentes de la *Rainbow Suite*, FIDIC ha optado en la actualidad por desdoblar el procedimiento para la resolución de disputas en dos estipulaciones.

En virtud de lo expuesto en esta sección y atendiendo al relevante desdoblamiento por el que ha optado el redactor de la nueva *Rainbow Suite* de FIDIC, en lugar de hacer referencia a la cláusula de resolución de conflictos, esta tesis doctoral opta por la expresión “sistema de resolución de conflictos” o “sistema *multi-tier* de resolución de conflictos” a lo largo de su redacción.

3.B. El novedoso binomio de cláusulas del sistema de resolución de conflictos del Libro Plata de FIDIC

La clara apuesta por la evitación de disputas de FIDIC –contenida tanto en las cláusulas 20 *Employer’s and Contractor’s Claims* y 21 *Disputes and Arbitration* del Libro Plata como a lo largo de todo el texto, a través de referencias transversales recurrentes– fue anticipada por la Federación con antelación a la publicación de sus nuevos modelos. En concreto, esta postura que favorece la autocomposición se anunció en diciembre de 2016, mediante el prelanzamiento de sus nuevas ediciones, realizada con la publicación del nuevo Libro Amarillo. La novedosa apuesta ha quedado sólidamente confirmada mediante la creación del *Dispute Avoidance/Adjudication Board* y otras disposiciones complementarias a este mecanismo, que se encuentran en diversos puntos de los modelos de la nueva *Rainbow Suite*, publicados en 2017.

La escasa doctrina internacional que hasta el momento ha estudiado las disposiciones de la *Rainbow Suite* recientemente publicada⁵⁵² ha sistematizado los rasgos más novedosos del nuevo sistema híbrido de evitación y resolución de disputas mediante diversas herramientas como, por ejemplo, la notificación anticipada de diferencias. En conjunto, procede destacar que la

⁵⁵² GLOVER, Jeremy, “Contract Corner: A review of typical contracts and clauses Proposed New Changes to the FIDIC Form of Contract”, *International Quarterly*, Fenwick Elliot, núm. 20, págs. 1-3, diciembre de 2016, https://www.fenwickelliott.com/sites/default/files/issue_20_-_iq_2016.pdf.

actual opción de FIDIC en materia de resolución de disputas que recogen los modelos de contrato publicados en 2017 resulta especialmente compleja en su funcionamiento y redacción. Por un lado, podría calificarse de laberíntica desde una perspectiva procedimental, mientras que por otro lado su ubicación dentro de la estructura contractual tampoco resulta especialmente depurada. Esta última característica obliga a la presente tesis doctoral a abordar los mecanismos de resolución de conflictos de la nueva edición de los modelos de contrato FIDIC de una manera global y transversal, ya que su correcta comprensión requiere acudir a otras cláusulas del texto contractual referidas a materias muy diversas. Las cuestiones recientemente puestas de manifiesto –procedimental y sistemática– son objeto de estudio en el presente subepígrafe.

El contenido de la predecesora Cláusula 20 de los modelos de contrato FIDIC ha sido dividido en la versión de 2017 en dos cláusulas más extensas⁵⁵³ que responden principalmente a la necesidad de distinguir entre los conceptos de *Claim* y *Dispute*. En este sentido, una *Claim*⁵⁵⁴ consiste en una reclamación que realiza una de las partes bajo las estipulaciones contractuales, mientras que la *Dispute* surge cuando la *Claim* es rechazada o ignorada.

Sin embargo, esta distinción no queda directamente expuesta en las cláusulas 20 y 21 del Libro Plata; sino que se ha de acudir a las definiciones

⁵⁵³ La extensión de la edición de 2017 de los modelos de contrato FIDIC también ha sido percibida por la doctrina internacional. En general, los modelos de contratos han doblado su extensión inicial. “*FIDIC said at the London Conference that the word count had increased by approximately 50%. The reason for this was to achieve a contract that was more structured, with clear processes and procedures. If this can be achieved, then the contract as a whole can be better understood by everyone*”. GLOVER, Jeremy, “Contract Corner: A review of typical contracts and clauses Proposed New Changes to the FIDIC Form of Contract”, *International Quarterly*, Fenwick Elliot, núm. 20, págs. 1-3, diciembre de 2016, https://www.fenwickelliott.com/sites/default/files/issue_20_-_iq_2016.pdf.

⁵⁵⁴ Se reproduce la definición de *Claim*, contenida en la Sub-Cláusula 1.1.3 del Libro Plata, sin perjuicio del estudio posterior que se realiza de la misma (Vid. infra IV.5.A.): Sub-Cláusula 1.1.3: ““*Claim*” means a request or assertion by one Party to the other Party for an entitlement or relief under any Clause of these Conditions or otherwise in connection with, or arising out of, the Contract or the execution of the Works.”

generales contenidas al comienzo del Libro Plata para encontrar el concepto de *Dispute*, fundamental para el análisis y comprensión de la cláusula de resolución de conflictos. Así, en sede de Disposiciones Generales, rubricadas como Cláusula 1 *General Provisions* en el inglés original del texto auténtico, el epígrafe 1.1.26 define el concepto de *Dispute*⁵⁵⁵, al que será de aplicación el régimen que se sustancia en la Cláusula 21, que lleva por título *Disputes and Arbitration*.

El actual desdoblamiento sistemático respecto de la predecesora Cláusula 20 desvela el enfoque procedimental por el que se decanta actualmente FIDIC a la hora de abordar las diferencias surgidas entre las partes a lo largo de la ejecución contractual en el ámbito de los contratos de ingeniería y construcción. Con esta nueva configuración, el Libro Plata titula la Cláusula 20 *Employer's and Contractor's Claims*, mientras que la Cláusula 21 viene rubricada bajo el título *Disputes and Arbitration*. Este novedoso binomio pone en valor la solución que ofrece FIDIC en 2017 a una cuestión no resuelta en las publicaciones precedentes a la edición de 2017: el silencio por parte del Cliente en los casos en los que el Contratista interpone una solicitud de cambio o ajuste en virtud de lo dispuesto en la Cláusula 13 *Variations and Adjustments* del Libro Plata de 1999.

⁵⁵⁵ Se reproduce la definición de *Dispute*, contenida en la Sub-Cláusula 1.1.26 del Libro Plata, sin perjuicio del estudio posterior que se realiza de la misma (Vid. infra IV.5.A.): “*Sub-Clause 1.1.26: “Dispute” means any situation where: (a) one Party makes a claim against the other Party (which may be a Claim, as defined in these Conditions, or a matter to be determined by the Employer’s Representative under these Conditions, or otherwise); (b) the other Party (if the Employer, under Sub-Clause 3.5.2 [Employer’s Representative’s determination] or otherwise) rejects the claim in whole or in part; and (c) the first Party does not acquiesce (if the Contractor, by giving a NOD under Sub-Clause 3.5.5 [Dissatisfaction with Employer’s Representative’s determination] or otherwise), provided however that a failure by the other Party to oppose or respond to the claim, in whole or in part, may constitute a rejection if, in the circumstances, the DAAB or the arbitrator(s), as the case may be, deem it reasonable for it to do so”.*

Al objeto de completar el régimen de resolución de disputas, FIDIC propone dos documentos complementarios, incluidos en la edición del Libro Plata de 2017. Estos documentos son el Anexo de Reglas Procedimentales del DAAB⁵⁵⁶ y el Apéndice de Condiciones Generales del Acuerdo de Evitación o *Adjudication* de Disputas⁵⁵⁷, ya referidos en el epígrafe precedente.

En ese sentido, a continuación procede que esta tesis reflexione sobre la relevante presencia del principio de evitación de disputas en las disposiciones del Libro Plata, el cual constituye un rasgo innovador que preside la edición de la *Rainbow Suite* de FIDIC de 2017.

4. EL TRATAMIENTO DEL PRINCIPIO DE EVITACIÓN DE DISPUTAS EN EL LIBRO PLATA DE FIDIC DE 2017

A continuación se expone el tratamiento otorgado al principio de evitación de disputas (*dispute avoidance*) en el modelo de 2017 del modelo de contrato Libro Plata de FIDIC para proyectos EPC/Llave en mano. A la hora de abordar la presencia de este relevante contenido, que constituye una de las principales novedades de la última edición del referido modelo contractual, procede realizar una clasificación conceptual. En primer lugar, se expone el régimen jurídico de la evitación de disputas como principio transversal con presencia en varias cláusulas del Libro Plata; mientras que, en segundo lugar, se dirige la atención a la regulación expresa de este principio en el sistema *multi-tier* establecido en el referido modelo contractual de FIDIC.

⁵⁵⁶ *Annex DAAB Procedural Rules* en el inglés original del texto auténtico.

⁵⁵⁷ *Appendix: General Conditions of Dispute Avoidance/Adjudication Agreement* en el inglés original del texto auténtico.

4.A. El principio de evitación de disputas como eje transversal del Libro Plata de 2017

La nueva edición del Libro Plata de FIDIC de 2017 muestra una clara orientación hacia la evitación de disputas como gran valor para el éxito de la ejecución contractual de los contratos llave en mano. Este principio de evitación de disputas, por el que FIDIC apuesta de manera general en toda su nueva *Rainbow Suite*, se incorpora de manera transversal y puede apreciarse en diversas estipulaciones a lo largo del Libro Plata, dedicado a los contratos llave en mano (también denominados EPC por contener típicamente tres tipos de prestaciones: *Engineering, Procurement, Construction*). A continuación se realiza un estudio de las novedosas medidas explícitas que pretenden consolidar el principio de evitación de disputas en el Libro Plata del año 2017, como respuesta a la demanda de la doctrina y práctica internacionales⁵⁵⁸.

La función de evitación de disputas viene reflejada en el Libro Plata en la figura del representante del *Employer (Employer's Representative)*⁵⁵⁹, cuyas atribuciones también se han ampliado en la nueva edición de los tres principales documentos de la *Rainbow Suite* de FIDIC (*Red Book, Yellow Book* y *Silver Book*). En concreto, el Libro Plata ha ampliado su contenido de cinco a seis Sub-Cláusulas. Así, la Sub-Cláusula 3.5 *Agreement or determination* ha sido

⁵⁵⁸ A modo de ejemplo: VAN LANGELAAR, Anton. “Dispute Boards-Dispute Avoidance Role, Part 1: dispute boards”, *Civil Engineering= Siviele Ingenieurswese*, vol. 2015, núm. v23i3, 2015, págs. 69-74. VAN LANGELAAR, Anton. “Dispute Boards-Dispute Avoidance Role, Part 2: dispute boards”, *Civil Engineering= Siviele Ingenieurswese*, vol. 2015, núm. v23i3, 2015, págs. 72-77; GERBER, Paula; ONG, Brennan, “DAPs: When will Australia Jump on Board?”, *Building and Construction Law Journal*, vol. 27, núm. 1, 2011, págs. 4-29, en esp. pág. 5.
https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/2385895/BCL_Article.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1550260259&Signature=tZJDpcw6mqE0Pwn2LOfYTrC04io%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DDAPs_When_will_Australia_jump_on_board.pdf.

⁵⁵⁹ En los modelos en los que sigue presente la figura del *Engineer*, la correlativa Sub-Cláusula 3.5 recoge las atribuciones de esta figura contractual clásica en los contratos de construcción.

significativamente aumentada y completamente remodelada para articular la conformación de una reclamación formal (*Claim*), su correspondiente paso a constituir una disputa (*Dispute*) y, con ello, la remisión de las opiniones emitidas por el Representante del Cliente (*Employer's Representative*) al novedoso órgano de evitación y resolución de disputas: *Dispute Adjudication/Avoidance Board*.

En la nueva edición de los modelos de contratos de 2017, FIDIC reconoce expresamente la función de evitación de disputas que la doctrina y prácticos del derecho vienen atribuyendo a los *Dispute Boards* como rasgo fundamental desde el origen de este método de resolución alternativa de conflictos. La nueva *Rainbow Suite* se inclina definitivamente hacia esta opción mediante la inclusión de diversos mecanismos con presencia a lo largo de la totalidad del Libro Plata.

La muestra definitiva de ello es la propia denominación que este modelo de contrato utiliza para designar al *Dispute Avoidance/Adjudication Board*⁵⁶⁰; novedoso órgano que se establece en el texto del Libro Plata para conocer de las disputas, una vez que estas han sido conformadas tras seguir el procedimiento establecido para distinguir este concepto de las meras reclamaciones. Con este rotundo gesto, FIDIC consolida la función de evitación de conflictos de los *Dispute Boards* en toda la nueva *Rainbow Suite* y, por ende, en el Libro Plata que se estudia en el presente epígrafe de esta tesis como paradigma de los contratos FIDIC.

Otro de los aspectos que fomenta la función de evitación de conflictos en la reciente reforma de los modelos de contrato FIDIC es la elección del tipo de *Dispute Board* que prevalece por defecto en la redacción de 2017. Mientras que

⁵⁶⁰ En el mismo texto del Libro Plata, este órgano se abrevia como DAAB por su denominación en inglés: *Dispute Avoidance/Adjudication Board*.

las disposiciones de la primera edición del Libro Plata del año 1999⁵⁶¹ establecían inicialmente un *Dispute Board* de tipo *Ad Hoc* en su cláusula de resolución de conflictos, la edición de 2017 cambia esta orientación y se decanta por la implantación de un *Standing Dispute Board* en su redacción original por defecto⁵⁶². Esta opción ha de ser interpretada favorablemente en términos de coherencia, puesto que son precisamente los *Standing Dispute Boards* los órganos que tienen mejores facultades para desarrollar con mayor eficacia la función de evitación de disputas por la que se inclina el conjunto de nuevos modelos de contratos de FIDIC. No obstante, FIDIC concede a las partes del contrato la posibilidad de modificar esta característica y añade unas recomendaciones para la inclusión de un *Ad Hoc Dispute Board* mediante la incorporación de una mención en las *Guidance Notes* del Libro Plata⁵⁶³.

Así, en caso de que las partes consideren oportuno la inclusión de un *Ad-Hoc Dispute Board*, las *Guidance Notes* del Libro Plata de 2017 indican cómo proceder para una redacción coherente de las correspondientes disposiciones de resolución de conflictos. Ahora bien, los *Ad-Hoc Dispute Boards* se caracterizan por ser órganos temporales, cuya creación se posterga al momento en el que la disputa ya se haya producido entre las partes y que agotan su función con la resolución de la misma disputa para la que han sido creados. En caso de que las partes acuerden establecer un *Ad-Hoc Dispute Board*, tal y como describe el Libro Plata, quedaría anulada la función de evitación de disputas que FIDIC ha potenciado en su redacción original. Es por ello que

⁵⁶¹ En caso de aparecer la denominación Libro Plata, sin especificar la edición, se hará referencia al *Silver Book* de 2017. La edición de 1999 se indicará expresamente como Libro Plata de 1999.

⁵⁶² En las anteriores ediciones, se establecían por defecto *Ad Hoc Dispute Boards* en el Libro Amarillo y el Libro Plata; mientras que en el Libro Rojo optaba por *Standing Dispute Boards* en su redacción original. Las nuevas ediciones de FIDIC de 2017 unifican este criterio, estableciendo inicialmente la opción del *Standing Dispute Board* en los nuevos modelos de Libro Plata, Libro Amarillo y Libro Rojo.

⁵⁶³ Vid nota al pie 328.

FIDIC desaconseja la inclusión de esta variante de *Ad-Hoc Dispute Board* como método contractual de resolución de disputas. Tanto es así, que, en caso de que las partes desoyeran las recomendaciones del Libro Plata, no solo habría que cambiar la redacción de las cláusulas referidas al sistema de resolución de conflictos (Cláusulas 20 *Employer's and Contractor's Claims* y 21 *Disputes and Arbitration*), sino que FIDIC advierte de que también se ha de acometer un cambio de la terminología recogida en diversos puntos del contrato.

En este sentido, se indica expresamente en el texto del Libro Plata que si las partes optan por un *Ad-Hoc Dispute Board*, este ha de tomar la denominación clásica de "*Dispute Adjudication Board*", en lugar de la propuesta en 2017: "*Dispute Avoidance/Adjudication Board*". Además del referido cambio de terminología, en caso de que las partes desoigan las recomendaciones de FIDIC y establezcan un *Ad-Hoc Dispute Board*, aquellas habrán de realizar una serie de modificaciones en la redacción del contrato. Estas modificaciones, en consonancia con las características de los *Ad-Hoc Dispute Boards*, afectarían a las definiciones contenidas en las Sub-Cláusulas 1.1.19 *DAAB or Dispute Adjudication Board* y 1.1.20 *DAAB Agreement*⁵⁶⁴, que han de ser sustituidas por los términos indicados en las *Guidance Notes*. De la misma manera, también habría de modificarse la redacción del procedimiento de resolución de disputas contenido en la Cláusula 21 *Disputes and Arbitration*. Así, y por lo que respecta a las definiciones y cuestiones terminológicas, básicamente, el acrónimo DAAB queda sustituido por DAB; mientras que el procedimiento contenido en la Cláusula 21 *Disputes and Arbitration* ha de ser modificado sustancialmente, sustituyendo su contenido por aquel previsto en la primera edición del Libro Plata, de 1999, con las mismas precauciones terminológicas.

⁵⁶⁴ Esta es la remisión lógica que se desprende del contenido del Libro Plata. Sin embargo, el texto de la *Guidance for the Preparation of Particular Conditions* realiza una remisión que parece incorrecta a las Sub-Cláusulas 1.1.22 *Day* y 1.1.23 *Daywork Schedule*.

Aunque FIDIC contempla la posibilidad recién descrita de incluir un *Ad-Hoc Dispute Board* como método de resolución de disputas en el régimen contractual de las partes, ya se ha subrayado que la citada institución recomienda encarecidamente la utilización de un órgano permanente de evitación y resolución de disputas⁵⁶⁵, que viene reflejado plenamente mediante la firme propuesta del denominado *Standing Dispute Avoidance Adjudication Board*. La doctrina internacional valora positivamente la opción de FIDIC de 2017 de establecer por defecto un *Standing Dispute Board* y de apoyar su establecimiento a lo largo de todo el texto del Libro Plata, mediante cláusulas transversales que cooperan en la función de evitación de conflictos⁵⁶⁶. Las incipientes opiniones doctrinales en torno a esta nueva versión de contrato, de hecho, coinciden en afirmar que la inclusión de este tipo de órgano en todos los modelos de contrato de FIDIC facilitará la consecución de un acuerdo en fases tempranas de las potenciales disputas. Las ventajas innegables de un acuerdo temprano, tal y como como se viene señalando a lo largo de esta tesis doctoral, redundan en todo caso en el buen fin del proyecto⁵⁶⁷. Asimismo, la opción de FIDIC de establecer un *Standing Dispute Board* al que se le atribuyen importantes facultades de evitación de conflictos, influirá a buen seguro en las interpretaciones realizadas por paneles arbitrales y tribunales nacionales en los casos que se remitan finamente a estas instancias⁵⁶⁸.

Junto con la creación de un *Dispute Avoidance/Adjudication Board* como órgano principal en el sistema de resolución de conflictos, la fuerte apuesta

⁵⁶⁵ Vid nota al pie 328.

⁵⁶⁶ Estas herramientas de consolidación de la función de evitación de disputas son objeto de estudio en párrafos posteriores de este mismo epígrafe.

⁵⁶⁷ GLOVER, Jeremy, “Contract Corner: A review of typical contracts and clauses Proposed New Changes to the FIDIC Form of Contract”, *International Quarterly*, Fenwick Elliot, núm. 20, págs. 1-3, diciembre de 2016, https://www.fenwickelliott.com/sites/default/files/issue_20_-_iq_2016.pdf.

⁵⁶⁸ Tal y como se explicita en el Capítulo VI de la presente tesis doctoral, el establecimiento de *Ad Hoc Dispute Boards* ha sido motivo de diversas dificultades interpretativas en sede arbitral.

de FIDIC por la evitación de disputas se aprecia en diversas mejoras introducidas en las cláusulas que hacen referencia a las comunicaciones (*Notices*) y a las reuniones (*Meetings*).

Por una parte, el Libro Plata favorece la comunicación temprana de posibles diferencias entre las partes mediante la inclusión de una nueva Sub-Cláusula 8.4 *Early Warning*. En virtud de esta disposición, las partes del contrato participan en la evitación de disputas, mediante la comunicación temprana de las incidencias que pueden surgir en la ejecución contractual, fundamentalmente en materia de tiempo y precio. El contenido de la Sub-Cláusula 8.4 *Early Warning* prevé que cada una de las partes pueda avisar con antelación de cualquier evento que se conozca o pueda conocerse, que potencialmente pueda afectar a la ejecución de las prestaciones contractuales, tanto en el curso de las obras como con posterioridad a las mismas⁵⁶⁹. Dado que esta sub-cláusula transversal no contiene limitaciones temporales, las partes pueden acudir a ella a lo largo de toda la ejecución contractual. La Sub-Cláusula 8.4 *Early Warning*, que recoge la notificación anticipada de diferencias, contribuye en buena medida al buen funcionamiento del sistema de resolución de conflictos por el que apuesta la nueva edición de los modelos de contrato FIDIC.

Por otra parte, el Libro Plata promueve la evitación de disputas mediante la previsión de la colaboración entre las partes en el contexto de las reuniones periódicas que exigen los grandes proyectos de ingeniería y construcción. A ello se debe la inclusión de la Sub-Cláusula 3.6 *Meetings*, en la que se contempla la posibilidad de que cualquiera de las partes inste a la otra parte a que efectúen una reunión de gestión (*Management Meeting*). Estas reuniones están claramente enfocadas a prevenir incidencias que puedan desembocar en disputas. El Libro Plata, además, auspicia que también sean

⁵⁶⁹ El impacto adverso suele venir representado por dos factores recurrentes en las disputas en construcción: incremento del precio y retraso en el tiempo.

convocados otros asistentes distintos de los representantes de las partes a estas reuniones de gestión (como, por ejemplo, otros contratistas, representantes de autoridades públicas, empresas de suministros, otros subcontratistas, etc.). En caso de que se celebren reuniones en virtud de esta disposición, el Libro Plata incluye en el tercer párrafo de la Sub-Cláusula 3.6 *Meetings* una serie de previsiones accesorias, como la de mantener un registro adecuado de su contenido y entregar copias a todos los asistentes. La presente tesis doctoral estima que la creación de documentación a lo largo de las fases preliminares de una posible diferencia facilita la función del *Dispute Avoidance/Adjudication Board* en funciones de resolución de conflictos. El Libro Plata configura este órgano con un carácter esencialmente proactivo para el conocimiento de la disputa. Por lo tanto, es previsible que los miembros del *Dispute Board* establecido por el Libro Plata recaben las actas y registros de estas reuniones para conformar sus hechos probados y resolver en consecuencia mediante la emisión de una decisión motivada.

En definitiva, la inclusión de las referidas disposiciones contractuales de notificación temprana y previsión de reuniones de gestión en la versión de 2017 del Libro Plata, fomenta la colaboración entre las partes, en aras del buen fin del proyecto. Ello redundará en la detección temprana de posibles conflictos y evitación de disputas que subyace como elemento principal de las nuevas ediciones de los modelos de contratos de FIDIC y que, a buen seguro, facilitará la emisión de decisiones motivadas por el *Dispute Avoidance/Adjudication Board*.

4.B. El régimen explícito de la evitación de disputas en el Libro Plata de FIDIC: Sub-Cláusula 21.3 *Avoidance of Disputes*.

Además del principio de evitación de disputas que preside transversalmente las previsiones contractuales del Libro Plata expuestas en el

epígrafe anterior, este modelo de contrato publicado por FIDIC en 2017 también introduce una alusión explícita a este principio, que se localiza en sede de resolución de conflictos. En este sentido, la novedosa Sub-Cláusula 21.3 *Avoidance of Disputes* establece que el *Dispute Avoidance/Adjudication Board* introducido por el Libro Plata puede prestar asistencia informal (*informal assistance*) en cualquier materia o desacuerdo (*issue or disagreement*), bien a instancia de las partes o bien *sua sponte*, tras haber tenido conocimiento de alguna circunstancia que pueda percibirse como posible diferencia entre las partes. En el caso de la actuación del *Dispute Avoidance/Adjudication Board sua sponte*, las funciones del referido órgano se circunscriben a invitar a las partes a formular una petición de consejo⁵⁷⁰ para tratar la cuestión que previsiblemente puede constituir un desacuerdo en opinión de los miembros del *Dispute Avoidance/Adjudication Board*. Dado que el redactor del Libro Plata opta por facilitar la resolución temprana de diferencias, la posibilidad contemplada para que el *Dispute Avoidance/Adjudication Board* tome la iniciativa no está limitada temporalmente. Así, el *Dispute Avoidance/Adjudication Board* puede prestar asistencia informal en cualquier momento: durante las reuniones periódicas, visitas a las obras o en cualquier otra ocasión.

La única excepción que formula el Libro Plata a este respecto es que, en caso de que se haya iniciado un procedimiento formal en los términos recogidos en la Sub-Cláusula 3.5 *Agreement or Determination*, las partes no pueden formular la petición de consejo, puesto que se considera que la diferencia ya ha adquirido una entidad más relevante que una mera diferencia que pueda someterse a la asistencia informal del *Dispute Avoidance/Adjudication Board*. No obstante, las partes pueden eximirse de este único impedimento, mediante el ejercicio de su autonomía de la voluntad y dar un paso atrás en aras de la

⁵⁷⁰ Tal y como se analiza con posterioridad, para que exista un pronunciamiento por parte del *Dispute Avoidance/Adjudication Board* es necesario su solicitud por escrito.

resolución de la diferencia en una fase más temprana que aquella contemplada en la Sub-Cláusula 3.5 *Agreement or Determination*. Ello se ha de implementar mediante la autorización de ambas partes al *Dispute Avoidance/Adjudication Board* para que este preste su asistencia incluso en el periodo de tiempo en el que la *Claim*⁵⁷¹ se encuentra en el curso del procedimiento de la Sub-Cláusula 3.5 *Agreement or Determination*.

El *Dispute Avoidance/Adjudication Board* puede prestar esta asistencia informal por escrito u oralmente y su contenido se manifiesta en forma de emisión de su punto de vista o consejos. En esta materia, FIDIC sí que ofrece una definición auténtica del término “*informal assistance*” en el Apéndice de Condiciones Generales para la Evitación/Resolución de Disputas (*Appendix: General Conditions of Dispute Avoidance/Adjudication*). Sin embargo, como se expone a continuación el contenido de la actividad de asistencia informal al que hace referencia esta definición resulta deficiente. En efecto, la asistencia informal por parte del *Dispute Avoidance/Adjudication Board* queda establecida mediante la remisión que el punto 1.5. del referido texto hace a la Sub-Cláusula 21.3 *Avoidance of Disputes*⁵⁷². Ahora bien, el juego entre ambas disposiciones crea una referencia circular que deja sin definir qué actividades componen la asistencia informal del *Dispute Avoidance/Adjudication Board*. El Anexo de normas procedimentales *Procedural Rules* del Libro Plata de 2017 arroja algo más de luz sobre estas cuestiones, que previsiblemente surgen en la práctica de la evitación de disputas. El referido Anexo establece en su Regla 2 que la función de asistencia informal por parte del *Dispute Avoidance/Adjudication Board*

⁵⁷¹ Obsérvese a la luz de estas menciones las diferencias terminológica y procedimental entre la asistencia informal de la diferencia y la reclamación formal.

⁵⁷² La Sub-Cláusula 1.5 del Libro Plata establece lo siguiente: ““*Informal Assistance*” means the informal assistance given by the DAAB to the Parties when requested jointly by the Parties under Sub-Clause 21.3 [Avoidance of Disputes] of the Conditions of Contract”.

puede llevarse a cabo presencialmente, por teléfono o por videoconferencia⁵⁷³. Queda así patente que el redactor del Libro Plata opta por la libertad de forma de las resoluciones que emita *Dispute Avoidance/Adjudication Board* en su función de evitación de conflictos, por contraste con las demás previsiones del sistema de resolución de conflictos, que están sometidas a requisitos formales específicos. Al contrario de lo que ocurre en la asistencia informal prestada por el *Dispute Avoidance/Adjudication Board*, en el marco de la función de resolución de disputas de este órgano se ha realizado un gran esfuerzo en la sistematización de un procedimiento formal y material para cursar las disputas que pueden surgir en la ejecución contractual. Ello es objeto de estudio en el siguiente epígrafe de la presente tesis doctoral.

Tal y como se viene apuntando en el presente epígrafe, la función de evitación de disputas que atribuye el Libro Plata al *Dispute Avoidance/Adjudication Board* está configurada de un modo muy flexible en el texto del referido modelo contractual. Ello queda patente en la redacción de los tres párrafos que componen la Sub-Cláusula 21.3 *Avoidance of Disputes*⁵⁷⁴. Esta característica favorece la autocomposición, dotando al sistema introducido por

⁵⁷³ La referida regla dispone lo siguiente: “*Rule 2. Where Sub-Clause 21.3 [Avoidance of Disputes] of the Conditions of Contract applies, the DAAB (in the case of a three-member DAAB, all three DAAB Members acting together) may give Informal Assistance during discussions at any meeting with the Parties (whether face-to-face or by telephone or by video conference) or at any Site visit or by an informal written note to the Parties*”.

⁵⁷⁴ Se reproduce el contenido de la referida Sub-Cláusula: “*21.3. Avoidance of disputes. If the Parties so agree, they may jointly request (in writing) the DAAB to provide assistance and/or informally discuss and attempt to resolve any issue or disagreement that may have arisen between them during the performance of the Contract. If the DAAB becomes aware of an issue or disagreement, it may invite the Parties to make such a joint request. Such joint request may be made at any time, except during the period that the Employer’s Representative is carrying out his/her duties under Sub-Clause 3.5 [Agreement or Determination] on the matter at issue or in disagreement unless the Parties agree otherwise. Such informal assistance may take place during any meeting, Site visit or otherwise. However, unless the Parties agree otherwise, both Parties shall be present at such discussions. The Parties are not bound to act on any advice given during such informal meetings, and the DAAB shall not be bound in any future Dispute resolution process or decision by any views or advice given during the informal assistance process, whether provided orally or in writing*”.

FIDIC en el año 2017 de una mayor utilidad para la detección y evitación de disputas a lo largo de la ejecución contractual. Para que el *Dispute Avoidance/Adjudication Board* adopte esta naturaleza de evitación de disputas, el texto de FIDIC únicamente requiere el cumplimiento de dos premisas: que las partes soliciten la emisión de asistencia informal de manera conjunta y que esta solicitud se realice por escrito.

Estos sencillos requisitos han de cumplirse tanto en el caso de que las partes soliciten la asistencia informal para la evitación de disputas como en el caso de que sea el *Dispute Avoidance/Adjudication Board* quien actúe en primer lugar *sua sponte*. En este último supuesto, el *Dispute Avoidance/Adjudication Board* se limita a exponer una situación que puede generar una disputa entre las partes e invitar a estas a realizar una solicitud conjunta y por escrito, en cumplimiento del requisito establecido por FIDIC. Existe, además, una disposición de cumplimiento obligatorio en la Sub-Cláusula 21.3 *Avoidance of Disputes*: aquella que prohíbe la vinculación del *Dispute Avoidance/Adjudication Board* a las opiniones emitidas en sede de evitación de conflictos en caso de que este órgano posteriormente haya de pronunciarse de nuevo sobre un mismo supuesto en funciones de resolución de conflictos. Obviamente, las partes tampoco quedan obligadas a cumplir el contenido del pronunciamiento del *Dispute Avoidance/Adjudication Board* en su función de evitación de disputas; si bien las previsiones que contenga el referido pronunciamiento constituirán a buen seguro un importante indicador de cumplimiento recomendado para evitar que se llegue a crear una disputa entre las partes. Tanto más, cuando el *Dispute Avoidance/Adjudication Board* haya actuado *sua sponte*, detectando posibles diferencias que ni siquiera las partes hayan percibido. Esta previsión conecta inevitablemente con las indicaciones sobre la composición del *Dispute*

Avoidance/Adjudication Board y las capacidades y aptitudes de las personas que lo forman; cuestiones apuntadas en esta misma tesis doctoral⁵⁷⁵.

La función de evitación de disputas que se expone en esta sección de la presente tesis doctoral constituye uno de los pilares de la renovación de la *Rainbow Suite* de FIDIC de 2017 y ha sido acogida con gran aceptación entre la doctrina internacional⁵⁷⁶. Hasta la publicación de la nueva edición de la *Rainbow Suite*, la doctrina se limitaba a exponer la casuística de los supuestos en los que había resultado exitosa la consulta informal al órgano de resolución de disputas⁵⁷⁷. En definitiva, la clara apuesta de FIDIC por la evitación de disputas queda configurada como uno de los principios subyacentes en la nueva edición de los modelos de contratos de esta organización reconocida a nivel mundial⁵⁷⁸.

⁵⁷⁵ Vid supra III.1.A. y nota al pie 372.

⁵⁷⁶ Ciertamente, esta regulación da respuesta al consejo unánime que la doctrina internacional venía poniendo de manifiesto en los últimos años. GERBER, Paula, “Dispute Avoidance Procedures (‘DAPs’) - The Changing Face of Construction Dispute Management”, *International Construction Law Review*, vol. 1, 2001, págs. 122-129.

⁵⁷⁷ Hasta ahora, la doctrina internacional se aventuraba a exponer casos en los que la emisión de opiniones informales había funcionado con éxito en la evitación de conflictos con anterioridad a su regulación en los actuales modelos de contrato: “*Some examples of the successful use of informal opinions a) split in currencies of payment—foreign element exhausted—only local currency available thereafter; b) interpretation of incorrectly complete table of cost adjustment data in appendix to tender; c) parties’ shares of payments to DB in excess of provisional sum in bills of quantities; and c) whether an item was unforeseeable, or a variation*”. PAPWORTH, John, “Avoidance of disputes through the use of FIDIC DABs and DRAs”, *Construction Law Journal*, vol, 32, núm.4, 2016, págs. 362-369, en esp. pág. 368.

⁵⁷⁸ Este reconocimiento responde a una demanda creciente en la doctrina internacional. Algunas voces, incluso, llegaron a aclamar este principio entre signos de admiración y sugirieron con gran acierto lo que hoy es una realidad. “*However, in my opinion, it is more important for the industry to focus primarily on dispute avoidance before focusing on dispute resolution. More effective management of the topic of conflict and its transformation into a dispute, a topic that can be conveniently referred to as disputology, must be based on avoidance rather than resolution. It is only then that we can reduce the cost and time relating to conflict and ultimately reduce the cost of the project itself. This can be done easily by advocating the use of sub-clause 20.5 of FIDIC’s Gold Book in combination with the method used for the 2012 Olympic Games Contracts, mentioned above. The name of the appointed Board should then be changed to Dispute Avoidance and Adjudication Board (DAAB) and it is only then that some common sense can prevail regarding the escalating cost and time due to conflict*”. BUNNI, Gael G., “What has history taught us in ADR? Avoidance of Dispute!”, *Arbitration*, vol. 81, núm. 2, mayo de 2015, págs. 176-179.

El reconocimiento a esta opción no se ha hecho esperar y ya emergen voces en la comunidad profesional internacional que valoran esta opción de manera muy positiva⁵⁷⁹.

5. RESOLUCIÓN DE DISPUTAS EN EL LIBRO PLATA DE FIDIC DE 2017: UN NOVEDOSO RÉGIMEN JURÍDICO AL SERVICIO DEL BUEN FIN DEL PROYECTO DE INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN

Una vez delimitada la relevancia del principio de evitación de disputas, con presencia a lo largo de todo el Libro Plata en diversas disposiciones clave, procede realizar a continuación un estudio de la función de resolución de disputas que el Libro Plata asigna al *Dispute Avoidance/Adjudication Board*. Al contrario que la función de evitación de disputas, la función resolutoria de este órgano no resulta tan novedosa, debido a que FIDIC ya atribuía esta facultad al *Dispute Adjudication Board* de su edición de la *Rainbow Suite* de 1999. Sin embargo, la última edición de la *Rainbow Suite* de FIDIC, publicada en 2017, remodela el concepto y las funciones de los *Dispute Boards* a través de las disposiciones sobre el funcionamiento de los *Dispute Boards*⁵⁸⁰.

⁵⁷⁹ Así lo expresan reputados autores. “*The authors say that a number of provisions reflect "real life practice". (...) FIDIC has stated that the underlying philosophy and core objectives behind the 2nd Edition are to achieve increased clarity, transparency and certainty, which should lead to fewer disputes and more successful projects. In pursuance of these objectives, substantial changes have also been made to the claims, disputes and DB provisions, with a detailed prescriptive approach in many instances. How the market will react to, and the users will implement, this prescriptive approach will become apparent in the fullness of time. FIDIC's underlying dispute avoidance philosophy is laudable and certainly welcome*”. VAN LANGELAAR, Anton, “Dispute Boards – The New FIDIC Second Edition 2017 DB Provisions”, *Civil Engineering; Magazine of the South African Institution of Civil Engineering*, núm. 1, Tomo 26, Yeoville, Enero-febrero 2018, págs. 20-27.

⁵⁸⁰ Estas disposiciones son objeto de estudio en la presente tesis doctoral, en relación con el concepto de *Standing Dispute Board*. Vid. supra III.1.A.

Las cláusulas que tratan sobre la función de resolución de conflictos del *Dispute Avoidance/Adjudication Board* en el Libro Plata de 2017 son objeto del siguiente estudio. Las referidas cláusulas hacen referencia a las cuestiones jurídico-procedimentales del ejercicio de la función de resolución de conflictos por parte del *Dispute Avoidance/Adjudication Board*. En este sentido, merece ser destacado el esfuerzo de actualización del redactor de FIDIC en la elaboración de las nuevas Condiciones Generales en materia de resolución de conflictos, quien toma en cuenta la práctica arbitral que ha interpretado las cláusulas análogas recogidas en la *Rainbow Suite* de 1999. A buen seguro, el redactor de la nueva *Rainbow Suite* ha tenido en cuenta las resoluciones arbitrales que se han pronunciado a lo largo del tiempo sobre esta materia y previsiblemente la nueva redacción habrá dado luz a buena parte de sus aspectos más controvertidos⁵⁸¹.

5.A. El régimen de resolución de disputas en el Libro Plata de FIDIC: Nuevas y perfeccionadas disposiciones

En el curso de esta tesis doctoral es necesario analizar la función de *Dispute Resolution* atribuida al *Dispute Avoidance/Adjudication Board* por el Libro Plata. Como ya ha quedado apuntado, esta función de resolución de disputas no es nueva, puesto que ya se atribuía al *Dispute Adjudication Board* de la edición predecesora del Libro Plata, publicada en el año 1999. Tras casi dos décadas de utilización de este modelo contractual elaborado por FIDIC, la función de resolución de disputas del *Dispute Board* ha sido adecuadamente renovada y atribuida al órgano híbrido de evitación y resolución de disputas en la edición de la *Rainbow Suite* de 2017. El actual redactor del Libro Plata ha tomado buena cuenta de las incidencias y avatares que se han presentado a lo largo de la aplicación de los modelos contractuales de FIDIC, que han sido

⁵⁸¹ La atractiva cuestión jurídica que constituye la relación entre los *Dispute Boards* y el arbitraje es objeto de estudio en el Capítulo V de la presente tesis doctoral.

puestos de manifiesto por parte de la doctrina y la práctica profesional internacional⁵⁸².

A lo largo de esta sección, se realizará un exhaustivo examen de la función de resolución de disputas atribuida al *Dispute Board* que establece el Libro Plata en su versión de 2017. Este análisis subraya las mejoras adoptadas con respecto al modelo de contrato predecesor (Libro Plata de 1999) y sus modelos análogos (Libro Rojo y Libro Amarillo de 1999), a la luz de las opiniones vertidas por la incipiente doctrina internacional⁵⁸³ y de los efectos prácticos de la aplicación de la célebre *Rainbow Suite* en proyectos internacionales, materializados en la emisión de diversos laudos de la CCI.

La diferencia fundamental de la función de resolución de disputas por parte del *Dispute Board* establecido por el Libro Plata, frente a aquella de evitación de disputas ya analizada, consiste en que el *Dispute Avoidance/Adjudication Board* comienza a ejercer la función de resolución de disputas a instancia de una sola de las partes. Este rasgo difiere por completo de la función preventiva de disputas, cuyo sesgo enteramente autocompositivo requiere como única condición el acuerdo de las partes para remitir la cuestión a la asistencia informal del *Dispute Avoidance/Adjudication Board*.

Este hecho contrasta con la configuración inicial de la función de resolución de conflictos por el *Dispute Avoidance/Adjudication Board*, que adquiere los rasgos de un mecanismo heterocompositivo. Por ello, frente a la naturaleza de carácter autocompositivo de las funciones de evitación de

⁵⁸² La referencia aquí apuntada se manifiesta con especial relevancia en la materia tratada en el Capítulo V de la presente tesis doctoral.

⁵⁸³ GLOVER, Jeremy, “Contract Corner: A review of typical contracts and clauses Proposed New Changes to the FIDIC Form of Contract”, *International Quarterly*, Fenwick Elliot, núm. 20, págs. 1-3, diciembre de 2016, https://www.fenwickelliott.com/sites/default/files/issue_20_-_iq_2016.pdf; VAN LANGELAAR, Anton, “Dispute Boards – The New FIDIC Second Edition 2017 DB Provisions”, *Civil Engineering; Magazine of the South African Institution of Civil Engineering*, núm. 1, Tomo 26, Yeoville, Enero-febrero 2018, págs. 20-27.

conflictos del *Dispute Avoidance/Adjudication Board*, cobra actualidad la afirmación de la naturaleza híbrida del órgano que venía apuntando la doctrina⁵⁸⁴ y que FIDIC consolida con la redacción de sus modelos de contrato de 2017. En relación con este carácter híbrido del órgano de evitación y resolución de disputas, esta tesis doctoral observa que el redactor del Libro Plata utiliza la misma terminología a lo largo de las dos Sub-Cláusulas que contienen los correspondientes procedimientos. Esto es, tanto en la Sub-Cláusula 21.3 *Avoidance of Disputes*⁵⁸⁵ como en la Sub-Cláusula 21.4 *Obtaining DAAB's Decision*⁵⁸⁶ se hace referencia al órgano con su nueva y más extensa

⁵⁸⁴ NADAR, Aisha, "Settlement of Disputes Under FIDIC Forms of Contract", *Dispute Prevention and Settlement*, ICC, 2017.

⁵⁸⁵ Vid. supra nota al pie 574.

⁵⁸⁶ Se reproduce el contenido de esta extensa cláusula: "21.4 *Obtaining DAAB's Decision*. If a Dispute arises between the Parties then either Party may refer the Dispute to the DAAB for its decision (whether or not any informal discussions have been held under Sub-Clause 21.3 [Avoidance of Disputes]) and the following provisions shall apply. 21.4.1 *Reference of a Dispute to the DAAB* The reference of a Dispute to the DAAB (the "reference" in this Sub-Clause 21.4) shall: (a) if Sub-Clause 3.5 [Agreement or Determination] applied to the subject matter of the Dispute, be made within 42 days of the date of the relevant NOD under Sub-Clause 3.5.5 [Dissatisfaction with Employer's Representative's determination]. If the Dispute is not referred to the DAAB within this period of 42 days, such NOD shall be deemed to have lapsed and no longer be valid; (b) state that it is given under this Sub-Clause; (c) set out the referring Party's case relating to the Dispute; (d) be in writing, with a copy to the other Party; and (e) for a DAAB of three persons, be deemed to have been received by the DAAB on the date it is received by the chairperson of the DAAB. The reference of a Dispute to the DAAB under this Sub-Clause shall, unless prohibited by law, be deemed to interrupt the running of any applicable statute of limitation or prescription period. 21.4.2 *The Parties' obligations after the reference* Both Parties shall promptly make available to the DAAB all information, access to the Site, and appropriate facilities, as the DAAB may require for the purposes of making a decision on the Dispute. Unless the Contract has already been abandoned or terminated, the Parties shall continue to perform their obligations in accordance with the Contract. 21.4.3 *The DAAB's decision* The DAAB shall complete and give its decision within: (a) 84 days after receiving the reference; or (b) such period as may be proposed by the DAAB and agreed by both Parties. However, if at the end of this period, the due date(s) for payment of any DAAB member's invoice(s) has passed but such invoice(s) remains/remains unpaid, the DAAB shall not be obliged to give its decision until such outstanding invoice(s) has/have been paid in full, in which case the DAAB shall give its decision as soon as practicable after payment has been received. The decision shall be given in writing to both Parties, shall be reasoned, and shall state that it is given under this Sub-Clause. The decision shall be binding on both Parties, who shall promptly comply with it whether or not a Party gives a NOD with respect to such decision under this Sub-Clause. If the decision of the DAAB requires a payment of an amount by one Party to the other Party (i) subject to sub-paragraph (ii) below, this amount shall be immediately due and payable without any Statement or Notice; and (ii) the DAAB may (as part of the decision), at the request of a Party but only if there are reasonable grounds for the DAAB to believe that the payee will be unable to repay such amount in the event that the decision is reversed under Sub-Clause 21.6 [Arbitration], require the payee to provide an appropriate security (at the DAAB's sole discretion) in respect of such amount. The DAAB proceeding shall not be deemed to be an arbitration and the DAAB shall not act as arbitrator(s). 21.4.4 *Dissatisfaction with DAAB's decision* If either Party is

denominación: *Dispute Avoidance/Adjudication Board*. Se estima que, desde el punto de vista de la redacción del modelo de contrato y en aras de la desambiguación de conceptos, dado que estas dos Sub-Cláusulas contienen procedimientos que presentan distinta naturaleza, habría resultado más adecuado utilizar dos términos diferentes. En definitiva, puede advertirse que la opción del Libro Plata ganaría más consistencia si se utilizase el término *Dispute Avoidance Board* en la Sub-Cláusula 21.3 *Avoidance of Disputes* y, por su parte, el término *Dispute Adjudication Board* en la Sub-Cláusula 21.4 *Obtaining DAAB's Decision*.

Subrayada esta incidencia y al objeto de preservar el carácter híbrido del órgano que establece FIDIC como buque insignia de su sistema de resolución de conflictos en la *Rainbow Suite*, la presente tesis doctoral se decanta por la utilización del término genérico *Dispute Board* de aquí en adelante en la redacción del presente epígrafe, señalando en su caso la función que este órgano realice en uno u otro procedimiento.

dissatisfied with the DAAB's decision: (a) such Party may give a NOD to the other Party, with a copy to the DAAB; (b) this NOD shall state that it is a "Notice of Dissatisfaction with the DAAB's Decision" and shall set out the matter in Dispute and the reason(s) for dissatisfaction; and (c) this NOD shall be given within 28 days after receiving the DAAB's decision. If the DAAB fails to give its decision within the period stated in Sub-Clause 21.4.3 [The DAAB's decision], then either Party may, within 28 days after this period has expired, give a NOD to the other Party in accordance with sub-paragraphs (a) and (b) above. Except as stated in the last paragraph of Sub-Clause 3.5.5 [Dissatisfaction with Employer's Representative's determination], in Sub-Clause 21.7 [Failure to Comply with DAAB's Decision] and in Sub-Clause 21.8 [No DAAB In Place], neither Party shall be entitled to commence arbitration of a Dispute unless a NOD in respect of that Dispute has been given in accordance with this Sub-Clause 21.4.4. If the DAAB has given its decision as to a matter in Dispute to both Parties, and no NOD under this Sub-Clause 21.4.4 has been given by either Party within 28 days after receiving the DAAB's decision, then the decision shall become final and binding on both Parties. If the dissatisfied Party is dissatisfied with only part(s) of the DAAB's decision: (i) this part(s) shall be clearly identified in the NOD; (ii) this part(s), and any other parts of the decision that are affected by such part(s) or rely on such part(s) for completeness, shall be deemed to be severable from the remainder of the decision; and (iii) the remainder of the decision shall become final and binding on both Parties as if the NOD had not been given".

5.A.i. Elementos clave del sistema de resolución de conflictos del Libro Plata de FIDIC de 2017

Ya en sede, por tanto, de resolución de conflictos, las notas características y procedimentales contenidas en el Libro Plata presentan unos rasgos que difieren de aquellos que caracterizan al principio de evitación de conflictos, más allá de la diferencia fundamental que constituye la configuración de la evitación de conflictos como un mecanismo autocompositivo y la de resolución de disputas como un mecanismo heterocompositivo. Sin embargo, ambas facultades del *Dispute Board* han de ser valoradas conjuntamente, puesto que la labor realizada por el redactor del nuevo Libro Plata en relación con la evitación de disputas, redundando en algunas cuestiones de la resolución de conflictos que son objeto de estudio en este epígrafe. A continuación se realiza un análisis de la función de resolución de disputas atribuida al *Dispute Board* del Libro Plata de 2017, desde la referida óptica.

En este epígrafe también se exponen diversas resoluciones arbitrales que versan sobre la cláusula escalonada de resolución de conflictos que recogían ediciones anteriores de la *Rainbow Suite*. Con ello, esta tesis persigue responder a la pregunta de si la redacción del nuevo Libro Plata puede acabar con los problemas surgidos hasta el momento en la interpretación de las mencionadas estipulaciones⁵⁸⁷.

5.A.ii. Localización sistemática y características del sistema de resolución de conflictos en el Libro Plata de 2017

La Cláusula 20 *Employer's and Contractor's Claims* del Libro Plata de 2017 presenta en líneas generales una redacción que mejora determinados

⁵⁸⁷ Esta nada pacífica cuestión queda apuntada en diversas secciones de la presente tesis doctoral; tanto en el presente Capítulo IV como en los Capítulos III y V.

aspectos que no se habían resuelto de forma óptima en la edición antecesora de 1999. El redactor del actual Libro Plata ofrece una somera definición del concepto de *Claim*⁵⁸⁸ en la cláusula inicial de las condiciones generales del modelo de contrato Libro Plata: Cláusula 1 *General Provisions*⁵⁸⁹. En este caso, la deslocalización sistemática del concepto de *Claim* no conlleva ninguna dificultad, puesto que simplemente se esbozan las características de la reclamación, cuyo régimen jurídico se desarrolla ampliamente en la Cláusula 20 *Employer's and Contractor's Claims*. Sin embargo, es necesario mencionar esta circunstancia puesto que, tal y como se estudia en esta sección, la localización de la definición del concepto correlativo *Dispute* no es tan acertada y puede llevar a confusión.

Técnicamente, se delimita el concepto de *Claim* mediante la inclusión de una definición general *ratione materiae* que queda perfilada finalmente con una cláusula residual de cierre. En virtud de lo expuesto, la Sub-Cláusula 20.1 *Claims*⁵⁹⁰ del Libro Plata persigue dotar de formalidad a las reclamaciones, considerando que estas se producen cuando surgen diferencias entre las partes en

⁵⁸⁸ A lo largo de este trabajo, se traducirá este término del inglés de la versión auténtica del Libro Plata por el término “reclamación” en español.

⁵⁸⁹ Sub-Cláusula 1.1.3: ““*Claim*” means a request or assertion by one Party to the other Party for an entitlement or relief under any Clause of these Conditions or otherwise in connection with, or arising out of, the Contract or the execution of the Works”.

⁵⁹⁰ Se transcribe el texto de la referida Sub-Cláusula: “20.1 *Claims*. A *Claim* may arise: (a) if the Employer considers that the Employer is entitled to any additional payment from the Contractor (or reduction in the Contract Price) and/ or to an extension of the DNP; (b) if the Contractor considers that the Contractor is entitled to any additional payment from the Employer and/or to EOT; or (c) if either Party considers that he/she is entitled to another entitlement or relief against the other Party. Such other entitlement or relief may be of any kind whatsoever (including in connection with any certificate, determination, instruction, Notice, opinion or valuation of the Employer) except to the extent that it involves any entitlement referred to in sub-paragraphs (a) and/or (b) above. In the case of a *Claim* under sub-paragraph (a) or (b) above, Sub-Clause 20.2 [*Claims For Payment and/or EOT*] shall apply. In the case of a *Claim* under sub-paragraph (c) above, where the other Party has disagreed with the requested entitlement or relief (or is deemed to have disagreed if he/she does not respond within a reasonable time), a *Dispute* shall not be deemed to have arisen but the claiming Party may, by giving a Notice refer the *Claim* to the Employer's Representative and Sub-Clause 3.5 [*Agreement or Determination*] shall apply. This Notice shall be given as soon as practicable after the claiming Party becomes aware of the disagreement (or deemed disagreement) and shall include details of the claiming Party's case and the other Party's disagreement (or deemed disagreement)”.

determinados ámbitos. Otra de las características a destacar como novedosa en la redacción de esta Sub-Cláusula obedece a la necesidad señalada por la doctrina de aclarar la legitimación activa para iniciar un procedimiento de resolución de conflictos. Hasta la edición de 2017, la ambigüedad de la que adolecía la Cláusula 20 de los modelos de contrato FIDIC de 1999 planteaba dudas sobre la posibilidad del Contratista de someter sus reclamaciones al procedimiento general de resolución de disputas.

En la actualidad, la Sub-Cláusula 20.1 *Claims* establece tres supuestos que pueden dar lugar eventualmente a una reclamación (*Claim*), conjugando tanto elementos objetivos –aquellos que están relacionados con el objeto de la controversia por razón de la materia– como elementos subjetivos –aquellos que vienen definidos según los sujetos que interponen la reclamación–.

Así, el primero de los tres supuestos anunciados en el párrafo anterior⁵⁹¹ hace referencia a los casos en los que el *Employer* considere que está facultado para percibir un pago adicional del *Contractor*, ya sea de manera directa o bien indirecta (esto es, mediante una reducción en el precio acordado contractualmente). Un segundo supuesto⁵⁹² se dirige exclusivamente a las reclamaciones (*Claims*) que puede hacer valer el *Contractor*, siendo estas las referentes a pagos adicionales o ampliación de plazos⁵⁹³. El tercero de los supuestos⁵⁹⁴ recoge una cláusula de cierre residual y exhaustiva, asegurando con

⁵⁹¹ Tal y como establece la Sub-Cláusula 20.1 “*A Claim may arise: (a) if the Employer considers that the Employer is entitled to any additional payment from the Contractor (or reduction in the Contract Price) and/ or to an extension of the DNP [Defects Notification Period]*”.

⁵⁹² Tal y como establece la Sub-Cláusula 20.1. “*A Claim may arise: (b) if the Contractor considers that the Contractor is entitled to any additional payment from the Employer and/or to EOT [Extension of Time]*”.

⁵⁹³ *Extensions of time* o *EOT* en el inglés original de la versión auténtica

⁵⁹⁴ Tal y como establece la Sub-Cláusula 20.1 “*A Claim may arise: (c). if either Party considers that he/she is entitled to another entitlement or relief against the other Party. Such other entitlement or relief may be of any kind whatsoever (including in connection with any*

ello que ningún supuesto de hecho resulta excluido de la posibilidad de entablar una reclamación. FIDIC otorga la facultad de entablar este último tercer supuesto a cualquiera de las partes (*Employer* o *Contractor*). Así, el procedimiento delimitado en el referido tercer supuesto se establece para los casos en los que cualquiera de las partes se considere facultada para percibir cualquier otra prestación, distinta de aquellas que se refieren al precio o el plazo. Los términos utilizados a este respecto en el inglés original de la versión auténtica del Libro Plata de FIDIC son “*entitlement*” y “*relief*”, lo cual redundante en la exhaustividad de la función de resolución de conflictos elaborada en la nueva edición de 2017. No obstante, en cuanto a técnica de redacción, se estima que la Cláusula 20 *Employer’s and Contractor’s Claims* habría quedado mucho más ligera para su lectura y comprensión si esta descripción de la legitimación activa se hubiese sintetizado; puesto que su repetición a lo largo de la Cláusula 20 *Employer’s and Contractor’s Claims* dificulta la comprensión del alambicado procedimiento⁵⁹⁵.

La elección de los términos genéricos “*entitlement*” y “*relief*” por parte del redactor del Libro Plata de 2017 se interpreta en esta tesis doctoral como una suerte de *vis atractiva* de la nueva Cláusula 20 *Employer’s and Contractor’s Claims* del Libro Plata de FIDIC. Esto es, en virtud de esta redacción extensiva, tanto las reclamaciones contractuales como las extracontractuales quedan englobadas en los conceptos de *entitlement* y *relief* y quedan sometidas por tanto al sistema escalonado de resolución de disputas de la *Rainbow Suite* de FIDIC. Esta afirmación queda subrayada mediante la locución

certificate, determination, instruction, Notice, opinion or valuation of the Employer) except to the extent that it involves any entitlement referred to in sub-paragraphs (a) and/or (b) above”.

⁵⁹⁵ A lo largo de la Cláusula 20 *Employer’s and Contractor’s Claims*, se utiliza hasta un total de ocho veces la locución que describe la legitimación activa o pasiva de las partes para interponer las correspondientes reclamaciones. Del mismo modo que el redactor del Libro Plata ha optado por remitir el concepto de *Claim* y *Dispute* las estipulaciones contractuales generales (Cláusula 1 *General Provisions*), se estima que definir una sola vez la legitimación de las partes podría haber sido una buena decisión en términos de técnica de redacción.

“*of any kind whatsoever*” que, acompañada de algunos ejemplos, utiliza el texto para hacer referencia a la naturaleza de las reclamaciones⁵⁹⁶. Es apreciable y se valora positivamente que el redactor del Libro Plata también se ha planteado la cuestión de la extensión del objeto de las reclamaciones (*Claims*) y ha incluido algunas instrucciones para la interpretación de los términos referidos en el marco de las *Guidance Notes* que complementan el modelo de contrato⁵⁹⁷.

Así según las *Guidance Notes* que FIDIC ofrece para la interpretación del Libro Plata, bajo la expresión “*entitlement or relief*” incluida en el texto contractual de la Sub-Cláusula 20.1 *Claims*, quedan expresamente englobadas cuestiones como la interpretación de una disposición contractual, la rectificación de algún error o inconsistencia en el texto del contrato, las declaraciones a favor de la parte reclamante, el acceso al sitio donde se realizan las obras y –dejando una cláusula residual abierta una vez más– cualquier otra cuestión que haga referencia a aspectos no relacionados con el tiempo o el precio del contrato. Es, por tanto, destacable la intención del redactor del Libro Plata, de sustanciar las *Claims* en un sentido amplio por el cauce establecido en la Cláusula 20 *Employer’s and Contractor’s Claims*.

⁵⁹⁶ Entre ellas, el mismo texto cita las relacionadas con cualquier certificado, determinación, instrucción, comunicación, opinión o evaluación del *Employer*: Extracto de la Sub-Cláusula 20.1.c) “*Including in connection with any certificate, determination, instruction, Notice, opinion or valuation of the Employer*”.

⁵⁹⁷ A este respecto se pronuncian las *Guidance Notes* en las instrucciones que ofrecen para la interpretación de la Cláusula 20 del Libro Plata. El contenido de estas instrucciones se reproduce a continuación: “*Clause 20 Employer’s and Contractor’s Claims. Sub-Clause 20.1 Claims. In respect of any Claim under sub-paragraph (c) of this Sub-Clause, it should be noted that “another entitlement or relief ...or the execution of the Works” may include such matters as: - interpretation of a provision of the Contract, - rectification of an ambiguity or discrepancy found in the Contract documents, - a declaration in favour of the claiming Party, - access to the Site or to places where the Works are being (or to be) carried out, and/ or - any other matter of entitlement under the Conditions of Contract or in connection with, or arising out of, the Contract that does not involve payment by one Party to the other Party and/or EOT and/or extension of the DNP. Consideration may be given to replacing the words “within a reasonable time” in the last paragraph of this Sub-Clause by a specified time period*”.

La redacción del primer párrafo de la Sub-Cláusula 20.1 *Claims* del Libro Plata concluye formulando una excepción, cuya inclusión provoca un desdoblamiento procedimental. Así, la exclusión de las reclamaciones que hace referencia a los párrafos a) y b) y que se corresponden con los dos primeros supuestos anteriormente enunciados (casos en los que el *Employer* considere que está facultado para percibir un pago adicional del *Contractor*, o casos en los que el *Contractor* considere que está facultado para percibir pagos adicionales o una ampliación del plazo de ejecución) da lugar a dos cauces diferenciados que determinan sendos procedimientos para la resolución de la disputa, los cuales se anticipan en los siguientes párrafos de la Sub-Cláusula 20.1 *Claims* del Libro Plata.

En primer lugar, las reclamaciones que hagan referencia directa o indirectamente al precio del contrato o al tiempo de su ejecución (ya sean formuladas por el *Employer* o por el *Contractor*, indistintamente) siguen el cauce previsto en la Sub-Cláusula 20.2 *Claims For Payment and/or EOT*⁵⁹⁸. Por el contrario, las reclamaciones que no tienen por objeto los referidos elementos esenciales del contrato, independientemente de la parte que las eleva, son remitidas a sustanciarse bajo el régimen establecido en la Sub-Cláusula 3.5 *Agreement or determination*⁵⁹⁹.

⁵⁹⁸ Esta rúbrica utiliza el referido acrónimo para hacer referencia a las *Extensions of time*; esto es, las solicitudes que se formulan para solicitar desviaciones sobre el calendario previsto, que suelen traer como consecuencia incrementos en el precio. La prolija extensión de la referida Sub-Cláusula 20.2 *Claims For Payment and/or EOT* obliga a remitir su lectura directamente al texto auténtico del Libro Plata, documento complementario que se entrega como Anexo 1 a los miembros del tribunal de la presente tesis doctoral.

⁵⁹⁹ La Sub-Cláusula 3.5 *Agreement or determination* del Libro Plata ha sido extensamente ampliada y reformulada en esta segunda edición de 2017. Entre las novedades que se incluyen en sus nuevos apartados, se encuentran aquellas relacionadas con plazos (3.5.3. *Time Limits*), motivación de las comunicaciones (varias menciones a lo largo de su redacción), y la actualización terminológica con otras cláusulas reformuladas, añadiendo términos como *Dispute Avoidance / Adjudication Board*.

5.A.iii. Procedimiento de reclamaciones relacionadas con los aspectos no esenciales del contrato: Cuestiones distintas a precio y plazo

El ámbito de aplicación de la Sub-Cláusula 3.5 *Agreement or determination*⁶⁰⁰ queda delimitado negativamente *ratione materiae*: como se ha apuntado, se sustancian por este cauce las reclamaciones que no tengan por objeto cuestiones referentes al precio o el plazo de la ejecución contractual, independientemente de cuál sea la parte que las haya formulado. Previsiblemente, el cauce procedimental establecido en la Sub-Cláusula 3.5 *Agreement or determination* no quedará exento de polémica en la práctica puesto que puede argumentarse que resulta comprometido en términos del principio de independencia e imparcialidad que el representante del *Employer* sea quien conoce de las reclamaciones formuladas tanto por este como por el *Contractor*⁶⁰¹.

Comparando por tanto esta Sub-Cláusula 3.5 *Agreement or determination* de la nueva edición del Libro Plata con el régimen que había establecido su predecesor de 1999, la actual regulación en torno a esta primera instancia de cláusula de resolución de conflictos introduce la mejora de reservar un procedimiento esencialmente imparcial a las cuestiones claves en los contratos llave en mano: el precio y el plazo. Todas las demás cuestiones, de cualquier naturaleza o fondo, siguen sometiéndose a una primera instancia sistemáticamente ajena a la cláusula de resolución de conflictos, íntegramente autocompositiva y sobre la que planea la sombra de la falta de imparcialidad respecto de las eventuales resoluciones que emita.

⁶⁰⁰ La prolija extensión de la referida Sub-Cláusula 3.5 *Agreement or determination* obliga a remitir su lectura directamente al texto auténtico del Libro Plata, documento complementario que se entrega como Anexo 1 a los miembros del tribunal de la presente tesis doctoral.

⁶⁰¹ Efectivamente, aunque en un principio la decisión del representante del *Employer* sea la que decida si una diferencia puede llegar a la calificación de *Claim*, la formulación del *Dispute Avoidance/Adjudication Board* puede subsanar en un momento posterior esta falta de imparcialidad inicial.

Así, el procedimiento establecido para dirimir contractualmente las cuestiones referidas a elementos contractuales distintos de aquellos que hacen referencia al tiempo o plazo viene recogido en la Cláusula 3 *The Employer's Administration*. Dicha cláusula establece en su primer párrafo que el *Employer* designará a la persona que haya de actuar como su representante, que se presumirá que actúa en su nombre salvo que las partes acuerden lo otra cosa (“*The Employer shall appoint the Employer's Representative who, except as otherwise stated in these Conditions, shall be deemed to act on the Employer's behalf under the Contract*”). Aunque bien es cierto que la Sub-Cláusula 3.5 *Agreement or determination* inicia su redacción observando que cuando realice las funciones encomendadas en virtud de la Sub-Cláusula 3.5, se considerará que el Representante del *Employer* no actúa como tal (“*When carrying out his/her duties under this Sub-Clause, the Employer's Representative shall not be deemed to act for the Employer*”), las garantías que pueda ofrecer esta mención no quedan respaldadas por un apoyo contractual sólido⁶⁰².

El tratamiento privilegiado en favor del cliente en las reclamaciones que versan sobre materias no contenidas en el precio o el plazo queda reflejado, por ejemplo, en el párrafo 3.5.2 *Employer's Representative's Determination*, que reduce la importante cuestión de la imparcialidad del representante del *Employer* a asegurarse de que emite a una escueta referencia a una resolución “justa” (*fair*) en relación con el contrato y de acuerdo con todas las circunstancias relevantes (“*The Employer's Representative shall make a fair determination of the matter of the Claim, in accordance with the Contract, taking due regard of all relevant circumstances*”).

⁶⁰² La figura del ingeniero en los contratos FIDIC alarga su sombra en disposiciones como la que se estudia en este epígrafe.

Así, las reclamaciones que formule cualquiera de las partes sobre cuestiones no referentes al precio o el plazo serán dirimidas en primer lugar por un representante del *Employer* que encuentre una solución justa (*fair*) interpretando el texto del contrato. A la luz de esta redacción, es lógico cuestionarse el valor de la Sub-Cláusula 3.5 *Agreement or determination* en su ámbito de aplicación y la funcionalidad que de ella pueda predicarse en los próximos contratos que vayan a utilizar el Libro Plata de FIDIC de 2017 como modelo para regir las relaciones jurídicas entre sus partes. Se estima, por todo ello, que parece difícil conjugar el encaje de la Sub-Cláusula 3.5 *Agreement or determination* con el principio subyacente de la ponderación de riesgos entre las partes que FIDIC propugna en la redacción de sus textos modelo, al menos en materias no esenciales que no dirimen cuestiones relativas al tiempo o al precio del contrato.

5.A.iv. Procedimiento de reclamaciones relacionadas con los aspectos esenciales del contrato: Plazo y precio

Una vez analizado el cauce procedimental al que se dirigen las reclamaciones de cualquiera de las partes cuya materia de fondo sea distinta al precio o plazo, procede examinar a continuación el itinerario que siguen las cuestiones que sí que hacen referencia a alguno de estos dos aspectos esenciales en los grandes proyectos de ingeniería y construcción⁶⁰³. Ello nos remite al estudio de la Sub-Cláusula 20.2 *Claims for Payment and/or EOT*, sustancialmente mucho más extensa que su predecesora en la edición del Libro Plata de 1999.

⁶⁰³ Aunque la redacción del Libro Plata las enuncia como cuestiones distintas, es difícil encontrar reclamaciones que tengan impacto en solo uno de estos dos aspectos. Así, las variaciones en el plazo, con mucha frecuencia afectan al precio total del contrato. De la misma manera, las variaciones en el precio suelen responder a trabajos complementarios que llevan consigo una ampliación del plazo contractual establecido inicialmente.

En efecto, el régimen al que se someten las cuestiones relativas al precio o el plazo contractual, el denominado *Claim Procedure*, contiene siete subepígrafes (*Notice of Claim, Initial Response, Contemporary Records, Fully Detailed Claim, Agreement or Determination of the Claim, Claims of continuing effect* y *General Requirements*) que vienen a regir este procedimiento. El primero de ellos, *Notice of Claim* otorga especial importancia a la forma, por cuanto la parte que inicia la reclamación ha de formular una *Notice* a la otra parte para iniciar el procedimiento que haga referencia a reclamaciones relacionadas con el precio o el plazo contractuales. La inclusión del referido elemento formal realiza una remisión a la regulación de las comunicaciones contractuales, que vienen definidas con carácter general en el subepígrafe 1.1.48 *Notice*⁶⁰⁴. Para los casos especiales en los que la comunicación haga referencia al procedimiento establecido en las Sub-Cláusulas 3.5 *Agreement or Determination* o 21.4 *Obtaining DAAB's Decision*, se contemplan ciertas especialidades. Estas vienen definidas en el subepígrafe 1.1.49 *Notice of Dissatisfaction*⁶⁰⁵ de la actual versión del Libro Plata de FIDIC.

Según el contenido de las referidas provisiones, las *Notices* en general son las comunicaciones realizadas por escrito siempre y cuando cuenten con los requisitos establecidos en la Sub-Cláusula 1.3. *Notices and Other Communications*⁶⁰⁶. Estos requisitos son

⁶⁰⁴ Este término viene así definido en el Libro Plata: “1.1.48 “*Notice*” means a written communication identified as a *Notice* and issued in accordance with Sub-Clause 1.3 [*Notices and Other Communications*]”.

⁶⁰⁵ El concepto de *Notice of Dissatisfaction* se abrevia a lo largo del texto del Libro Plata con las siglas *NOD*. Este tipo de notificación especial viene definido en epígrafe siguiente del Libro Plata: “1.1.49 “*Notice of Dissatisfaction*” or “*NOD*” means the *Notice* one Party may give to the other Party if it is dissatisfied, either with an Employer’s Representative’s determination under Sub-Clause 3.5 [*Agreement or Determination*] or with a DAAB’s decision under Sub-Clause 21.4 [*Obtaining DAAB’s Decision*]”.

⁶⁰⁶ Se reproduce el contenido de esta disposición: “1.3 *Notices and Other Communications*. Wherever these Conditions provide for the giving of a *Notice* (including a *Notice of Dissatisfaction*) or the issuing, providing, sending, submitting or transmitting of another type of communication (including acceptance, acknowledgement, advising, agreement, approval, certificate, *Claim*, consent, decision, determination,

comunes con las *Notices of Dissatisfaction* y comprenden varios aspectos que se exponen a continuación.

En primer lugar, las comunicaciones han de ser efectuadas con carácter general por escrito y en papel, firmadas a mano por los representantes de la parte que las emita. No obstante, existe también la posibilidad de efectuar las comunicaciones por medios electrónicos, siempre y cuando estos se señalen en las condiciones generales de contrato (*Contract Data*), sean aceptados en última instancia por el *Employer* y, además, que el original electrónico sea transmitido por una dirección electrónica asignada de manera personal a cada uno de los representantes autorizados para emitir y recibir *Notices* que hagan referencia al contenido del contrato. La cuestión de las comunicaciones contractuales recibe especial atención en el Libro Plata dada su importancia, reflejada –entre otros aspectos– en que la inobservancia de los requisitos formales de las *Notices* puede

discharge, instruction, No-objection, record(s) of meeting, permission, proposal, record, reply, report, request, Review, Statement, statement, submission or any other similar type of communication), the Notice or other communication shall be in writing and: (a) shall be: (i) a paper-original signed by the Contractor's Representative, or the Employer's Representative (as the case may be); or (ii) an electronic original generated from any of the systems of electronic transmission stated in the Contract Data (if not stated, system(s) acceptable to the Employer), where the electronic original is transmitted by the electronic address uniquely assigned to each of such authorised representatives, or both, as stated in these Conditions; and (b) if it is a Notice, it shall be identified as a Notice. If it is another form of communication, it shall be identified as such and include reference to the provision(s) of the Contract under which it is issued where appropriate; (c) delivered by hand (against receipt), or sent by mail or courier (against receipt), or transmitted using any of the systems of electronic transmission under sub-paragraph (a)(ii) above; and (d) delivered, sent or transmitted to the address for the recipient's communications as stated in the Contract Data. However, if the recipient gives a Notice of another address, all Notices and other communications shall be delivered accordingly after the sender receives such Notice.

Where these Conditions state that a Notice or NOD or other communication is to be delivered, given, issued, provided, sent, submitted or transmitted, it shall have effect when it is received (or deemed to have been received) at the recipient's current address under sub-paragraph (d) above. An electronically transmitted Notice or other communication is deemed to have been received on the day after transmission, provided no non-delivery notification was received by the sender.

All Notices, and all other types of communication referred to above, shall not be unreasonably withheld or delayed.

When a Notice or NOD is issued by a Party or the Employer's Representative, the paper and/or electronic original shall be sent to the intended recipient and a copy shall be sent to the Employer's Representative or the other Party, as the case may be. All other communications shall be copied to the Parties and/or the Employer's Representative as stated under these Conditions or elsewhere in the Contract".

llegar a perjudicar los plazos preclusivos que se contemplan en el sistema *multi-tier* de resolución de conflictos previsto por FIDIC en la *Rainbow Suite* de 2017.

En segundo lugar, las comunicaciones descritas en la Sub-Cláusula 1.3. *Notices and Other Communications* han de ser identificadas por las partes como *Notices*, de modo que el elemento formal adquiere un especial protagonismo, tanto más a la luz del contenido de la Cláusula 20 *Employer's and Contractor's Claims*⁶⁰⁷, que basa el régimen jurídico del sistema de gestión de conflictos en la existencia de una *Notice* para conformar una reclamación formal. En la Cláusula 20 *Employer's and Contractor's Claims*, queda claramente especificado que el procedimiento para sustanciar las reclamaciones comienza con una *Notice* que, de acuerdo con lo establecido en las disposiciones generales (Cláusula 1 *General Provisions*), ha de contener formalmente la indicación de que se trata de una *Notice*. Asimismo, es necesario que quede constancia de la entrega de la *Notice* mediante el correspondiente acuse de recibo, cualquiera que sea el método de envío previsto por las partes. Es asimismo necesario que la remisión se efectúe a la persona señalada al efecto, con las copias que cada parte contractual haya previsto en las condiciones generales del contrato. El acuse de recibo determina el momento en el que la *Notice* se hace efectiva y despliega sus efectos, lo cual redundará inevitablemente en los plazos procedimentales. Esta última cuestión dirige el interés al enfoque preclusivo por el que opta la redacción de la cláusula *multi-tier* del Libro Plata, con lo que se da solución a cuestiones que habían sido planteadas por la doctrina y la práctica a lo largo del tiempo⁶⁰⁸. El instituto jurídico de la preclusión, que se manifiesta principalmente

⁶⁰⁷ La prolija extensión de la referida Cláusula 20 *Employer's and Contractor's Claims* en su totalidad, obliga a remitir su lectura directamente al texto auténtico del Libro Plata, documento complementario que se entrega como Anexo 1 a los miembros del tribunal de la presente tesis doctoral..

⁶⁰⁸ TEVENDALE, Craig; AMBROSE, Hannah; NAISH, Vanessa, "Multi-Tier Dispute Resolution Clauses and Arbitration", *Turkish Commercial Law Review*, vol. 1, núm. 1, febrero de 2015, págs. 31-40.

en el ámbito del derecho procesal, se define como una carga que recae sobre la parte y que consiste en la pérdida de una oportunidad por intentarse fuera de plazo⁶⁰⁹. A lo largo de la redacción del Libro Plata, la introducción de esta noción de preclusión se refleja en varias estipulaciones. Así, el efecto preclusivo está presente tanto en los referidos requisitos formales de los documentos que inician el procedimiento de resolución de disputas como en las menciones expresas a los plazos que están presentes a lo largo de la redacción de las Cláusula 20 *Employer's and Contractor's Claims* y Cláusula 21 *Disputes and Arbitration*⁶¹⁰.

La atribución de efectos preclusivos a las notificaciones contractuales se manifiesta en varias disposiciones del Libro Plata. En efecto, el subepígrafe 20.2.1. *Notice of Claim*⁶¹¹ del Libro Plata establece que el procedimiento de reclamación se inicia con la notificación de una *Notice* emitida por la parte contractual que se considere facultada para entablar una reclamación, en virtud de alguno de los aspectos que han quedado establecidos *ratione materiae* en las secciones precedentes: Sub-Cláusula 3.5 *Agreement or determination* en el caso de reclamaciones que no hagan referencia a tiempo o plazo y Sub-Cláusula 20.2. *Claims For Payment and/or EOT* para aquellas que sí versen sobre tales aspectos esenciales de la ejecución contractual.

⁶⁰⁹ Definición ofrecida por el Diccionario Jurídico de la Real Academia Española, que puede consultarse en el siguiente enlace: <http://dej.rae.es/#/entry-id/E187300>.

⁶¹⁰ Se remite la lectura de estas extensas cláusulas al Libro Plata, documento complementario que se entrega a los miembros del tribunal de la presente tesis doctoral.

⁶¹¹ Se reproduce el contenido de este subepígrafe: “20.2.1 *Notice of Claim*. *The claiming Party shall give a Notice to the other Party, describing the event or circumstance giving rise to the cost, loss, delay or extension of DNP for which the Claim is made as soon as practicable, and no later than 28 days after the claiming Party became aware, or should have become aware, of the event or circumstance (the “Notice of Claim” in these Conditions). If the claiming Party fails to give a Notice of Claim within this period of 28 days, the claiming Party shall not be entitled to any additional payment, the Contract Price shall not be reduced (in the case of the Employer as the claiming Party), the Time for Completion (in the case of the Contractor as the claiming Party) or the DNP (in the case of the Employer as the claiming Party) shall not be extended, and the other Party shall be discharged from any liability in connection with the event or circumstance giving rise to the Claim”.*

Esta *Notice*, considerada como una comunicación cualificada, ha de realizarse cuanto antes y nunca en un plazo superior a 28 días⁶¹² desde que se conoce o debiera haberse conocido la circunstancia que la motiva. Esta última mención enlaza con aspectos reconocidos en la mayoría de sistemas jurídicos, como la diligencia y la buena fe contractual⁶¹³. Ahora bien, hasta esta edición de 2017, FIDIC no se había pronunciado con tanta rotundidad sobre el efecto preclusivo de las cuestiones procedimentales en materia de resolución de disputas. En este sentido es clara la redacción de este subepígrafe 20.2.1. *Notice of Claim* del Libro Plata, por cuanto si la parte reclamante no observa el plazo establecido, la cuestión de fondo deviene resuelta en el mismo texto del contrato y la carga procedimental recae sobre la parte reclamante. Esto es, la parte que interpone la reclamación fuera del plazo previsto perderá con motivo de la extemporaneidad el derecho a pagos adicionales, reducciones en el precio, ampliaciones de plazo para terminar las obras o señalar defectos de garantía y, además, la contraparte no será en ningún caso responsable por ninguna de las circunstancias que hayan causado la reclamación interpuesta de manera extemporánea.

En términos prácticos, es lógico auspiciar una buena acogida de esta disposición por parte de los sujetos que intervengan en los proyectos realizados bajo el régimen jurídico establecido por el Libro Plata. Ello es debido a que, como se viene apuntando en la presente tesis doctoral, las disputas en el sector de

⁶¹² De acuerdo con las definiciones contenidas en la Cláusula 1 *General Provisions* del Libro Plata, el término “Day” hace referencia a días naturales. “1.1.22 “day” means a calendar day”.

⁶¹³ Esta tesis doctoral no analiza las cuestiones prácticas en torno a estos dos conceptos, puesto que los modelos de contrato analizados pueden ser utilizados en diferentes estados de tradición jurídica muy diferente. El significado de estos principios puede ser interpretado de maneras muy distintas dependiendo del punto de conexión que se establezca contractualmente: territorio en el que se realicen las obras, ley aplicable establecida contractualmente, etc. sin embargo, cabe señalar que en la redacción de los modelos de contrato FIDIC, se han elegido acertadamente estos principios, puesto que tienen un contenido transnacional y tienen relevancia jurídica en las principales jurisdicciones.

la construcción suelen ser muy complejas y el ánimo dilatorio puede causar estragos especialmente adversos y que pueden perjudicar tanto a las partes como a los demás elementos agentes que intervienen en la ejecución contractual. Por otra parte, en el ámbito del derecho, en el caso de que la reclamación no sea estimada debido al incumplimiento de un plazo tan exiguo, se pueden llegar a plantear problemas en el ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva.

Ante la cuestión del equilibrio entre los plazos exiguos que la industria necesita para asegurar el bien fin de los proyectos de ingeniería y construcción y el principio de la tutela judicial efectiva reconocido en la mayoría de los sistemas jurídicos, cabe cuestionarse en el objeto de estudio de esta tesis doctoral si las disposiciones contractuales del Libro Plata tienen un carácter dispositivo. En caso de que una de las partes del contrato interponga la reclamación fuera del plazo previsto de 28 días podría estar renunciando por vía contractual en virtud del subepígrafe 20.2.1. *Notice of Claim* del Libro Plata a obtener una futura tutela judicial efectiva por parte de un panel arbitral –que emite laudos ejecutables a través de la Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958– o de un tribunal doméstico – que emite sentencias ejecutables en virtud de la correspondiente norma internacional o nacional aplicable en dicha materia–.

Más todavía, es necesario plantearse si esta renuncia puede realizarse de manera previa, en el momento de la firma del contrato regido por las condiciones del Libro Plata de FIDIC, y circunscribiéndose a las referidas cuestiones (pérdida del derecho a pagos adicionales, reducciones en el precio, ampliaciones de plazo para terminar las obras o señalar defectos de garantía y, además, exención de la responsabilidad de la contraparte por cualquier circunstancia que haya causado la reclamación interpuesta de manera

extemporánea), dado que las partes no las pueden valorar en el momento inicial de la obra⁶¹⁴.

En caso de que se imponga la consideración de dicha naturaleza dispositiva del subepígrafe 20.2.1. *Notice of Claim*⁶¹⁵, el encaje del procedimiento para interponer reclamaciones formales con la elaboración conceptual del principio de tutela judicial efectiva puede resultar muy complicado en un buen número de jurisdicciones, en las que este principio se localiza en el núcleo duro de los derechos fundamentales. Por el contrario, afirmar que las partes no pueden transigir sobre cuestiones contractuales con carácter previo a que se produzcan las disputas que generen este derecho a la tutela judicial efectiva, tiene como consecuencia una desvalorización de la concepción del sistema escalonado resolución de disputas elaborado en la *Rainbow Suite* de FIDIC que las partes han suscrito⁶¹⁶. La cuestión en este último

⁶¹⁴ La doctrina internacional señala esta cuestión como uno de los retos que plantea la utilización de Dispute Boards. En concreto, cabe cuestionarse a partir de qué momento comienzan a contar los plazos que establecen garantías procesales ante la utilización de Dispute Boards en los proyectos internacionales. “*Does referral to a DB constitute the commencement of legal proceedings for purposes of the statute of limitations or does only a referral to arbitration do so? Although under the law of a number of countries this is a matter that parties are free to decide by their contract, no DB rules appear to deal with this important issue yet*”. SEPPÄLÄ, Christopher R., “Recent Case Law on Dispute Boards”, en DE LY, Filip, “Concluding Remarks”, en DE LY, Filip; GÉLINA Paul-A., *Dispute Prevention and Settlement through Expert Determination and Dispute Boards* (Dossier de la Cámara de Comercio Internacional), París, 2017, págs. 123 y ss.

⁶¹⁵ Vid. supra nota al pie 611.

⁶¹⁶ La doctrina ya se mostraba favorable a la consideración de los plazos para entablar las *Claims* como preclusivos, en el análisis realizado sobre esta cuestión en la edición de la *Rainbow Suite* de 1999: “*As regards claims of the Contractor for time and/or money, Sub-Clause 20.1 of each of the 1999 FIDIC Books provides that the Contractor must give a notice of claim within 28 days after it became aware, or should have become aware, of the event or circumstance giving rise to the claim. If the Contractor fails to do so, the claim will be time-barred.*

Thereafter, the Contractor is required to keep contemporary records as may be necessary to substantiate the claim and, within 42 days after it became aware or should have become aware of the event or circumstance giving rise to the claim, must send to the Engineer a fully detailed claim with full supporting particulars. Thereafter, the Engineer (in the case of the Red and Yellow Book) or the Employer (in the case of the Silver Book) must, pursuant to Sub-Clause 3.5 and unless an agreement with the parties is reached, make a 'fair determination' of any

caso se centra sobre el valor que adquiere un sofisticado mecanismo de resolución de disputas establecido con arreglo a la autonomía de la voluntad de las partes, cuando ambas quedan sometidas en última instancia a la regulación procesal del estado que se determine en virtud de la Sub-Cláusula 1.4 *Law and Language*⁶¹⁷.

En este sentido, procede hacer referencia al laudo emitido por la CCI en el caso número 16765⁶¹⁸, en el cual el panel arbitral consideró –en aplicación de las disposiciones de la *Rainbow Suite* de 1999– que el plazo preclusivo era imperativo y que, por tanto, la reclamación del *Contractor* ya no podía ser remitida al tribunal arbitral por haberse incumplido el plazo establecido para realizar la notificación⁶¹⁹. La presente tesis doctoral estima que la ponderación de

extension of time and/or any additional payment to which the Contractor is entitled under the contract.

Similarly, if the Employer considers itself entitled to any payment and/or extension of the Defects Notification Period (as defined) under the 1999 FIDIC Books, then the Employer or the Engineer is required to give notice and particulars to the Contractor, pursuant to Sub-Clause 2.5, and thereafter, as with the Contractor's claims, the Engineer or the Employer⁷ is required (unless the parties can agree) to make a 'fair determination', pursuant to Sub-Clause 3.5, of the amount of any payment and/or any extension of the Defects Notification Period to which the Employer is entitled".

SEPPÄLÄ, Christopher R., “Commentary on Recent ICC Arbitral Awards dealing with Dispute Adjudication Boards under FIDIC Contracts”, en *E-Chapter from ICC Dispute Resolution Bulletin*, núm. 1, 2015.

⁶¹⁷ Esta Sub-cláusula, a su vez, remite al documento *Contract Data*, en el que quedan fijados los elementos generales del contrato, tal y como se enuncia al comienzo de este epígrafe, en el que se describen los bloques documentales de los que consta el Libro Plata.

⁶¹⁸ Los datos de esta resolución arbitral se exponen con mayor detalle en secciones posteriores de este capítulo. Vid. infra IV.5.B.

⁶¹⁹ Se reproduce un extracto del referido laudo: “165. *Sub-Clause 20.1 of the GCC provides that:*

If the Contractor considers himself to be entitled to any extension of the Time for Completion and/or any additional payment, under any Clause of these Conditions or otherwise in connection with the Contract, the Contractor shall give notice to the Engineer, describing the event or circumstance giving rise to the claim. The notice shall be given as soon as practicable, and not later than 28 days after the Contractor became aware, or should have become aware, of the event or circumstance [sic].

estos factores depende en última instancia de la ley aplicable al contrato, puesto que la consideración del plazo para remitir la notificación como disponible o indisponible redundaría en la configuración de derechos fundamentales con distinto tratamiento en los diferentes sistemas jurídicos.

If the Contractor fails to give notice of a claim within such period of 28 days, the Time for Completion shall not be extended, the Contractor shall not be entitled to additional payment, and the Employer shall be discharged from all liability in connection with the claim. Otherwise, the following provisions of this Sub-Clause shall apply. [Emphasis added].(...)

170. It has been shown in the present arbitration that the above-mentioned DATPL issue, which was the Claimant's responsibility, resulted from the Claimant's late check, and that this issue did not critically affect the work progress or the design. 7 Moreover, nothing suggests in the above letter that as of 3 January 2006 the Claimant considered generally or in particular that the Engineer's comments on the Process Design was a cause for delay in the progress of the Works which would justify granting the Claimant an Extension of Time. The majority of the Tribunal simply notes that there is no such allegation or request in that letter.

171. Furthermore, the Claimant submitted its Preliminary Process Design to the Engineer on 19 October 2004, and the Process Design was eventually approved in April 2006. In view of the clear wording of Sub-Clause 20.1 of the GCC, had the Claimant considered, or had reasons to consider that the Engineer's delay in the approval of the Process Design was a cause of delay to the Works, notice under Sub-Clause 20.1 should have at least been given within 28 days from such approval. Although the Claimant alleges that it did not receive a response by the Engineer within the 21 days stipulated by Sub-Clause 5.2 of the GCC, the Claimant waited until September 2006 to actually submit a notice referring to Sub-Clause 20.1, clearly exceeding the 28 days stipulated in Sub-Clause 20.1 of the GCC.

172. Based on the above, the majority of the Tribunal considers that the Claimant did not comply with Sub-Clause 20.1 of the GCC since its notice was time-barred. (...)

Award

On the basis of the foregoing, the Tribunal: 1. Decides that the Respondent's Counterclaim for delay damages ... is not admissible. 2. Decides by majority that the Claimant is not entitled to an Extension of the Time for Completion. 3. Decides by majority that the Claimant is not entitled to losses, costs, damages and or expenses that the Claimant may have incurred during the original Time for Completion and the extended construction period”.

Laudo sobre resolución de disputas *multi-tier*, emitido en el caso 16765, publicado en el ICC Dispute Resolution Bulletin 2015 núm. 1, arbitraje celebrado en París (Francia).

5.A.v. Procedimiento contradictorio para conformar la noción de *Claim*:
Subepígrafe 20.2.2 *Initial Response*

A partir del subepígrafe 20.2.1. *Notice of Claim*⁶²⁰ del Libro Plata, que sienta las bases del inicio de una reclamación formal, el siguiente subepígrafe 20.2.2 *Initial Response*⁶²¹ desarrolla un procedimiento contradictorio todavía previo al establecimiento de una *Dispute*, en el sentido ya explicitado y contenido en la cláusula 21 *Disputes and Arbitration* del Libro Plata de 2017. Es destacable tener en cuenta este dato, puesto que el novedoso órgano *Dispute Avoidance and Adjudication Board* conoce de las *Disputes* y no de las *Claims*, por lo que la Cláusula 20 *Employer's and Contractor's Claims* queda configurada como un paso anterior a la determinación de una disputa, además de contener ciertos principios que se mantienen a lo largo de todo el sistema establecido por FIDIC para la resolución de conflictos contractuales.

En virtud de este procedimiento, la *Notice* remitida por la parte reclamante ha de ser contestada por la parte reclamada. Se desprenden de este requisito dos consecuencias importantes. Por una parte, queda configurada la legitimación pasiva, correlativamente a las disposiciones referidas anteriormente, que establecen la legitimación activa. En segundo lugar, mediante la contestación a la *Notice*, que en ocasiones solo contiene cuestiones meramente formales,

⁶²⁰ Vid. supra nota 611.

⁶²¹ Se reproduce este subepígrafe: “20.2.2 *Initial response*. *If the other Party considers that the claiming Party has failed to give the Notice of Claim within the period of 28 days under Sub-Clause 20.2.1 [Notice of Claim] the other Party shall, within 14 days after receiving the Notice of Claim, give a Notice to the claiming Party accordingly (with reasons).*

If the other Party does not give such a Notice within this period of 14 days, the Notice of Claim shall be deemed to be a valid Notice.

If the claiming Party receives a Notice from the other Party under this Sub-Clause and disagrees with the other Party or considers there are circumstances which justify late submission of the Notice of Claim, the claiming Party shall include in its fully detailed Claim under Sub-Clause 20.2.4 [Fully detailed claim] details of such disagreement or why such late submission is justified (as the case may be)”.

queda fijado el objeto del procedimiento. Estos aspectos se ponen de relieve en el subepígrafe 20.2.2. *Initial Response*. El contenido de dicho subepígrafe establece que, si la parte a la que se dirige la reclamación considera que la parte reclamante ha superado el plazo de 28 días para la interposición de la reclamación, esta puede oponerse procedimentalmente en el plazo de 14 días desde la recepción de la *Notice* fuera de plazo. Esta oposición ha de estar motivada, de acuerdo con la mención “*with reasons*” que se incluye en el texto del subepígrafe 20.2.2. *Initial Response*. Dicha disposición regula expresamente las consecuencias de la ausencia de oposición por parte de la parte pasiva en la reclamación. El silencio de la parte reclamada queda configurado como positivo. Esto es, si la parte reclamada no pone de manifiesto ningún motivo por el que la reclamación no ha de ser válida, el redactor del Libro Plata otorga a dicha reclamación plena validez formal. Con la inclusión de este régimen, además de solucionar los problemas de redacción de los que adolecía la anterior Cláusula 20⁶²², FIDIC consolida el efecto preclusivo de los diferentes escalones en el sistema *multi-tier* de resolución de conflictos.

El subepígrafe 20.2.2. *Initial Response* queda configurado como un incidente en el curso de la reclamación, utilizando términos procesales⁶²³. Este aspecto viene posibilitado por la inclusión del elemento preclusivo a lo largo de todo el sistema de resolución de conflictos que se establece en el Libro Plata de FIDIC. Con ello, queda claro el enfoque de FIDIC ante la cuestión de si es necesario agotar cada uno de los escalones de las cláusulas contractuales de resolución de conflictos, que se viene planteando tanto la doctrina como la

⁶²² La Cláusula 20 de las ediciones anteriores de todos los modelos de contratos FIDIC venía rubricada bajo el título “*Claims, Disputes and Arbitration*”.

⁶²³ El diccionario jurídico de la Real Academia Española define el término “incidente” como una “Cuestión distinta del principal asunto del juicio, pero con él relacionada, que se ventila y decide por separado, suspendiendo a veces el curso de aquel, y denominándose entonces de previo y especial pronunciamiento”. El término puede consultarse en el siguiente enlace: <http://dej.rae.es/#/entry-id/E137610>.

práctica profesional jurídica⁶²⁴ y que es estudiado con mayor detalle en diversas secciones de la presente tesis doctoral⁶²⁵.

5.A.vi. Obligación de documentar el procedimiento de reclamación:
subepígrafe 20.2.3 *Contemporary Records*

Continuando con el estudio de la Cláusula 20 *Employer's and Contractor's Claims*, procede analizar el contenido del subepígrafe 20.2.3 *Contemporary Records*⁶²⁶, que establece la obligación de documentar todo el procedimiento de la reclamación formal⁶²⁷. Esta obligación recae principalmente sobre la parte reclamante, pero el texto otorga un trato más favorable al *Employer*. Es esta parte contractual la que puede realizar un seguimiento (*monitor*) de la documentación de la reclamación y elaborar

⁶²⁴ LÓPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO, Álvaro, "Multi-Step Dispute Resolution Clauses", *Liber amicorum*. CREMADES, Bernardo; ARIAS, David (Editor), FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel (Editor). La Ley, 2010, https://www.uria.com/documentos/publicaciones/2773/documento/UM_ALAStep.pdf?id=3785; FERNÁNDEZ PÉREZ, Ana, "Cláusulas escalonadas multifunción en el arreglo de controversias comerciales internacionales – Multi-tiered Clauses in the International Disputes Resolution", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, núm. 1, Marzo de 2017, págs. 99-124.

⁶²⁵ En el presente capítulo, se examina la cuestión de si es necesario someter la reclamación al *Employer's Representative*; mientras que en el Capítulo V se estudia el denominado "salto del escalón" entre el *Dispute Board* y el arbitraje administrado por la CCI,

⁶²⁶ Se reproduce este subepígrafe: "20.2.3 *Contemporary records*. In this Sub-Clause 20.2, "contemporary records" means records that are prepared or generated at the same time, or immediately after, the event or circumstance giving rise to the Claim. The claiming Party shall keep such contemporary records as may be necessary to substantiate the Claim. Without admitting the Employer's liability, the Employer may monitor the Contractor's contemporary records and/or instruct the Contractor to keep additional contemporary records. The Contractor shall permit the Employer to inspect all these records during normal working hours (or at other times agreed by the Contractor), and shall if instructed submit copies to the Employer. Such monitoring, inspection or instruction (if any) by the Employer shall not imply acceptance of the accuracy or completeness of the Contractor's contemporary records".

⁶²⁷ El término "contemporary records" del inglés auténtico del Libro Plata de 1999 fue traducido al español como "registros".

obligaciones documentales accesorias para el cumplimiento por parte del *Contractor*.

Más allá de cuestionar el equilibrio de esta disposición, que únicamente establece obligaciones para una de las partes contractuales, resulta necesario destacar que a lo largo de todo el subepígrafe 20.2.3 *Contemporary Records* subyace un principio de verdad formal. Así se infiere del texto del Libro Plata, cuando el referido subepígrafe establece que el *Employer*, puede supervisar los registros del *Contractor* y/o dar instrucciones al *Contractor* para que mantenga registros adicionales, sin admitir la responsabilidad, por cuanto dicha supervisión, inspección o instrucción, en caso de realizarse, por el *Employer* no implica la aceptación de la corrección o el contenido de los registros del *Contractor*: “*Without admitting the Employer’s liability the Employer may monitor the Contractor’s contemporary records and/or instruct the Contractor to keep additional contemporary records*” y “*Such monitoring, inspection or instruction (if any) by the Employer shall not imply acceptance of the accuracy or completeness of the Contractor’s contemporary records*”.

5.A.vii. Desarrollo del procedimiento de reclamación formal a través de un documento con requisitos cualificados *Fully detailed Claim*: Garantías y consecuencias jurídicas

El incidente que se enuncia en el subepígrafe 20.2.2 *Initial Response*⁶²⁸ viene desarrollado procedimentalmente en el subepígrafe 20.2.4 *Fully detailed Claim*⁶²⁹. De este modo, una vez resueltas las

⁶²⁸ Vid. supra nota 621.

⁶²⁹ Se reproduce el texto de este subepígrafe: “20.2.4 *Fully detailed Claim*. In this Sub-Clause 20.2, “*fully detailed Claim*” means a submission which includes: (a) a detailed description of the event or circumstance giving rise to the Claim; (b) a statement of the contractual and/or other legal basis of the Claim; (c) all contemporary records on which the claiming Party relies; and (d) detailed supporting particulars of the amount of additional payment claimed (or amount of reduction of the Contract Price in the case of the Employer as the claiming Party), and/or

cuestiones sobre la procedencia temporal de la reclamación sobre las que versa el subepígrafe 20.2.2 *Initial Response*⁶³⁰, se inicia un procedimiento mediante la emisión de un documento formal denominado *Fully detailed Claim*. Así, a la reclamación inicial se añaden elementos que la dotan de formalidad, en coherencia con la opción por la que opta la nueva redacción del Libro Plata de 2017. El documento *Fully detailed Claim* ha de contener una descripción detallada del suceso o circunstancia que causa la reclamación, los fundamentos contractuales en los que esta se basa, la documentación complementaria que viene regulada en el subepígrafe 20.2.3 *Contemporary Records*⁶³¹ y una valoración detallada de la cantidad pecuniaria que supone la reclamación. Este último elemento supone un avance del nuevo Libro Plata sobre la versión de 1999. Mientras que en la anterior edición la decisión sobre la cuestión de fondo no se pronunciaba sobre la cantidad a la que ascendía la reclamación, a partir de 2017 el clausulado del Libro Plata propicia que las partes puedan decidir esta cuestión de manera autocompositiva. La *Fully detailed Claim* ha de presentarse

EOT claimed (in the case of the Contractor) or extension of the DNP claimed (in the case of the Employer). Within either: (i) 84 days after the claiming Party became aware, or should have become aware, of the event or circumstance giving rise to the Claim, or (ii) such other period (if any) as may be proposed by the claiming Party and agreed by the other Party the claiming Party shall submit to the Employer's Representative a fully detailed Claim. If within this time limit the claiming Party fails to submit the statement under sub-paragraph (b) above, the Notice of Claim shall be deemed to have lapsed, it shall no longer be considered as a valid Notice, and the Employer's Representative shall, within 14 days after this time limit has expired, give a Notice to the claiming Party accordingly. If the Employer's Representative does not give such a Notice within this period of 14 days, the Notice of Claim shall be deemed to be a valid Notice. If the other Party disagrees with such deemed valid Notice of Claim the other Party shall give a Notice to the Employer's Representative which shall include details of the disagreement. Thereafter, the agreement or determination of the Claim under Sub-Clause 20.2.5 [Agreement or determination of the Claim] shall include a review by the Employer's Representative of such disagreement. If the claiming Party receives a Notice from the other Party under this Sub-Clause 20.2.4 and if the claiming Party disagrees with such Notice or considers there are circumstances which justify late submission of the statement under sub-paragraph (b) above, the fully detailed claim shall include details of the claiming Party's disagreement or why such late submission is justified (as the case may be). If the event or circumstance giving rise to the Claim has a continuing effect, Sub-Clause 20.2.6 [Claims of continuing effect] shall apply".

⁶³⁰ Vid. supra nota 621.

⁶³¹ Vid. supra nota 626.

en el plazo de 84 días desde que se produce el suceso o circunstancia que causa la reclamación, salvo que las partes acuerden otro plazo.

La inobservancia de este plazo establecido en 84 días acarrea –en coherencia con la opción del redactor del Libro Plata– unas consecuencias adversas derivadas de la opción de FIDIC por establecer plazos preclusivos y constituye así una carga procedimental sobre el reclamante. En este sentido, si la parte reclamante no formula la *Fully detailed Claim* en tiempo y forma, son tres los efectos que se producen sobre la reclamación inicial, los cuales se exponen en los siguientes párrafos.

En primer lugar, la notificación de reclamación inicial se tendrá por caducada (*the Notice of Claim shall be deemed to have lapsed*)⁶³². Esta afirmación plantea cuestiones sobre si la acción quedaría imprejujada ante un eventual paso al ámbito jurisdiccional, al que pueden llegar estas reclamaciones e incidencias contractuales según lo establecido posteriormente en el sistema de resolución de conflictos. Esta mención vuelve a remitir al complicado equilibrio entre la autonomía de la voluntad de las partes y la tutela judicial efectiva en la aplicación de las disposiciones contenidas en los modelos de contrato FIDIC que queda apuntada en párrafos anteriores de este mismo epígrafe. Esta tesis doctoral considera que la referida cuestión, que no queda resuelta explícitamente a lo largo del Libro Plata, puede ser analizada desde una perspectiva terminológica, utilizando diversas estrategias de traducción conjugadas con el conocimiento de las instituciones jurídicas que el redactor de FIDIC introduce en el texto del Libro Plata. El término *lapsed* tiene dos acepciones: la de caducidad y la de prescripción extintiva. Desde el punto de vista de esta tesis doctoral, es más

⁶³² ALCARAZ, Enrique; HUGHES, Brian; CAMPOS, Miguel Ángel, *Diccionario de términos jurídicos – A dictionary of legal terms*, 11ª Ed., Barcelona, Ariel Derecho, 2014, pág. 349. A este fenómeno de preclusión en la reclamación que establece FIDIC en varias ocasiones, se le denomina “*time-bar*” en la bibliografía en inglés de la doctrina internacional. Se utiliza incluso el verno verbo “*to time-bar*” para referirse a este concepto. De la misma manera, al efecto preclusivo del incumplimiento del plazo se le hace referencia como “*time-barred*”.

acertado hablar de caducidad, puesto que la redacción de la Cláusula 20 *Employer's and Contractor's Claims* del Libro Plata viene presidida por el principio de preclusión, reflejado en la pérdida de derechos que se predica de la parte que no cumple los plazos procedimentales. Este principio, por tanto, no responde a la seguridad jurídica de las partes. Esto último fundamentaría la traducción del término por “prescripción extintiva”. Por ello, ha de reafirmarse la traducción de *lapsed* por “caducidad” y, por ende, que la acción en tal caso queda imprejuizada, por lo que puede accionarse de nuevo mediante el procedimiento previsto en la Sub-Cláusula 3.5 *Agreement or determination*.

En segundo lugar, correlativamente, si la parte reclamante no cumple con el requisito de fondo establecido en el subepígrafe 20.2.4.b)⁶³³ del Libro Plata y no remite los motivos contractuales o legales sobre los que basa su reclamación (*a statement of the contractual and/or legal basis of the Claim*), la notificación de la reclamación inicial no se considerará válida (*it shall no longer be considered as a valid Notice*). Sin embargo, esta consecuencia no opera directamente, sino que, en tercer lugar, la parte reclamada ha de emitir una *Notice* a la parte reclamante en la que se pongan de manifiesto estas consecuencias en el plazo de 14 días desde el final del plazo establecido para la presentación de la *Fully detailed Claim* sin que esta se haya producido.

En este punto, es lógico preguntarse por la situación en la que queda la reclamación inicial en caso de que la parte reclamada no emitiese la *Notice* para dejar sin efecto dicha reclamación ante la ausencia de la *Fully detailed Claim*. Como ya se ha anunciado previamente en este mismo epígrafe, FIDIC ha puesto especial esmero en regular el valor del silencio en el sofisticado sistema de resolución de conflictos de su nueva *Rainbow Suite*. Y, efectivamente, el

⁶³³ Se reproduce esta mención: “20.2.4 *Fully detailed Claim*. In this Sub-Clause 20.2, “*fully detailed Claim*” means a submission which includes: (...) (b) a statement of the contractual and/or other legal basis of the Claim”.

siguiente párrafo del Subepígrafe 20.2.4 *Fully detailed Claim*, el Libro Plata establece que si el *Employer Representative* no emite la *Notice* que pone de manifiesto el final del procedimiento por la ausencia de presentación de la *Fully detailed Claim*, entonces la *Notice* que inicia la reclamación sí que es válida. Nuevamente, el valor del silencio y el efecto preclusivo reconocidos en el Libro Plata de 2017 operan en aras de la resolución de conflictos, esta vez mediante una suerte de impulso procesal que trae causa en la reclamación iniciada por una de las partes.

Ahora bien, al analizar la redacción literal del cuarto párrafo del Subepígrafe 20.2.4 *Fully detailed Claim*⁶³⁴, llama la atención una vez más la prerrogativa atribuida al *Employer's Representative*, lo cual puede ser causa de críticas debido a la falta de imparcialidad del proceso. En virtud de la redacción de esta disposición, la posibilidad de no presentar la *Notice* que pone fin a la reclamación se predica del *Employer's Representative*. Esta tesis doctoral pone de manifiesto que en el Libro Plata queda sin resolver la pregunta consistente en qué ocurriría en el supuesto de que la cancelación del procedimiento de reclamación estuviese en manos del *Contractor*, cuando hubiese iniciado el procedimiento el *Employer*. En el referido supuesto, el silencio se regula de manera deficiente en el texto del Libro Plata. Sin embargo, es lógico afirmar que, en caso de que la reclamación hubiese sido iniciada por el *Contractor*, la cancelación del procedimiento operaría con el mero paso del plazo establecido, utilizando un argumento de equilibrio de riesgos entre las partes del contrato.

⁶³⁴ Se reproduce este párrafo: “*If the Employer’s Representative does not give such a Notice within this period of 14 days, the Notice of Claim shall be deemed to be a valid Notice. If the other Party disagrees with such deemed valid Notice of Claim the other Party shall give a Notice to the Employer’s Representative which shall include details of the disagreement. Thereafter, the agreement or determination of the Claim under Sub-Clause 20.2.5 [Agreement or determination of the Claim] shall include a review by the Employer’s Representative of such disagreement*”. El subrayado es de la doctoranda.

Con estas disposiciones, FIDIC se desmarca de otros planteamientos utilizados en diferentes cláusulas de resolución de disputas ofrecidas por otras organizaciones análogas, que establecen como primer escalón la negociación *inter partes* entre cargos directivos pertenecientes a las empresas implicadas en la controversia, señalados como responsables de las negociaciones a estos efectos en el texto contractual (normalmente, en las cláusulas de notificaciones)⁶³⁵.

Las ventajas que ofrece esta disposición del sistema de resolución de conflictos del Libro Plata de FIDIC se resumen en dos aspectos relevantes. Por una parte, el Libro Plata decide que las negociaciones a nivel de directivos se realicen en un momento en el que no existe disputa todavía, remitiendo la diferencia a un estadio preliminar. Esta acertada disposición previene la ineficacia que se desprendería del conocimiento de una disputa ya instaurada entre las partes que la sometiesen a sus representantes. Por otra parte, como se viene destacando, FIDIC otorga especial relevancia a determinadas formalidades del documento de reclamación (requisitos de las *Notices*, motivación de los escritos, normas sobre la remisión de las comunicaciones y despliegue de efectos de las mismas, etc.).

El sistema elegido por FIDIC, eminentemente escrito en clara preferencia sobre un procedimiento oral, es un reflejo de la experiencia internacional que lleva acumulando FIDIC desde la creación del primer Libro Rojo en el año 1957⁶³⁶. La presente tesis doctoral estima que este sistema

⁶³⁵ Vid. supra II.2.B.

⁶³⁶ La doctrina lo recoge: “*The first edition of the Red Book, published in 1957, was based on an English domestic standard form: the then current edition of the English Institution of Civil Engineers ('ICE') conditions. Even today, the official and authentic text of this form of contract is the version written in the English language. However, in subsequent editions, the FIDIC Conditions have become progressively more 'international' in style and content and are widely used in civil law, as well as common law, jurisdictions*”. SEPPÄLÄ, Christopher R., “International Construction Contract Disputes: Third Commentary on ICC Awards Dealing Primarily with FIDIC Contracts”, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 23 núm. 2, 2012, págs 1-23.

que apuesta por la forma escrita resulta muy adecuado para la resolución de las diferencias sin que estas lleguen a constituir disputas que puedan llegar a afectar al proyecto de manera negativa, por varios motivos. En primer lugar, favorece que se introduzca un miembro en la composición del *Dispute Avoidance/Adjudication Board* que esté acostumbrado a documentar las actuaciones con arreglo a las disposiciones contractuales. Este miembro, previsiblemente, será un profesional del derecho y su inclusión como miembro de este órgano ya ha quedado avalada tanto por la doctrina como por la práctica de los proyectos en los que se ha establecido un *Dispute Board*. En segundo lugar, en el caso de que la disputa irremediamente haya de ser sometida a un tribunal, la generación de documentos a lo largo de la conformación de la disputa redundará en una mejor motivación de la decisión del tribunal arbitral o doméstico. A este respecto, procede mencionar que el órgano que conoce de la disputa con posterioridad al *Dispute Board* podrá revisar toda la documentación generada en el curso del procedimiento previo a la sumisión al último escalón de la cláusula *multi-tier*⁶³⁷.

5.A.viii. El pronunciamiento del *Employer's representative* como condición para el establecimiento de la *Claim*

Ahora bien, una vez fijado el objeto de la *Claim* y sus fundamentos de hecho y de derecho, el Subepígrafe 20.2.5 *Agreement or determination of the Claim*⁶³⁸ del Libro Plata remite de nuevo al

⁶³⁷ Esta circunstancia viene explicitada en secciones posteriores de la presente tesis doctoral. Vid. infra V.1.B.

⁶³⁸ La prolija extensión del referido Subepígrafe 20.2.5 *Agreement or determination of the Claim* obliga a remitir su lectura directamente al texto auténtico del Libro Plata, documento complementario que se entrega como Anexo 1 a los miembros del tribunal de la presente tesis doctoral..

arbitrio de la Sub-Cláusula 3.5 *Agreement or Determination*⁶³⁹ la decisión sobre el fondo de la reclamación tanto en el caso de que esta haya sido planteada bajo el procedimiento *Fully detailed claim* del subepígrafe 20.2.4⁶⁴⁰ (o 20.2.6 *Claims of continuing effect*⁶⁴¹, diseñado para reclamaciones con efecto sucesivo) como en el caso de que dicha reclamación haya quedado sometida a los incidentes procedimentales establecidos en los subepígrafes 20.2.2 *Initial Response*⁶⁴² o 20.2.4 *Fully detailed Claim*⁶⁴³.

En el primero de los casos –reclamaciones planteadas bajo el procedimiento *Fully detailed claim* o con efecto sucesivo–, el Libro Plata establece con claridad que el *Employer’s Representative* determinará la procedencia del pago adicional, la extensión de tiempo o la extensión del periodo

⁶³⁹ La prolija extensión de la referida Sub-Cláusula 3.5 *Agreement or Determination* obliga a remitir su lectura directamente al texto auténtico del Libro Plata, documento complementario que se entrega como Anexo 1 a los miembros del tribunal de la presente tesis doctoral.

⁶⁴⁰ Vid. supra nota 629.

⁶⁴¹ Se reproduce este subepígrafe: “20.2.6 *Claims of continuing effect. If the event or circumstance giving rise to a Claim under this Sub-Clause 20.2 has a continuing effect: (a) the fully detailed Claim submitted under Sub-Clause 20.2.4 [Fully detailed Claim] shall be considered as interim; (b) in respect of this first interim fully detailed Claim, the Employer’s Representative shall give his/her response on the contractual or other legal basis of the Claim, by giving a Notice to the claiming Party, within the time limit for agreement under Sub-Clause 3.5.3 [Time limits]; (c) after submitting the first interim fully detailed Claim the claiming Party shall submit further interim fully detailed Claims at monthly intervals, giving the accumulated amount of additional payment claimed (or the reduction of the Contract Price, in the case of the Employer as the claiming Party), and/or extension of time claimed (in the case of the Contractor as the claiming Party) or extension of the DNP (in the case of the Employer as the claiming Party); and (d) the claiming Party shall submit a final fully detailed Claim within 28 days after the end of the effects resulting from the event or circumstance, or within such other period as may be proposed by the claiming Party and agreed by the other Party. This final fully detailed Claim shall give the total amount of additional payment claimed (or the reduction of the Contract Price, in the case of the Employer as the claiming Party), and/or extension of time claimed (in the case of the Contractor as the claiming Party) or extension of the DNP (in the case of the Employer as the claiming Party)”.*

⁶⁴² Vid. supra nota al pie 621.

⁶⁴³ Vid. supra nota al pie 629.

de notificación de defectos⁶⁴⁴. En el segundo caso –los supuestos en los que la reclamación haya quedado sometida a los incidentes procedimentales establecidos en los subepígrafes 20.2.2 *Initial Response*⁶⁴⁵ o 20.2.4 *Fully detailed Claim*⁶⁴⁶–, la redacción no es tan clara.

Por ello se ha de avanzar en la lectura del párrafo para descubrir la remisión de este último supuesto al procedimiento establecido en la Sub-Cláusula 3.5 *Agreement or Determination*⁶⁴⁷. Sin embargo, es precisamente en este supuesto cuando la redacción del Libro Plata introduce unos criterios para fundamentar la decisión del *Employer's Representative* más allá del escueto *fair* ya aludido⁶⁴⁸, que se recoge en la redacción de la Sub-Cláusula 3.5 *Agreement or Determination*⁶⁴⁹. En este último supuesto, por tanto, es el *Employer's Representative* quien decide si la reclamación es válida o no, examinando toda la documentación del incidente procedimental y valorando, en su caso, si el retraso en los plazos perjudicaría a la parte de la reclamación, si existe alguna prueba de que la parte conociese alguna circunstancia sobre la reclamación que habría debido incluir en ella, o si conocía algún otro fundamento de hecho o de derecho que pudiese haber incluido en la reclamación para pronunciarse sobre su validez y eficacia (en cuyo caso, operaría el efecto preclusivo de la carga procedimental que recae sobre el reclamante).

⁶⁴⁴ La expresión de las causas de la reclamación y la atribución de cada una de ellas a la parte que puede reclamarlas se repite varias veces a lo largo de toda la Cláusula 20 *Employer's and Contractor's Claims*, tras quedar definida expresamente en el preciso comienzo de su redacción. En este sentido, una mejor técnica de redacción podría haber remitido el concepto de *Claim* a las definiciones contenidas en la Cláusula 1 *General Provisions*. Por lo que respecta a la localización sistemática que podría aparecer como obstáculo bajo este razonamiento, esta cautela no se ha contemplado en el relevante concepto de *Dispute* tal y como se estudiará a continuación en la presente tesis doctoral.

⁶⁴⁵ Vid. supra nota al pie 621.

⁶⁴⁶ Vid. supra nota al pie 629.

⁶⁴⁷ Vid. supra nota al pie 600.

⁶⁴⁸ Vid. supra IV.5.A.ii.

⁶⁴⁹ Vid. supra nota al pie 600.

Ante esta circunstancia, si el *Employer's Representative* necesita detalles adicionales, además y a diferencia de la regulación establecida en la Sub-Cláusula 3.5 *Agreement or Determination*⁶⁵⁰, el *Employer's Representative* remitirá una *Notice* al *Contractor* solicitando la información pertinente, sin perjuicio de emitir su respuesta sobre los puntos en los que no exista duda, en el plazo establecido en la Sub-Cláusula 3.5 *Agreement or Determination*⁶⁵¹, esto es, 42 días. En caso de que se le requiera, el *Contractor* (una vez más, la redacción de FIDIC omite que también puede requerirse esta información al *Employer*), habrá de facilitar la información tan pronto como pueda obtenerla. Y una vez que el *Employer's Representative* haya sido provisto con toda la documentación requerida, se sustanciará la reclamación por el cauce establecido en la Sub-Cláusula 3.5 *Agreement or Determination*⁶⁵². Esta Sub-Cláusula, cuyos rasgos principales han sido subrayados a lo largo del presente subepígrafe, determina un procedimiento que se somete íntegramente al juicio material del representante del cliente (*Employer's representative*).

La primera cláusula que recoge el sistema de resolución de conflictos del Libro Plata, la Cláusula 20 *Employer's and Contractor's Claim*⁶⁵³, finaliza con unas disposiciones generales contenidas en la Sub-Cláusula 20.2.7 *General Requirements*⁶⁵⁴. Aunque ocupa una discreta posición y

⁶⁵⁰ Vid. supra nota al pie 600.

⁶⁵¹ Vid. supra nota al pie 600.

⁶⁵² Vid. supra nota al pie 600.

⁶⁵³ Vid. supra nota al pie 607.

⁶⁵⁴ Se reproduce el contenido “20.2.7 *General requirements. After receiving the Notice of Claim, and until the Claim is agreed or determined under Sub-Clause 20.2.5 [Agreement or determination of the Claim], in each payment under Sub-Clause 14.7 [Payment] the Employer shall include such amounts for any Claim as have been reasonably substantiated as due to the claiming Party under the relevant provision of the Contract.*

The Employer shall only be entitled to claim any payment from the Contractor and/or to extend the DNP, or set off against or make any deduction from any amount due to the Contractor, by complying with this Sub-Clause 20.2.

extensión en el Libro Plata, esta Sub-Cláusula contiene una importante disposición. Es fundamental plantearse los efectos de la interposición de las eventuales reclamaciones (*Claims*) en el procedimiento establecido en el Libro Plata, que se extiende a lo largo de los plazos expuestos en los párrafos inmediatamente anteriores.

Esta cuestión viene precisamente recogida en el texto de la Sub-Cláusula 20.2.7 *General Requirements*⁶⁵⁵. En este sentido, se establece que desde el momento en el que se interpone la reclamación (de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Sub-Cláusula 20.2.1 *Notice of Claim*⁶⁵⁶) hasta que esta sea finalizada por acuerdo o resolución (según lo establecido en la Sub-Cláusula 20.2.5 *Agreement or Determination of the Claim*⁶⁵⁷); la reclamación surtirá plenos efectos de manera inmediata. Esta afirmación viene contenida en el texto del primer y segundo párrafos de la Sub-Cláusula 20.2.7 *General requirements*⁶⁵⁸.

Por una parte, se establece que el *Employer* incluirá como adeudadas a la parte reclamante –una vez más, el redactor del Libro Plata podría haber denominado a esta parte directamente el *Contractor*– las cantidades razonablemente reclamadas (*reasonably substantiated*). En caso de que el reclamante sea el *Employer*, según se infiere de la redacción de esta Sub-Cláusula, este solo estará facultado para reclamar cualquier pago (directo o

The requirements of this Sub-Clause 20.2 are in addition to those of any other Sub-Clause which may apply to the Claim. If the claiming Party fails to comply with this or any other Sub-Clause in relation to the Claim, any additional payment and/or any EOT (in the case of the Contractor as the claiming Party) or extension of the DNP (in the case of the Employer as the claiming Party), shall take account of the extent (if any) to which the failure has prevented or prejudiced proper investigation of the Claim by the Employer's Representative”.

⁶⁵⁵ Vid. supra nota al pie 654.

⁶⁵⁶ Vid. supra nota al pie 611.

⁶⁵⁷ Vid. supra nota al pie 638.

⁶⁵⁸ Vid. supra nota al pie 654.

indirecto, mediante compensaciones al precio del contrato) al *Contractor* siempre y cuando se haya cumplido con el procedimiento establecido para las *Claims*. En caso contrario –previene la Sub-Cláusula 20.2.7 *General requirements*⁶⁵⁹–, tanto los pagos adicionales como las extensiones de tiempo o del periodo de garantía tendrán efectos inmediatos en la medida que haya sido observado el procedimiento establecido en la Sub-Cláusula 20.2 *Claims For Payment and/or EOT*⁶⁶⁰. Con estas disposiciones, el Libro Plata se reafirma en otorgar una gran relevancia a las formas en un procedimiento esencialmente contradictorio que garantiza que ambas partes puedan establecer el objeto de la reclamación y el fondo del asunto. Así, el valor procedimental y material de la reclamación (*Claim*) dotan de seguridad jurídica a las partes mediante el efecto preclusivo que preside la redacción del sistema de resolución de conflictos en el nuevo lenguaje de los modelos de contrato FIDIC. La consecuencia clave de esta postura del redactor de FIDIC consiste en que la inobservancia de las formas da lugar a una merma en los derechos que pueden ser reclamados a la otra parte del contrato con base en las estipulaciones contractuales en un mecanismo esencialmente autocompositivo.

Por otra parte, estas disposiciones contractuales encuentran una clara reminiscencia en las disposiciones procesales que regulan la cosa juzgada formal. Retomando la apuesta de FIDIC por un sistema escalonado de resolución de conflictos, procede cuestionarse si el efecto de cosa juzgada formal que apunta la redacción de la Cláusula 20 *Employer's and Contractor's Claims* es susceptible de ser trasladado a los siguientes escalones del sistema. Esto es, cabe plantearse si el *Dispute Avoidance/Adjudication Board* puede entrar a valorar aspectos de

⁶⁵⁹ Vid. supra nota al pie 654.

⁶⁶⁰ La prolija extensión de la referida Sub-Cláusula 20.2 *Claims For Payment and/or EOT* obliga a remitir su lectura directamente al texto auténtico del Libro Plata, documento complementario que se entrega como Anexo 1 a los miembros del tribunal de la presente tesis doctoral.

fondo que no han seguido el procedimiento establecido en la Cláusula 20 *Employer's and Contractor's Claims* y, más allá todavía, si estas mismas cuestiones pueden ser objeto de un eventual proceso arbitral.

Caso de que las cuestiones en liza puedan ser revisadas por órganos con posterioridad a que las partes hayan encauzado la disputa por la vía procedimental prevista, el valor de las previsiones de la Cláusula 20 *Employer's and Contractor's Claims* decaería en favor de las posteriores instancias (*Dispute Board*, *Amicable Settlement* y *Arbitration*). Sin embargo, el hecho de imponer una carga que puede convertirse eventualmente en carga procesal por medio de provisiones contractuales –reconocido en que la inobservancia del procedimiento establecido en la Cláusula 20 *Employer's and Contractor's Claims* merma el efecto inmediato del objeto de la reclamación– es difícilmente reconciliable con la regulación de la institución del arbitraje en jurisdicciones en las que el derecho a la tutela judicial efectiva está considerado como una materia de orden público o un derecho fundamental. En tal caso, se anticiparían dificultades en la utilización de los modelos de contrato FIDIC en ausencia de una adaptación de sus estipulaciones a las disposiciones imperativas de la ley aplicable al contrato para la realización de un proyecto determinado.

Ante este escenario, procede señalar la difusa definición que el Libro Plata de FIDIC ofrece de un concepto jurídicamente tan relevante como es el de *Dispute*, piedra angular del sistema de resolución de conflictos que subraya FIDIC como punto de inflexión en la novedosa edición de la *Rainbow Suite* de 2017. Mientras que esta cuestión es objeto de estudio en el epígrafe siguiente⁶⁶¹, cabe cuestionarse en qué lugar del afirmado equilibrio de riesgos proclamado por FIDIC queda un *Contractor* frente al que se ha interpuesto una reclamación prescindiendo de toda previsión formal. Y así, de la misma manera, es lógico

⁶⁶¹ Vid. supra IV.5.A.iii).

plantearse la virtualidad y potencial utilización del procedimiento establecido en la Cláusula 20 *Employer's and Contractor's Claims* cuando se da por válida una *Dispute* interpuesta por el *Employer* que no ha seguido el procedimiento que cuidadosamente ha elaborado el redactor del Libro Plata. Queda patente que FIDIC ha realizado un esfuerzo por aclarar términos que en las ediciones precedentes ocasionaban problemas de interpretación⁶⁶². Sin embargo, el escenario propuesto conllevará, sin duda, nuevos retos técnico-jurídicos a la hora de evitar y, principalmente, resolver disputas sobre las que las partes se hayan manifestado con posiciones contradictorias.

5.B. Resoluciones arbitrales sobre la necesidad de remitir las diferencias contractuales al procedimiento establecido en la Sub-Cláusula 3.5 *Agreement or determination*

Tal y como se viene reseñando en las secciones precedentes del presente capítulo, el redactor de la *Rainbow Suite* de 2017 realiza un esfuerzo por solucionar la nada pacífica cuestión sobre si es o no es necesario referir la *Claim* al procedimiento establecido en la Sub-Cláusula 3.5 *Agreement or determination*⁶⁶³ para iniciar el sistema *multi-tier* de resolución de conflictos. Sobre este planteamiento, conocido como *condition precedent* en inglés, se han llegado a pronunciar incluso diversos laudos de la Cámara de Comercio Internacional; con contenidos dispares en relación con la interpretación de esta Sub-Cláusula en los modelos de la *Rainbow Suite* de 1999. Los referidos laudos,

⁶⁶² La doctrina da cuenta de ello: “*“Claims” and “Disputes” are defined and the meanings of “Notice of Claim”, “contemporary records”, “fully detailed Claim”, “Notice of the Engineer’s Determination” and “reference of a Dispute to the DAAB”, among others, are described, thus seeking to avoid past disputes regarding interpretation of these or similar terms”*. VAN LANGELAAR, Anton, “Dispute Boards – The New FIDIC Second Edition 2017 DB Provisions”, *Civil Engineering; Magazine of the South African Institution of Civil Engineering*, núm 1, Tomo 26, Yeoville, Enero-febrero 2018, págs. 20-27, en esp. pág. 21.

⁶⁶³ Vid. supra nota 600.

que se exponen a continuación, emiten sus pronunciamientos sobre la necesidad de someter la disputa al *Engineer* con anterioridad a su remisión al *Dispute Board*. El contenido de las referidas resoluciones arbitrales está basado en ediciones anteriores de la *Rainbow Suite* y en modelos de contrato que sí que incluyen la figura del *Engineer*, que en el Libro Plata desaparece para ser sustituida por el *Employer's Representative* en varias de sus funciones. Sin embargo, el *corpus* de resoluciones precitado adquiere una gran relevancia por cuanto ha influido de manera evidente en la nueva redacción de la *Rainbow Suite* de 2017 y, por este motivo, se incluye su estudio en el presente epígrafe⁶⁶⁴.

Para abordar el estudio de estos laudos, es relevante destacar que la cuestión sobre la obligatoriedad de la remisión de las reclamaciones formales al *Engineer* o el órgano equivalente (*Employer's Representative*) no es nada pacífica, ni siquiera en sede arbitral. Los laudos emitidos al respecto, por tanto, no resultan especialmente consistentes ni elaboran una línea argumental sólida, tal y como se expone a continuación en el presente subepígrafe.

Por ejemplo, en el Caso número 16155 de la Cámara de Comercio Internacional⁶⁶⁵ se admite la reclamación de un *Contractor*, planteada

⁶⁶⁴ En secciones posteriores de de la presente tesis doctoral (Vid. infra Capítulo V.3), se estudian diversos laudos que se pronuncian sobre el “salto del escalón” del *Dispute Adjudication Board* al arbitraje en la cláusula *multi-tier* de la *Rainbow Suite* de FIDIC. Algunos de ellos tratan la cuestión del sometimiento de la disputa al *Engineer* de manera previa, por lo que también se citan en este subepígrafe. Además de poner de manifiesto esta circunstancia en cada uno de los laudos, el presente trabajo realiza una distinción de los párrafos relevantes en cada uno de los laudos y localiza sus pronunciamientos con arreglo al índice general de secciones de la tesis doctoral.

⁶⁶⁵ Se reproduce un extracto del laudo emitido: “40. *It is common ground between the Parties that the Contract includes the FIDIC General Conditions and that in order to have the right to bring a dispute before a DAB a claim must first be notified to the Engineer.(...) 49. While it is established that Claimants brought a claim to the Engineer on May 21, 2008, Claimants failed to provide the information and evidence requested by the Engineer. This raises the question whether the submission of claims to the Engineer was valid in accordance with Sub-Clause 20.1 of the FIDIC General Conditions. 50. The Tribunal observes that there is nothing in the FIDIC General Conditions to the effect that if a party fails to provide information or evidence requested to support its claim to an Engineer, the claim will be null and void or treated as though it never existed. The fact that Claimants failed to substantiate their claim does not mean*

directamente al tribunal arbitral, sin pasar por el sometimiento de la reclamación al *Engineer*. En este caso, durante la ejecución de un contrato que incorporaba las condiciones de la edición del Libro Rojo FIDIC de 1999, el *Contractor* emitió una notificación al *Employer* en relación con la capacidad del *Employer* de efectuar los pagos, llegando incluso a invocar la posibilidad de rescindir el contrato, alegando que no había pruebas suficientes de la capacidad de pago del *Employer*⁶⁶⁶. Por su parte, el *Employer* en este caso intentó rescindir el contrato argumentando incumplimientos contractuales por parte del *Contractor*. El *Contractor* planteó la cuestión directamente ante la instancia arbitral, que hubo de pronunciarse sobre la admisibilidad de la demanda, puesto que no se habían cumplido las previsiones del mecanismo de resolución de controversias en varias etapas previsto en el contrato (cláusula *multi-tier*). El tribunal arbitral resolvió que la remisión al procedimiento análogo al que hoy se establece en la Sub-Cláusula 3.5 *Agreement or determination* del Libro Plata no constituía *condition precedent*. La diferencia entre las partes (que nunca llegó a constituirse formalmente como *Dispute* por motivos atribuibles a la ausencia de cooperación del *Employer*) tampoco había podido ser planteada ante el *Dispute Board* que la cláusula *multi-tier* contemplaba en su redacción, debido también a la actitud

that they failed to start the mechanism for obtaining the Engineer's decision. 53. In this case, more than three-and-a-half months passed from the time Claimants provided notice of their claims and the time they asked Respondent to appoint a DAB. During this time the Engineer did not address the claims raised by Claimants. Therefore, the 42-day period for the Engineer to provide its decision had long expired by the time the disputes were referred to arbitration. 54. As a procedural matter, assuming that Respondent would have the Tribunal refer the matter back to the Engineer, relief it does not expressly request, the Tribunal believes that an order to this effect would be inconsistent with the FIDIC General Conditions. (...) 57. Respondent's view that this dispute was ripe for referral to a DAB seems to imply that a decision by the Engineer was not required. 58. In sum, the Tribunal considers that there is no contractual support for the position that Claimants' failure to provide substantiating materials to the Engineer should prevent Claimants from proceeding to the next step of the dispute resolution procedure".

Laudo sobre resolución de disputas *multi-tier*, emitido en el caso 16155, publicado en el ICC Dispute Resolution Bulletin 2015 núm. 1, arbitraje celebrado en París (Francia).

⁶⁶⁶ Nótese que la reclamación versaba sobre una cuestión financiera, de naturaleza distinta a aquellas que se prevén como más comunes (cuestiones de ejecución técnica, materiales, cumplimiento defectuoso de las prestaciones acordadas, etc.).

contractualmente hostil del *Employer*⁶⁶⁷. Sin embargo, el referido laudo emitido en el Caso número 16155 recogía un voto particular en el cual el árbitro divergente alegó que el hecho de la negativa del *Employer* a cooperar en la designación del *Dispute Adjudication Board* no justificaba la omisión de la etapa de *adjudication*; que, a su juicio, sí que constituía *condition precedent*.

En el Caso número 18505 de la Cámara de Comercio Internacional⁶⁶⁸, se repite la admisión directa de la disputa al arbitraje sin pasar por los escalones previos establecidos en el sistema *multi-tier* de resolución de conflictos. El demandante (el *Contractor*) dirigió su reclamación contra el *Employer* directamente ante el tribunal arbitral, sin haber recibido la resolución por parte del *Engineer*, ante una actitud deliberadamente poco colaborativa por parte este último. La diferencia entre las partes traía causa en los retrasos en la ejecución del contrato y a cambios en la *joint venture* dirigida por el demandante, motivo

⁶⁶⁷ Este laudo se estudia en secciones posteriores, al respecto de la obligatoriedad de la sumisión de la disputa al *Dispute Board*. Vid. infra V.2.C.

⁶⁶⁸ Se reproduce un extracto del laudo referido: “107. (...) f) *In the Sole Arbitrator's view, Respondent cannot justify its refusal to sign the DAB Agreement by stating that Claimant did not submit its claims to the Engineer before starting arbitration, because, as the Sole Arbitrator will set out further below, in the case at hand, no determination by the Engineer is/was required. (...) ii) Determination of the Engineer is not required. 109. Respondent argues that Claimant did not follow the claims' determination procedure for part of its claims, i.e. the claim that [Claimant] is the Leader of the Consortium and the claim that Respondent's termination notice of 20 July 2011 ... was unlawful, a breach of contract and ineffective. In order to turn into disputes, Respondent submits, these two claims should first have been submitted to the Engineer under Sub-Clause 20.1 of the General Conditions. 110. Respondent's arguments in this regard are not only confusing, but also not convincing. However, from the fact that the Sole Arbitrator has concluded above that Claimant was allowed to directly refer the disputes to arbitration under Sub-Clause 20.8 of the General Conditions, i.e. without first referring the disputes to the DAB and waiting until the period under the Contract for attempting to reach an amicable settlement has expired (Sub-Clauses 20.4 and 20.5 of the General Conditions), it follows logically, that Claimant was also not obliged to submit its claims to the Engineer first.. 112. The Sole Arbitrator concludes that Claimant has fully complied with the multi-tier procedure under the Contract and Claimant's claims/its Request for Arbitration are/is thus admissible. Based on the foregoing discussion and reasoning the Sole Arbitrator issues the following Award: (1) It is confirmed that the multi-tier resolution procedure under the Contract was complied with by Claimant and that Claimant's claims are thus admissible.”*

Laudo de la Cámara de Comercio Internacional sobre resolución de disputas *multi-tier*, emitido en el caso 18505, emitido en noviembre de 2013.

por el cual el Empleador rescindió el contrato. El único árbitro resolvió que no era necesario cursar el procedimiento establecido contractualmente para las reclamaciones antes de ser elevadas ante el *Dispute Adjudication Board*. Sin embargo, el fundamento de la resolución recogida en este laudo radica en la conducta reprobable del *Employer*, quien impide el establecimiento del *Dispute Board* retrasando la firma del acuerdo por el que estos órganos quedan constituidos. El *Contractor*, por tanto, queda eximido de remitir la reclamación al procedimiento de revisión por parte del ingeniero⁶⁶⁹ a juicio del árbitro único, que admite la demanda arbitral en virtud de la *Sub-Cláusula 20.8 Expiry of Dispute Adjudication Board's Appointment* del Libro Amarillo de 1999.

Otro de los supuestos en los que la resolución arbitral no consideró necesario acudir al procedimiento ante el *Engineer*⁶⁷⁰ fue el Caso 19581 de la Cámara de Comercio Internacional, motivado por una reclamación basada en las garantías financieras del proyecto⁶⁷¹. El motivo de la admisibilidad directa de la demanda arbitral prescindiendo del procedimiento establecido ante el *Engineer* es interpretado por el panel arbitral en función del objeto de la reclamación. En

⁶⁶⁹ En este caso, en el contrato que dio lugar a laudo sí que existía la figura del Ingeniero, puesto que las partes celebraron un contrato de construcción que incorporaba las condiciones del Libro Amarillo de 1999 (*Conditions of Contract for Plant and Design-Build*), en el que se mantiene la figura del *Engineer*.

⁶⁷⁰ En este caso, la figura del *Engineer* estaba presente en las estipulaciones contractuales con motivo de la elección del modelo de contrato Libro Rojo de FIDIC. Sin embargo, en el Libro Plata analizado como paradigma, se recoge un procedimiento análogo ante el *Employer's Representative*. La razón por la cual se asimilan estos dos procedimientos consiste en que el *Engineer* resulta una extensión del *Employer* por cuanto es este último quien paga los servicios del *Engineer* en el proyecto.

⁶⁷¹ Se reproduce un extracto del laudo: “271. While Sub-Clause 20.1 GCC contains an explicit reference to Sub-Clause 3.5 GCC, the Sole Arbitrator has come to the conclusion that Sub-Clause 20.1 GCC does not apply in the case at hand, either. This is because Claimant neither seeks an extension of time nor an additional payment in the sense of Sub-Clause 20.1 GCC. (...) 481. Based on the above considerations the Sole Arbitrator issues the following Final Award: 1. The Sole Arbitrator has jurisdiction and Claimant's claims are admissible”.

Laudo de la Cámara de Comercio Internacional sobre resolución de disputas *multi-tier*, emitido en el Caso 19581, en agosto de 2014.

este caso, el tribunal arbitral considera que solo es necesario cumplir este requisito como *condition precedent* en las reclamaciones que versen sobre cuestiones que afecten al precio y plazo⁶⁷². Este motivo, sumado a que la resolución arbitral consideraba que el único miembro del *Dispute Adjudication Board* carecía de la independencia e imparcialidad necesarias para conocer de la controversia, condujo a que la árbitro única resolviese que el demandante tenía motivos para someter la controversia directamente a arbitraje y que en estas circunstancias no hay obligación de intentar una resolución amistosa ni de someter la controversia al *Engineer* en primer lugar.

Por el contrario, sí que se consideró *condition precedent* la remisión de la reclamación al procedimiento interno análogo al establecido en la actualidad por la Sub-Cláusula 3.5 *Agreement or Determination* en el laudo emitido en el Caso número 16765 de la Cámara de Comercio Internacional. Las partes utilizaron el Libro Amarillo de 1999 para regular el régimen jurídico de la rehabilitación de una planta de tratamiento de agua. Un año antes de la fecha de finalización prevista –la duración se extendía por un periodo de cuatro años–, el contratista informó al ingeniero de su intención de solicitar una prolongación del tiempo acordado para la conclusión de las obras. Dado que la notificación al efecto presentada al ingeniero no recibió respuesta, el contratista se dirigió directamente al *Dispute Adjudication Board*, que dictó dos decisiones. El empleador notificó su desacuerdo con la segunda decisión, y el contratista expresó su descontento (mediante las correspondientes *Notices of Dissatisfaction* emitidas al efecto) por los asuntos que quedaron pendientes de decisión. El contratista entabló un procedimiento arbitral para recuperar las presuntas pérdidas sufridas derivadas del contrato. A su vez, el empleador y demandado

⁶⁷² Nótese, de nuevo, el esfuerzo realizado por FIDIC para que la competencia *ratione materiae* quede claramente definida a lo largo de las dos cláusulas que componen el sistema de resolución de conflictos de la nueva *Rainbow Suite*.

acusó al contratista de incumplimiento de contrato y presentó una demanda reconvenzional en dicho procedimiento arbitral, solicitando en ella la liquidación de los daños sufridos con motivo de tal retraso⁶⁷³. El tribunal arbitral consideró que la demanda reconvenzional era inadmisibile porque el demandado no había sometido previamente el asunto al ingeniero ni al *Dispute Adjudication Board* de conformidad con el proceso *multi-tier* obligatorio de resolución de controversias. En su fallo, el tribunal arbitral admitió su competencia y emitió un laudo en el que desestimaba la reclamación original de extensión de plazo para la realización de las obras. El pronunciamiento arbitral motivó la citada resolución en la extemporaneidad de la solicitud de la ampliación de plazo por parte del demandante arbitral⁶⁷⁴.

⁶⁷³ Se reproduce un extracto del referido laudo: “128. *The Tribunal has reviewed the evidence presented to it during the proceedings, which include the DAB Referrals 1 and 2. There is no indication from these documents that the Respondent has raised its Counterclaim regarding delay damages ... prior to the present arbitration, before the Engineer or the DAB. In particular, the Tribunal has reviewed the Parties' positions in the DAB Decisions 1 and 2 as well as the Parties' Notices of Dissatisfaction, and notes that the Respondent did not at any time raise claims before the DAB in relation to its Counterclaim for delay damages ... in the present arbitration. Although the Respondent could have submitted its Counterclaim for delay damages before the DAB when Referrals 1 and 2 were filed, however the Tribunal notes that the Respondent missed its opportunity to file its Counterclaim before the DAB. The Tribunal considers that the Respondent is only legally entitled to bring a claim at arbitration if it first complies with the Contract, namely Sub-Clauses 2.5, 3.5, and 20.4. In particular, paragraph 6 of Clause 20.4 of the GCC provides in pertinent part, that: "[...] neither party shall be entitled to commence arbitration of a dispute unless a notice of dissatisfaction has been given in accordance with this Sub-Clause". The Tribunal is of the view that the Respondent failed to comply with certain mandatory and exclusive provisions of the Contract regarding its claim for delay damages. By failing to comply, and in the circumstances of this matter, the Respondent is contractually barred from bringing its Counterclaim for delay damages in this arbitration. 129. Consequently, the Tribunal considers the Respondent's Counterclaim for delay damages ... not to be admissible in the present arbitration*”.

Laudo de la Cámara de Comercio Internacional sobre resolución de disputas *multi-tier*, emitido en el caso 16765, emitido en agosto de 2013 en la capital de un país del Este europeo.

⁶⁷⁴ “Award. On the basis of the foregoing, the Tribunal: 1. Decides that the Respondent's Counterclaim for delay damages ... is not admissible. 2. Decides by majority that the Claimant is not entitled to an Extension of the Time for Completion. 3. Decides by majority that the Claimant is not entitled to losses, costs, damages and or expenses that the Claimant may have incurred during the original Time for Completion and the extended construction period. 4. Orders, by majority, the Claimant to pay [the amount paid to it pursuant to the DAB decision] to the Respondent. 5. Orders, by majority, the Claimant to pay simple legal interest calculated

A la luz de la casuística seleccionada examinada, procede realizar un análisis de las causas que las decisiones arbitrales de la Cámara de Comercio Internacional consideran como eximentes del seguimiento de los escalones que conforman el reputado sistema *multi-tier* de FIDIC para la resolución de conflictos. La autonomía de la voluntad de las partes vertebra de principio a final la autoridad de los mecanismos heterocompositivos presentes en el sistema de resolución de conflictos de FIDIC: formación de la reclamación formal (*Claim*), *Dispute Board* y arbitraje internacional. En coherencia con este espíritu, las resoluciones arbitrales han de pronunciarse enfocando las restringidas causas de exención del procedimiento *multi-tier* de FIDIC a aquellas que dificultan o imposibilitan el acuerdo de voluntades que otorga autoridad a los órganos de resolución de disputas previstos inicialmente.

Sin embargo, esta actitud, que dificulta el procedimiento establecido en el sistema de resolución de conflictos de la *Rainbow Suite* de 1999, es frecuentemente atribuida a la figura del *Employer*. La falta de cooperación por parte de este para la consecución de un acuerdo de voluntades en el sistema de resolución de conflictos –llevada incluso al extremo de la consideración de una hipotética mala fe por parte del tribunal arbitral– obtiene la reprobación de las resoluciones arbitrales en los referidos casos de la Cámara de Comercio Internacional número 16155 y 18505. De ahí que, una vez más, sea necesario afirmar que la autonomía de la voluntad de las partes y la colaboración para lograr el acuerdo de voluntades resulta un elemento fundamental para la

per annum at the applicable statutory rate on the amount [mentioned above] in accordance with [applicable law], starting to run from the day following the date of receipt of the present Final Award by the Claimant until full payment by the Claimant. 6. Decides, by majority, in accordance with Article 31 of the ICC Rules that each party shall bear its own costs incurred in relation to this arbitration, including any expenses and attorney's fees, as well as all administrative costs and arbitrator's fees and expenses fixed by the Court ... 7. Dismisses all the Parties' other claims".

Laudo de la Cámara de Comercio Internacional sobre resolución de disputas *multi-tier*, emitido en el caso 16765, emitido en agosto de 2013 en la capital de un país del Este europeo.

resolución de conflictos en los altamente complejos contratos de ingeniería y construcción. Tanto más, cuando las resoluciones arbitrales no adoptan una postura consistente a la hora de abstenerse del conocimiento de la causa en los casos en los que el procedimiento contenido en la cláusula *multi-tier* no ha sido observado de manera correcta.

5.C. El concepto formal de *Dispute*: Requisitos y relevancia jurídica de la clasificación

Tras el análisis de la Cláusula 20 *Employer's and Contractor's Claim* del Libro Plata y teniendo en cuenta las consideraciones hasta aquí expuestas para realizar un enfoque adecuado de la citada estipulación contractual, procede analizar la Cláusula 21 *Disputes and Arbitration*, que completa el sistema establecido por FIDIC para la resolución de disputas en su novedosa edición de 2017.

Una primera lectura de la Cláusula 21 *Disputes and Arbitration* pone de manifiesto la deslocalización de la noción de *Dispute*, un concepto básico en el sistema de resolución de conflictos. En esta tesis doctoral se considera que sería aconsejable abordar esta cuestión tan relevante en la Cláusula 21, esto es, en la cláusula que contiene el mayor peso del sistema de resolución de conflictos por hacer referencia a cuestiones clave, como la introducción del *Dispute Board* elegido por FIDIC para la resolución de disputas y la eventual remisión a arbitraje como última previsión del sistema de resolución de conflictos. Sin embargo, el redactor del Libro Plata ha remitido la definición auténtica del concepto de *Dispute* a la Cláusula *General Provisions*. Concretamente, la Sub-Cláusula 1.1.26 del Libro Plata define el concepto de

Dispute mediante la concurrencia de tres requisitos cumulativos cuyos detalles se analizan a continuación⁶⁷⁵.

En primer lugar, para que exista una *Dispute*, el Libro Plata establece como necesario que una de las partes del contrato haya formulado una reclamación. Ahora bien, sorprende la redacción de este primer apartado al afirmar que se reconocen como reclamaciones tanto las realizadas siguiendo el procedimiento de la Sub-Cláusula 3.5 *Agreement or Determination* detallado en los párrafos anteriores de este subepígrafe, como aquellas que prescinden del procedimiento que el redactor del Libro Plata elabora en la Cláusula 20 *Employer's and Contractor's Claims*, en el que priman determinadas cuestiones formales que pretenden dotar de seguridad jurídica a las partes del contrato. La redacción de la Sub-Cláusula 1.1.26 da por cumplido este primer requisito también en los casos en los que se somete cualquier cuestión a la resolución por parte del *Employer* e, incluso, en los casos en los que se prescinde de todo procedimiento para entablar una reclamación. La remisión que realiza la misma Sub-Cláusula 3.5 *Agreement or determination* al sistema general de resolución de conflictos contenido en las cláusulas 20 *Employer's and Contractor's Claims* y 21 *Disputes and Arbitration*, por el que se encauzan las reclamaciones cuyo objeto hace referencia al precio o al plazo, sugieren que un mal uso de este mecanismo pueda llevar a favorecer intenciones dilatorias del *Employer*. Este eventual abuso podría afectar negativamente ya no solo a la otra

⁶⁷⁵ Sub-Cláusula 1.1.26 del Libro Plata de 2017: “*Dispute*” means any situation where:

(a) one Party makes a claim against the other Party (which may be a Claim, as defined in these Conditions, or a matter to be determined by the Employer's Representative under these Conditions, or otherwise);

(b) the other Party (if the Employer, under Sub-Clause 3.5.2 [Employer's Representative's determination] or otherwise) rejects the claim in whole or in part; and

(c) the first Party does not acquiesce (if the Contractor, by giving a NOD [Notice of Dissatisfaction] under Sub-Clause 3.5.5 [Dissatisfaction with Employer's Representative's determination] or otherwise), provided however that a failure by the other Party to oppose or respond to the claim, in whole or in part, may constitute a rejection if, in the circumstances, the DAAB or the arbitrator(s), as the case may be, deem it reasonable for it to do so”.

parte contractual, el *Contractor*, sino a todos los subcontratistas y elementos subjetivos no esenciales del contrato (entidades financiadoras, aseguradoras, etc.).

El segundo de los requisitos cumulativos que establece el Libro Plata de 2017 para la existencia de una *Dispute* recoge un mínimo requerimiento de contradicción. Esto es, para que exista una *Dispute* es necesario que la parte a la que se remita la reclamación se oponga a ella⁶⁷⁶. Esta reminiscencia del principio de oportunidad procedente del derecho procesal añade incluso una condición adicional en caso de que sea el *Employer* quien tenga que responder a la reclamación entablada por el *Contractor*, siendo de aplicación en este último caso el procedimiento establecido en la Sub-Cláusula 3.5 *Agreement or Determination*.

En tercer y último lugar, para que concurra la existencia de una *Dispute* en el marco del sistema de resolución de conflictos del Libro Plata de FIDIC., es necesario que la parte inicialmente reclamante no acepte la oposición que haya llevado a cabo la parte sobre la que recae la reclamación. Este rasgo presenta una cierta analogía con el principio de justicia rogada que impera en el proceso civil de los estados de tradición del derecho romano. Este clásico principio deja fuera del objeto del proceso aquellos hechos sobre los que las partes no presentan diferencias, en aras de la verdad formal. Así, la parte que acepta un hecho que le perjudica, hace que este hecho quede fuera de un potencial enjuiciamiento. En el Libro Plata, además de este rasgo, se manifiesta en la definición de *Dispute* un silencio que recuerda a la posición procesal de

⁶⁷⁶ El lector del texto del Libro Plata puede comprobar la importancia del uso de las mayúsculas y minúsculas, al uso de los contratos anglosajones, en los que los términos quedan definidos en una macroestructura textual al inicio del contrato. Así, a lo largo de la Sub-Cláusula 1.1.26, el término “*claim*” queda escrito con mayúsculas en los casos que se sigue el procedimiento establecido en la Sub-Cláusula 3.5 *Agreement or Determination*; mientras que si no se utiliza la mayúscula, se denota que la reclamación prescinde de las formalidades establecidas en el referido procedimiento.

rebeldía, cuando la Sub-Cláusula 1.1.26 *in fine* establece que se presumirá que la parte a la que se dirige la reclamación se opone a ella, en tanto en cuanto se pueda inferir de las circunstancias del caso que sería razonable hacerlo. La citada Sub-Cláusula 1.1.26 atribuye este juicio de razonabilidad al *Dispute Avoidance/Adjudication Board* o al árbitro, según el caso.

Se estima que el análisis del concepto de *Dispute* y el planteamiento de los párrafos precedentes resulta adecuado a la luz de la redacción de la Cláusula 20 *Disputes and Arbitration*. Atribuir la noción de *Dispute* a un conflicto entre las partes es una cuestión de gran relevancia, ya que conlleva la aplicación de un régimen jurídico específico muy determinado y que, como se expone en los epígrafes subsiguientes de esta tesis, acarrea consecuencias jurídicas muy relevantes.

5.D. Normas procedimentales aplicables a la noción de *Dispute*: Tratamiento en el Libro Plata de 2017 y precedentes arbitrales con influencia en esta edición de FIDIC

La clasificación formal de una diferencia contractual entre las partes como *Dispute* supone la aplicación del régimen jurídico previsto en el sistema de resolución de conflictos recogido en el Libro Plata de FIDIC. A continuación, esta tesis detalla el procedimiento que siguen las diferencias entre las partes, una vez que han llegado a ser calificadas como *Dispute* en virtud del cumplimiento de los requisitos hasta ahora expuestos.

En primer lugar, la disputa se somete a un *Dispute Board* de características muy novedosas en cuanto a su naturaleza y funciones, siguiendo el trazado de las cláusulas que componen el referido sistema de resolución de conflictos del Libro Plata. En efecto, la nueva Cláusula 21 *Disputes and Arbitration* estructura en ocho subcláusulas los dos escalones (*tiers*) que suceden a la reclamación formal (*Claim*) y a su consecuente

clasificación como *Dispute* tras cumplir los requisitos enumerados. En consecuencia, el primer escalón del sistema de resolución de disputas consiste en establecimiento de una *Dispute* con los correspondientes requisitos formales, según el procedimiento referido.

El segundo escalón, que se estudia en los siguientes párrafos de la presente tesis doctoral, consiste en el conocimiento de la *Dispute* por parte de un órgano de naturaleza mixta: el *Dispute Avoidance/Adjudication Board*. El Libro Plata dedica a la comprensión y funcionamiento de este órgano híbrido una gran variedad de recursos: dos definiciones (1.1.19 “DAAB” or “Dispute Avoidance/Adjudication Board”⁶⁷⁷ y 1.1.20 “DAAB Agreement”⁶⁷⁸); seis de las ocho sub-cláusulas de la nueva Cláusula 21 *Disputes and Arbitration* (Sub-Cláusulas 21.1 *Constitution of the DAAB*, 21.2 *Failure to Appoint DAAB Member(s)*, 21.3 *Avoidance of Disputes*, 21.4 *Obtaining DAAB’s Decision*, 21.7 *Failure to comply with DAAB’s Decision* y 21.6 *No DAAB in Place*); un apéndice (*Appendix: General Conditions of Dispute Avoidance/Adjudication*), un anexo a las Condiciones Generales (*Annex: DAAB Procedural Rules*); unas extensas notas para la redacción de la correspondiente cláusula que contiene el *Dispute Avoidance/Adjudication Board (Guidance for the Preparation of Particular Conditions, Clause 21, páginas 51 a 52)*, así como un modelo de acuerdo para el establecimiento del *Dispute Avoidance/Adjudication Board*

⁶⁷⁷ Se reproduce el texto de dicha disposición: “1.1.19 “DAAB” or “Dispute Avoidance/Adjudication Board. “DAAB” or “Dispute Avoidance/Adjudication Board” means the sole member or three members (as the case may be) so named in the Contract, or appointed under Sub-Clause 21.1 [Constitution of the DAAB] or Sub-Clause 21.2 [Failure to Appoint DAAB Member(s)]”.

⁶⁷⁸ Se reproduce la referida disposición: “1.1.20 “DAAB Agreement” means the agreement signed or deemed to have been signed by both Parties and the sole member or each of the three members (as the case may be) of the DAAB in accordance with Sub-Clause 21.1 [Constitution of the DAAB] or Sub-Clause 21.2 [Failure to Appoint DAAB Member(s)], incorporating by reference the General Conditions of Dispute Avoidance/Adjudication Agreement contained in the Appendix to these General Conditions with such amendments as are agreed”.

(*Dispute Avoidance/Adjudication Agreement*)⁶⁷⁹. A continuación, la tesis analiza el contenido de las referidas disposiciones que conforman el régimen jurídico aplicable a las disputas referidas por las partes en el Libro Plata.

En primer lugar, las dos definiciones que dedica el Libro Plata al sistema de evitación y resolución de conflictos establecen el significado de los términos *Dispute Avoidance/Adjudication Board (DAAB)* y *DAAB Agreement*. La deslocalización de conceptos que se pone de manifiesto con la definición de *Claim* y *Dispute* conduce a pensar que las definiciones del Libro Plata contendrían una definición auténtica del concepto de *Dispute Avoidance/Adjudication Board*. Sin embargo, la Sub-Cláusula 1.1.19 define el concepto de *Dispute Avoidance/Adjudication Board* a través de una remisión a las Sub-Cláusulas 21.1 *Constitution of the DAAB* y 21.1 *Failure to appoint DAAB Member(s)*. Por otra parte, la Sub-Cláusula 1.1.20 tampoco aporta una definición independiente del concepto de *DAAB Agreement* más allá de una remisión a las citadas Sub-Cláusulas y al Apéndice de las Condiciones Generales del Libro Plata. Tal y como se ha anticipado en las consideraciones generales que encabezan este capítulo, la disposición sistemática de los conceptos clave de *Claim* y *Dispute* en la nueva versión de la *Rainbow Suite*, resulta de algún modo decepcionante. Es lógico subrayar que el complejo sistema de resolución de conflictos elaborado en la nueva *Rainbow Suite* podría haberse formulado de una manera más consistente.

Para aprehender los rasgos principales de la naturaleza híbrida del DAAB es necesario acudir a las Sub-Cláusulas 21.3 *Avoidance of Disputes* y 21.4 *Obtaining DAAB's Decision* del Libro Plata de 2017. Estas dos

⁶⁷⁹ La prolija extensión de estas disposiciones obliga a remitir su lectura directamente al texto auténtico del Libro Plata, documento complementario que se entrega como Anexo 1 a los miembros del tribunal de la presente tesis doctoral.

estipulaciones contienen la clave para comprender las atribuciones de este órgano con funciones mixtas.

En contraposición a la flexibilidad del procedimiento para la evitación de disputas, el redactor del Libro Plata dota de mayor formalismo al procedimiento por el cual el *Dispute Avoidance/Adjudication Board* resuelve controversias sometidas a su conocimiento por las partes. Esta afirmación encuentra respaldo en la Sub-Cláusula 21.4 *Obtaining DAAB's Decision*, donde se articula la función de resolución de disputas por parte del *Dispute Avoidance/Adjudication Board*.

Esta tesis estima que dicho procedimiento se erige como el más importante a nivel técnico-jurídico en el sistema de resolución de conflictos ofrecido por la *Rainbow Suite* de FIDIC. Se predica esta afirmación tanto por la extensión que ocupa el procedimiento de emisión de decisiones de este órgano, como por la relevante relación que presentan las actuaciones del *Dispute Board* con los escalones previos y posteriores en el sistema ofrecido por la *Rainbow Suite* para la resolución de conflictos en la ejecución contractual. En concreto, la zona gris que se crea entre el procedimiento seguido por el *Dispute Board* y la posterior remisión a arbitraje, resulta especialmente atractiva para que la presente tesis doctoral realice un estudio detallado en dicha materia⁶⁸⁰.

Independientemente de si las partes han solicitado o no la asistencia informal del *Dispute Board* con carácter previo, la Sub-Cláusula 21.4 *Obtaining DAAB's Decision*⁶⁸¹ comienza con la afirmación de que el *Dispute Board* conocerá de las disputas que surjan entre las partes. Tal y como se ha anunciado

⁶⁸⁰ Vid. infra V.

⁶⁸¹ La prolija extensión de la referida Sub-Cláusula 21.4 *Obtaining DAAB's Decision* obliga a remitir su lectura directamente al texto auténtico del Libro Plata, documento complementario que se entrega como Anexo 1 a los miembros del tribunal de la presente tesis doctoral.

con anterioridad, el concepto de *Dispute* está definido formalmente en el texto del Libro Plata, y comprende tanto aquellas *claims* sobre las que haya recaído el procedimiento establecido en la Sub-Cláusula 3.5 *Agreement or Determination*⁶⁸², como igualmente aquellas sobre las que se ha establecido un procedimiento mínimamente contradictorio (oposición o no aceptación en los términos establecidos en la Sub-Cláusula 1.1.26 *Dispute*⁶⁸³). Ante este presupuesto de hecho, cualquiera de las partes puede individualmente referir la disputa al conocimiento del *Dispute Board*. Esta remisión es el punto de partida de un procedimiento cualificado que viene recogido a lo largo de la Sub-Cláusula 21.4 *Obtaining DAAB's Decision*⁶⁸⁴.

La Sub-Cláusula 21.4.1 *Reference of a Dispute to the DAAB*⁶⁸⁵ establece cuatro requisitos de validez para la sumisión de la disputa al *Dispute Board* del Libro Plata y una presunción en el referido procedimiento. El primero de los requisitos establece un límite temporal a la sumisión de la disputa por cualquiera de las partes. En este sentido y en cohesión con el principio de preclusión que preside la edición del Libro Plata de 2017, si la disputa no es elevada al *Dispute Board* en el plazo de 42 días desde la *Notice of Dissatisfaction*, la reclamación se tendrá por caducada (*shall be deemed*

⁶⁸² Vid. supra nota 600.

⁶⁸³ Vid. supra nota 675.

⁶⁸⁴ Vid. supra nota 681.

⁶⁸⁵ Se reproduce esta disposición: “21.4.1 *Reference of a Dispute to the DAAB*. The reference of a Dispute to the DAAB (the “reference” in this Sub-Clause 21.4) shall: (a) if Sub-Clause 3.5 [Agreement or Determination] applied to the subject matter of the Dispute, be made within 42 days of the date of the relevant NOD under Sub-Clause 3.5.5 [Dissatisfaction with Employer’s Representative’s determination]. If the Dispute is not referred to the DAAB within this period of 42 days, such NOD shall be deemed to have lapsed and no longer be valid; (b) state that it is given under this Sub-Clause; (c) set out the referring Party’s case relating to the Dispute; (d) be in writing, with a copy to the other Party; and (e) for a DAAB of three persons, be deemed to have been received by the DAAB on the date it is received by the chairperson of the DAAB. The reference of a Dispute to the DAAB under this Sub-Clause shall, unless prohibited by law, be deemed to interrupt the running of any applicable statute of limitation or prescription period”.

to have lapsed and no longer be valid)⁶⁸⁶. Por su parte, los siguientes requisitos se encuadran en el elemento formal. Así, en la reclamación de la disputa ante el *Dispute Board* tiene que constar que se realiza en virtud de la Sub-Cláusula 21.4.1 *Obtaining DAAB's Decision*⁶⁸⁷; se ha de incluir asimismo referencia explícita a la *dispute* que se remite; y, como último requisito, se ha de realizar por escrito.

Por otra parte, por lo que refiere a la presunción, se establece que el *Dispute Board* recibe la reclamación en el momento en el que esta es conocida por el miembro que actúa como Presidente (*Chairman*). A partir de entonces, la Sub-Cláusula 21.4.1 *Obtaining DAAB's Decision*⁶⁸⁸ establece un importante efecto: la interposición de esta reclamación ante el *Dispute Board* interrumpe el plazo de prescripción legal, salvo que este efecto sea incompatible con alguna disposición legal, presumiblemente aquellas normas imperativas recogidas en la normativa doméstica del estado elegida como ley aplicable en virtud de las disposiciones generales contenidas en el documento *Contract Data*. Esta novedosa aseveración contiene un efecto que es muy probable que sea fuente de futuras interpretaciones en sentidos muy diversos. En la medida en que se contemple la autonomía de la voluntad de las partes y el principio jurídico indeterminado del orden público en las legislaciones domésticas adoptadas como ley aplicable al contrato, esta previsión que establece el Libro Plata surtirá variados efectos en la ejecución de las resoluciones de los *Dispute Boards* en los estados correspondientes.

La remisión de la *Dispute* al *Dispute Board* conlleva determinados efectos para las partes del contrato, que quedan enumerados en la Sub-Cláusula

⁶⁸⁶ Vid. supra nota 632.

⁶⁸⁷ Vid. supra nota 685.

⁶⁸⁸ Vid. supra nota 685.

21.4.2 *The Parties' Obligations after the reference*⁶⁸⁹ del Libro Plata: Estos efectos se centran en dos principios: por un lado, facilitar el procedimiento y, por otro lado, no interrumpir el *iter* contractual. El primer objetivo queda asegurado mediante la obligación establecida por el primer párrafo de la Sub-Cláusula 21.4.2 *The Parties' Obligations after the reference*⁶⁹⁰, que establece que las partes pondrán a disposición del *Dispute Board* toda la información necesaria para elaborar su decisión, así como los accesos al sitio y las facilidades necesarias para que el *Dispute Board* lleve a cabo la misión encomendada en las obras. Por otra parte, el párrafo final de la referida disposición pone de manifiesto el principio que subyace en todo *Standing Dispute Board*: la ventaja de continuar con la ejecución contractual mientras el *Dispute Board* resuelve la disputa que las partes han elevado a su conocimiento.

La siguiente disposición del Libro Plata, la Sub-Cláusula 21.4.3 *The DAAB's Decision*⁶⁹¹, además de establecer el límite temporal del que dispone el

⁶⁸⁹ Se reproduce esta disposición: “21.4.2. *The Parties' obligations after the reference. Both Parties shall promptly make available to the DAAB all information, access to the Site, and appropriate facilities, as the DAAB may require for the purposes of making a decision on the Dispute. Unless the Contract has already been abandoned or terminated, the Parties shall continue to perform their obligations in accordance with the Contract*”.

⁶⁹⁰ Vid. supra nota al pie 689.

⁶⁹¹ Se reproduce el contenido de esta disposición: “21.4.3 *The DAAB's decision. The DAAB shall complete and give its decision within: (a) 84 days after receiving the reference; or (b) such period as may be proposed by the DAAB and agreed by both Parties. However, if at the end of this period, the due date(s) for payment of any DAAB member's invoice(s) has passed but such invoice(s) remains/remains unpaid, the DAAB shall not be obliged to give its decision until such outstanding invoice(s) has/have been paid in full, in which case the DAAB shall give its decision as soon as practicable after payment has been received. The decision shall be given in writing to both Parties, shall be reasoned, and shall state that it is given under this Sub-Clause. The decision shall be binding on both Parties, who shall promptly comply with it whether or not a Party gives a NOD with respect to such decision under this Sub-Clause.*

If the decision of the DAAB requires a payment of an amount by one Party to the other Party (i) subject to sub-paragraph (ii) below, this amount shall be immediately due and payable without any Statement or Notice; and (ii) the DAAB may (as part of the decision), at the request of a Party but only if there are reasonable grounds for the DAAB to believe that the payee will be unable to repay such amount in the event that the decision is reversed under Sub-Clause 21.6 [Arbitration], require the payee to provide an appropriate security (at the DAAB's sole

Dispute Board para emitir su resolución (un plazo de 84 días, salvo que las partes acuerden otro distinto), contiene dos normas básicas para comprender el valor de las resoluciones de este órgano.

En primer lugar, se incide en la independencia del *Dispute Board* en su función de resolución de disputas, quedando este eximido de pronunciarse sobre la disputa en liza en tanto en cuanto no hayan sido satisfechas las facturas por concepto de sus honorarios. Teniendo en cuenta que las normas sobre el establecimiento del *Standing Dispute Board* del Libro Plata disponen que la remuneración del *Dispute Avoidance/Adjudication Board* sea acometida por las partes al cincuenta por ciento, esta disposición redundante en el principio de imparcialidad que fundamenta las funciones de evitación y resolución de disputas de este mecanismo contractual que, en este caso, presenta rasgos heterocompositivos.

En segundo lugar, los siguientes párrafos de la Sub-Cláusula 21.4.3 *The DAAB's Decision*⁶⁹², redundan en una cuestión fundamental: la inmediatez de los efectos de las resoluciones del *Dispute Board*. Esta relevante cuestión es objeto de estudio en el siguiente subepígrafe.

5.E. Los efectos de las resoluciones emitidas por los Dispute Boards: Nueva redacción del Libro Plata a la luz de diversos pronunciamientos arbitrales

La cuestión sobre el momento en el que comienzan a ser vinculantes para las partes las resoluciones de los *Dispute Boards*, ha sido objeto de análisis en anteriores epígrafes de la presente tesis doctoral, desde una perspectiva teórica

discretion) in respect of such amount. The DAAB proceeding shall not be deemed to be an arbitration and the DAAB shall not act as arbitrator(s)".

⁶⁹² Vid. supra nota 691.

que fundamenta la distinción entre *Dispute Adjudication Board* y *Dispute Review Board*⁶⁹³. Sin embargo, en última instancia, la vinculatoriedad inmediata de los efectos contenidos en las resoluciones se manifiesta en que estas son consideradas como finales; lo cual resulta la distinción fundamental entre las decisiones y las meras recomendaciones.

Sobre el momento en el que resultan vinculantes para las partes las decisiones emitidas por el *Dispute Board*, el Libro Plata presenta una mejora sustancial con respecto a la redacción de la edición predecesora de 1999. La actual reformulación de las disposiciones referentes a esta previsión contractual se debe a buen seguro a la influencia que ha recibido el redactor del modelo de contrato FIDIC con motivo de las diversas resoluciones arbitrales sobre esta cuestión. Una vez más, los modelos de contrato FIDIC muestran su adaptación a la actualidad de la industria, erigiéndose así como una valiosa herramienta para la práctica de la relevante actividad de los grandes contratos de ingeniería y construcción.

Para poner de relieve la solución elegida por el redactor del nuevo Libro Plata, se impone en primer lugar el análisis de la redacción de la edición de 1999. En la Sub-Cláusula 20.4 *Solicitud de la Decisión de la MRC*⁶⁹⁴ de las Condiciones Generales del Libro Plata de 1999, se establecía que “*En caso de que la MRC haya comunicado a ambas Partes su decisión sobre un conflicto, y ninguna Parte haya entregado ninguna notificación de disconformidad en el plazo de 28 días después de recibir la decisión de la MRC, la decisión será definitiva y vinculante para ambas partes*”⁶⁹⁵. De la mera lectura de esta

⁶⁹³ Vid. supra III.2.

⁶⁹⁴ En la edición de 1999 del Libro Plata, que –a diferencia de la nueva edición de 2017– puede adquirirse traducida al español, la abreviatura MRC hace referencia a “Mesa de Resolución de Conflictos”, siendo esta denominación una de las que puede utilizarse para hacer referencia a los *Dispute Boards*, tal y como se enuncia al inicio de esta tesis doctoral.

⁶⁹⁵ La redacción auténtica de esta Sub-Cláusula, en inglés, es la siguiente: “*If the DAB has given its decision as to a matter in dispute to both Parties, and no notice of dissatisfaction has been*

afirmación, se infiere que las decisiones emitidas por los *Dispute Adjudication Boards* del Libro Plata de 1999 no eran inmediatamente vinculantes. Lógicamente, surge la cuestión de cuáles son en dicho contexto los efectos para las partes de una resolución vinculante emitida por un *Dispute Adjudication Board*, en dicho plazo de 28 días otorgado por el redactor de FIDIC para la emisión de la *Notice of Dissatisfaction*.

La nueva redacción del Libro Plata de 2017 en este sentido, contenida en los párrafos cuarto y quinto de la Sub-Cláusula 21.4.3 *The DAAB's Decision*⁶⁹⁶, resulta un gran acierto, tendente a solucionar la hasta el momento nada pacífica cuestión sobre la finalidad de los efectos contenidos en las resoluciones emitidas por los *Dispute Boards*. Así, el redactor del Libro Plata de 2017 se muestra mucho más riguroso a la hora de otorgar efectos inmediatos a las resoluciones emitidas por el *Dispute Board* en su función de resolución de conflictos, estableciendo claramente que la decisión será vinculante para ambas partes. Estas habrán de cumplir con su contenido de manera inmediata, independientemente de que cualquiera de ellas emita una notificación de disconformidad a dicha decisión en los términos de esa misma Sub-Cláusula (“*The decision shall be binding on both Parties, who shall promptly comply with it whether or not a Party gives a NOD with respect to such decision under this Sub-Clause*”)⁶⁹⁷. En la presente sección, se analizan los fundamentos sobre los que radica la opción del redactor del Libro Plata para la configuración contractual de este relevante punto.

given by either Party within 28 days after it received the DAB's decision, then the decision shall become final and binding upon the Parties”.

⁶⁹⁶ Vid. supra nota al pie 691.

⁶⁹⁷ Abreviatura utilizada en el Libro Plata para referirse a las Notices of Dissatisfaction, tal y como se enuncia en la Sub-Cláusula 1.1.49: “*“Notice of Dissatisfaction” or “NOD” means the Notice one Party may give to the other Party if it is dissatisfied, either with an Employer’s Representative’s determination under Sub-Clause 3.5 [Agreement or Determination] or with a DAAB’s decision under Sub-Clause 21.4 [Obtaining DAAB’s Decision]*”.

Partiendo de la edición de la *Rainbow Suite* de 1999 expuesta, la cuestión sobre la finalidad de las decisiones del *Dispute Board* ha sido objeto de numerosos pronunciamientos arbitrales que han ido modelando su naturaleza a lo largo de varias décadas. Tal es el caso del laudo derivado del Caso número 15956 de la Cámara de Comercio Internacional, que establece la vinculatoriedad inmediata de los efectos de la resolución del *Dispute Board*. En este supuesto, el pronunciamiento arbitral dispone que las decisiones tomadas por el *Dispute Adjudication Board* en su función de resolución de conflictos han de ser cumplidas por las partes, independientemente de que en un momento posterior a las mismas la parte no favorecida por ellas emita una *Notice of Dissatisfaction*. Esta última circunstancia, a la luz de los argumentos utilizados por el referido laudo, daría lugar exclusivamente al cumplimiento de los requisitos procedimentales para obtener una resolución arbitral según el sistema de resolución de conflictos *multi-tier* elaborado por FIDIC su clausulado⁶⁹⁸.

Por el contrario, algunas resoluciones arbitrales dejan en suspenso la firmeza de los efectos de las resoluciones emitidas por los *Dispute Boards*, durante el periodo establecido hasta la finalización del plazo que la edición predecesora de los modelos de contrato FIDIC otorgaban a las partes para

⁶⁹⁸ Así se pronuncia el panel arbitral: “*It was never suggested to the Arbitral Tribunal that it should limit itself to deciding in this Partial Award, which both Parties equally requested, whether the decisions of the DAB are valid and binding in the abstract, without drawing the practical consequences of such a finding. As a result, the Arbitral Tribunal finds that it is bound to decide whether the decisions of the DAB should be executed, irrespective of the remaining claims to be settled later, and irrespective of the fact that it may ultimately reverse the decisions of the DAB.*”

This Tribunal thus finds that it flows from the Contract that the Decisions of the DAB should be complied with by the Parties, subject to the Arbitrators retaining their "full power to open up, review and revise" such Decisions of the DAB as provided for by Sub-Clause 20.6 of the General Conditions of Contract. Thus, a decision by the Arbitral Tribunal ordering compliance with a DAB decision does not indicate any pre-judgment of the issues submitted to arbitration.

As a result, the Arbitral Tribunal will order Claimant to comply with the Decisions of the DAB, the merits of the case being reserved”.

Laudo de la Cámara de Comercio Internacional sobre *Dispute Boards*, emitido en el Caso 15956, en 2015 y publicado en ICC Dispute Resolution Bulletin 2015 No. 1.

interponer la *Notice of Dissatisfaction*. En este sentido se pronuncia el laudo emitido por la CCI en el Caso número 16262⁶⁹⁹. Esta decisión, revisando las disposiciones del Libro Amarillo de FIDIC en su versión de 1999 utilizadas por las partes contendientes en el arbitraje, no aclara en qué situación quedan las cuestiones suscitadas con motivo de la emisión de las decisiones del *Dispute Board*. En este laudo arbitral, la naturaleza de las decisiones del *Dispute Adjudication Board* en el periodo que abarca desde su emisión hasta el cumplimiento de los 28 días de plazo para emitir la *Notice of Dissatisfaction* no queda especialmente depurada. En su lugar, el panel arbitral que dicta el laudo se limita a establecer que el tribunal arbitral puede entrar a conocer de la cuestión en liza y revertir las decisiones emitidas por el *Dispute Board*⁷⁰⁰.

Para obtener la imagen completa sobre la cuestión de la naturaleza vinculante *ab initio* de las decisiones de los *Dispute Boards*, son interesantes las alegaciones del demandado arbitral en el Caso 16570⁷⁰¹ de la Cámara de Comercio Internacional. En el referido caso, las partes habían celebrado un contrato que incorporaba las condiciones FIDIC del Libro Amarillo. El *Employer* notificó la rescisión del contrato debido a que su ejecución se había demorado

⁶⁹⁹ “If the DAB has given its decision as to a matter in dispute to both Parties, and no notice of dissatisfaction has been given by either Party within 28 days after it received the DAB's decision, then the decision shall become final and binding upon both Parties”.

Laudo de la Cámara de Comercio Internacional sobre *Dispute Boards*, emitido en el Caso 16262, seguido en Londres (Reino Unido) en 2015 y publicado en ICC Dispute Resolution Bulletin 2015 No. 1.

⁷⁰⁰ Tal y como desarrolla el pronunciamiento: “63. *The Respondents' claim for damages against the Claimant for alleged breach by starting these proceedings without a prior reference to a DAB is reserved for further argument and award*”.

Laudo de la Cámara de Comercio Internacional sobre *Dispute Boards*, emitido en el Caso 16262, seguido en Londres (Reino Unido) en 2015 y publicado en ICC Dispute Resolution Bulletin 2015 No. 1. Este laudo también se pronuncia sobre cuestiones relativas a la sumisión de la disputa al *Dispute Board* con anterioridad al arbitraje y el estudio de esta cuestión se remite al Capítulo V de la presente tesis doctoral.

⁷⁰¹ Laudo parcial sobre *Dispute Boards* emitido en el Caso número 16570 de la Cámara de Comercio Internacional, seguido en la capital de un estado del este de Europa y publicado en ICC Dispute Resolution Bulletin núm. 1, 2015.

(cuestión esencial de plazo). Por su parte, el *Contractor*-demandado formuló objeciones y tomó medidas para establecer un *Dispute Adjudication Board*, configurado como *Ad Hoc* según preveía la versión original del Libro Amarillo de FIDIC de 1999. Este órgano tomó dos decisiones, sobre las que el demandado arbitral emitió sendas *Notices of Dissatisfaction*.

En el arbitraje que conoció de la causa, el demandante solicitó una orden que exigiera la aplicación de las decisiones del *Dispute Adjudication Board* y el demandado, alegando que las reclamaciones del demandante habían prescrito, reconvino. El tribunal arbitral se pronunció sobre su competencia, admitiendo la causa, y dictaminó –tras interpretar el *dies ad quem* de los plazos de prescripción– que las demandas reconventionales del demandado habían prescrito, a diferencia de las demandas del demandante. Sin embargo, el panel arbitral se pronunció en el sentido de que las decisiones del *Dispute Adjudication Board* no podían aplicarse porque el órgano de resolución de conflictos había sido constituido indebidamente. Basaba este argumento en que, a pesar de haber firmado un contrato basado en las condiciones del Libro Amarillo de FIDIC de 1999, la intención de las partes era la de establecer un *Standing Dispute Board* y, finalmente, se había llegado a constituir un *Ad Hoc Dispute Board*. Esta circunstancia fue contemplada por el tribunal arbitral como un impedimento para la vinculatoriedad de las decisiones emitidas por el *Dispute Board* del proyecto.

En este caso, la contestación a la demanda arbitral se dirige a conseguir un pronunciamiento en el sentido de que en el periodo de tiempo entre la emisión de la decisión hasta el vencimiento del plazo establecido para que las partes puedan emitir la *Notice of Dissatisfaction*, los efectos del *Dispute Adjudication Board* no sean vinculantes y, por ende, las resoluciones de este órgano no resulten finales ni definitivas. Son varios los argumentos que presenta el demandado ante el tribunal arbitral, quien, finalmente, se pronuncia

de manera favorable a sus pretensiones, aunque basándose en criterios distintos a los aducidos por el demandado arbitral.

En primer lugar, el demandado arbitral en este caso fundamenta su contestación en las provisiones de la Sub-Cláusula 20.6 del contrato, que establece en su interpretación que una vez que se ha emitido la *Notice of Dissatisfaction*, el tribunal arbitral solo podrá motivar su resolución sobre los hechos del caso, quedando relegada la decisión del *Dispute Adjudication Board* a un mero medio de prueba. Asimismo, el demandado alega que, dado que las decisiones del *Dispute Adjudication Board* no tienen el carácter de finales, no pueden ser ejecutadas en virtud de las disposiciones contractuales, puesto que la emisión de un laudo con este contenido vulneraría el derecho a un proceso equitativo reconocido en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁷⁰² y la ley doméstica aplicable al contrato.

⁷⁰² Se reproduce a continuación: “Artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Derecho a un proceso equitativo 1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan 10 11 o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia. 2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. 3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él; b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan; d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra; e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia”.

El demandado basa este argumento en la obligación de los árbitros de emitir una resolución sobre el caso tras haber dado la pertinente audiencia a las partes en contradicción, para que puedan alegar todos sus medios de prueba. La emisión de un laudo final motivado sobre una decisión de un órgano creado por las partes, en opinión del demandado, vulneraría los principios del orden público⁷⁰³. Estos argumentos, entre otros de orden procesal, conducen al demandado a concluir en su contestación que el *Dispute Adjudication Board* había sido establecido prescindiendo del procedimiento contractual y en contra, por tanto, de lo contemplado por la autonomía de la voluntad de las partes, anulando así la autoridad otorgada a este órgano para resolver las cuestiones contractuales. En virtud de lo que antecede, el demandado sostiene que las resoluciones emitidas por el *Dispute Board* no son válidas ni vinculantes⁷⁰⁴.

El tribunal arbitral basa su resolución, favorable al demandado arbitral, en las irregularidades acometidas en el establecimiento del *Dispute Adjudication Board* por las partes, enjuiciando la intención de las partes a través de los trabajos preparatorios generados en la negociación contractual⁷⁰⁵.

⁷⁰³ Causa esta, a su vez, de abstención de ejecución del laudo por parte de los tribunales locales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 del Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958. “*Article V. 2. Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that: (a) (...); or (b) The recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country*”.

⁷⁰⁴ Laudo parcial sobre *Dispute Boards* emitido en el Caso número 16570 de la Cámara de Comercio Internacional, seguido en la capital de un estado del este de Europa y publicado en ICC Dispute Resolution Bulletin núm. 1, 2015.

⁷⁰⁵ Así se establece en los siguientes párrafos: “223. *To make things clear: the Arbitral Tribunal does not dispute the compulsory character of DAB procedures in FIDIC contracts before addressing a dispute to arbitration. On the contrary, the Arbitral Tribunal believes that, had the Parties not amended Sub-Clause 20.2, an ad hoc DAB would have been the necessary mechanism to solve this dispute before arbitration, and the Claimant would have proceeded correctly. Similarly, considering the amendment of Sub-Clause 20.2, should the Parties have appointed a permanent DAB to solve not only a particular dispute, then the Parties should have had to use this mechanism before going to arbitration. However, in the case at hand, since this was not the mechanism used the Arbitral Tribunal considers that the constituted DAB was a body that had not been agreed by the Respondent as the authorized institution to solve the*

En sus conclusiones, el laudo señala que el *Dispute Adjudication Board* no fue constituido válidamente y que, por tanto, sus resoluciones no vinculan al demandado arbitral. Por ello, el tribunal arbitral traslada la cuestión sobre la inmediatez de las resoluciones emitidas por los *Dispute Adjudication Boards* a otros aspectos que invalidan los efectos de las mismas. Pero el esperado pronunciamiento sobre la inmediatez de los efectos de las resoluciones de los *Dispute Boards* todavía no es abordado en esta instancia arbitral.

En materia de fuerza vinculante directa y *ab initio* de las resoluciones de los *Dispute Boards*, merece especial atención la resolución arbitral del caso número 16119 de la Cámara de Comercio Internacional⁷⁰⁶. A esta cuestión dedica

disputes between the Claimant and the Respondent and therefore the appointed DAB infringed the agreement of the Parties, as the Respondent pointed out in the respective Notices of Dissatisfaction of November 11, 2008 and June 26, 2009. Consequently, the DAB had no jurisdiction to decide the disputes referred to it, with the consequence that the decisions rendered by the DAB do not bind the Respondent and cannot be given effect”.

Laudo parcial sobre *Dispute Boards* generado en el Caso número 16570 de la Cámara de Comercio Internacional, emitido en la capital de un estado del este de Europa y publicado en ICC Dispute Resolution Bulletin núm. 1, 2015.

⁷⁰⁶ Se reproducen extractos de la argumentación y del fallo del referido laudo: “97. *The binding force of the DAB's decisions having been established, we now address the Claimant's request for a partial award ordering the Respondent to pay the sums adjudicated by the DAB.* 98. *[The applicable law] stipulates that: "the parties may, by their arbitration agreement, or by a subsequently concluded written deed, either directly or with reference to a determined set of arbitration rules, establish norms with regard to (...) the content and form of the arbitral award and, generally, any other norms with regard to the orderly proceeding of the arbitration" ...* 99. *The Parties have agreed, as reflected in the Terms of Reference, section 6, to a bifurcation of the proceedings. They have also agreed and therefore empowered the Sole Arbitrator to decide on certain issues in this preliminary phase of the proceedings.* 100. *This empowerment includes the issuance of this Partial Award.* 101. *However, it is necessary to briefly analyse the meaning and consequences of the partial award requested by the Claimant. The decision sought by the Claimant is an award that finally disposes of part of the dispute. Claimant has stated, and Defendant has not denied, that [local] courts would not enforce temporary or provisional measures. Consequently, the partial award should be final on the issue decided. The Claimant has insisted on this point. The application of Art. 23 of the ICC Rules of Arbitration was thus excluded by the Claimant (...)* 102. *Coming back to the DAB's decisions, if it is true that they are binding, it is also true and not denied by the Claimant that these decisions are not final. Indeed, the Sole Arbitrator is requested to revise the DAB's decisions. Consequently, any payment ordered by the Sole Arbitrator at this stage would not be definitive, but temporary or provisional, as both Parties are asking the Sole Arbitrator to open up, review and revise the DAB's decisions on which such payments are based.* 103. *I have already decided that the DAB's*

el referido laudo un epígrafe completo, que resulta especialmente ilustrativo. El demandante arbitral considera que para que el *Dispute Board* cumpla su función de resolución de conflictos tal y como esta se configura contractualmente en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes como método para evitar conducir la cuestión a arbitraje, es necesario que sus decisiones sean vinculantes desde el momento en el que estas son emitidas. Este argumento está basado esencialmente en la referida Sub-Cláusula 20.4, que establece en la versión contractual del caso que “la decisión del DAB será vinculante para ambas partes,

decisions are binding and, therefore, the sums recognized under those decisions are due and payable by the Respondent to the Claimant until the revision of the decisions in the Final Award. Sub-Clause 20.4 IV of the General Conditions reflects this principle: "The decision shall be binding on both Parties, who shall promptly give effect to it unless and until it shall be revised in (...) an arbitral award (...)". An award declaring them to be binding as a matter of contract is thus possible. 104. The Respondent has indeed recognized this in its letter ... and has paid part of the sums awarded by the DAB's decision in relation to Claim 11, although it had served a notice of dissatisfaction (...) 105. The binding force of the DAB's decisions from the moment in which they are rendered until revised by an arbitral award is a conclusion that it is not subject to subsequent revision in the Final Award and, therefore, it can be declared in a final partial award. 106. On the other hand, the DAB's decisions are not final and any payment awarded by those decisions may be revised and reversed. Therefore, the Sole Arbitrator cannot issue any final award ordering the payment of the sums decided by the DAB. By necessity, the payment ordered should be provisional or temporary. The partial award requested cannot definitively determine the payment issues and, consequently, any order for payment at this stage must be provisional. It goes against the essence of a final award to make an order that could be revisited and reversed in a further award. The fact that the award only deals with part of the dispute, and is thus "partial", does not change this conclusion. 107. The Sole Arbitrator could render an interim award ordering payment subject to subsequent revision and, thus, only of temporary or provisional character. However, the Claimant expressly requests a partial award which is final on the matters decided and excludes an interim award. 108. In conclusion, the payments awarded under the DAB's decision will be revisited by the Sole Arbitrator and cannot be the subject of a final partial award and again the subject of the final award. As the Claimant has expressly stated that it is not applying for an interim award, this issue will only be dealt with in the Final Award.

Partial Award. For all the reasons set out above, the Sole Arbitrator decides to: 1) Declare that the DAB's decisions of 11 February 2007, 29 March 2007 and 1 December 2008 are binding unless and until they are revised by the Sole Arbitrator in its Final Award; 2) Declare that the amounts decided by the DAB on 29 March 2007 and 1 December 2008 ... are due and payable by the Respondent to the Claimant unless and until they are revised by the Sole Arbitrator in its Final Award (...)".

Laudo sobre *Dispute Boards* y resolución de disputas *multi-tier*, emitido en el caso 16119, publicado en el ICC Dispute Resolution Bulletin 2015 núm. 1. El arbitraje fue celebrado en la capital de un país de Europa del Este). En especial, epígrafes 5 y 6 del referido laudo.

que le otorgarán efecto inmediato salvo que y hasta que esta sea revisada mediante acuerdo amistoso o laudo arbitral”⁷⁰⁷.

Por ello, la decisión tomada por el *Dispute Adjudication Board* es vinculante desde su emisión, sin perjuicio de que si se cumple el plazo de 28 días sin que la parte no favorecida por ella emita una *Notice of Dissatisfaction*, la decisión –además– adquiera carácter de final y definitiva. Esta afirmación radica tanto en el principio *pacta sunt servanda* –en virtud del cual las partes otorgan al órgano adjudicativo la autoridad para pronunciarse sobre la cuestión que ellas mismas remiten a su conocimiento– como en el principio de buena fe; ambos consolidados en la ley aplicable al contrato que motiva la resolución arbitral de referencia. Siguiendo esta argumentación del demandante arbitral en el caso número 16119 de la Cámara de Comercio Internacional, la inobservancia de las resoluciones emitidas por el *Dispute Board* constituye un supuesto de incumplimiento contractual que, por su parte, puede ser sometido a instancias de revisión y control según lo establecido contractualmente y en la ley aplicable al acuerdo de voluntades.

Por su parte, el demandado arbitral del caso número 16119 de la Cámara de Comercio Internacional utiliza los correspondientes argumentos para hacer valer su posición contractual, intentando evitar la inmediatez de los efectos de las resoluciones del *Dispute Board*. En primer lugar, basa su postura en la redacción de la Sub-Cláusula 20.7 del modelo de contrato FIDIC utilizado, en virtud de la cual se establece un mecanismo de ejecución de las resoluciones del *Dispute Board* en caso de que no se haya enviado una *Notice of Dissatisfaction*. Los efectos de la resolución del *Dispute Adjudication Board*, por tanto, no son automáticos en ausencia de este procedimiento. En segundo lugar, el demandado

⁷⁰⁷ En la redacción original en inglés: “[t]he DAB decision shall be binding on both Parties, who shall promptly give effect to it unless and until it shall be revised in an amicable settlement or arbitral award”.

arbitral interpreta *sensu contrario* la redacción de la edición de la *Rainbow Suite* al respecto: en ausencia de *Notice of Dissatisfaction* la decisión deviene definitiva. Por ello, hasta que no pasa el plazo de 28 días, no se puede afirmar que la decisión del *Dispute Adjudication Board* despliegue efecto alguno. Se afianza este argumento con la idea de que el mecanismo previsto para que la parte no favorecida con la decisión del *Dispute Adjudication Board* pueda acudir a arbitraje es precisamente la *Notice of Dissatisfaction*. De este modo, en caso de que la cuestión referida en el caso que se estudia fuera ejecutada directamente, el mecanismo que comienza con la *Notice of Dissatisfaction* quedaría vacío de contenido. El demandado arbitral, incluso, va más allá en la interpretación de la Sub-Cláusula 20.4 de la edición de FIDIC de 1999⁷⁰⁸, afirmando que esta previsión solo es aplicable en caso de que la decisión sea final y vinculante, en el sentido de que no se haya emitido una *Notice of Dissatisfaction* sobre su contenido.

El árbitro único que conoce de esta controversia se pronuncia en el referido laudo, comenzando por recordar el sistema *multi-tier* de resolución de conflictos aplicable a la disputa: i) se refiere la disputa al *Dispute Adjudication Board*; ii) el *Dispute Adjudication Board* emite su decisión en un plazo de 84 días; iii) las partes reaccionan al contenido de la resolución, o bien guardando silencio o bien emitiendo una *Notice of Dissatisfaction*; iv) en caso de *Notice of Dissatisfaction*, las partes están llamadas contractualmente a solucionar sus diferencias mediante un acuerdo amistoso (*Amicable Settlement*) y v) si las partes no consiguen llegar a un acuerdo amistoso, la disputa puede

⁷⁰⁸ Se recuerda la redacción auténtica de esta disposición: “*If the DAB has given its decision as to a matter in dispute to both Parties, and no notice of dissatisfaction has been given by either Party within 28 days after it received the DAB's decision, then the decision shall become final and binding upon the Parties*”.

someterse a arbitraje internacional (“[the dispute] may be referred to international arbitration”)⁷⁰⁹.

De la misma manera, el árbitro único enfatiza la expresión utilizada en la Sub-Cláusula 20.4, que establece que son finales y vinculantes las decisiones que no hayan sido objeto de *Notice of Dissatisfaction* posterior; de manera que la redacción de la edición de los modelos de contrato FIDIC de 1999 distingue entre dos momentos. El primero de ellos es aquel en que la decisión es vinculante, pero está pendiente de revisión por parte del tribunal arbitral internacional. El segundo de ellos es aquel en el que la decisión del *Dispute Board*, además de ser vinculante, es final. De la redacción de FIDIC, por tanto, se desprende que sus Condiciones Generales otorgan efecto inmediato a cualquier decisión emitida por el *Dispute Board*, sin perjuicio de que esta no devenga definitiva hasta que venza el plazo establecido para la remisión de una *Notice of Dissatisfaction*, sin que esta se haya producido. En cualquier caso, la decisión del *Dispute Adjudication Board* sigue siendo vinculante para las partes y estas han de cumplir sus provisiones, hasta que exista un pronunciamiento en contrario por parte de un tribunal arbitral.

El árbitro único fundamenta esta argumentación en el propio significado de la cláusula *multi-tier*. En virtud de este tipo de disposiciones, se dota a las partes contractuales de diversos métodos para solucionar sus diferencias en un plazo ajustado y permitiendo en todo momento que la ejecución contractual no haya de suspenderse con motivo de la resolución de disputas; dejando expedita una eventual vía jurisdiccional como un mecanismo de revisión que pueda revertir los efectos de las resoluciones tomadas constante ejecución. Aplica el árbitro esta argumentación a la diferencia sometida por las partes, que tiene una naturaleza pecuniaria. Dado que las resoluciones son vinculantes *ab*

⁷⁰⁹ Es importante resaltar que el laudo utiliza el verbo performativo *may* en lugar de *shall*, advirtiendo de que esta opción no es obligatoria, sino que depende de la voluntad de las partes.

initio, las cantidades en liza tienen la consideración de vencidas y exigibles desde su reconocimiento en la decisión del *Dispute Board*. Sin embargo, no son definitivas hasta que el procedimiento arbitral finalice con su resolución motivada. Las cantidades adeudadas han de ser pagadas, independientemente de que en el plazo indicado para ello la parte sometida al pago emita una *Notice of Dissatisfaction*, en cumplimiento del principio *solve et repete*. El árbitro único, incluso, va más allá analizando el concepto de resolución no definitiva. En tanto en cuanto las decisiones del *Dispute Board* no adquieren carácter definitivo hasta que no transcurre el plazo indicado para la presentación de una *Notice of Dissatisfaction* o bien exista un pronunciamiento arbitral en contrario; el árbitro en este caso no está facultado para emitir un laudo final, sino que este ha de ser reservado para el momento en el que se haya observado el *iter* dispuesto en el sistema *multi-tier*. En consecuencia, mientras esta condición no se cumpla, las cantidades vencidas y exigibles han de ser abonadas en virtud de las disposiciones contractuales.

La doctrina internacional también se ha pronunciado con ahínco al respecto del momento en el que las decisiones de los *Dispute Adjudication Boards* vinculan a las partes. Algunas voces de gran prestigio en la materia señalan que las decisiones de los *Dispute Adjudication Boards*, tal y como viene configurados en los modelos de contrato FIDIC, son creadoras de nuevas obligaciones contractuales entre las partes⁷¹⁰. Esta consecuencia se predica tanto en los casos en los que la resolución es vinculante pero no final, como en aquellos en los que la resolución ha devenido final, porque ha pasado el lapso de tiempo que establece el contrato

⁷¹⁰ SEPPÄLÄ, Christopher R., “Recent Case Law on Dispute Boards”, en DE LY, Filip, “Concluding Remarks”, en DE LY, Filip; GÉLINA Paul-A., *Dispute Prevention and Settlement through Expert Determination and Dispute Boards* (Dossier de la Cámara de Comercio Internacional), París, 2017, págs. 123 y ss.

para emitir la *Notice of Dissatisfaction* sin que ninguna de las partes a las que alude la resolución haya emitido la referida comunicación formal.

En relación con ello, el incumplimiento del contenido de la resolución del *Dispute Adjudication Board* conllevaría en todo caso un supuesto de incumplimiento contractual. Por este motivo, la parte que no hubiera incumplido el contrato quedaría facultada para entablar acciones por daños. En esta línea se pronunció la Corte de Apelaciones de Singapur⁷¹¹ en el ya conocido como Caso Persero⁷¹², al afirmar que la Sub-Cláusula 20.4 de los modelos de contrato FIDIC impone una obligación contractual distinta a la contenida en las estipulaciones contractuales, en virtud de la cual la parte que ha de acometer un pago ha de efectuarlo desde el momento en el que se emite la resolución. El cumplimiento de las disposiciones establecidas en la decisión del *Dispute Adjudication Board* es, por tanto, independiente de que la resolución sea vinculante y definitiva o exclusivamente vinculante pero no definitiva. En términos de ejecutabilidad, la obligación con efectos *ab initio* es susceptible de ser ejecutada directamente en vía de arbitraje, sin que las partes tengan que observar las previsiones posteriores establecidas en el sistema *multi-tier* de resolución de conflictos contractual⁷¹³.

La doctrina internacional⁷¹⁴ se hizo eco de esta resolución del caso Persero⁷¹⁵, que consolida el principio *solve et repete* en los casos en los que el

⁷¹¹ Singapore's Court of Appeal.

⁷¹² PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK v CRW Joint Operation [2015] SGCA 30 *Court of Appeal Civil Appeals* núms. 148 y 149 de 2013; sentencia emitida en 27 de mayo de 2015.

⁷¹³ Estas afirmaciones están contenidas en el Párrafo 88 de la sentencia referida, que se reproduce a continuación: “*To sum up our analysis at [83]–[87] above, cl 20.4 imposes a distinct contractual obligation on a paying party to comply promptly with a DAB decision regardless of whether the decision is final and binding or merely binding but non-final, and this obligation is capable of being directly enforced by arbitration without the parties having to first go through the preliminary steps set out in cl 20.4 and 20.5*”.

⁷¹⁴ GILLION, Frédéric, “The Court of Appeal Decision in Persero II: are we Now Clear About the Steps to Enforce a Non-Final DAB Decision Under FIDIC?”, *International Construction Law Review*, 4, 2016; GILLION, Frédéric, “Persero II: “Pay Now, Argue Later” in the Context of DAB Decisions – What approach Best Advances The Purpose Of The Fidic’s Security Of

Dispute Board haya emitido una resolución. A su vez, la aplicación del referido principio está orientada a uno de los objetivos fundamentales en los contratos de construcción: asegurar el *cash flow* del proyecto, con especial incidencia en la figura del *Contractor* cuyas reclamaciones, por otra parte, suelen tener como contenido cantidades pecuniarias⁷¹⁶.

La nueva edición de la *Rainbow Suite* de FIDIC de 2017 no es ajena a la polémica suscitada en torno a la inmediatez de los efectos de las resoluciones de los *Dispute Boards* y el redactor de FIDIC ha realizado un esfuerzo notable por perfilar esta cuestión con claridad. Este esfuerzo, que parece recoger las incidencias ya resueltas en sede de arbitraje a lo largo de los años, viene adecuadamente reflejado en la redacción de la Sub-Cláusula 21.4.3 del Libro Plata: *The DAAB's decision*⁷¹⁷. Esta sub-cláusula dedica sus párrafos

Payment Regime?”, *International Construction Law Review*, 26, 2015; RAJAH, Meera, “Singapore Case Update: Direct Enforceability of Interim Arbitral Award (PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK v CRW Joint Operation [2015] SGCA 30)”, *International Arbitration Asia*, Agosto de 2015, <http://www.internationalarbitrationasia.com/Direct-Enforceability-of-Interim-Arbitral-Awards>.

⁷¹⁵ El caso Persero hace referencia a dos procesos. En el primero de ellos, la Corte de Apelaciones de Singapur tomó una decisión que fue muy criticada por la doctrina y la práctica internacionales. Hubo voces que, incluso, subrayaron la importancia de interpretar correctamente las cláusulas de los modelos de contrato FIDIC en una jurisdicción que pretende llegar a ser referencia internacional en la resolución alternativa de disputas. SEPPÄLÄ, Christopher R., “Singapore Court Should Not Have Set Aside ICC Award Enforcing Dispute Adjudication Board Decision”, *MEALEY'STM International Arbitration Report*, vol 26, núm 12, París, diciembre 2011, https://www.whitecase.com/sites/whitecase/files/files/download/publications/article_Singapore_Court_ICC_Dispute_Adjudication_Board.pdf. De la misma manera, los mismos autores que pusieron de manifiesto el error del alto tribunal de Singapur, recibieron de muy buen grado la segunda de las resoluciones referentes al caso Persero. A este respecto, *vid.* SEPPÄLÄ, Christopher R., “An Excellent Decision From Singapore Which Should Enhance the Enforceability of Decisions of Dispute Adjudication Boards—the Second Persero Case before the Court of Appeal”, *Construction Law Journal*, vol. 31, núm 7, 2015, http://fidic.org/sites/default/files/2015_ConstLJ_Issue_Print_7FINALSEPPALA.PDF.

⁷¹⁶ Existen ya laudos que recogen esta línea de desarrollo, si bien todavía no han sido publicados. Como referencia, se trata esta cuestión en el laudo emitido en el caso 18473 (*Second Partial Award*) de la Cámara de Comercio Internacional, de 2015.

⁷¹⁷ Sub-Cláusula 21.4.3 *The DAAB's decision*, párrafos cuarto y quinto:

cuarto y quinto a establecer con gran claridad la inmediatez de los efectos de las resoluciones del *Dispute Board*. Así, el texto del 2017 insta a las partes al cumplimiento de sus disposiciones de manera inmediata; sin perjuicio de la emisión de una posterior *Notice of Dissatisfaction*. Queda con ello solucionada la cuestión que ha estado en liza en los diversos casos ya expuestos⁷¹⁸. Más allá, incluso, el Libro Plata da respuesta al ejemplo más frecuente entre las decisiones del *Dispute Board*: los efectos de las resoluciones pecuniarias. En tales casos, el Libro Plata previene expresamente que las cantidades adeudadas habrán de ser satisfechas con inmediatez, sin estar sujetas a ningún requisito formal (*Statement or Notice*). El redactor del Libro Plata, incluso, va más allá, posibilitando que la decisión del *Dispute Board* contenga la obligación de asegurar el pago contenido en la resolución, mediante el establecimiento de una garantía. Esta posibilidad, no obstante, queda configurada con carácter restringido: ha de ser necesariamente solicitada por la parte que invoca las dificultades para el cobro de la cantidad y sometida al juicio de razonabilidad del *Dispute Board*. Deja incluso el Libro Plata a la elección de este último el medio de garantía más adecuado para asegurar el cumplimiento de la obligación de pago.

La novedosa redacción de los efectos de las resoluciones del *Dispute Board* en el Libro Plata de 2017 redundará, a buen seguro, en la efectividad de las resoluciones de este tipo de órganos. Dado que dicha

“The decision shall be binding on both Parties, who shall promptly comply with it whether or not a Party gives a NOD with respect to such decision under this Sub-Clause.

If the decision of the DAAB requires a payment of an amount by one Party to the other Party

(i) subject to sub-paragraph (ii) below, this amount shall be immediately due and payable without any Statement or Notice; and

(ii) the DAAB may (as part of the decision), at the request of a Party but only if there are reasonable grounds for the DAAB to believe that the payee will be unable to repay such amount in the event that the decision is reversed under Sub-Clause 21.6 [Arbitration], require the payee to provide an appropriate security (at the DAAB’s sole discretion) in respect of such amount”.

⁷¹⁸ Esta acertada redacción también redundará en la distinción entre los *Dispute Adjudication Boards* y los *Dispute Review Boards* de la que se trata en secciones anteriores. Vid. *Supra*. III.2.

efectividad es uno de los parámetros en los que se basa el éxito de este método de resolución alternativa de conflictos, es lógico afirmar que estas provisiones contractuales contribuirán idóneamente al éxito de los *Dispute Boards* en la escena de la construcción internacional.

El nuevo mapa de las decisiones de los *Dispute Boards* se completa en la Sub-Cláusula 21.4.3 *The DAAB's Decision*. Significativamente, el Libro Plata no dedica más que una somera mención al contenido que tiene que figurar en la decisión emitida por el *Dispute Board*. El redactor prescinde de introducir requisitos formales, lo cual es interpretado por esta tesis doctoral como una posición favorable a la validez de las decisiones de los *Dispute Boards*. Se percibe esta actitud cuando la redacción del Libro Plata establece que serán válidas las decisiones que cuenten como únicas premisas que se realicen por escrito⁷¹⁹, de manera razonada y que contengan una mención a que se dictan en virtud del procedimiento establecido en la Cláusula 21 *Disputes and Arbitration*.

Finalmente, y tal y como ya se predicaba en el Libro Plata en su edición de 1999, el último párrafo de la Sub-Cláusula 21.4.3 *The DAAB's Decision* subraya los rasgos propios de los *Dispute Boards* como mecanismo de resolución alternativa de conflictos, y distingue a este mecanismo contractual del arbitraje en una rotunda mención al establecer que el procedimiento seguido ante el *Dispute Avoidance/Adjudication Board* no se considerará un arbitraje y que sus miembros no actuarán como árbitros: “*The DAAB proceeding shall not be deemed to be an arbitration and the DAAB shall not act as arbitrator(s)*”⁷²⁰.

⁷¹⁹ Nótese la diferencia con la función de evitación de disputas, consistente en la emisión de asistencia informal con total libertad de medios: oral, personal, por videoconferencia, etc. (Sub-Cláusula 21.3 *Avoidance of Disputes*).

⁷²⁰ Esta relación entre *Dispute Boards* y arbitraje es objeto de estudio detallado en el Capítulo V de la presente tesis doctoral.

Hasta aquí el estudio que la presente tesis doctoral realiza de las nuevas estipulaciones correspondientes al ejercicio de la función de resolución de disputas de los *Dispute Boards* contenidas en el Libro Plata de 2017. Como se ha venido subrayando, el redactor de FIDIC ha elaborado un régimen jurídico minucioso, respondiendo de manera consciente y adecuada a las demandas puestas de manifiesto por la doctrina, a la luz de la práctica observada en tribunales arbitrales en procesos de carácter internacional. No obstante, y tal y como ha quedado reflejado en el presente capítulo de esta tesis doctoral, la cuestión de la finalidad de efectos de las resoluciones del *Dispute Board* conecta directamente con la relación que dichos órganos híbridos guardan con el arbitraje, relevante tema que es objeto de estudio individualizado en el Capítulo V de la presente tesis doctoral⁷²¹.

6. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO IV

Los modelos de contrato elaborados por FIDIC vienen siendo reconocidos desde hace décadas como una valiosa herramienta, tanto en la práctica internacional de los grandes contratos de ingeniería y construcción como por parte de la doctrina jurídica internacional que estudia la compleja problemática que presenta la resolución de conflictos en el referido ámbito. El esfuerzo constante de esta prestigiosa institución por ofrecer los instrumentos más acordes para la práctica contractual de los mega-proyectos de ingeniería y construcción internacionales, se ha vuelto a materializar recientemente con la publicación de su nueva edición de modelos contractuales.

En este sentido, la edición del Libro Plata publicada en diciembre de 2017 recoge un innovador modelo de contrato llave en mano, que a buen seguro

⁷²¹ Vid. infra V.

será utilizado en grandes infraestructuras de alcance global en el corto, medio y largo plazo. Por lo que respecta a la resolución de conflictos en el entorno de los modelos de contrato ofrecidos por FIDIC, el estudio detallado de este específico modelo contractual por parte de la presente tesis doctoral resulta especialmente adecuado para el análisis del reformado sistema de resolución de conflictos con la impronta de FIDIC, garantía de equilibrio de riesgos y neutralidad a nivel mundial. Como se ha argumentado, la configuración del régimen jurídico del contrato llave en mano, que permite prescindir totalmente de la figura del *Engineer*, posibilita un estudio más conceptual del sistema de resolución de conflictos de la nueva *Rainbow Suite* que aquel que habría de llevarse a cabo en los modelos de contrato (Libro Rojo y Libro Amarillo) en los que todavía persiste este elemento subjetivo del *Engineer*. En el citado Libro Plata de 2017, la clásica figura del *Engineer* viene a ser sustituida por el *Employer's Representative*, cuya resolución o silencio constituyen un paso previo al sistema de resolución de conflictos, por cuanto determina que una mera reclamación formal se convierta en disputa.

Las anteriores publicaciones de FIDIC, que datan de 1999, ya fueron consideradas pioneras en su momento, al establecer por defecto la inclusión de un *Dispute Board* en su cláusula de resolución de conflictos. Esto es, la predecesora cláusula 20 *Claims, disputes and Arbitration* de FIDIC establecía un sistema *multi-tier* de resolución de conflictos en virtud del cual las disputas surgidas con motivo de la ejecución de las prestaciones eran conocidas por un *Dispute Board*, que intervenía en un primer escalón. En concreto, la edición de 1999 se decantaba por el establecimiento de un *Dispute Adjudication Board*, lo cual incidía en la vinculatoriedad de las resoluciones que este emitía según su definición y el procedimiento establecido al efecto. Incluso, entre los modelos de contrato clásicos de la edición de 1999 de la *Rainbow Suite*, existían diferencias entre los tipos de *Dispute Adjudication Board* establecidos en la redacción inicial de las cláusulas. Así, el Libro Rojo optaba por la presencia de un *Dispute Board* desde la fase inicial del proyecto (*Standing Dispute Board*); mientras que la

redacción original del Libro Amarillo y el Libro Plata de dicha edición predecesora establecían un *Ad-Hoc Dispute Board* cuya creación respondía a la previa existencia de una disputa entre las partes. No obstante, la referida redacción por defecto de estos últimos modelos de contrato fue objeto de modificación en ocasiones muy relevantes, para que el proyecto se pudiera beneficiar de las probadas ventajas que resultan de la presencia continua de este órgano a lo largo de toda la ejecución contractual.

Los hechos confirmaron la adecuación de la cláusula *multi-tier* contenida en la edición de la *Rainbow Suite* de 1999 mediante el éxito de diversos proyectos transnacionales de gran envergadura que incorporaron este método alternativo de resolución de disputas. Quedó así demostrada en dicho sector la alta eficacia y el bajo coste de los *Dispute Boards* como método alternativo de resolución de disputas. Las condiciones de contrato FIDIC han sido utilizadas en el diseño y construcción de infraestructuras en todo el mundo, tal y como muestran los datos que trascienden de los laudos y sentencias que son objeto de estudio en la presente tesis doctoral.

En la actualidad, el redactor de la *Rainbow Suite* de FIDIC de 2017 demuestra encontrarse al corriente tanto de las necesidades de la industria como de los pronunciamientos que han venido emitiendo reputados órganos arbitrales a este respecto, obrando en consecuencia a la hora de modificar las disposiciones contractuales de esta novedosa *Rainbow Suite*.

Así, el elemento que ha de señalarse como clave en la configuración del nuevo sistema de resolución de conflictos en el marco del contrato llave en mano que FIDIC propone con su Libro Plata, consiste en el reconocimiento explícito del carácter híbrido de los *Dispute Boards*. La doctrina internacional venía atribuyendo a los *Standing Dispute Boards* funciones tanto de resolución de conflictos como de evitación de los mismos. Sin embargo, esta última facultad únicamente quedaba constatada por la doctrina internacional y en la práctica quedaba limitada exclusivamente a los supuestos en los que las partes

modificaban expresamente las disposiciones del Libro Plata de 1999, que –como se ha referido en párrafos precedentes– establecía por defecto un *Ad Hoc Dispute Board*.

La nueva *Rainbow Suite* no solo establece por defecto la inclusión de un *Standing Dispute Board* en todos sus modelos de contrato, sino que, además, desaconseja la modificación de la configuración de este órgano en las guías de utilización de los diferentes modelos contractuales. Así, por ejemplo, el redactor del Libro Plata de Condiciones de contratación para proyectos EPC/Llave en mano apuesta firmemente por la presencia continua en obra del órgano de evitación y resolución de disputas, orientando su actividad claramente hacia la detección temprana de diferencias.

En coherencia con la línea adoptada en la nueva *Rainbow Suite* de FIDIC, esta tesis constata el tratamiento privilegiado que otorga el Libro Plata al principio de evitación de conflictos. La implantación de este principio en la nueva edición del Libro Plata se aborda mediante dos enfoques complementarios. Por un lado, la incorporación del principio de evitación de disputas se realiza de manera transversal, quedando presente en diversas disposiciones contractuales dirigidas a la detección de las diferencias en fase preliminar. Por otro lado, la referida incorporación de este principio se realiza también de manera explícita en la sección referida a la evitación de conflictos, mediante la inclusión de disposiciones que regulan el procedimiento para hacer uso de la asistencia informal del *Dispute Board*. La culminación del carácter híbrido de las funciones del *Dispute Board* encuentra su máximo exponente en su propia denominación. El antiguo *Dispute Adjudication Board* que conocía de las disputas en la *Rainbow Suite* de 1999 da paso a un órgano cuya rúbrica integra la evitación de disputas: *Dispute Avoidance/Adjudication Board*.

Ahora bien, más allá de la mera denominación del órgano, el redactor del Libro Plata de 2017 ha tenido que dotar de contenido a este novedoso órgano ya referido expresamente como híbrido. La introducción de las nuevas

atribuciones al clásico órgano de resolución de disputas en los modelos de contrato FIDIC requiere una adaptación del texto del modelo contractual a diferentes niveles. Como esta tesis explicita, la adecuación de las disposiciones a los requerimientos de este novedoso órgano queda resuelta con gran acierto en la mayoría de los casos.

En primer lugar, el redactor del Libro Plata de 2017 recoge el principio de evitación de disputas de manera transversal. Este modelo de contrato FIDIC favorece la resolución temprana de diferencias entre las partes en varios momentos anteriores a la conformación de la disputa y su consecuente sometimiento al sistema de resolución de conflictos. Así, las partes tienen ocasión de evitar una disputa mediante la emisión de notificaciones tempranas, la celebración de reuniones para tratar diferencias e, incluso, solicitando conjuntamente y por escrito la asistencia informal del *Dispute Board*, presente desde el inicio de la ejecución contractual. Incluso si las partes no son conscientes de que determinada actuación pueda acarrear una disputa, el texto del Libro Plata prevé que el *Dispute Board* pueda comunicarse *sua sponte* con ellas para que estas puedan iniciar el procedimiento de asistencia informal diseñado para evitar las disputas entre las partes. Este principio transversal consolida la redacción de las disposiciones contenidas en la regulación explícita del principio de evitación de disputas, al que el redactor del Libro Plata le dedica la Sub-Cláusula 21.3 *Avoidance of Disputes*.

En segundo lugar, esta tesis estima que la aplicación del sistema de resolución de conflictos del Libro Plata redundará también en la vertiente práctica, a la luz de las modificaciones realizadas por el redactor de 2017. La presente tesis doctoral observa que el innovador régimen de la *Rainbow Suite* de 2107 se ve claramente influenciado por el contenido de los pronunciamientos arbitrales y judiciales emitidos en casos de estas últimas décadas, que ya resultan clásicos en el estudio de la materia, en relación con cuestiones que quedaban deficientemente resueltas en la edición de 1999. Tal es el caso de la elocuente

inclusión en el año 2017 del cuarto párrafo de la Sub-Cláusula 21.4.3, que pronuncia de manera inequívoca los efectos inmediatos *ab initio* de las resoluciones emitidas por el *Dispute Board* en su función de resolución de conflictos. Con esta acertada inclusión, el Libro Plata de 2017 da un respiro tanto a la doctrina como a los tribunales, dado que hasta el momento no se había logrado una línea resolutiva sólida en la aplicación de las confusas disposiciones de la edición de 1999. Tal es así que algunas cuestiones habían llegado a ser resueltas de modos dispares en tribunales arbitrales gestionados por la misma institución (como ocurrió en el conocido como caso Persero) lo cual generó una prolija respuesta por parte de los académicos del derecho.

Respondiendo a tan prometedores antecedentes, el Libro Plata de 2017 ofrece en sus Cláusulas 20 *Employer's and Contractor's Claims* y 21 *Disputes And Arbitration* un sofisticado sistema *multi-tier* que conjuga métodos de resolución de conflictos tanto autocompositivos (decisión del *Employer's representative*, asistencia informal del *Dispute Board* y acuerdo amistoso) como heterocompositivos (emisión de resoluciones del *Dispute Board* y arbitraje internacional administrado por la Cámara de Comercio Internacional). A lo largo de todo el texto contractual, varios incidentes procedimentales confluyen en estos complejos mecanismos. Con este innovador diseño del sistema de resolución de conflictos, el Libro Plata ofrece a las partes varias oportunidades de resolución de conflictos de diferente naturaleza y a lo largo del *iter* que se desarrolla desde que surge una diferencia entre las partes hasta un eventual pronunciamiento arbitral.

En primer lugar, la diferencia entre las partes se somete a un sencillo procedimiento contradictorio que la dota de formalidad y cuyo resultado es el establecimiento de una reclamación formal (*Claim*). En segundo lugar, la *Claim* es remitida a la opinión del *Employer's representative*, tras lo cual –a falta de acuerdo entre las partes y en ausencia de una suspensión para solicitar *Informal Assistance* del *Dispute Board* en su función explícita de resolución de conflictos–

queda constituida como *Dispute*. Es entonces cuando la diferencia puede ser sometida al *Dispute Board* en su función de resolución de disputas, que emite en todo caso una decisión inmediatamente vinculante, sin perjuicio de que la parte no favorecida presente una *Notice of Dissatisfaction*. En este último caso –y al vencimiento del lapso previsto sin que las partes hayan llegado a un *Amicable settlement*– nace la acción arbitral que faculta a la parte perjudicada por la resolución para interponer una demanda sometida a las reglas de la Cámara de Comercio Internacional.

La totalidad del recién referido sistema de resolución de conflictos del Libro Plata de 2017 queda sometido en sus diferentes etapas *multi-tier* al principio de preclusión, en conexión con la regulación explícita del silencio de cada una de las partes, para evitar que estas empleen técnicas meramente dilatorias en detrimento del buen fin de proyecto y la resolución de la disputa en fase temprana. Este sofisticado sistema *multi-tier* queda además engranado en alineación con los argumentos utilizados por la doctrina internacional y los principales pronunciamientos jurisdiccionales, que han sido audazmente contemplados por el redactor del Libro Plata del 2017.

Sin perjuicio de todo lo que precede, esta tesis doctoral considera que la redacción del sistema de resolución de conflictos del Libro Plata todavía podría alcanzar mayor consistencia jurídica en algunos sentidos. Ejemplo de esto último es la actual deslocalización de algunos conceptos del sistema de resolución de conflictos, que se encuentran en lugares dispares del texto contractual. Adicionalmente, el desdoblamiento de la antigua cláusula 20 *Claims, Disputes and Arbitration* en dos cláusulas (20 *Employer's and Contractor's Claims* y 21 *Disputes And Arbitration*), además de introducir un matiz terminológico al convertir la “cláusula” de resolución de conflictos en “sistema” de resolución de conflictos, constituye una oportunidad para establecer una redacción ágil e incluir los conceptos que tanto doctrina como órganos jurisdiccionales vienen depurando en la práctica contractual

internacional. Sin embargo, la definición de los relevantes conceptos de *Claim* y *Dispute* queda desdibujada en remisiones circulares y débiles llamadas a diferentes bloques documentales del Libro Plata de 2017.

Pese a lo recién apuntado y constatando la clara mayoría de aciertos en el análisis efectuado de los textos de los renovados modelos de contrato de FIDIC de 2017, la impresión general ante nuevo sistema de resolución de conflictos recogido en la nueva edición del Libro Plata de FIDIC es satisfactoria. Así lo señalan las primeras voces doctrinales que analizan las disposiciones, profundamente modificadas en el año 2017. Los motivos de esta buena acogida radican en el completo tratamiento transversal del principio de evitación de disputas y en la redacción de algunas cláusulas complementarias, cuyo contenido está en conexión con el referido principio. Se aprecia en todo caso que la novedosa redacción del Libro Plata de 2017 está claramente orientada a solventar las dificultades que la práctica arbitral venía sorteando a lo largo de las casi dos décadas de aplicación de la edición predecesora de los modelos de contrato FIDIC. Ejemplo de ello es el tratamiento expreso del principio *solve et repete*, que reconoce la vinculatoriedad *ab initio* de las resoluciones del DAAB en su función de resolución de conflictos.

El resultado de este esfuerzo argumental que se materializa en el Libro Plata es un sistema de resolución de conflictos de gran calidad, que a buen seguro seguirá siendo utilizado en los grandes proyectos de construcción internacional que se acometerán en un futuro próximo.

CAPÍTULO V.
SIMILITUDES, DIVERGENCIAS Y RELACIÓN
ENTRE LOS *DISPUTE BOARDS* Y EL
ARBITRAJE COMERCIAL EN EL ENTORNO DE
LAS CLÁUSULAS *MULTI-TIER* DE LOS
CONTRATOS DE INGENIERÍA Y
CONSTRUCCIÓN: ESTUDIO DE
JURISPRUDENCIA Y LAUDOS ARBITRALES

Como se ha expuesto en capítulos precedentes, la utilización de *Dispute Boards* como mecanismo previsto contractualmente para la resolución de disputas es una opción especialmente óptima en el ámbito de la construcción internacional. Precisamente, esta industria es señalada por la doctrina internacional como el escenario típico de diversas dificultades de índole jurídica⁷²². Algunos de estos retos jurídicos vienen causados por las complejas cuestiones que plantea la aplicación de las cláusulas *multi-tier* de resolución de conflictos que dichos contratos contienen con frecuencia. Las referidas cláusulas escalonadas, que son fundamentales en cualquier contrato de esta complejidad,

⁷²² TEVENDALE, Craig; AMBROSE, Hannah; NAISH, Vanessa, “Multi-Tier Dispute Resolution Clauses and Arbitration”, *Turkish Commercial Law Review*, vol. 1, 2015, vol. 1, págs. 31 y ss.

requieren que el sofisticado engranaje de los diversos métodos de resolución alternativa de disputas funcione a la perfección para conseguir la mayor eficiencia jurídica. En el marco, la relación entre los *Disputes Boards* y el arbitraje es un tema de gran interés para la doctrina y los prácticos del derecho.

Es por ello que en el presente capítulo se abordan las cuestiones recién apuntadas desde la óptica del estudio detallado de un buen número de resoluciones emitidas por tribunales domésticos y por la CCI. En concreto, la presente tesis analiza los pronunciamientos judiciales o arbitrales que tratan la relación entre las resoluciones emitidas por los diferentes mecanismos de resolución de conflicto contemplados dentro de las cláusulas escalonadas de resolución de conflictos. En concreto, se estudia el tratamiento que estas instancias judiciales o arbitrales otorgan a la conexión que contractualmente se ha estipulado entre los *Dispute Boards* y el sometimiento posterior de la misma disputa a un arbitraje comercial. Como es sabido, varios modelos contractuales clave en el sector de los contratos de ingeniería y construcción configuran el recurso al arbitraje de su sistema escalonado de resolución de conflictos como el estadio posterior al sometimiento de la disputa al *Dispute Board*. Sin embargo, y como se expondrá en mayor detalle, existen supuestos que podrían ser calificados como “patológicos” desde la esfera jurídica, en los que las partes en la práctica ignoran la existencia de este órgano de resolución de conflictos y someten la disputa directamente al tribunal arbitral, en contravención del contenido formal de la cláusula *multi-tier*. Sobre los efectos jurídicos derivados de este “salto del escalón” del *Dispute Board* se pronuncian los diversos laudos arbitrales y resoluciones judiciales nacionales que se estudian en el presente capítulo.

Para abordar estas complejas cuestiones jurídicas, la presente tesis doctoral toma de nuevo como referente a los modelos de contrato FIDIC, debido

a que, como ya se ha apuntado⁷²³, su mecanismo de gestión de conflictos remite en último lugar al arbitraje internacional administrado con arreglo a las normas de la CCI. En consecuencia, esta última institución se ha pronunciado mediante diversos laudos sobre los aspectos que causan controversias en la aplicación de la cláusula *multi-tier* de este prestigioso modelo de contrato ampliamente utilizado en el ámbito internacional.

Los laudos arbitrales y sentencias nacionales que se estudian en el presente capítulo resuelven cuestiones contractuales surgidas con motivo de la aplicación los modelos de la *Rainbow Suite* de FIDIC de 1999. Ello es consecuencia lógica de que, a día de hoy, todavía no se ha publicado ninguna resolución arbitral que verse sobre cuestiones de la nueva colección de documentos de FIDIC de 2017. No obstante, es notoria la relevancia de las resoluciones arbitrales que se exponen a continuación y la presente tesis doctoral estima que lo dispuesto en dichos laudos ha de considerarse como uno de los elementos que ha incidido en la actual redacción de los modelos de contrato de FIDIC. Tal y como se apunta en el presente capítulo, es notorio que las líneas argumentales de las decisiones arbitrales que a continuación se exponen han modulado la redacción de *Rainbow Suite* de FIDIC de 2017.

Una vez establecido el alcance y objetivos del presente capítulo, procede en primer lugar exponer la distinción jurídica entre los *Dispute Boards* y el arbitraje como métodos de resolución de disputas. En segundo lugar, se analizan diversos laudos arbitrales referidos a la relación entre *Dispute Boards* y arbitraje en la cláusula *multi-tier* de la edición de los modelos de contrato FIDIC de 1999 y se examina asimismo cuál ha podido ser su influencia sobre la actual redacción de la *Rainbow Suite* de FIDIC de 2017. Por último, se estudian varias resoluciones judiciales de tribunales domésticos nacionales y laudos arbitrales de

⁷²³ Vid. supra IV.3.

la CCI, que se pronuncian sobre la interpretación de diversas cuestiones jurídicas que surgen en aplicación de las disposiciones *multi-tier*. Por último, este capítulo concluye haciendo referencia a algunas cuestiones jurídicas que, previsiblemente, serán objeto de una creciente atención doctrinal en el futuro.

1. DELIMITACIÓN DE LA NOCIÓN DE DISPUTE BOARD: REFLEXIONES EN TORNO A SU RELACIÓN CON EL ARBITRAJE COMERCIAL Y DISTINCIÓN RESPECTO DE CONCEPTOS JURÍDICOS AFINES

Tal y como se viene exponiendo en secciones precedentes de la presente tesis doctoral, la función primordial de los *Dispute Boards* no consiste en sustituir al arbitraje *per se*. La función primordial de los *Dispute Boards* es proporcionar una solución rápida, basada en sólidos conocimientos técnicos y que evite la sumisión de la disputa a otros mecanismos jurídicos. Estos otros mecanismos han demostrado ser más caros, lentos y, con frecuencia, menos satisfactorios para las partes por elevar su grado de confrontación y dificultar la continuación de sus relaciones comerciales tras la resolución del referido conflicto. Es por ello que la redacción de los sistemas de resolución de conflictos y las correspondientes cláusulas *multi-tier* contenidas en los contratos de ingeniería y construcción internacionales, dirigen sus esfuerzos al ahorro de costes y tiempo.

En el ámbito de la ingeniería y la construcción internacionales, los referidos aspectos económico y temporal se optimizan mediante la continuidad en la implementación del proyecto contratado mientras la disputa se soluciona. Para conseguir este objetivo, los modelos de contrato persiguen la eficiencia jurídica de los métodos de evitación y resolución de disputas, introduciendo sofisticados mecanismos de gestión de los conflictos. Tal y como se viene

refiriendo a lo largo de la presente tesis doctoral, estas necesidades de la práctica internacional del sector han incidido de forma relevante en la creación de los *Dispute Boards* como método de ADR y su actual presencia en multitud de contratos internacionales.

En los términos que maneja la industria de la ingeniería y construcción internacional, el escenario jurídico ideal consiste en que las diferencias que surjan entre las partes no lleguen siquiera a constituirse como disputas formales. Se espera, por tanto, que las disputas sean solucionadas en fases preliminares y sin necesidad de que sean sometidas a mecanismos jurisdiccionales como el arbitraje o la litigación. Para ello, los modelos de contrato más prestigiosos en el ámbito de la ingeniería y la construcción internacionales que se han estudiado en los capítulos precedentes de esta tesis⁷²⁴ establecen la presencia de *Standing Dispute Boards* dentro de sus sistemas *multi-tier* de resolución de conflictos.

En la práctica se percibe que cuando las partes contractuales optan por incorporar en el clausulado de sus contratos de ingeniería y construcción un órgano que esté presente desde fases preliminares (*Standing Dispute Board*), es más frecuente que las referidas partes queden conformes con la actuación de dicho órgano. Esto es, la presencia continua de un tercero imparcial en la obra, con conocimiento del contrato que rige las relaciones entre las partes, es un factor decisivo a la hora de resolver la diferencia en una fase temprana.

Sin embargo, es necesario asumir que hay casos en los que el procedimiento ante el *Dispute Board* fracasa y parece que la opción jurídica óptima es haber incorporado *ex ante* en la cláusula contractual *multi-tier* de gestión de conflictos la referencia final a un mecanismo de resolución de conflictos de los conocidos como tradicionales. Hoy en día, la doctrina hace uso

⁷²⁴Vid. supra II.2.

de este término genérico para referirse ya no solo a los tribunales domésticos, sino también al arbitraje internacional, que tan sólidamente está implantado en el ámbito de la ingeniería y construcción⁷²⁵. Esto es, tanto la litigación como el arbitraje son métodos administrados por un tercero y que se considera que ofrecen sólidas garantías jurídicas de ejecución de las resoluciones⁷²⁶. Es por ello que, muy frecuente, las cláusulas *multi-tier* de resolución de conflictos incluyen un escalón final con el contenido referido.

Partiendo de que los *Dispute Boards* y el arbitraje suelen coexistir en la cláusula *multi-tier* de resolución de conflictos contenida en los contratos internacionales de ingeniería y construcción, procede realizar una reflexión sobre el funcionamiento global de dichas cláusulas escalonadas en un determinado sistema así como sobre la relación entre los distintos escalones que las componen. La presente tesis doctoral lleva a cabo este análisis en la presente sección, lo que queda justificado al observar que, por un lado, estos sofisticados métodos de resolución de conflictos comparten rasgos y naturaleza, pero, por otro lado, también difieren diametralmente en otras cuestiones. A continuación se exponen los rasgos que comparten los *Dispute Boards* y el arbitraje, se realiza posteriormente una distinción terminológica entre ambas figuras y se presentan asimismo las diferencias jurídicas fundamentales entre ambos métodos de resolución de conflictos.

⁷²⁵ RUBINO-SAMMARTANO, Mauro, “The view from abroad on a parade of choices: Alternative processes to the “traditional” alternative, arbitration”, en *Alternatives to the High Cost of Litigation, International Institute For Conflict Prevention & Resolution*, vol. 27, núm. 5, mayo de 2009, págs. 83-85.

⁷²⁶ GARIMELLA, Sai Ramani; SIDIQI, Nizamuddin Ahmad, “The enforcement of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses: Contemporary Judicial Opinion”, *IJUM Law Journal*, vol. 24, núm. 1, 2016, págs. 157-190.

1.A. Características comunes a los *Dispute Boards* y al arbitraje como mecanismos de resolución de conflictos

A continuación, se valoran las características de los *Dispute Boards* que pueden ser consideradas comunes con el arbitraje comercial⁷²⁷. Es necesario anticipar que las notas comunes que se refieren a continuación no encajan genéricamente con todos los *Dispute Boards*, sino que los diversos elementos configuradores del arbitraje quedan más próximos a uno u otro de los tipos de *Dispute Board* que se han estudiado en detalle en un capítulo precedente de esta tesis⁷²⁸. En la presente sección se pone de manifiesto esta circunstancia, relacionando brevemente alguna de las notas distintivas del arbitraje con los distintos tipos de *Dispute Boards* contenidos en la clasificación que la presente tesis doctoral propone. Más concretamente, las tres notas características comunes al arbitraje y a los *Dispute Boards* se presentan a continuación en una escala creciente de similitud entre ambos mecanismos.

En primer lugar, es reseñable que tanto los *Dispute Boards* como el arbitraje necesitan de un acuerdo de voluntades para el sometimiento de la disputa formal a su autoridad. Este aspecto es el que más acerca entre sí a estos dos mecanismos de resolución de conflictos, puesto que es una condición esencial aplicable tanto a los *Dispute Boards* como al arbitraje. Aunque esta afirmación pueda ser percibida como una obviedad, merece ser puesto de manifiesto que la doctrina internacional incide en que un rasgo característico del *Dispute Board* es la obligatoriedad de establecer un acuerdo contractual para el establecimiento de tal mecanismo⁷²⁹. Ello es debido a que, como se ha abordado

⁷²⁷ JAFFE, Michael Evan; MCHUGH, Ronan J., “U.S. PROJECT DISPUTES: Has the time to consider adjudication finally arrived?”, *Dispute Resolution Journal*, vol. 62, núm. 2, 2010 págs. 51-55.

⁷²⁸ Vid. supra III.

⁷²⁹ Se reproduce un ejemplo de esta afirmación: “A *dispute review board* is a creature of contract; the parties establish and empower a *dispute review board* with jurisdiction to hear

en secciones anteriores de la presente tesis doctoral, la institución de la *statutory adjudication* que está presente en legislaciones domésticas como la de Inglaterra, presenta notas afines al concepto de *Dispute Board*. Dado que las fuentes doctrinales sobre *Dispute Boards* están escritas casi íntegramente en inglés, los autores inciden en que la creación de los *Dispute Boards* trae su origen en la voluntad contractual de las partes, para contraponer este mecanismo a la *statutory adjudication*, que presenta un origen legal. Para ello, suelen referirse a los *Dispute Boards* con la expresión “*creature of contract*”.

En segundo lugar, la heterocomposición es un elemento común tanto al arbitraje internacional como a los *Dispute Boards*. Esto es, un tercero imparcial conoce de la disputa y emite una resolución al respecto, dotado de la autoridad que las partes le han conferido. Sin embargo, este aspecto propio del arbitraje es compartido por el *Dispute Board* cuando éste actúa en funciones de resolución de disputas⁷³⁰. Esto es, cuando el *Dispute Board* adopta sus funciones de evitación de disputas, configuradas de manera preeminente en las recientes ediciones de los modelos contractuales estudiados en la presente tesis doctoral⁷³¹, lo que predomina es la nota autocompositiva de este mecanismo híbrido y no la heterocompositiva. El creciente reconocimiento de la evitación de disputas como principio transversal en los principales modelos de contrato de la industria de la ingeniería y la construcción, como enfatiza esta tesis doctoral, queda reflejado en

and advise on the resolution of disputes. Within the UK it is entirely possible for the contracting parties to establish a dispute review board to adjudicate construction contract disputes within the statutory requirement for adjudication. As yet, there are no statutory requirements for dispute review boards to be established to adjudicate disputes under construction contracts”. CHERN, Cyril, *Chern on Dispute Boards*, Londres, Informa Law from Routledge, 3ª Ed., 2015, págs. 2-3.

⁷³⁰ En este sentido se pronuncia la doctrina desde hace años. “*As affirmed by some authors, “Thus, contrary to the general practices of the DRBs, which give recommendations to the parties (albeit recommendations that may later be entered in evidence in adversary proceeding), the DABs can function both as advisory and/or adjudicative bodies”* OVERCASH, Allen. L., “Introducing a novel ADR technique for handling construction disputes: Arbitration”, *The Construction Lawyer*, vol. 35, núm 1, 2015, págs. 22–28, 49–53.

⁷³¹ Vid. supra III.4.

la asistencia informal del *Dispute Board* en las visitas a pie de obra y en las actuaciones *sua sponte*, ofreciendo consejo a las partes contractuales sobre las diferencias que potencialmente pueden llegar a convertirse en disputas formales.

En tercer lugar, los *Dispute Adjudication Boards* y el arbitraje comparten en principio la nota de la vinculatoriedad de las decisiones que emiten como fin de sus correspondientes procedimientos. Sin embargo, hay que precisar que la fuerza vinculante de las decisiones de los *Dispute Boards* se circunscribe a su formulación como *Dispute Adjudication Boards*, mientras que las recomendaciones de los *Dispute Review Boards* son consideradas como no vinculantes. Asimismo, las diferencias existentes en la fase de ejecución de los laudos y de las resoluciones de los *Dispute Boards* hacen que esta característica sea de difícil aplicación a ambos mecanismos con carácter general.

Hace algunos años, algunos autores llegaron a clasificar a los *Dispute Boards* como un arbitraje no vinculante o arbitraje privado⁷³². Sin embargo, esta tesis doctoral considera necesario realizar un análisis crítico en torno a dicha terminología, a la luz de la evolución histórica y la configuración actual de estos métodos de resolución de conflictos.

En relación con la consideración de los *Dispute Boards* como arbitraje no vinculante, conviene reseñar que el mecanismo de resolución de conflictos administrado por un *Dispute Board* concluye con una decisión motivada, emitida por un tercero, que se convierte inmediatamente en vinculante si las partes así lo han dispuesto. En caso de que alguna de las partes no esté conforme con el contenido de la decisión, queda expedita la vía de un ulterior procedimiento arbitral o jurisdiccional sobre la disputa, dependiendo en cada caso del enunciado del siguiente escalón en la respectiva cláusula *multi-tier*. No obstante, las

⁷³² HÖK, Götz-Sebastian, “International Arbitration in the Construction Business and under FIDIC”, <http://www.dr-hoek.de/EN/beitrag.asp?t=International-Construction-Arbitration>.

decisiones de los *Dispute Adjudication Boards* resultan vinculantes desde su emisión, sin perjuicio de una posterior declaración de disconformidad (*Notice of dissatisfaction*) sobre sus resoluciones que, como se ha apuntado en secciones anteriores, no suspende la eficacia de la decisión ya que esta despliega sus efectos *ab initio*⁷³³.

En ausencia de esta referida declaración de disconformidad y una vez finalizado el plazo estipulado para su interposición, la decisión emitida por el *Dispute Board* deviene además definitiva (*final*, según la terminología inglesa usada por la *Rainbow Suite* de FIDIC). A la luz de los casos expuestos con anterioridad⁷³⁴, la única razón por la que algunos autores definen las resoluciones de los *Dispute Boards* como resoluciones provisionales ha de circunscribirse al contexto en que los *Dispute Review Boards* emiten recomendaciones. El reconocimiento jurídico de las recomendaciones emitidas por los *Dispute Review Boards* por parte de la normativa transnacional y la práctica, no está tan consolidada como el de las decisiones pronunciadas por los *Dispute Adjudication Boards*, en los que la vinculatoriedad *ab initio* de las decisiones y la incidencia del principio *solve et repete* ya no se cuestionan.

En relación con la consideración de los *Dispute Boards* como un arbitraje privado, dicha calificación tampoco resulta idónea, puesto que entre ambos métodos de resolución de conflictos se interpone el gran escollo de la distinta forma de resolver la cuestión de la ejecución de las resoluciones emitidas. Como es sabido, el arbitraje comercial ofrece como gran atractivo la ejecución simplificada de sus laudos mediante la aplicación del Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva

⁷³³ Vid. supra III.2.B y IV.5.D.

⁷³⁴ Vid. supra IV.5.D.

York el 10 de junio de 1958⁷³⁵. La multitudinaria ratificación del citado texto por una gran parte de la comunidad internacional de estados⁷³⁶ dota al arbitraje de importantes garantías, que son especialmente adecuadas para los mega-proyectos de ingeniería y construcción internacionales en los que la pluralidad de partes y de jurisdicciones potencialmente implicadas son sus notas características⁷³⁷. Desafortunadamente, a día de hoy, las garantías de reconocimiento y ejecución de las que gozan los laudos arbitrales no pueden predicarse de las resoluciones emitidas por los *Dispute Boards*⁷³⁸. Por este motivo fundamental, esta tesis doctoral concluye que utilizar la expresión “arbitraje privado” para hacer referencia a los *Dispute Boards*, no resulta especialmente acertado.

⁷³⁵ en FACH GÓMEZ, Katia; RODRÍGUEZ LÓPEZ, Ana Mercedes, *60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges*, Wolters Kluwer 2019.

⁷³⁶ Para consultar la lista de los estados que han ratificado dicha convención, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) ofrece el siguiente enlace: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html.

⁷³⁷ Este ha sido uno de los motivos por los cuales el arbitraje internacional se llegó a considerar tradicionalmente como el principal método de resolución de conflictos más utilizado en la práctica de la construcción internacional. “*In the international field, arbitration rather than litigation is still the most successful method for resolving complex technical and high-value international disputes, as it provides the ultimate and finally enforceable solution. Internationally, the parties face a number of additional uncertainties, problems, risks and fears. These range from having to deal with people of different cultures, languages, customs, laws and business practices to having to select foreign lawyers to deal with a foreign judicial process about whose neutrality and independence the parties may have serious doubts. Indeed it has been said that international commercial arbitration provides an answer to many of these issues, but most significantly in respect of the recognition and enforcement of foreign awards through the 1958 New York Convention and other similar international arbitral treaties. For that reason, arbitration has been chosen as the preferred forum for dispute resolution in the international field and has been influential in facilitating international trade, investment and economic development around the world for many years*”. BUNNI, Gael G., “What has history taught us in ADR? Avoidance of Dispute!”, *Arbitration*, vol.81, núm. 2, Mayo de 2015, pág. 177.

⁷³⁸ No faltan voces doctrinales solventes que auguran la suscripción de un instrumento normativo al efecto: “*Should there be an international legal regime for the enforcement of DB decisions similar to the New York Convention applicable to arbitral awards? As DBs grow in popularity, there may be a movement in this direction*”. SEPPÁLÁ, Christopher R., “Recent Case Law on Dispute Boards”, en DE LY, Filip, “Concluding Remarks”, en DE LY, Filip; GÉLINA Paul-A., *Dispute Prevention and Settlement through Expert Determination and Dispute Boards (Dossier de la Cámara de Comercio Internacional)*, París, 2017, págs. 123 y ss.

1.B. La configuración jurídica de la distinción entre los *Dispute Boards* y el arbitraje en los principales modelos de contrato de ingeniería y construcción

A diferencia de las calificaciones doctrinales referidas en la sección inmediatamente anterior, los modelos de contratos internacionales que se estudian en la presente tesis doctoral reflejan inequívocamente la diferencia sustancial entre los *Dispute Boards* y el arbitraje.

En estos términos se pronuncian tanto el Reglamento de la CCI de 2015, el Libro Plata de FIDIC y el NEC4. El Reglamento de la CCI de 2015, en su Artículo 1 donde se precisa su *Ámbito de Aplicación*, establece que “*Los Dispute Boards no son tribunales arbitrales y sus Conclusiones no tienen fuerza ejecutiva como los laudos arbitrales*”⁷³⁹. Por su parte, el Libro Plata señala en último párrafo de la Sub-Cláusula 21.4.3 que el procedimiento seguido ante el *Dispute Adjudication/Avoidance Board* no será considerado como arbitraje y que sus miembros no actuarán como árbitros⁷⁴⁰. El modelo de contrato NEC4 no contiene esta previsión expresa en el itinerario W3. Sin embargo, dicho itinerario

⁷³⁹ A continuación se reproduce el contenido del Artículo 1 del Reglamento de la CCI de 2015: “*Artículo 1 Ámbito de aplicación del Reglamento 1 Los Dispute Boards constituidos de conformidad con el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional relativo a los Dispute Boards (el «Reglamento») ayudan a las Partes a evitar o resolver sus Desacuerdos y Desavenencias. Pueden ayudar a las Partes (i) a evitar Desacuerdos en virtud del Artículo 16, (ii) a resolver Desacuerdos a través de una asistencia informal conforme al Artículo 17 o bien (iii) a resolver Desavenencias emitiendo Conclusiones con arreglo al Artículo 18. 2 Los Dispute Boards no son tribunales arbitrales y sus Conclusiones no tienen fuerza ejecutiva como los laudos arbitrales. Las Partes aceptan contractualmente quedar vinculadas por las Conclusiones bajo ciertas condiciones específicas enunciadas en el Reglamento. En aplicación del Reglamento, la Cámara de Comercio Internacional (la «CCI»), por intermedio de su Centro Internacional de ADR (el «Centro»), que es un órgano administrativo independiente dentro de la CCI, puede prestar servicios administrativos a las Partes. Estos servicios incluyen el nombramiento de los Miembros del Dispute Board («Miembros del DB»), la toma de decisiones sobre las recusaciones de Miembros del DB, la determinación de los honorarios de los Miembros del DB y el examen de las Decisiones”.*

⁷⁴⁰ Sub-Cláusula 21.4.3 del Libro Plata, *in fine*: “*The DAAB proceeding shall not be deemed to be an arbitration and the DAAB shall not act as arbitrator(s)*”.

sí que establece explícitamente que la disputa no se puede someter a arbitraje sin que haya sido objeto de pronunciamiento previo por parte del *Dispute Avoidance Board*⁷⁴¹ y prohíbe a los miembros de este órgano comparecer como testigos en un eventual proceso de arbitraje⁷⁴². De ello se infiere, también en NEC4, la total distinción de los procedimientos seguidos ante el *Dispute Board* y el tribunal arbitral.

A continuación, procede ratificar también en el plano teórico-doctrinal las principales diferencias entre el mecanismo de ADR conocido como *Dispute Board* y el arbitraje internacional. Con arreglo a la óptica referida, los factores distintivos entre estos métodos de ADR pueden categorizarse en dos factores: el primero de ellos atiende a la naturaleza de las resoluciones emitidas y el segundo, a sus atribuciones procedimentales⁷⁴³.

⁷⁴¹ Se reproduce el contenido de esta cláusula: “W3.3 (1) A Party does not refer any dispute under or in connection with the contract to the tribunal unless it has first been referred to the Dispute Avoidance Board as a potential dispute in accordance with the contract”.

⁷⁴² Se reproduce el contenido de esta cláusula: “W3.3 A Party does not call a member of the Dispute Avoidance Board as a witness in tribunal proceedings”.

⁷⁴³ Esta cuestión ha sido tratada por la doctrina española. “En los contratos a medio y largo plazo, sobre todo aquellos en los que la colaboración entre las partes es importante (por ejemplo, la construcción de una central eléctrica), cada vez más se incluyen cláusulas que prevén la intervención de un tercero para emitir recomendaciones o adoptar decisiones con vistas a resolver las diferencias que surjan, evitando retrasos costosos y dañinos. Prototipo de esta institución es el “Reglamento relativo a los Dispute Boards” adoptado por la Cámara de Comercio Internacional. Estos Dispute Boards, compuestos por una o tres personas elegidas por las partes o designadas por la CCI, ayudan a las partes a resolver los desacuerdos o desavenencias derivados de una relación contractual. Según lo que hayan previsto los contratantes, pueden prestar tres servicios distintos: 1) emitir una Recomendación que las partes pueden acatar voluntariamente, pero no están obligadas a hacerlo, pudiendo oponerse a la misma en el plazo de 30 días; 2) adoptar una Decisión obligatoria que las partes deben acatar, aunque cabe que, en el mismo plazo de 30 días, manifiesten su desacuerdo con la misma, lo que puede conducir a un arbitraje; y 3) emitir una Recomendación, pero también una Decisión a petición de parte, en caso de urgencia o para prevenir la interrupción del contrato o para conservar elementos de prueba. La decisión de los Dispute Boards nada tiene que ver, por lo tanto, con un laudo arbitral. Las partes pueden en caso de incumplimiento de lo dispuesto en la decisión o de desacuerdo con la misma, someter la cuestión a arbitraje, si lo han pactado, y si no a la jurisdicción competente”. CREMADES SANZ-PASTOR, Juan Antonio, *El arbitraje de Derecho Privado en España*, 1ªEd., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs 41 y 42.

En primer lugar, las resoluciones de los *Dispute Boards*, tal y como se viene apuntando hasta el momento en la presente tesis doctoral, no son laudos. Por lo tanto, no constituyen un título ejecutivo *per se*⁷⁴⁴ ni entran dentro del campo de aplicación de la Convención sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958⁷⁴⁵, ni en la reciente Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación. Es por ello que, según las consideraciones expuestas en secciones precedentes de la presente tesis doctoral⁷⁴⁶, las resoluciones emitidas por este tipo de mecanismos obtienen su fuerza vinculante de la autonomía de la voluntad de las partes. Y esta fuerza vinculante se refiere tanto al momento del establecimiento del *Dispute Board* por las partes contractuales –determinando la distinción entre *Dispute Review Boards* y *Dispute Adjudication Boards*–, como al momento del cumplimiento del contenido de las correspondientes recomendaciones y decisiones –influyendo en todo caso la cláusula *multi-tier* en la que suele quedar inserto este mecanismo de resolución de conflictos–⁷⁴⁷. En consecuencia, la fuerza vinculante de las resoluciones de los *Dispute Boards* no solo depende de que las partes decidan incluir un *Dispute Adjudication Board* en su contrato, sino que también se fundamenta en que exista un ulterior arbitraje que ofrezca, caso de ser necesario, garantías de ejecución efectiva del contenido de un eventual laudo arbitral emitido sobre la disputa en cuestión.

⁷⁴⁴ La cuestión de la calificación como título ejecutivo de las decisiones de los *Dispute Boards* es una materia que pertenece al ámbito de la legislación doméstica.

⁷⁴⁵ PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, “Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales: Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL y Convenio de Nueva York”, *Anuario euro-peruano de derecho del comercio*, núm. 1, 2004, págs. 13-36.

⁷⁴⁶ Vid. supra I.2.B.

⁷⁴⁷ HERRERO PEREZAGUA, Juan Francisco, “Escritura y acuerdo de mediación, el título ejecutivo”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, julio de 2012, págs. 151-174.

En segundo lugar, se ha de reseñar una cuestión procedimental que marca una gran diferencia entre los *Dispute Boards* y el arbitraje⁷⁴⁸. A diferencia del arbitraje, en el que el proceso está sometido al principio *mutatio libelii* por el cual el objeto del proceso ha de quedar fijado mediante la interposición de la demanda arbitral y su correspondiente contestación, los miembros de los *Dispute Boards* no están sometidos al referido principio. En consecuencia, los miembros de los *Dispute Boards* pueden realizar sus propias investigaciones, examinar personalmente las pruebas y, en definitiva, hacer acopio de toda la información necesaria para resolver la disputa, independientemente de la formulación de la controversia expuesta por las partes⁷⁴⁹. Esta labor de investigación, más próxima al principio de verdad material sobre el de verdad formal que preside el arbitraje, se reputa fundamental y es consecuencia directa de la configuración de los *Dispute Boards* como mecanismos presentes en la totalidad del extenso proceso de ejecución contractual. Efectivamente, los *Standing Dispute Boards* constituyen nuevamente la referencia en este aspecto, puesto que en sus visitas periódicas a las obras reciben información continua sobre el avance del cumplimiento contractual y sobre las posibles diferencias que se estén gestando en cada momento entre las partes. Este principio de proactividad en las funciones del *Dispute Board* queda además perfilado con la

⁷⁴⁸ Así se resalta en diferentes foros. “*While arbitrators will decide the dispute based on parties’ submissions, members of the dispute boards, who are primarily selected for their technical expertise, can conduct their own investigations with or without submissions of the parties. Mr Gray and Ms Nadar remarked that while arbitral awards can be enforced through courts, a determination made by a dispute board (‘DB’) will not be enforceable in some jurisdictions, unless it is requalified as an arbitral award. As this is a matter of local law, enforcement of dispute board determinations will very much depend on the specific jurisdiction where enforcement is sought*”. ICC Events, ICC Dispute Resolution Bulletin 2018, vol. 79, núm. 1, 2018, 15th ICC Miami Conference, 5-7 November 2017, English, 15th ICC Miami Conference, 5-7 November 2017.

⁷⁴⁹ De hecho, esta nota distintiva constituye el elemento diferenciador que identifica a los *Dispute Boards* como un procedimiento distinto del arbitraje. Algunos autores apuntan a que los *Dispute Boards* son un procedimiento estrictamente arbitral, pero esa definición no es compatible con el rasgo recientemente apuntado. SCHILLER, Cristiano, “Dispute Board is arbitration: an alternative view on the nature and enforceability of a Dispute Board’s determination”, *Construction Law Journal*, vol. 31, núm. 7, 2015, págs. 380-398.

consolidación del principio de evitación de disputas, que propicia una actitud especialmente activa de los miembros del *Dispute Board*.

Para completar el estudio de los elementos que distinguen al arbitraje de los *Dispute Boards*, merece especial atención la opinión de la doctrina internacional. Algunas voces consagradas en la materia advirtieron ya hace años del riesgo que supone identificar a los *Dispute Boards* con el arbitraje, aunque pudiese sostenerse que ambos mecanismos comparten en menor o mayor medida algunos de sus rasgos característicos.

Un sector de la doctrina internacional⁷⁵⁰ ha tratado de equiparar los *Dispute Boards* con el arbitraje internacional, basando su argumento en la

⁷⁵⁰ A continuación se cita la referida fuente doctrinal: "4. *Risk that Board Procedure be Deemed an Arbitration* The system of disputes review or adjudication boards, which developed originally in the United States, is generally accepted in the common law countries as a procedure which is distinguishable from arbitration. Under English law, it is known as "interim expert determination" or "adjudication" and under US law as "expert determination". However, in some countries, it cannot be excluded that the Board procedure would be considered an arbitration. If it were an arbitration, then the relevant statutory provisions dealing with arbitration would apply, making it necessary, among other things, to observe the requirement that each party be given a reasonable opportunity to present its case (known in French law as *le principe du contradictoire*) and making the Board's decision enforceable like an arbitration award. In their recent treatise on international commercial arbitration law, Messrs Fouchard, Gaillard and Goldman, three experts on French arbitration law, state (translation): "If the parties confer on a third party whom they call an expert a power of decision (either to resolve a technical dispute or to value an asset or an amount of damages) this third party, not having only a purely consultative mission, is in reality either an arbitrator, or in the absence of a dispute-a common agent...." (Emphasis added) As the members of the Board are expressly called upon to decide a dispute by a "binding" decision (the decision must be given effect even if challenged), they might be arbitrators under this definition. While these eminent authors may only mean here a procedure where a dispute is referred to a third party whose decision will be "final" (that is, not reviewable by another tribunal), and not merely "binding", they refer explicitly thereafter in the same chapter (dealing with "the notion of international commercial arbitration") to the procedure whereby disputes are decided by a Panel under the Channel Tunnel contract, without expressing an opinion as to whether they consider this procedure to amount to an arbitration under French law or not." The procedure for the resolution of disputes under the Channel Tunnel contract is the same in all relevant respects as that contained in Clause 67 of the Red Book except that a Panel of Experts is substituted for the Engineer or (under the new FIDIC Supplement) the Board. Another expert on French arbitration law, Mr de Boissesson, in his well-known treatise on French and international arbitration law," states that two criteria distinguish arbitration from expertise: (i) the existence (in the case of arbitration) of a dispute, and (ii) the intention of the parties to confer a jurisdictional power upon a third

relación de estos mecanismos, en función de la ley aplicable al contrato. Se ponía así de manifiesto que en algunas jurisdicciones sí que era posible que las resoluciones de los *Dispute Boards* fueran consideradas de carácter arbitral, en tanto en cuanto las partes acordaban la sumisión voluntaria de una disputa formal a un tercero imparcial. Incluso, algunas legislaciones domésticas como la francesa, permitían la consideración de las resoluciones de los *Dispute Boards* como arbitrales, tras un mínimo procedimiento contradictorio. Para formular esta hipótesis, no obstante, era necesario establecer contractualmente que la decisión del *Dispute Board*, además de ser vinculante, había de ser final, poniendo fin al mecanismo previsto por las partes para la resolución de disputas. Se cita en estos términos al contrato celebrado para la construcción del Eurotúnel del Canal de la Mancha, que se regía por la edición antigua del Libro Rojo de FIDIC, cuya cláusula 67 establecía el sistema *multi-tier* de resolución de conflictos.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria estima que esta concepción del *Dispute Board* como mecanismo arbitral no podía ser considerada correcta, ni de acuerdo con la legislación francesa ni con ninguna otra. Ello es debido a que las disposiciones para la resolución de disputas contenidas en la referida cláusula 67 del antiguo Libro Rojo de FIDIC establecían que las decisiones del

party (the arbitrator). Arguably, the Board procedure satisfies both of these criteria. As is true under English law, the fact that the parties describe the members of the Board as being experts and not arbitrators is not conclusive as to whether the procedure is an arbitration under French law." A persuasive reason, in the author's view, for contending that the Board procedure should not be considered an arbitration, whether under French or any other law, is the explicit provision in the new Clause 67 that the decisions of the Board may be opened up, reviewed and revised in an ICC arbitration. Under the laws of most countries, the award of an arbitral tribunal would, almost by definition, not be subject to review on the merits, whereas a decision of a Board is subject to such review. Hopefully, when procedures for the resolution of disputes (at least on an interim basis) by an expert or panel of experts, like the Board, are more widely used and become better known and understood internationally, the risk that they may be considered under the laws of some countries as involving an arbitration, perhaps because they do not fall readily into another existing legal classification, will diminish or cease to exist". SEPPÄLÄ, Christopher R., "The new FIDIC provision for a Dispute Adjudication Board", The International Construction Law Review, vol. 14, parte 4, octubre de 1997, <http://fidic.org/sites/default/files/34%20The%20new%20FIDIC%20provision%20for%20a%20Dispute%20Adjudication%20Board.pdf>.

Dispute Board podían ser aportadas al procedimiento arbitral y, en consecuencia, revisadas y corregidas en el referido procedimiento ante la CCI⁷⁵¹.

Para finalizar el estudio doctrinal de las diferencias entre los *Dispute Boards* y el arbitraje, procede destacar que algunos autores⁷⁵² atribuyen al arbitraje claras desventajas con respecto a los *Dispute Boards* en el ámbito de los contratos internacionales de ingeniería y construcción⁷⁵³. En este sentido, se predica del arbitraje que es un procedimiento largo y que emite sus pronunciamientos extemporáneamente. Esto es, el procedimiento arbitral comienza frecuentemente una vez ha concluido el plazo previsto en el contrato para su ejecución, debido a que las partes tratan de agotar todas las vías de negociación posibles antes de comenzar un procedimiento caro y que enfrenta a las partes de una manera traumática⁷⁵⁴. El comienzo del procedimiento arbitral

⁷⁵¹ La nueva Sub-Cláusula 21.6 del Libro Plata mantiene con acierto esta mención y, además, establece que los miembros del DAAB pueden ser llamados como testigos en los procedimientos arbitrales y que sus resoluciones podrán ser admitidas como prueba en un eventual procedimiento arbitral: “*The arbitrator(s) shall have full power to open up, review and revise any certificate, determination (other than a final and binding determination), instruction, opinion or valuation of the Employer and/or of the Employer’s Representative, and any decision of the DAAB (other than a final and binding decision) relevant to the Dispute. Nothing shall disqualify the natural person(s) who has/have acted on behalf of the Employer under the Contract from being called as witness(es) and giving evidence before the arbitrator(s) on any matter whatsoever relevant to the Dispute. In any award dealing with costs of the arbitration, the arbitrator(s) may take account of the extent (if any) to which a Party failed to cooperate with the other Party in constituting a DAAB under Sub-Clause 21.1 [Constitution of the DAAB] and/or Sub-Clause 21.2 [Failure to Appoint DAAB Member(s)]. Neither Party shall be limited in the proceedings before the arbitrator(s) to the evidence or arguments previously put before the DAAB to obtain its decision, or to the reasons for dissatisfaction given in the Party’s NOD under Sub-Clause 21.4 [Obtaining DAAB’s Decision]. Any decision of the DAAB shall be admissible in evidence in the arbitration*”.

⁷⁵² TERCIER, Pierre, “Pour les Commissions de conciliation (« Dispute Board »)”, en BOHNET, François, WESSNER, Pierre, *Mélanges en l’honneur de François Knoepfler*, Basilea, 2005, págs. 337-354, págs. 337-354.

⁷⁵³ BAKER, C. Mark; GREENWOOD, Lucy, “In Search of an Exemplary International Construction Arbitration”, en ROVINE, Arthur W. *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2012*, Boston, 1ª Ed., Brill Nijhoff, 2013, págs. 173-187.

⁷⁵⁴ MAHNKEN, Volker, “Comparison Dispute Boards / Arbitration”, *International construction contracts and the resolution of disputes*, Dubái, 22 y 23 de abril de 2007.

puede, incluso, requerir la suspensión de las obras; lo cual es un efecto absolutamente indeseado en este tipo de proyectos. Ya se ha expuesto que en los contratos internacionales de ingeniería y construcción, los rasgos recientemente referidos suelen acarrear un impacto adverso en el plano económico del proyecto ya no solo en términos de *cash-flow*, sino también en aspectos que afectan a todos los agentes contractuales, como los vencimientos de avales y garantías que forman el entramado financiero del proyecto.

Ahondando en esta cuestión, es necesario poner de manifiesto que estos rasgos de extemporaneidad atribuidos al arbitraje acarrear consecuencias negativas ya no solo en los referidos elementos fácticos, sino también en cuestiones procesales. Así, que el arbitraje se inicie una vez que la disputa se haya establecido formalmente entre las partes y tras agotar todos los intentos de negociación, presenta el inconveniente de orden jurídico que supone el deterioro de las pruebas. Esto es, en el complejo ámbito de la ejecución contractual de megaproyectos internacionales, resulta muy complicado acreditar los hechos, debido a varios motivos⁷⁵⁵. En primer lugar, la pluralidad de agentes contractuales (partes del contrato principal, subcontratistas, proveedores, representantes de las partes, etc.) juega en detrimento de la determinación de la responsabilidad de cada uno de estos agentes. En segundo lugar, el tiempo que pasa entre el inicio de la controversia y su sumisión formal al tribunal arbitral puede hacer decaer el valor fáctico de un elemento probatorio. En tercer lugar, en el complejo escenario de una obra internacional, se generan con frecuencia dificultades en la transmisión de la información. Todos estos aspectos redundan

⁷⁵⁵ Sobre la importancia de la prueba en los procesos relacionados con la construcción internacional, se ha pronunciado la doctrina. KIMMELMAN, Louis B.; PALIWAL, Suyash, “How to Make a Project Come Alive for a Tribunal: The Use of Demonstrative Evidence in International Construction Arbitration”, ROVINE, Arthur W. *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2012*, Boston, 1ª Ed., Brill Nijhoff, 2013, págs. 188-208.

en dificultar el conocimiento que pueda tener de la disputa el tribunal arbitral designado por las partes en conflicto.

Tal y como se viene exponiendo en secciones precedentes de la presente tesis doctoral⁷⁵⁶, estas deficiencias que se perciben en el arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos en materia de contratos de ingeniería y construcción, pueden evitarse mediante el establecimiento de un *Standing Dispute Board* al inicio de la ejecución contractual.

Esta misma postura doctrinal señala que el arbitraje es un procedimiento esencialmente jurídico, con reglas de funcionamiento muy estrictas y que este rasgo puede operar en detrimento del conocimiento de la disputa, tanto de las partes como del tribunal. Por cuanto a las partes se refiere, como se viene apuntando en la presente tesis doctoral⁷⁵⁷, estas suelen presentar un perfil técnico ajeno al derecho, por lo que dejar la disputa en manos de un tercero con una formación esencialmente jurídica puede causar inquietud al entablar un proceso arbitral. Las partes perciben el referido mecanismo como un método fundamentalmente jurídico. Correlativamente, el árbitro que conozca del asunto, carecerá con toda seguridad de los avanzados conocimientos técnicos necesarios para entender la disputa en la totalidad de sus términos⁷⁵⁸. Por todo ello, el establecimiento de un *Dispute Board* idealmente formado por tres

⁷⁵⁶ Vid. supra I.1.A.ii.

⁷⁵⁷ Vid. supra I.1.

⁷⁵⁸ La doctrina internacional más reciente sistematiza estos aspectos. “*Dispute boards also have some particular advantages over arbitration: Arbitration is designed to settle disputes that already exist, not to prevent them; Arbitrators lack direct experience in the project. Where a dispute is time sensitive, the dispute board process is (in most instances) faster than that of an arbitration. Dispute boards are usually cost effective. It has been estimated that the average costs of a dispute board is less than 0.5% of the contract price. Dispute boards will typically take a less legalistic approach to dispute resolution compared with that of an arbitral tribunal. This serves to expedite matters, as the process is less likely to be subject to technical arguments on points of law. Where preserving the relationship is key to the continuation of the project, referring a disagreement to a dispute board will often be perceived as less ‘aggressive’ than commencing arbitration*”. FILHOL, Gaëlle, “Avoiding and Resolving Disputes through Dispute Boards”, ICC Dispute Resolution Bulletin, núm. 3, 2018, págs. 106 y ss.

miembros, entre los cuales reúnan perfiles técnicos y jurídicos, se erige de nuevo como la mejor opción para resolver los conflictos, tanto si la configuración elegida es un *Standing Dispute Board* como si las partes optan por el menos aconsejable *Ad Hoc Dispute Board*.

Una vez establecidas las principales distinciones entre el arbitraje y los *Dispute Boards* en el plano contractual, teórico y doctrinal; procede que esta tesis doctoral realice un acercamiento a las zonas grises en las que confluyen ambos métodos de resolución de conflictos y que han sido objeto de análisis tanto en instancias jurisdiccionales como arbitrales. Como se va a detallar a continuación, a los retos jurídicos que más frecuentemente presentan el arbitraje y los *Dispute Boards*, como pueden ser las objeciones a la jurisdicción del tribunal arbitral y la posible acumulación objetiva y subjetiva de procesos⁷⁵⁹; se añaden otros aspectos derivados de la propia intersección entre las resoluciones emitidas por los *Dispute Boards* y la institución del arbitraje.

⁷⁵⁹ La doctrina señala esta cuestión. “*Unlike the ICC’s (Arbitration) Rules, most DB rules do not yet appear to address the common situation of multi-party disputes, that is, where more than two parties are involved. This may create problems in the case of, for example, an ad hoc DAB (that is, one constituted to settle a single dispute) where there are two or more parties on one side of a contract*”. SEPPÄLÄ, Christopher R., “*Recent Case Law on Dispute Boards*”, en DE LY, Filip, “*Concluding Remarks*”, en DE LY, Filip; GÉLINA Paul-A., *Dispute Prevention and Settlement through Expert Determination and Dispute Boards* (Dossier de la Cámara de Comercio Internacional), París, 2017, págs. 123 y ss.

2. GRADO DE IMPERATIVIDAD DE LA REMISIÓN AL *DISPUTE BOARD* EN EL CONTEXTO DE LAS CLÁUSULAS *MULTI-TIER*: ANÁLISIS DESDE EL PRISMA DE LA PRÁCTICA JUDICIAL Y ARBITRAL

Como se ha expuesto en un capítulo precedente de la presente tesis doctoral⁷⁶⁰, el *Ius ingeniorum* y la *Lex constructionis* inciden en la regulación de los contratos internacionales de ingeniería a través de diversas vías, siendo especialmente relevante la vía de la resolución de controversias a través del arbitraje comercial⁷⁶¹. Los *Dispute Boards* como mecanismo heterocompositivo de resolución de controversias constituyen un entorno óptimo para que el poder autonormativo de las asociaciones profesionales internacionales reverbera en el ámbito jurídico. En este sentido, y por lo que respecta al objeto de la presente tesis doctoral, las resoluciones arbitrales que abordan cuestiones referentes a la relación entre los mecanismos de resolución de conflictos conocidos como *Dispute Board* y el arbitraje comercial pueden considerarse como una destacada fuente de la faceta de la *Lex Mercatoria* focalizada en los contratos de ingeniería y construcción.

Por este motivo, la presente tesis doctoral acomete un estudio de diversos laudos emitidos por la CCI, debido a que esta institución de carácter global es el referente mundial en materia de arbitraje comercial, también en el ámbito de la construcción internacional. Dicho estudio no es cuantitativamente exhaustivo, pero sí presenta varios laudos que son especialmente relevantes en la materia objeto del presente capítulo.

⁷⁶⁰ Vid. supra II.

⁷⁶¹ REIG FABADO, Isabel, *El contrato internacional de ingeniería*, Valencia, 1ª Ed., Tirant lo Blanch, 2008, págs. 136 y 228-239.

Como es sabido, el tenor literal de tres de los principales modelos de contrato estudiados en la presente tesis doctoral (FIDIC, ORGALIME y Modelo Llave en Mano de la CCI) someten las diferencias que puedan surgir entre las partes en la ejecución contractual, en un último escalón de la cláusula *multi-tier*, a las reglas de arbitraje institucional administrado por la referida organización internacional. Gracias a que los modelos enunciados remiten en su clausulado en última instancia al arbitraje institucional de la CCI, existe un creciente *corpus* de decisiones arbitrales de esta institución que constituye la referencia sobre los aspectos jurídicamente más relevantes en materia de *Dispute Boards*. En este sentido, se exponen a continuación las decisiones arbitrales sobre los factores jurídicamente más controvertidos que se presentan en la intersección entre las decisiones de los *Dispute Boards* y el arbitraje.

Para acometer un análisis riguroso de las cuestiones jurídicamente más relevantes en la relación entre los *Dispute Boards* y el arbitraje como métodos de resolución de conflictos, es necesario abordar este reto desde la óptica de las disposiciones *multi-tier* establecidas por las citadas instituciones internacionales (FIDIC y Cámara de Comercio Internacional)⁷⁶². Así, a lo largo de este epígrafe, se alude al sistema de resolución de disputas establecido por FIDIC en la redacción de la cláusula 20 de la *Rainbow Suite* de 1999⁷⁶³ y a las normas elaboradas por la Cámara de Comercio Internacional en relación con el

⁷⁶² La presente tesis doctoral circunscribe el estudio de la cuestión al modelo de contrato FIDIC y a los pronunciamientos arbitrales de la CCI al respecto. Esta limitación responde a la ausencia de jurisprudencia arbitral en la CCI sobre la aplicación de los modelos de contrato NEC4 y Modelo Llave en Mano de la CCI, así como del Reglamento de la CCI de 2015. A diferencia de los modelos de contrato recién apuntados, la CCI sí que se ha interpretado la *Rainbow Suite* de FIDIC en numerosas ocasiones y es por eso que en la presente tesis doctoral se estudian aquellas que hacen referencia a la aplicación del sistema *multi-tier* contenido en estos prestigiosos modelos de contrato.

⁷⁶³ Se acude a la edición predecesora de la normativa actual debido a que todavía no existen pronunciamientos sobre la nueva redacción del sistema de resolución de conflictos contenido en la edición de la *Rainbow Suite* de 2017. Esto es una consecuencia lógica ante el hecho de que los contratos de ingeniería y construcción que pueden someterse a la normativa elaborada por FIDIC suelen prolongarse por un espacio de tiempo que abarca varios años.

arbitraje, a las cuales remite la referida disposición de la *Rainbow Suite* de FIDIC de 1999. A la luz de las mencionadas referencias arbitrales, procede realizar un análisis crítico de las nuevas cláusulas de la *Rainbow Suite* de 2017, al objeto de valorar si la nueva redacción soluciona los problemas prácticos que hasta el momento se han abordado en sede de arbitraje comercial internacional.

Finalmente, para delimitar el objeto de estudio de este epígrafe, es relevante aclarar que, en caso de que un laudo arbitral genere un procedimiento posterior de nulidad judicial, los tribunales nacionales pueden tener que pronunciarse sobre una cláusula contractual *multi-tier* que contiene el recurso al arbitraje en su último escalón⁷⁶⁴. Por este motivo, los tribunales locales pueden llegar a posicionarse sobre cuestiones de aplicación de las cláusulas contractuales que remiten las controversias a arbitraje. En consecuencia, la presente tesis doctoral también aborda el estudio de varias resoluciones judiciales domésticas que se pronuncian sobre la aplicación de las cláusulas *multi-tier* de resolución de conflictos contenidas en los modelos de contrato FIDIC.

2.A. Cuestiones previas al sometimiento de una disputa formal a arbitraje: La asistencia informal del *Dispute Board* y el análisis *prima facie* de la Cámara de Comercio Internacional

La primera cuestión que es necesario examinar con respecto a la relación entre los *Dispute Boards* y el arbitraje, cuando ambos aparecen recogidos en una cláusula o sistema *multi-tier* de resolución de conflictos, es si

⁷⁶⁴ Así lo ha recogido la doctrina internacional. “La respuesta a estas preguntas dependerá, en último lugar, de la ley de la sede del arbitraje o *lex loci arbitri*. Por lo tanto, es fundamental conocer el contenido de la ley aplicable y la posición de los tribunales de justicia locales al respecto, tanto a la hora de negociar las cláusulas escalonadas y fijar la sede del arbitraje, como al momento de iniciar un arbitraje”. CREMADES, Anne-Carole, “Qué sanción en caso de incumplimiento de una cláusula escalonada de resolución de controversias?”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, núm. 26, 2016, págs. 57-70, en esp. pág. 58.

existe la obligatoriedad de la emisión de una resolución por parte del *Dispute Board* antes de iniciar el procedimiento arbitral. Esto es, y acudiendo a términos que ya han sido definidos y utilizados en la presente tesis doctoral, es relevante determinar si la emisión de una resolución por parte del *Dispute Board* es *condition precedent* para la sumisión de la cuestión al órgano arbitral y para que este pueda declararse competente para su resolución. Con el fin de dar respuesta a tan relevantes cuestiones, este epígrafe analiza en primer lugar si es necesario remitir la diferencia a la asistencia informal del *Dispute Board* y, en segundo lugar, si es necesario que el *Dispute Board* se pronuncie sobre la disputa formal, haciendo uso de su función de resolución de conflictos, antes de que esta sea sometida a arbitraje.

2.A.i. Asistencia informal por parte del *Dispute Board*

Tal y como se ha expuesto en secciones precedentes de la presente tesis doctoral, la *Rainbow Suite* de FIDIC introduce por primera vez en su redacción del año 2017 la posibilidad de que el *Dispute Board* preste asistencia informal a lo largo de la ejecución contractual en su sistema de resolución de conflictos. A la luz de la referida redacción de 2017, procede cuestionarse si resulta obligatorio someter la diferencia a la asistencia informal del *Dispute Board* diseñado por FIDIC para estar presente desde el inicio de la ejecución contractual; el *Dispute Avoidance/Adjudication Board* que tantas novedosas atribuciones presenta⁷⁶⁵.

El planteamiento de si resulta obligatorio someter la disputa a la asistencia informal del órgano de resolución de conflictos introducido por la *Rainbow Suite* de FIDIC de 2017 antes de comenzar el procedimiento de reclamación formal, resulta novedoso, por cuanto la redacción de la

⁷⁶⁵ La presente tesis doctoral ofrece un estudio de este órgano en el capítulo IV.

Rainbow Suite de 2017 introduce esta posibilidad por primera vez en estos modelos de contrato. La presente tesis doctoral estima que, a la luz de la redacción de la nueva *Rainbow Suite*, la asistencia informal del *Dispute Board* no resulta en la actualidad obligatoria, sino que es una posibilidad que ofrece el redactor de FIDIC en aras del principio de evitación de disputas que preside el texto de la nueva edición. En consonancia con ello, la versión auténtica en inglés del referido texto –todavía no traducida a ningún otro idioma– utiliza el verbo *may* al aludir a la asistencia informal por parte del *Dispute Avoidance/Adjudication Board*. Si se observa cuál es el verbo que utiliza FIDIC para referirse a las obligaciones (*shall*) recogidas en la *Rainbow Suite* de FIDIC, se deduce que en este caso la solicitud de asistencia informal al *Dispute Avoidance/Adjudication Board* por las partes no es un escalón previo a la resolución vinculante del *Dispute Board*. En términos de sometimiento de la disputa a la asistencia informal del *Dispute Avoidance/Adjudication Board*, esta mención supone una diferenciación total entre la función de evitación de disputas y aquella de resolución de las mismas por parte de este órgano de naturaleza híbrida.

Por su parte, el Reglamento de la CCI de 2015 también establece la distinción entre la asistencia informal por parte del *Dispute Board* y la sumisión formal de la disputa al referido mecanismo híbrido de resolución de conflictos. En la misma línea apuntada respecto del Libro Plata de FIDIC, se estima que remitir la disputa a la asistencia informal del *Dispute Board* viene configurada como una opción que se ofrece a las partes y no como una obligación. Esta afirmación se deduce del Artículo 18 del Reglamento de la CCI de 2015⁷⁶⁶, por el

⁷⁶⁶ Se reproduce el texto del Artículo 17 del Reglamento de la CCI de 2015: “Artículo 18 Sumisión formal para una Conclusión. Toda Parte puede someter formalmente, en cualquier momento, un Desacuerdo al DB para una Conclusión. A partir de ese instante, el Desacuerdo se convierte en una Desavenencia. Durante la sumisión formal, no habrá conversaciones informales ni reuniones por separado entre ningún Miembro del DB y cualquier Parte relacionadas con alguno de los asuntos cubiertos por la sumisión formal. Los procedimientos presentados a continuación se aplican a las sumisiones formales”.

que se establece que las partes pueden someter una disputa formal al *Dispute Board* en cualquier momento, independientemente de si se ha hecho uso de la asistencia informal que se contempla en el Artículo 17 del referido Reglamento de la CCI de 2015.⁷⁶⁷

Finalmente, el modelo de contrato NEC4 establece la asistencia informal del *Dispute Avoidance Board* de manera implícita, recogiendo entre sus actividades la función de asistencia a las partes ante una diferencia que pueda terminar en disputa⁷⁶⁸.

Una vez resuelta, en sentido negativo, la cuestión sobre la obligatoriedad del procedimiento de asistencia informal del *Dispute Board* sobre las diferencias entre las partes, procede analizar las cuestiones análogas cuando este órgano híbrido acomete las funciones de resolución de conflictos. Esto es, se examina a continuación la relevancia jurídica de la obligación de remitir la disputa formal al *Dispute Board* antes de accionar el siguiente escalón de la cláusula *multi.-tier*.

⁷⁶⁷ Se reproduce el texto del Artículo 17 del Reglamento de la CCI de 2015: “*Artículo 17 Asistencia informal en los Desacuerdos. 1. Por iniciativa propia o a petición de una de las Partes y siempre con el acuerdo de todas las Partes, el DB puede, de manera informal, ayudar a las Partes a resolver los Desacuerdos que puedan haber surgido durante la ejecución del Contrato. Esta asistencia informal puede prestarse durante cualquier reunión o visita al sitio. La Parte que proponga asistencia informal por parte del DB debe esforzarse en informar al DB y a la otra Parte con la mayor prontitud antes de la fecha de la reunión o de la visita al sitio durante la cual la asistencia informal deba de ser prestada. 2. La asistencia informal del DB puede llevarse a cabo a través de una conversación entre el DB y las Partes, una o más reuniones separadas entre el DB y una de las Partes previo consentimiento de todas las Partes, opiniones informales expresadas por el DB a las Partes, una nota escrita del DB dirigida a las Partes, o de cualquier otra forma de asistencia que pueda ayudar a las Partes a resolver el Desacuerdo. 3. Cuando se le solicita que emita una Conclusión relacionada con un Desacuerdo en el que ha prestado asistencia informal, el DB no queda vinculado por las opiniones formuladas durante su asistencia informal, ya las haya expresado oralmente o por escrito, ni debe tomar en cuenta ninguna información que no haya estado a la disposición de todas las Partes*”.

⁷⁶⁸ Se reproduce el texto de la cláusula W3.2(1) del modelo de contrato NEC4 del ICE. “*W3.2 (1) The Dispute Avoidance Board assists the Parties in resolving potential disputes before they become disputes*”

2.A.ii. Análisis *prima facie* realizado por la Cámara de Comercio Internacional

Las normas sobre arbitraje internacional de la Cámara de Comercio Internacional⁷⁶⁹ establecen un sistema de evaluación de controversias con carácter preliminar al procedimiento arbitral en sí, evaluación que es realizada por la propia Corte Internacional de Arbitraje⁷⁷⁰. Dicho análisis fáctico *prima facie* de la CCI viene regulado en las normas 6.3 a 6.6⁷⁷¹ del Reglamento de

⁷⁶⁹ La CCI denomina a este documento: *2017 Arbitration Rules and 2014 Mediation Rules (Spanish version)* y lo ofrece en su página web: <https://iccwbo.org/publication/arbitration-rules-mediation-rules-spanish-version/>. En adelante, se hará referencia a este texto como “Reglamento de Arbitraje CCI de 2017”.

⁷⁷⁰ A continuación se reproduce el Artículo 1 del Reglamento de Arbitraje CCI de 2017: “Artículo 1. La Corte Internacional de Arbitraje, 1. La Corte Internacional de Arbitraje (la “Corte”) de la Cámara de Comercio Internacional (la “CCI”) es el órgano independiente de arbitraje de la CCI. Los estatutos de la Corte son los establecidos en el Apéndice I. 2. La Corte no resuelve por sí misma las controversias. Administra la resolución de controversias por tribunales arbitrales, de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CCI (el “Reglamento”). La Corte es el único órgano autorizado a administrar arbitrajes bajo el Reglamento, incluyendo el examen previo y la aprobación de laudos dictados de conformidad con el Reglamento. La Corte establece su propio reglamento interno, el cual está previsto en el Apéndice II (el “Reglamento Interno”). 3. El Presidente de la Corte (el “Presidente”) o, en ausencia del Presidente o a solicitud suya, uno de sus Vicepresidentes, tendrá la facultad de tomar decisiones urgentes en nombre de la Corte, las cuales serán comunicadas a la Corte en la siguiente sesión. 4. Conforme a lo dispuesto en el Reglamento Interno, la Corte podrá delegar, en uno o más comités integrados por sus miembros, la facultad de tomar ciertas decisiones, las cuales serán comunicadas a la Corte en su siguiente sesión. 5 La Corte es asistida en sus tareas por la Secretaría de la Corte (la “Secretaría”), bajo la dirección de su Secretario General (el “Secretario General”).”

⁷⁷¹ Se reproduce el contenido del artículo 6 del Reglamento de Arbitraje CCI de 2017 “Artículo 6: Efectos del acuerdo de arbitraje 1. Cuando las partes han acordado someterse al arbitraje según el Reglamento, se someten, por ese solo hecho, al Reglamento vigente a la fecha de inicio del arbitraje a menos que hayan acordado someterse al Reglamento vigente a la fecha del acuerdo de arbitraje. 2. Al acordar someterse al arbitraje según el Reglamento, las partes aceptan que el arbitraje sea administrado por la Corte. 3. Si una parte contra la cual se haya formulado una demanda no presenta una Contestación, o si cualquiera de las partes formula una o varias excepciones relativas a la existencia, validez o alcance del acuerdo de arbitraje o a si todas las demandas formuladas en el arbitraje pueden ser determinadas conjuntamente en un solo arbitraje, el arbitraje proseguirá y toda cuestión de jurisdicción o relativa a si las demandas pueden ser determinadas conjuntamente en tal arbitraje serán decididas directamente por el tribunal arbitral, a menos que el Secretario General refiera el asunto a la Corte para su decisión conforme al Artículo 6(4). 4. En todos los casos referidos a la Corte bajo el Artículo 6(3), la Corte decidirá si y en qué medida el arbitraje proseguirá. El arbitraje proseguirá si y en la medida en que la Corte estuviere convencida, *prima facie*, de la posible

Arbitraje CCI de 2017⁷⁷². Ha de precisarse que la Corte Internacional de Arbitraje no es un tribunal de derecho, sino que es un órgano que decide sobre cuestiones esencialmente fácticas, que en ningún caso perjudican las acciones que puedan hacer valer las partes ni valora ninguna cuestión jurídica, dejando en todo caso la acción imprejuizada. El análisis *prima facie* de la CCI se realiza a instancia del Secretario General de la Corte Internacional de Arbitraje y valora los hechos que indican la posible existencia de un acuerdo arbitral que vincule a las partes para remitir la cuestión a este mecanismo de resolución de conflictos.

En relación con el sistema de resolución de conflictos establecido por FIDIC, existen varios pronunciamientos *prima facie* por parte de la Corte Internacional de Arbitraje sobre la procedencia de la sumisión al arbitraje de la CCI de las demandas arbitrales dirigidas a la CCI. Efectivamente, las disposiciones del Reglamento de Arbitraje CCI de 2017 hacen referencia a un juicio fáctico de admisibilidad sobre el acuerdo de voluntades por el cual se creó el convenio arbitral en el momento de incluir la cláusula arbitral en el contrato. Este análisis realizado por la CCI se centra en la posible existencia del referido

existencia de un acuerdo de arbitraje de conformidad con el Reglamento. En particular: i) cuando hayan más de dos partes en el arbitraje, el arbitraje proseguirá entre aquellas partes, incluida cualquier parte adicional que haya sido incorporada conforme al Artículo 7, respecto de las cuales la Corte estuviera convencida, prima facie, de la posible existencia de un acuerdo de arbitraje de conformidad con el Reglamento que las vincule a todas; y ii) cuando se formulen demandas conforme al Artículo 9 bajo más de un acuerdo de arbitraje, el arbitraje proseguirá en relación con aquellas demandas respecto de las cuales la Corte estuviera convencida, prima facie, (a) de la posible compatibilidad entre los acuerdos de arbitraje bajo los cuales tales demandas son formuladas, y (b) de la posible existencia de un acuerdo entre las partes en el arbitraje para que dichas demandas pueden ser determinadas conjuntamente en un solo arbitraje. La decisión de la Corte bajo el Artículo 6(4) no prejuzga la admisibilidad o fundamento de la excepción o excepciones de cualquiera de las partes. 5. En todos los casos decididos por la Corte bajo el Artículo 6(4), cualquier decisión relativa a la competencia del tribunal arbitral, excepto en relación con partes o demandas respecto de las cuales la Corte decida que el arbitraje no debe proseguir, será tomada por el propio tribunal arbitral. 6. Cuando las partes sean notificadas de la decisión de la Corte de conformidad con el Artículo 6(4) de que el arbitraje no puede proseguir en relación con todas o alguna de las partes, éstas conservan el derecho de solicitar una decisión de cualquier tribunal competente sobre si existe o no, y respecto de cuál de ellas, un acuerdo de arbitraje que las obligue”.

⁷⁷² Esta cuestión también venía recogida en las Normas sobre arbitraje de la CCI del año 2012.

convenio arbitral que vincula a las partes con el objeto de someter la cuestión al arbitraje administrado por esta institución. Esta valoración *prima facie* requiere lidiar en ocasiones con la cuestión previa de si se ha seguido el procedimiento establecido en la cláusula *multi-tier* del contrato, la cual contempla el arbitraje como último escalón del procedimiento de resolución de disputas.

La doctrina señala como referente en esta materia el caso de un proyecto de construcción de una autopista, celebrado bajo el régimen de las Condiciones Generales del Libro Rojo de FIDIC de 1999⁷⁷³. Para acometer este proyecto, se firmaron dos contratos cuyas disposiciones no impedían que las disputas que surgiesen en el curso de la ejecución contractual se sustanciaran en un solo arbitraje. En este caso, el contratista interpuso una demanda arbitral al cliente –una entidad pública–, contra la cual este alegó que la sumisión de la disputa a arbitraje solo podía realizarse una vez que se hubiese agotado la vía del *Dispute Board*, siendo este momento aquel en el que el citado órgano emita una decisión.

La entidad pública argumentó que en el caso objeto de controversia no se había seguido el procedimiento establecido contractualmente, puesto que no se había cumplido con el requisito previo y necesario para someter la cuestión a arbitraje. En este caso, el Secretario General de la CCI se limitó a constatar que ambas partes habían firmado un convenio arbitral, mediante la cláusula contractual de resolución de disputas, y que no había objeciones de las partes a la posibilidad de decidir las cuestiones en un solo arbitraje administrado por las normas de la CCI. Por tanto, el Secretario General decidió autorizar directamente la celebración del arbitraje sin efectuar el análisis *prima facie*. Esta decisión del Secretario General sentó un cierto precedente y en numerosos casos posteriores

⁷⁷³ Debido a cuestiones de confidencialidad, los casos publicados por la Cámara de Comercio Internacional solo ofrecen algunas referencias del caso. Estas referencias quedan limitadas a la identificación teórica del caso, pero no revelan más detalles sobre sus elementos esenciales, para evitar su identificación.

se ha sometido la disputa directamente al arbitraje, sin pasar por el análisis *prima facie*⁷⁷⁴.

Dado que el juicio fáctico establecido en el análisis *prima facie* realizado por la Corte Internacional de Arbitraje no resulta especialmente esclarecedor sobre las complejas cuestiones de jurisdicción que plantea el funcionamiento de las sofisticadas cláusulas *multi-tier* establecidas en los modelos de contrato FIDIC, procede ahondar en el análisis del *corpus* de resoluciones arbitrales emitidas por la CCI en relación con estas cuestiones.

2.B. La decisión del *Dispute Board* y el procedimiento arbitral: ¿*Condition precedent*?

Una vez abordados los factores referentes a la asistencia informal del *Dispute Board* y el análisis *prima facie* de la CCI como pasos previos al procedimiento arbitral, la presente tesis doctoral procede a examinar a continuación otra cuestión fundamental en la dinámica del sistema de resolución de conflictos establecido en las cláusulas *multi-tier* de los modelos de contrato FIDIC. Dicha cuestión es la siguiente: en caso de que la cláusula escalonada contenga la sumisión de la controversia a un *Dispute Board* en un escalón previo al arbitraje o a los tribunales nacionales previstos en la cláusula de resolución de conflictos, cabe plantearse si es jurídicamente factible evitar la sumisión de la disputa al *Dispute Board* y someter la controversia al escalón ulterior directamente y, si esta respuesta es afirmativa, en qué casos y bajo qué circunstancias debe admitirse. Asimismo, en el caso de que una de las partes someta la cuestión al arbitraje de la CCI o los tribunales domésticos sin pasar por el paso previo del *Dispute Board*, es necesario preguntarse por las consecuencias

⁷⁷⁴ FERIS, José Ricardo; FILIPIČ, Živa, “Jurisdictional Issues in Construction Arbitration. The ICC Experience”, *ICC Dispute Resolution Bulletin*, núm, 4, 2017, págs. 25-39.

jurídicas que acarrea la inobservancia del sistema de resolución de conflictos establecido por medio del acuerdo de voluntades de las partes.

La lectura de la cláusula 20 de los modelos de contrato FIDIC de 1999 parece indicar que la regla general es la obligatoriedad de la sumisión de la disputa al *Dispute Board* con anterioridad al arbitraje⁷⁷⁵. Existen resoluciones arbitrales y judiciales que aplican correctamente la regla general establecida por la Sub-Cláusula 20.2 de los modelos de contrato FIDIC de 1999 mediante su abstención de conocer la causa, dado que esta no ha sido sometida previamente al *Dispute Adjudication Board* establecido como primer escalón en la cláusula *multi-tier*. Ahora bien, en las secciones posteriores de este capítulo, procede analizar por una parte las excepciones a esta norma general, en virtud de las cuales el tribunal arbitral puede resolver la causa directamente, sin que esta haya sido objeto de resolución por parte del *Dispute Board* y, por otra parte, examinar el instituto jurídico en el que los tribunales que se inhiben justifican su decisión. Estas materias tan relevantes jurídicamente son objeto de estudio en las siguientes secciones de la presente tesis doctoral.

El alcance de la presente sección de esta tesis doctoral parte de la afirmación de que existen diversas circunstancias que pueden conducir a cuestionar la regla general que considera a los *Dispute Boards* como un *condition precedent*. Estas circunstancias y sus efectos en la resolución de conflictos han sido objeto de análisis por parte tanto de tribunales arbitrales internacionales como de órganos jurisdiccionales domésticos a lo largo de las últimas dos décadas, periodo de implantación y andadura de los *Dispute Boards* en el contexto internacional.

⁷⁷⁵ Tal y como se viene apuntando, la cláusula *multi-tier* de resolución de disputas se localizaba en la rúbrica número 20 de todos los modelos de contrato de la *Rainbow Suite* de FIDIC de 1999.

2.B.i. Interpretaciones divergentes por parte de órganos judiciales nacionales

En esta sección se analizan dos decisiones judiciales en materia de reconocimiento de la obligatoriedad de sumisión de las disputas al *Dispute Board* con carácter previo al arbitraje, emitidas por dos tribunales de culturas jurídicas y ubicaciones geográficas bien diferenciadas. La constatación de la que interpretación de ambos respecto del reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes manifestada en cláusulas *multi-tier* de resolución de conflictos es divergente, refleja cómo esta cuestión sigue siendo controvertida en el plano de la litigación.

En efecto, la cámara alta británica *House of Lords*⁷⁷⁶ se pronunció sobre la necesidad de acometer la sumisión previa de la disputa a un *Dispute Board* en 1993, con motivo de una cláusula *multi-tier* contenida en la edición del Libro Rojo de FIDIC de 1987, bajo cuyo régimen jurídico se acometió el túnel del Canal de la Mancha. En el caso *Tunnel Group v. Balfour Beatty*, los contratistas fueron demandados tras haber anunciado su intención de suspender los trabajos con motivo del impago de diversas sumas por parte del cliente. Ante el anuncio de las intenciones del contratista, el cliente acudió directamente a los órganos jurisdiccionales nacionales británicos, para interponer una solicitud de medidas cautelares (*interim injunction*), prescindiendo de esta forma del sistema *multi-tier* establecido en las provisiones contractuales correspondientes del Libro Rojo de FIDIC. En la controvertida sentencia

⁷⁷⁶ La *House of Lords* es un órgano perteneciente al poder legislativo británico. Además, se le atribuyen funciones jurisdiccionales desde 1876, año en el que se publicó la Ley de Jurisdicción de Apelación. Aunque las cuestiones sobre planta judicial de Inglaterra están fuera del alcance de la presente tesis doctoral, se realiza esta mención a la *House of Lords* por los motivos expuestos en el texto principal. Los Lores de Apelación Ordinaria (Lores de Derecho) son llamados a realizar la labor judicial de la Cámara como tribunal de apelación en la última instancia. Para más información sobre estas cuestiones, es recomendable consultar la Guía de Asuntos Parlamentarios que ofrece en español la *House of Lords* (Cámara de los Lores), en el siguiente enlace: <https://www.parliament.uk/documents/lords-information-office/hoflbgspanish.pdf>.

(*judgement*) emitida al efecto por la *House of Lords*, se admitió la petición del demandante, obviando las disposiciones contractuales que contenían una expresión de la autonomía de la voluntad de las partes que podía dar cabida a la intervención previa del *Dispute Board* a consecuencia de lo establecido en las disposiciones contractuales⁷⁷⁷. Se desestimó así la aplicación del principio *pacta sunt servanda* que configura las disposiciones *multi-tier* contenidas en los contratos internacionales de ingeniería y construcción.

Sin embargo, uno de los lores que formaba parte del alto tribunal emitió un voto particular en este caso, cuyo contenido fue tan relevante que llegó incluso a motivar cambios legislativos posteriores en la materia. En efecto, Lord Mustill se pronunció sobre la negación del reconocimiento de las disposiciones de sumisión previa de la disputa a un *Dispute Board* establecidas por las partes, poniendo de manifiesto que “*aquellos que concluyen acuerdos para la resolución de disputas deben mostrar buenas razones para apartarse de ellos (...) habiendo prometido someter sus controversias a los expertos y, en su caso, a árbitros, a quienes deben acudir los demandados*”⁷⁷⁸. A raíz de este

⁷⁷⁷ Esta fue la única de las trece disputas que se originaron en la ejecución contractual que no se pudo resolver por medio de la intervención del *Dispute Board*. El sistema que las partes habían diseñado contractualmente consistía en un *Dispute Board* formado por cinco miembros. Todos ellos participaban en las vistas, pero la emisión de la decisión solo era suscrita por tres miembros, elegidos en virtud de su formación y experiencia. “*Here, with the project having a total value US\$14 billion, only 13 disputes arose of which 12 were settled and only one was taken further*”, CHERN, Cyril, *Chern on Dispute Boards*, Londres, Informa Law from Routledge, 3ª Ed., 2015, pág. 63. “*On the Channel Tunnel a DRB of five persons was used. While all five members hear disputes, the recommendation was made by the chairman and two members chosen for their particular expertise relating to the dispute under consideration*” VAN LANGELAAR, Anton, “Dispute boards – Operation – Part One”, *Civil Engineering*, septiembre de 2014, págs. 60 y ss., en esp. pág. 62.

⁷⁷⁸ El texto original, que reza así: “*Having made this choice I believe that it is in accordance, not only with the presumption exemplified in the English cases cited above that those who make agreements for the resolution of disputes must show good reasons for departing from them, but also with the interests of the orderly regulation of international commerce, that having promised to take their complaints to the experts and if necessary to the arbitrators, that is where the appellants should go. The fact that the appellants now find their chosen method too slow to suit their purpose, is to my way of thinking quite beside the point*”, ha sido citado por la doctrina internacional en numerosas ocasiones (<http://www.dr-hoek.de/EN/beitrag.asp?t=International-Construction-Arbitration>) y puede ser consultado íntegramente en el siguiente enlace:

pronunciamiento, la Ley de Arbitraje inglesa de 1996, introdujo una modificación en la materia, imponiendo en su artículo 9.2 la obligación de agotar los métodos de resolución de controversias acordados por las partes previamente, como requisito para la interposición de una demanda arbitral⁷⁷⁹.

Por su parte, el *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*⁷⁸⁰ se pronunció sobre una cuestión análoga en su decisión emitida el 30 de julio de 2018 y alcanzó un fallo distinto al de la sentencia anteriormente referida. En ella se proclama la obligatoriedad de la sumisión de la disputa al *Dispute Board* como paso previo al arbitraje si así está contenido en las disposiciones contractuales. En este caso, y para acometer de las obras de la Línea 4 de metro de la ciudad de Sao Paulo, la entidad pública brasileña que gestiona el transporte de la referida ciudad (*Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô*) firmó un contrato con un consorcio integrado por dos compañías (*Consórcio TC Linha 4 Amarela - Consórcio*).

La cláusula de resolución de disputas introducida para las controversias que se generasen en el referido contrato, establecía como mecanismo de resolución de disputas la sumisión de las diferencias a un *Dispute Adjudication Board* con carácter previo al arbitraje. Este órgano estaba formado por dos ingenieros y un abogado. Ante una incidencia de carácter técnico acontecida en el curso de la ejecución contractual, se originó entre las partes una disputa formal que fue remitida al *Dispute Adjudication Board*, de

<http://www.nadr.co.uk/articles/published/AdjudicationLawReports/Channel%20Tunnel%20v%20Balfour%20Beatty%201993.pdf>, Channel Group v Balfour Beatty Ltd. [1993] Adj.L.R. 01/21. La traducción al español es obra de la autora de esta tesis doctoral.

⁷⁷⁹ Dicho artículo 9.2 de la Ley inglesa de Arbitraje establece: “*An application may be made notwithstanding that the matter is to be referred to arbitration only after the exhaustion of other dispute resolution procedures*”. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>.

⁷⁸⁰ La página web del Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo es la siguiente: <http://www.tjsp.jus.br/>. En ella se puede comprobar que este procedimiento sigue abierto a día de hoy, puesto que ha sido recurrido.

acuerdo con las disposiciones contractuales. El referido órgano, cuyas resoluciones se habían configurado contractualmente como vinculantes, emitió su decisión sobre la materia, con arreglo a su función de resolución de conflictos. En ella, el *Dispute Adjudication Board* valoraba económicamente el sobrecoste en la ejecución de las obras originado con motivo de la disputa técnica⁷⁸¹ y establecía que este sobrecoste había de ser asumido por la entidad pública que actuaba como cliente (*Metrô*). Al conocer esta resolución, el cliente se dirigió a los tribunales domésticos para solicitar unas medidas cautelares que evitasen el pago de la cantidad establecida por el *Dispute Board* en el ejercicio de sus funciones de resolución de disputas.

En primera instancia, el órgano judicial se pronunció en sentido estimatorio, pero *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo* desestimó la petición de medidas cautelares. El pronunciamiento referido se pronunció en el sentido de que la decisión del *Dispute Adjudication Board* había sido emitida con arreglo a lo establecido por las partes y que la petición del cliente no reunía los requisitos necesarios para ser estimada⁷⁸². Asimismo, la resolución judicial del

⁷⁸¹ Este importe ascendía a 10.000.000 Reales Brasileños.

⁷⁸² En la resolución (Agravo de Instrumento nº 2096127-39.2018.8.26.0000), se establece lo siguiente: “*O agravante alega que três questões devem ser consideradas para a reforma da decisão: a incompatibilidade de decisões liminares com o instituto do CRD (DAB - 'Dispute Adjudication Board'), a imprecisão dos fatos apresentados pelo Metrô e a presença de 'periculum in mora' reverso. No âmbito da Concorrência Pública Internacional nº 41075213, financiada com recursos do Banco Mundial (BIRD), firmou com o Metrô o contrato administrativo nº 4107521301; um importante aspecto do modelo de contratação imposto pelas entidades financiadoras internacionais é a forma de resolução de eventuais conflitos que possam surgir entre as partes; o 'Dispute Board' (DB) ou Conselho Regional de Disputas (CRD) tem por objetivo garantir a boa execução do contrato e a manutenção de um clima harmônico e construtivo entre as partes; no caso dos autos, o CRD é composto por três especialistas em matéria de construção e direito de construção (dois engenheiros e um advogado); suas decisões não são afastadas, salvo por acordo, laudo arbitral ou sentença definitiva, conforme cláusula 7.10.4 do Termo de Acordo livremente pactuado pelas partes; a agilidade das decisões, ainda que em tese não sejam juridicamente perfeitas, evitam paralisações, atrasos no cronograma do projeto e efeitos desastrosos sobre o fluxo de caixa das obras; é inadequada a sustação liminar dos feitos de decisão tomada pelo CRD em razão de eventual dúvida jurídica sobre o tema, sequer existente no caso; a decisão impugnada em juízo foi técnica e juridicamente detalhada e fundamentada; o CRD do Metrô perderá a autoridade*”

alto tribunal de Sao Paulo reconoce con este pronunciamiento el marco jurídico de las resoluciones de los *Dispute Boards*, por cuanto reconoce el valor de la autonomía de la voluntad de las partes. En su pronunciamiento, el alto tribunal brasileño reconoce la obligatoriedad de seguir el procedimiento de resolución de disputas establecido por las partes en la correspondiente disposición contractual *multi-tier*. En consecuencia, esta reciente resolución judicial del alto tribunal brasileño considera que la remisión de la disputa al *Dispute Adjudication Board* sí que es *condition precedent* para la sumisión de la disputa a arbitraje, mediante su inhibición en el conocimiento del asunto.

2.B.ii. Obligación de someter la disputa a un *Dispute Board*: regla de partida en los principales modelos de contratos internacionales

En el plano internacional, el Reglamento Relativo a los *Dispute Boards* de la Cámara de Comercio Internacional publicado en 2015 impone expresamente la obligación de someter la disputa al *Dispute Board* como condición para la interposición de la demanda arbitral, recogiendo precisamente el espíritu de la edición de la *Rainbow Suite* de 1999. En efecto, la hasta ahora Cláusula 20 *Claim Disputes and Arbitration* de los modelos de contrato FIDIC de 1999, establecía en la Sub-Cláusula 20.2 del Libro Plata de 1999⁷⁸³ que el primer escalón en la resolución de las disputas sería la emisión de una decisión

para decidir as questões que lhe são submetidas e as partes poderão optar por dissolvê-lo; a suspensão liminar da decisão não é compatível com a livre declaração de vontade das partes e com a natureza do procedimento que rege o Conselho de Resolução de Disputas. A decisão sobre a disposição do solo contaminado do VCA Vila Sônia foi precedida por denso procedimento instrutório, amplo debate entre as partes e seus técnicos, esclarecimento de posições, apresentação de memoriais e concessão de nova oportunidade para manifestações das partes; a decisão agravada é fundada em falácias construídas pelo Metrô, que apresenta os fatos de maneira confusa, repetitiva e por vezes inverídica”.

⁷⁸³ La versión auténtica, en inglés, establece lo siguiente en la Sub-Cláusula 20.2.: “*Disputes shall be adjudicated by a DAB in accordance with Sub-Clause 20.4*”.

por parte de un *Dispute Adjudication Board*⁷⁸⁴. Así, con carácter general, en la Sub-Cláusula 20.2 del Libro Plata de 1999 se establecía la obligación de que las disputas fueran resueltas en primer lugar por un *Dispute Board*. Dicha obligación quedaba manifestada en el referido texto mediante la utilización del verbo *shall*, en contraposición con el uso de *may* respecto de aquellas cuestiones que no se configuraban como obligatorias en el Libro Plata de 1999.

Como excepción a este procedimiento, la edición de la *Rainbow Suite* de 1999 contemplaba en la Sub-Cláusula 20.8 *Expiry of Dispute Adjudication Board's Appointment*⁷⁸⁵ un supuesto ante el cual las partes podían someter la cuestión directamente a arbitraje⁷⁸⁶: que no existiese un *Dispute Adjudication Board*. Sin embargo, la redacción de la Sub-Cláusula 20.8 sobre los motivos de esta ausencia resultaba ambigua: se recogía el supuesto en el que el *Dispute Adjudication Board* hubiese expirado, o bien cualesquiera otros motivos (“*or otherwise*”). La inexactitud de esta última mención generó diversos pronunciamientos arbitrales que se estudian en la presente sección de esta tesis doctoral⁷⁸⁷.

Por su parte, el Reglamento de la CCI de 2015 también se pronuncia expresamente sobre la relación de los distintos tipos de *Dispute Boards* con el

⁷⁸⁴ El Libro Plata de 1999 de FIDIC sí que está disponible traducido al español. En esta versión, el término *Dispute Adjudication Board* se traduce como “Mesa de Resolución de Conflictos”.

⁷⁸⁵ Se reproduce la referida Sub-Cláusula: “*Sub-Clause 20.8. Expiry of Dispute Adjudication Board's appointment. If a dispute arises between the parties in connection with, or arising out of, the Contract or the execution of the Works and there is no DAB in place, whether by reason of the expiry of the DAB's appointment or otherwise: (a) Sub-Clause 20.4 [Obtaining Dispute Adjudication Board's Decision] and Sub-Clause 20.5 [Amicable Settlement] shall not apply, and (b) the dispute may be referred directly to arbitration under Sub-Clause 20.6 [Arbitration]*”.

⁷⁸⁶ El Libro Plata de FIDIC de 1999 también eximía a las partes de la obligación de intentar un acuerdo amistoso en estos supuestos.

⁷⁸⁷ La doctrina se hace eco de esta cuestión. KONDEV, D. H., “Is Dispute Adjudication under FIDIC Contracts for Major Works Indeed a Precondition to Arbitration?”, *International Construction Law Review*, Parte 3, Julio 2014, págs. 256-268.

arbitraje. Así, en su artículo 14 (Inicio y Fin de las actividades del DB) se establece de modo general que *“Toda desavenencia surgida después de la disolución del DB será resuelta definitivamente por arbitraje, cuando las Partes lo hayan acordado, o a falta de tal acuerdo, por cualquier tribunal competente”*⁷⁸⁸. La Cámara de Comercio Internacional facilita la aplicación de este principio general establecido en el clausulado del Reglamento, ofreciendo en su preámbulo la redacción de una cláusula modelo *multi-tier* para cada uno de los tipos de *Dispute Board*. Esto es, *Dispute Review Board*⁷⁸⁹,

⁷⁸⁸ Se reproduce el contenido completo del Artículo 14 del Reglamento de la CCI de 2015: *“Artículo 14 Inicio y fin de las actividades del DB 1 El DB inicia sus actividades una vez que todos los Miembros del DB y las Partes hayan firmado el o los Contratos de Miembro de DB. 2 Salvo acuerdo en contrario de las Partes, el DB pondrá fin a sus actividades al recibir una notificación de las Partes mediante la cual comunican su decisión conjunta de disolver el DB. 3 Un Miembro del DB puede renunciar al DB, en cualquier momento, con previo aviso por escrito con tres meses de anticipación dirigido a las Partes, salvo acuerdo en contrario en el o los Contratos de Miembro de DB. 4 Toda desavenencia surgida después de la disolución del DB será resuelta definitivamente por arbitraje, cuando las Partes lo hayan acordado, o a falta de tal acuerdo, por cualquier tribunal competente”*.

⁷⁸⁹ Se reproduce el contenido de la referida cláusula, que está publicada en la siguiente página web: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/2015-Dispute-Board-Rules-Spanish-version.pdf>. *“Cláusula modelo para el establecimiento de un Dispute Review Board del Reglamento: “Dispute Review Board CCI seguido por arbitraje CCI en caso necesario Por la presente, las Partes se comprometen a constituir un Dispute Review Board («DRB») conforme al Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (la «CCI») relativo a los Dispute Boards (el «Reglamento»), el cual es considerado parte integrante de la presente. El DRB se compone de [uno/tres/X] miembro(s) nombrado(s) en el presente contrato o nombrado(s) de acuerdo con el Reglamento. Todas las controversias derivadas del presente contrato o relacionadas con él serán sometidas en primer lugar al DRB conforme al Reglamento. Para cualquier controversia, el DRB emitirá una Recomendación de conformidad con el Reglamento. Si una de las Partes no acata una Recomendación cuando se le exija hacerlo de conformidad con el Reglamento, la otra Parte puede, sin tener que recurrir primero al DRB, someter este incumplimiento a arbitraje de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la CCI, a uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento de Arbitraje. Una Parte que no cumpla con una Recomendación cuando se le exija hacerlo de conformidad con el Reglamento no podrá plantear ningún asunto sobre el fondo de la Recomendación como defensa de su falta de cumplimiento sin demora de la Recomendación. Si una Parte notifica por escrito a la otra y al DRB su desacuerdo con una Recomendación, según lo previsto en el Reglamento, o bien si el DRB no ha emitido una Recomendación en el plazo establecido por el Reglamento, o incluso si el DRB es disuelto conforme al Reglamento antes de que se emita la Recomendación, la controversia será resuelta definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la CCI por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento de Arbitraje”*.

*Dispute Adjudication Board*⁷⁹⁰ y *Combined Dispute Board*⁷⁹¹. Estas cláusulas modelo pueden ser introducidas directamente en el correspondiente contrato

⁷⁹⁰ Se reproduce el contenido de la referida cláusula, que está publicada en la siguiente página web: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/2015-Dispute-Board-Rules-Spanish-version.pdf>. “*Dispute Adjudication Board CCI seguido por arbitraje CCI en caso necesario. Por la presente, las Partes se comprometen a constituir un Dispute Adjudication Board («DAB») conforme al Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (la «CCI») relativo a los Dispute Boards (el «Reglamento»), el cual es considerado parte integrante de la presente. El DAB se compone de [uno/tres/X] miembro(s) nombrado(s) en el presente contrato o nombrado(s) de acuerdo con el Reglamento. Todas las controversias derivadas del presente contrato o relacionadas con él serán sometidas, en primer lugar, al DAB conforme al Reglamento. Para cualquier controversia, el DAB dictará una Decisión de conformidad con el Reglamento.* Si una de las Partes no acata una Decisión cuando se le exija hacerlo de conformidad con el Reglamento, la otra Parte puede, sin tener que recurrir primero al DAB, someter este incumplimiento a arbitraje de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la CCI, a uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento de Arbitraje. Una Parte que no cumpla con una Decisión cuando se le exija hacerlo de conformidad con el Reglamento no podrá plantear ningún asunto sobre el fondo de la Decisión como defensa de su falta de cumplimiento sin demora de la Decisión. Si una Parte notifica por escrito a la otra y al DAB su desacuerdo con una Decisión, según lo previsto en el Reglamento, o bien si el DAB no ha dictado una Decisión en el plazo previsto por el Reglamento, o incluso si el DAB es disuelto conforme al Reglamento antes de que se dicte la Decisión, la controversia será resuelta definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la CCI por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento de Arbitraje. [* Si lo desean, las partes pueden solicitar al Centro el examen de las Decisiones del DAB mediante la inclusión de la siguiente frase: El DAB deberá someter cada Decisión a examen de la CCI de conformidad con el Artículo 23 del Reglamento.]”.*

⁷⁹¹ Se reproduce el contenido de la referida cláusula, que está publicada en la siguiente página web: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/2015-Dispute-Board-Rules-Spanish-version.pdf>. “*Combined Dispute Board CCI seguido por arbitraje CCI en caso necesario. Por la presente, las Partes se comprometen a constituir un Combined Dispute Board («CDB») conforme al Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (la «CCI») relativo a los Dispute Boards (el «Reglamento»), el cual es considerado como parte integrante de la presente. El CDB se compone de [uno/tres/X] miembro(s) nombrado(s) en el presente contrato o nombrado(s) de acuerdo con el Reglamento. Todas las controversias derivadas del presente contrato o relacionadas con él serán sometidas, en primer lugar, al CDB conforme al Reglamento. Para cualquier controversia, el CDB emitirá una Recomendación, salvo que las Partes hayan acordado que el CDB debe dictar una Decisión o que el CDB decida hacerlo a petición de una de las Partes y de conformidad con el Reglamento.* Si una de las Partes no acata una Recomendación o una Decisión cuando se le exija hacerlo de conformidad con el Reglamento, la otra Parte puede, sin tener que recurrir primero al CDB, someter este incumplimiento a arbitraje de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la CCI, a uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento de Arbitraje. Una Parte que no cumpla con una Recomendación o una Decisión cuando se le exija hacerlo de conformidad con el Reglamento no podrá plantear ningún asunto sobre el fondo de la Recomendación o la Decisión como defensa de su falta de cumplimiento sin demora de la Recomendación o la Decisión. Si una Parte notifica por escrito a la otra y al CDB su desacuerdo con una Recomendación o una Decisión, según lo previsto en el Reglamento, o bien si el CDB no ha*

firmado por las partes. Precisamente en estas mismas cláusulas modelo se prevén también las excepciones al principio general de sumisión de la disputa al *Dispute Board*. Estas consisten en que la disputa se puede someter directamente al arbitraje en caso de que el *Dispute Board* establecido no haya emitido una resolución en plazo, o en el caso de que el *Dispute Board* sea disuelto conforme al Reglamento antes de que se emita la resolución.

2.B.iii. Excepción a la obligación de someter la disputa a un *Dispute Board*: La Sub-Cláusula 20.8 de los modelos de contrato de la *Rainbow Suite* de FIDIC de 1999

Una vez establecido el principio general en el marco de las cláusulas *multi-tier* de los contratos internacionales de ingeniería y construcción elaborados por FIDIC, por el cual las disputas han de ser resueltas en primer lugar por el *Dispute Board* establecido al efecto, procede examinar a continuación la casuística en torno al tratamiento otorgado en el contexto arbitral y jurisdiccional a las excepciones que permiten a las partes someter la controversia directamente al tribunal arbitral o jurisdiccional, respectivamente, según la redacción que presente la cláusula *multi-tier*. Los laudos emitidos hasta el momento por la CCI en esta materia se centran en la aplicación de las Condiciones Generales de la *Rainbow Suite* de FIDIC de 1999 y consideran con frecuencia la normativa doméstica de los estados, que interviene en calidad de ley aplicable a los contratos correspondientes.

emitido la Recomendación o dictado la Decisión en el plazo establecido por el Reglamento, o incluso si el CDB es disuelto conforme al Reglamento antes de que se emita la Recomendación o se dicte la Decisión, la controversia será resuelta definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la CCI por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento de Arbitraje. [Si lo desean, las partes pueden solicitar al Centro el examen de las Decisiones del CDB mediante la inclusión de la siguiente frase: El CDB deberá someter cada Decisión a examen de la CCI de conformidad con el Artículo 23 del Reglamento.]”.*

En este sentido, la Sub-Cláusula 20.8⁷⁹² de los modelos de la *Rainbow Suite* de FIDIC de 1999 establecía la excepción a la regla general enunciada en la Sub-Cláusula 20.2, por la que se debían remitir las disputas formales en primer lugar al *Dispute Adjudication Board*. En la Sub-Cláusula 20.8 se recogía como motivo principal para eximirse de someter la disputa al *Dispute Board* constituido contractualmente por las partes, que tal órgano no existiese (“*no DAB in place*”). El contenido de esta disposición ha de ponerse en relación con la Sub-Cláusula 20.3⁷⁹³, en la que se recogen algunos supuestos de fracaso en el establecimiento del *Dispute Adjudication Board* y se ofrece una solución al respecto, para que el ámbito de aplicación de la Sub-Cláusula 20.8 se limite a supuestos muy reducidos.

Tal y como se ha apuntado, la Sub-Cláusula 20.8 contenía una redacción idéntica tanto en el Libro Rojo (que establecía un *Standing Dispute Board* como primer escalón de la cláusula de resolución *multi-tier*) como en el Libro Amarillo y el Libro Plata (que establecían un *Ad Hoc Dispute Board*). Dicha opción del redactor de la *Rainbow Suite* de 1999, que contenía la misma disposición para ser aplicada en relación con órganos de funcionamiento muy

⁷⁹² A continuación se reproduce el contenido de la referida Sub-Cláusula del Libro Plata: “*Sub-Clause 20.8. If a dispute arises between the Parties (...) and there is no DAB in place, whether by reason of the expiry of the DAB's appointment or otherwise*”.

⁷⁹³ El contenido de la Sub-Cláusula 20.3 del Libro Plata de FIDIC de 1999 es el siguiente: “*Sub-Clause 20.3: Failure to Agree Dispute Adjudication Board. If any of the following conditions apply, namely: (a) the Parties fail to agree upon the appointment of the sole member of the DAB by the date stated in the first paragraph of Sub-Clause 20.2 [Appointment of the Dispute Adjudication Board] (b) either Party fails to nominate a member (for approval by the other Party) of a DAB of three persons by such date, (c) the Parties fail to agree upon the appointment of the third member (to act as chairman) of the DAB by such date, or (d) the Parties fail to agree upon the appointment of a replacement person within 42 days after the date on which the sole member or one of the three members declines to act or is unable to act as a result of death, disability, resignation or termination of appointment, then the appointing entity or official named in the Particular Conditions shall, upon the request of either or both of the Parties and after due consultation with both Parties, appoint this member of the DAB. This appointment shall be final and conclusive. Each Party shall be responsible for paying one-half of the remuneration of the appointing entity or official*”.

distinto⁷⁹⁴ fue motivo de interpretaciones dispares en sede arbitral, que influyeron a su vez de manera decisiva en la nueva redacción de estos célebres modelos de contrato en el año 2017.

En resumen, de acuerdo con lo establecido en la Sub-Cláusula 20.8 de la *Rainbow Suite* de 1999, en algunos casos la disputa podía ser sometida directamente a arbitraje, sin pasar por la sumisión formal al *Dispute Adjudication Board* como órgano de resolución de disputas. Como se ha apuntado previamente, dicha sub-cláusula prevé en su redacción en español que “*Si surge un conflicto entre las Partes en relación con o como consecuencia del Contrato o de la ejecución de las Obras, y no está establecida una MRC*⁷⁹⁵, ya sea porque haya expirado su mandato o por otro motivo: (a) La Subcláusula 20.4 [Solicitud de Decisión de la MRC] y la Subcláusula 20.5 [Acuerdo Amistoso], no serán de aplicación, y (b) el conflicto podrá someterse directamente a arbitraje en virtud de la Subcláusula 20.6 [Arbitraje]”.

Así, la Sub-Cláusula 20.8 de la *Rainbow Suite* de FIDIC de 1999 considera como excepción a la norma general el supuesto de que el *Dispute Board* no esté establecido. La redacción de esta estipulación contempla como causas de la falta de establecimiento del *Dispute Board* dos supuestos: la expiración del mandato del *Dispute Board* y la genérica expresión “otro motivo”. Esta última inclusión, que en el inglés original reza “*or otherwise*”, puede conducir a confusión, al posibilitar que se interponga directamente una demanda arbitral en ausencia de un *Dispute Adjudication Board* por cuestiones inespecíficas que, interpretadas erróneamente, pueden conducir a invalidar la autonomía de la voluntad de las partes en el establecimiento de los métodos de

⁷⁹⁴ La diferencia entre los *Standing Dispute Boards* y los *Ad Hoc Dispute Boards* se expone en el Capítulo III de la presente tesis doctoral.

⁷⁹⁵ Con estas siglas se refiere FIDIC en la versión en español de su *Rainbow Suite* de 1999 a las Mesas de Resolución de Conflictos, opción de traducción de *Dispute Board* por la que se inclina esta edición de los referidos modelos contractuales.

resolución de conflictos contractuales. La ambigüedad de la referida mención “*or otherwise*” de la Sub-Cláusula 20.8 de la *Rainbow Suite* de FIDIC genera más problemas en su aplicación cuando el contrato firmado por las partes contempla el establecimiento de un *Ad Hoc Dispute Board*, tal y como quedaba configurado en la versión original de los modelos de contrato Libro Amarillo y Libro Plata de 1999.

Esta ambigua mención contenida en la Sub-Cláusula 20.8 de los modelos de la *Rainbow Suite* de 1999 ha sido objeto de valoración por diversos tribunales arbitrales y nacionales, tal y como se expone en los casos referidos a continuación.

Así, en el Caso número 16155⁷⁹⁶ de la Cámara de Comercio Internacional, el panel resolvió admitir la demanda arbitral directamente en virtud de la aplicación de la Sub-Cláusula 20.8 del Libro Rojo. Las partes del contrato habían acordado el establecimiento de un *Standing Dispute Board*, permanente a lo largo de toda la ejecución contractual. Si bien el panel arbitral llegó a afirmar en su argumentación que la norma general es la de la sumisión previa al *Dispute Board*, el tribunal dejó también constancia de que este caso se había desarrollado en circunstancias excepcionales. En este caso, el tribunal arbitral dirimió que el cliente (*Employer*) había renunciado a su derecho de

⁷⁹⁶ Se reproduce un extracto del referido laudo. “64. *However, the Tribunal believes that the mere fact that a DAB has not yet been appointed may not always permit a party to bypass resort to a DAB. The Tribunal should account for the specific facts of this case, and examine, in particular, the circumstances or reasons for which the parties did not constitute a DAB. (...)81. In sum, the Tribunal holds that Respondent has forgone its right to insist on the appointment of a DAB because it ignored Claimants' attempt to appoint a DAB during performance of the Contract. As a result, the Tribunal decides that Claimants are entitled to resort directly to arbitration pursuant to Sub-Clause 20.8 of the FIDIC General Conditions. VII. Decision. For the foregoing reasons, the Arbitral Tribunal hereby concludes, as a majority, that Claimants' claims are admissible. All remaining issues, including costs arising from the present Award, are reserved for one or more further awards”.*

Laudo de la Cámara de Comercio Internacional sobre resolución de disputas *multi-tier*, emitido en el Caso 16155, en agosto de 2014.

establecer un *Dispute Adjudication Board* por haber ignorado los intentos de establecer este órgano, realizados por parte del contratista (*Contractor*) durante la ejecución contractual. Asimismo, el panel arbitral reiteró la naturaleza consensual del establecimiento de este tipo de mecanismos de resolución de conflictos, reconociendo que el *Contractor* por sí mismo no podría haber constituido el *Dispute Board*. Ante la aportación documental del *Contractor* de las propuestas e intentos realizados por su parte para nombrar a los miembros del *Dispute Board*, el tribunal arbitral consideró probado que la falta de establecimiento de este órgano quedaba atribuida enteramente a la actitud dilatoria del *Employer*. Por ello, el tribunal arbitral consideró que la inexistencia de un *Dispute Board*, por causas atribuibles a la actitud no cooperadora de una de las partes, era motivo suficiente para aplicar las disposiciones contenidas en la Sub-Cláusula 20.8 y acudir directamente a arbitraje.

Mientras que la resolución arbitral anterior trata un caso en el que el mecanismo previsto para resolver las disputas era en primer lugar un *Standing Dispute Board*, cabe cuestionarse qué ocurre en el caso de que las partes opten por un *Ad Hoc Dispute Board*. En este sentido, puede percibirse que los argumentos recién expuestos en relación con la falta de establecimiento de un *Dispute Board* operan con dificultad en los casos en los que las partes hayan decidido incluir como primer método alternativo de resolución de disputas el establecimiento de un *Ad Hoc Dispute Board*. Tal y como ha quedado expuesto en secciones anteriores⁷⁹⁷ el *Ad Hoc Dispute Board* se caracteriza por conformarse cuando la disputa ya ha sido formalmente creada por las partes. No ha de olvidarse que, en la edición de 1999, tanto el Libro Plata como el Libro Amarillo establecían por defecto en sus estipulaciones contractuales la creación de un *Ad Hoc Dispute Board*, en detrimento de las ventajas que se predicaban de un *Standing Dispute Board*, órgano establecido al principio del

⁷⁹⁷ Vid. supra III.1.B.

proyecto para introducir una función de evitación de disputas⁷⁹⁸. La doctrina incluso ha llegado a atribuir a esta uniformidad de la *Rainbow Suite* de 1999 el fracaso de la consideración de la mención “*or otherwise*” como un supuesto especialmente restringido en la consideración del *Dispute Board* como *condition precedent*⁷⁹⁹. A continuación procede ahondar en esta cuestión, mediante el estudio de diversos laudos que han interpretado la Sub-Cláusula 20.8 en los casos en los que las partes establecieron que el órgano que conocería de la disputa en un primer lugar sería un *Ad Hoc Dispute Board*.

La resolución arbitral del Caso 18505⁸⁰⁰ de la Cámara de Comercio Internacional, se pronunció al respecto, con motivo de la aplicación de la

⁷⁹⁸ Vid. supra III.1.A.

⁷⁹⁹ Entre otros motivos señalados en las notas a la siguiente referencia bibliográfica, se señala esta cuestión “*The major exception in the 1999 FIDIC Books to the rule that it is mandatory to refer disputes to a DAB is Sub-Clause 20.8, which provides that where there is no DAB in place, whether by reason of the expiry of the DAB's appointment or otherwise, the requirement to refer a dispute to the DAB under Sub-Clause 20.4 or to amicable settlement under Sub-Clause 20.5 shall not apply and the dispute may be referred directly to arbitration under Sub-Clause 20.6. However, as indicated above, Sub-Clause 20.8 has also given rise to difficulties of interpretation. In an article published in 2005, the present author highlighted that, due to excessive harmonization of the 1999 FIDIC Books⁴³ (though this reason was not referred to in that article), there could be a risk of misinterpretation of this clause: While the author believes the language of sub-clause 20.8 is satisfactory in the new Red Book, he believes that under the Yellow and Silver Books, which provide for an ad hoc DAB (and not a permanent DAB, as under the new Red Book), the language is unsatisfactory as it could be interpreted as entitling a party to go directly to arbitration and bypass the DAB, which was certainly not the intention (see, e.g., sub-clause 20.2: ‘Disputes shall be adjudicated by a DAB in accordance with sub-clause 20.4’ (emphasis added). Accordingly, to eliminate any uncertainty in this regard, he believes that this point should be clarified when new editions of the FIDIC books are issued’*. SEPPÄLÄ, Christopher R., “Commentary on Recent ICC Arbitral Awards dealing with Dispute Adjudication Boards under FIDIC Contracts”, en *E-Chapter from ICC Dispute Resolution Bulletin*, núm. 1, 2015.

⁸⁰⁰ El laudo se pronuncia en estos terminus: “*107. The Sole Arbitrator is of the view that Sub-Clause 20.8 of the General Conditions applies in the case at hand and that Claimant was allowed to directly refer the disputes to arbitration under Sub-Clause 20.8 of the General Conditions, i.e. without first referring the disputes to the DAB and waiting until the period under the Contract for attempting to reach an amicable settlement has expired (Sub-Clauses 20.4 and 20.5 of the General Conditions), for the following reasons:*

(...)

Cláusula 20 de un contrato regido por las disposiciones del Libro Amarillo de FIDIC. En este caso, se eximió al contratista de someter la disputa al *Dispute Board*, tras quedar probadas las actitudes de las partes ante el procedimiento establecido contractualmente por ellas mismas para la resolución de disputas. Así, el contratista había seguido el sistema *multi-tier* acordado, dirigiendo la diferencia al *Engineer* en una fase temprana de la misma. Ante una actitud deliberadamente poco colaborativa por parte del *Engineer*, la diferencia no pudo llegar a tener la consideración de disputa formal⁸⁰¹. De acuerdo con la redacción del Libro Amarillo de la *Rainbow Suite* de FIDIC de 1999, el *Dispute Adjudication Board* se configuraba como un *Ad Hoc Dispute Board* por

d) The Sole Arbitrator then notes that it appears from the documents before him that a significant reason why the DAB was not in place was Respondent's refusal to sign the DAB Agreement, despite being asked by the Claimant to do so on several occasions (...)

(...)

g) Respondent's argument that for a DAB Agreement to be signed, a DAB member must first be appointed at all, is also not convincing: Firstly, as the Sole Arbitrator understands it, Respondent has not only refused to sign the DAB Agreement, but also refused to appoint a DAB member. Secondly, a default appointment in accordance with Sub-Clause 20.3 of the General Conditions would, as Claimant has correctly pointed out, not have changed anything with regard to the fact that under the Contract the DAB Agreement must be signed by all parties, i.e. also Respondent.

h) Finally, and most importantly, the Sole Arbitrator notes that it is most striking - if not even contrary to the principles of good faith respectively amounting to an abuse of rights - that Respondent, on the one hand, refused to sign the DAB Agreement, having the consequence that there could be no DAB, and, on the other hand, uses the fact that there is no DAB as a basis to argue that Claimant's claims are not admissible. This is even more true against the background of the fact that at the time Claimant filed its Request for Arbitration, the works under the Contract were nearly finished, while the idea of a DAB mainly is that ongoing construction works are not delayed.

108. The Sole Arbitrator thus concludes that Claimant was allowed to directly refer the disputes to arbitration under Sub-Clause 20.8 of the General Conditions”.

Laudo de la Cámara de Comercio Internacional sobre resolución de disputas *multi-tier*, emitido en el caso 18505, emitido en noviembre de 2013

⁸⁰¹ A este respecto, conviene recordar que la figura del *Engineer* en el Libro Rojo de FIDIC ha sido objeto de controversias por cuanto presta sus servicios al cliente y percibe su retribución de este. Tal y como se apunta en la presente tesis doctoral, la doctrina señaló esta circunstancia como un factor que podía influir en la imparcialidad cuando este órgano tenía atribuciones de resolución de conflictos. Los hechos probados de esta resolución arbitral aprecian que esta circunstancia del *Engineer* también puede influir negativamente en la formación de una disputa formal.

lo que el órgano de resolución de conflictos no llegó a ser constituido. En consecuencia, el contratista no pudo someter la diferencia al *Dispute Adjudication Board* por razones ajenas a su voluntad. El laudo de la CCI basa estas afirmaciones sobre la imposibilidad de establecer el *Ad Hoc Dispute Board* en la actitud del cliente una vez percibida la existencia de la disputa. Resulta hecho probado que el cliente, a quien incluso se le llega a reprobar un principio de mala fe, se había negado a firmar en varias ocasiones el acuerdo para el establecimiento del *Ad Hoc Dispute Board* como órgano de resolución de disputas, contraviniendo las cláusulas contractuales.

La resolución judicial emitida por un tribunal británico en el caso *Peterborough City Council v Enterprise Managed Services Ltd Enterprise Managed Services Ltd*⁸⁰² también se pronuncia sobre el campo de aplicación de la excepción a la norma general de sumisión de disputas al *Dispute Board* establecida en la *Rainbow Suite* de 1999. Las diferencias contractuales entre las partes, que habían firmado un contrato basado en el modelo Libro Plata de FIDIC con algunas modificaciones, fueron sometidas en este caso del año 2014 a los tribunales británicos. La intervención de un órgano jurisdiccional nacional estaba prevista en la cláusula *multi-tier* de resolución de disputas como escalón posterior a un *Dispute Board* potencialmente configurado como *Ad Hoc Dispute Board*. Así, el Tribunal Inglés de Tecnología y Construcción recibió un caso en el que hubo de pronunciarse sobre si la sumisión de la disputa al *Dispute Board* unipersonal era obligatoria con arreglo a las cláusulas contractuales y, en su caso, si el tribunal debía inadmitir la demanda, o bien por el contrato admitirla y suspender el procedimiento hasta que las partes hubiesen cumplido con el requisito de someter la disputa al *Ad Hoc Dispute Board*.

⁸⁰² La resolución sobre el caso completo, denominado *Peterborough City Council v Enterprise Managed Services Ltd Enterprise Managed Services Ltd* [2014] EWHC 3193 (TCC), puede ser consultada en el siguiente enlace: [http://www.adjudication.co.uk/archive/view/case/1664/peterborough_city_council_v_enterprise_managed_services_ltd_enterprise_managed_services_ltd_%5B2014%5D_ewhc_3193_\(tcc\)](http://www.adjudication.co.uk/archive/view/case/1664/peterborough_city_council_v_enterprise_managed_services_ltd_enterprise_managed_services_ltd_%5B2014%5D_ewhc_3193_(tcc)).

En el citado caso *Peterborough City Council v Enterprise Managed Services Ltd*, las partes habían firmado un contrato en las condiciones establecidas por el Libro Plata de FIDIC de 1999, parcialmente modificadas en materias como la sumisión de las disputas a los tribunales domésticos en lugar de al arbitraje internacional. Con respecto al *Dispute Board* que las partes establecieron, estas sí que siguieron la propuesta original del referido Libro Plata, cuya redacción original establece que las disputas serán referidas a un *Ad Hoc Dispute Board* conformado con el procedimiento señalado al efecto, una vez las partes hayan detectado la disputa.

En este caso, los argumentos ofrecidos por el contratista, (*Enterprise Managed Services, Ltd*) incidieron en la cuestión de que, en caso de que se configure contractualmente un *Ad Hoc Dispute Board* como primer escalón de la cláusula de resolución de controversias contractualmente pactada, la mención “*or otherwise*” contenida en la Sub-Cláusula 20.8 abre la posibilidad de ejercitar una renuncia al recurso al *Dispute Board*, que se había acordado al inicio del contrato como método de resolución de conflictos entre las partes en caso de que surgiese alguna disputa entre ellas. Sin embargo, el tribunal británico resolvió que la redacción de la Sub-Cláusula 20.8 encaja exclusivamente en los supuestos en los que las partes hayan previsto un *Standing Dispute Board* y, por tanto, en la mención “*or otherwise*” se podrían subsumir supuestos sobrevenidos de inexistencia del *Dispute Board*⁸⁰³. Por los motivos exhaustivamente detallados en

⁸⁰³ Así se pronuncia el juez del caso, Mr. Justice Edwards Stuart, en los párrafos de la sentencia que se citan:

“33. *It seems to me that sub-clause 20.8, which is in the same form in all three of the FIDIC Books, probably applies only in cases where the contract provides for a standing DAB, rather than the procedure of appointing an ad hoc DAB after a dispute has arisen. Ironically, Ms. Sinclair said that the position was precisely the opposite: in her skeleton argument she submitted that the parties could prevent clause 20.8 from operating at all by appointing a standing DAB. I have to confess that I did not understand this point, but it shows that Ms. Sinclair was not suggesting that the fact that, depending upon the dispute resolution procedure chosen, sub-clause 20.8 might not have any application was fatal to what I would otherwise consider to be the correct construction of the conditions.*”

la sentencia, el tribunal consideró que la mención “*or otherwise*” de la Sub-Cláusula 20.8, como norma general, permite evitar la sumisión de la disputa al *Dispute Board* en el caso de que este haya sido configurado como un órgano permanente. Sin embargo, considerar que esta mención pueda llegar a constituir un supuesto de renuncia a lo establecido por las partes, manifestado en la evitación de establecer un *Ad Hoc Dispute Board*, constituye una interpretación errónea. Por ello, el tribunal británico consideró que la Sub-Cláusula 20.8 no era de aplicación en este caso.

Ahora bien, la consecuencia lógica a este presupuesto habría sido, tal y como reconoció el propio tribunal, la de inhibirse en el conocimiento de la causa mediante la inadmisión de la demanda. Sin embargo, oídas las partes, que ya llevaban un largo tiempo enfrentadas por la disputa y que habían llegado incluso a introducir una mediación con carácter previo al recurso al sistema *multi-tier* previsto en la cláusula de resolución de conflictos, el tribunal británico

34. *In addition, I do not accept Ms. Sinclair’s submissions about what is meant by the phrase “no DAB in place”. The right to refer a dispute to adjudication arises under sub-clause 20.4.1 as soon as a DAB has been appointed, whether under sub-clause 20.2 or 20.3. It is quite clear from the words “final and conclusive” in sub-clause 20.3 that the process of appointment is complete once the nominating body has “appointed” the adjudicator. That must mean the identification of a particular person as the adjudicator because the appointing body cannot make the Dispute Adjudication Agreement for the parties. In my judgment, therefore, a DAB is “in place” once its member or members have been duly appointed in this way because from that moment onwards a dispute can be referred to it. Not even Humpty Dumpty would suggest that a dispute could be referred to a DAB that was not in place.*

35. *For all these reasons, therefore, I reject the Council’s submissions that sub-clause 20.8 gives it a unilateral right to opt out of the adjudication process, save in a case where at the outset the parties have agreed to appoint a standing DAB and that, by the time when the dispute arose, that DAB had ceased to be in place, for whatever reason. Further, I also reject the Council’s submissions that the adjudication provisions in the contract are unenforceable.*

36. *Accordingly, I accept EMS’s case that the contract requires that the determination of the current dispute is to be by way of adjudication and amicable settlement under sub-clauses 20.4 and 20.5 and, only failing that, by litigation”.*

se inclinó por admitir la demanda y continuar con el procedimiento en sede judicial⁸⁰⁴.

La doctrina internacional⁸⁰⁵ se hizo eco de la referida interpretación de los tribunales británicos sobre la Sub-Cláusula 20.8 de los modelos de contrato FIDIC de 1999⁸⁰⁶. Algunas voces valoran la calidad de los argumentos sostenidos por el cliente (*Employer*) en este caso –a favor de la remisión de la disputa nuevamente al *Dispute Board*, siguiendo con lo establecido por las partes–⁸⁰⁷. Sin

⁸⁰⁴ Así se pronuncia la resolución judicial británica en los últimos párrafos y el fallo:

“42. Whilst Miss Day acknowledged that the dispute was clearly difficult because the parties had not managed to settle it at the mediation, she submitted that it cannot be assumed that the parties would adopt the same positions in the light of a reasoned decision from an adjudicator. Alternatively, she submitted that, even if the adjudicator’s decision were not accepted by one or other party, it might nevertheless provide a starting point from which the parties could settle the dispute. She submitted that it cannot and should not be assumed that an adjudication would serve no purpose.

43. Although, as I have already indicated, on purely practical grounds the pragmatist in me would tend to favour the contentions of Ms. Sinclair (if all other things were equal), I consider that the various factors are too finally balanced for me to conclude that, overall, the Council has made out a sufficiently compelling case to displace the presumption in favour of adopting the method of dispute resolution chosen by the parties in their contract.

For these reasons, I conclude that the Council has not made out a sufficient case for resisting a stay. Accordingly, the action must be stayed and the parties left to resolve their dispute in accordance with the contractual machinery in the light of the matters discussed in this judgment”.

⁸⁰⁵ GLOVER, Jeremy, “Peterborough City Council v Enterprise Managed Services Ltd, [2014] EWHC 3193 (TCC)”, entrada de blog Fenwick Elliot, lunes 17 de noviembre de 2014, <https://www.fenwickelliott.com/research-insight/newsletters/dispatch/archive/peterborough-city-enterprise-managed>.

⁸⁰⁶ CAULFIELD, Chris; UNNI, Kiran, “When is referral to a dispute adjudication board a precondition for court or arbitration proceedings?”, *International Arbitration Law Review*, vol. 19, núm. 1, 2016, págs. N6-N9.

⁸⁰⁷ La doctrina se pronuncia: “When one considers the FIDIC suite of contracts as a whole, it is clear that FIDIC’s intention was that all disputes would be referred to a dispute board in the first instance, and Edwards-Stuart J’s conclusion is clearly correct. However, I confess that I do have some sympathy with this part of Peterborough’s argument because, while the heading of clause 20.8 states that it applies to the expiry of a dispute board’s appointment, the words “or otherwise” suggest that the dispute board procedure can be avoided where no ad-hoc dispute board has ever been appointed. Edwards-Stuart J explained that clause 20.8 was probably only applicable where a standing dispute board, rather than an ad-hoc dispute board, had been appointed. “It seems to me that sub-clause 20.8, which is in the same form in all three of the FIDIC Books, probably applies only in cases where the contract provides for a standing DAB,

embargo, la doctrina mayoritaria coincide en una valoración positiva de la decisión final del tribunal británico⁸⁰⁸. A pesar de que finalmente se admitió la demanda, la sentencia refleja que el tribunal tomó esta decisión basándose en las circunstancias que rodeaban al caso, más allá de las cláusulas contractuales. En ausencia de estas, el tribunal manifiesta que habría remitido a las partes al cumplimiento del pacto inicial, dejando la acción imprejuizada en la referida instancia judicial⁸⁰⁹.

En efecto, sería jurídicamente complicado justificar que la idéntica redacción de la Sub-Cláusula 20.8 tanto en los modelos de la *Rainbow Suite* que establecen un *Ad Hoc Dispute Board* como en aquellos que se decantan por un *Standing Dispute Board*, conllevara consecuencias tan dispares en el escalón

rather than the procedure of appointing an ad hoc DAB after a dispute has arisen.” In the context of standing dispute boards, clause 20.8 makes much more sense. Perhaps this is something FIDIC might want to address the next time clause 20 is reviewed?”. COPE, Jonathan, “TCC grants stay to enable FIDIC dispute board to proceed”, Thomson Reuters, Practical Law Construction Blog, 28 de octubre de 2014, <http://constructionblog.practicallaw.com/tcc-grants-stay-to-enable-fidic-dispute-board-to-proceed/>.

⁸⁰⁸ Así lo señalan reputados autores: “*Thankfully, any further risk of misinterpreting Sub-Clause 20.8 to suggest that the words 'or otherwise' in that Sub-Clause might entitle a party freely to bypass the DAB procedure should have been put to rest by the two recent English and Swiss court decisions mentioned above.*”

*The Peterborough City Council case notes, with considerable insight, that 'Sub-Clause 20.8, which is the same in all three of the FIDIC Books, probably applies only in cases where the contract provides for a standing DAB' (para. 33). It was indeed mainly intended to apply in this situation and its introduction into all three 1999 FIDIC Books, without change, was the result of over-harmonization, as mentioned above”. SEPPÄLÄ, Christopher R., “Commentary on Recent ICC Arbitral Awards dealing with Dispute Adjudication Boards under FIDIC Contracts”, en *E-Chapter from ICC Dispute Resolution Bulletin*, núm. 1, 2015.*

⁸⁰⁹ Así lo recoge la doctrina internacional. “*Edwards-Stuart J rejected this argument, concluding that the words "or otherwise" should be interpreted narrowly, with the effect that subcl.20.8 does not give either party "a unilateral right to opt out of the DAB process", save in a case where the parties have agreed at the outset to appoint a standing DAB and by the time a dispute arises, the DAB has ceased to be in place, for whatever reason. This is because an ad-hoc DAB would only ever be appointed after a dispute had arisen. If this were not the case then subcll.20.2 and 20.3 would have no application, because under those subclauses there must be a dispute before the process of appointing a DAB can commence”. WARDLE, Natalie, “Conditions precedent 2015: a bumper year for FIDIC decisions”, *Construction Law Journal*, vol. 33, núm.4, 2017, págs. 260-265, en esp. pág. 261.*

ulterior de la cláusula de resolución de conflictos. Esto es, la configuración del *Dispute Board* como permanente o *ad hoc*, conduciría a que, pese a la redacción idéntica de la Sub-Cláusula 20.8, la misma disputa recibiría finalmente un tratamiento bien distinto: la sumisión de esta a un procedimiento distinto al establecido inicialmente por el acuerdo de voluntades de las partes, en caso de un *Ad Hoc Dispute Board*; o la inhibición de la instancia ulterior para someter la disputa de vuelta al *Dispute Board*, en el caso del *Standing Dispute Board*. Tanto más, incluso, teniendo en cuenta los objetivos que enarbola FIDIC como marchamo de garantía global bajo un sistema de distribución de riesgos que busca la seguridad jurídica de partes, frecuentemente no versadas en cuestiones tan complejas. Volviendo al caso británico expuesto, el tribunal dictaminó con acierto que existe una obligación general de someter las disputas al *Dispute Board* en primer lugar, en virtud de la Sub-Cláusula 20.2 del Libro Plata y que, además, la Sub-Cláusula 20.8 opera exclusivamente en los contratos en los que se opta por establecer un *Standing Dispute Board*⁸¹⁰. La élite de la doctrina internacional⁸¹¹ se hace eco de esta resolución judicial tan peculiar, por cuanto un tribunal doméstico entra a valorar cuestiones contenidas en un modelo

⁸¹⁰ Así se pronuncia la sentencia: “33. *It seems to me that sub-clause 20.8, which is in the same form in all three of the FIDIC Books, probably applies only in cases where the contract provides for a standing DAB, rather than the procedure of appointing an ad hoc DAB after a dispute has arisen. Ironically, Ms. Sinclair said that the position was precisely the opposite: in her skeleton argument she submitted that the parties could prevent clause 20.8 from operating at all by appointing a standing DAB. I have to confess that I did not understand this point, but it shows that Ms. Sinclair was not suggesting that the fact that, depending upon the dispute resolution procedure chosen, sub-clause 20.8 might not have any application was fatal to what I would otherwise consider to be the correct construction of the conditions*”. *Peterborough City Council v Enterprise Managed Services Ltd Enterprise Managed Services Ltd* [2014] EWHC 3193 (TCC), [http://www.adjudication.co.uk/archive/view/case/1664/peterborough_city_council_v_enterprise_managed_services_ltd_enterprise_managed_services_ltd_%5B2014%5D_ewhc_3193_\(tcc\)](http://www.adjudication.co.uk/archive/view/case/1664/peterborough_city_council_v_enterprise_managed_services_ltd_enterprise_managed_services_ltd_%5B2014%5D_ewhc_3193_(tcc)).

⁸¹¹ HÖK, Götz-Sebastian, “Significant Case Law on the FIDIC Forms of Contract - Development of a FIDIC Case Law?”, <http://www.dr-hoek.de/EN/beitrag.asp?t=FIDIC-Significant-Cases>; SEPPÄLÄ, Christopher R., “Recent Case Law on Dispute Boards”, en DE LY, Filip, “Concluding Remarks”, en DE LY, Filip; GÉLINA Paul-A., *Dispute Prevention and Settlement through Expert Determination and Dispute Boards* (Dossier de la Cámara de Comercio Internacional), París, 2017, págs. 123 y ss.

contractual ofrecido por una institución de profesionales cualificados, diseñado en principio para ser valorado por tribunales arbitrales. Esta cuestión, que también se trata en el texto de la referida sentencia, ofrece una lectura alternativa a la línea argumental arbitral que también queda expuesta en esta sección.

De manera similar, es destacable el pronunciamiento emitido por el Tribunal Supremo TS federal suizo (*Bundesgericht*) en el año 2014 en relación con un laudo arbitral y la controversia surgida en torno a la aplicabilidad de lo dispuesto en la cláusula *multi-tier* de resolución de conflictos contenida en dos contratos celebrado bajo las condiciones del Libro Rojo de 1999. El motivo por el que el alto tribunal suizo procedió a conocer de esta causa, no obstante, difiere de aquel por el cual el tribunal británico analizado en el caso anterior se pronunció sobre este tipo de cuestiones. Mientras que en el caso anterior, la sumisión de la disputa a los tribunales internos británicos estaba contemplada en la cláusula *multi-tier* de resolución de disputas, el alto tribunal suizo examinó aquí estas cuestiones con motivo de las excepciones al procedimiento arbitral interpuestas por la parte demandada. El alto tribunal suizo se pronunció en los términos que se exponen a continuación, con motivo del recurso de anulación del laudo arbitral interpuesto por el apelante, otrora demandado arbitral. El *petitum* contenía las solicitudes de anulación del laudo por inadmisibilidad de la demanda arbitral, imposición de costas y, subsidiariamente, la suspensión del procedimiento arbitral y la concesión de un plazo para que las partes pudiesen cumplir con la remisión previa de la disputa al *Dispute Board*, de acuerdo con la cláusula *multi-tier* acordada contractualmente⁸¹².

⁸¹² Se reproduce un extracto de la resolución del Tribunal Supremo Federal suizo, en el caso 4A_124/2014, de 7 julio de 2014: “*Le 26 février 2014, la recourante a formé un recours en matière civile en vue d'obtenir l'annulation de la sentence partielle du 21 janvier 2014. Elle y invite le Tribunal fédéral à constater que le Tribunal arbitral n'est pas compétent pour statuer sur la demande déposée par l'intimée et à déclarer irrecevables les conclusions prises par cette dernière. La recourante conclut, en outre, à ce que tous les frais et dépens, tant de la procédure d'arbitrage que de la procédure fédérale, soient mis à la charge de l'intimée. A titre subsidiaire,*

En este caso, las cláusulas del modelo contractual utilizadas habían sido modificadas por las partes con el fin de incluir como mecanismo de resolución de disputas un *Ad Hoc Dispute Board* (y no un órgano permanente, como recoge la versión predeterminada del Libro Rojo), pero mantenían la sumisión a arbitraje internacional administrado por la CCI como escalón ulterior al *Dispute Board*. Ambos contratos fueron celebrados para acometer las obras de una autopista en Rumanía. En ellos una compañía pública rumana actuó como cliente y una empresa de nacionalidad francesa como contratista, estableciéndose como ley aplicable al contrato la ley rumana.

Ante la aparición de una disputa, las partes iniciaron las correspondientes gestiones para el establecimiento del *Ad Hoc Dispute Board*. Sin embargo, tras varios intentos de nombramiento por parte del contratista y las reiteradas negaciones del cliente, este órgano todavía no estaba constituido. Simultáneamente a esta correspondencia mutua, el reclamante decidió someter la disputa directamente a arbitraje administrado por la ICC, tal y como preveía el escalón final de la disposición *multi-tier*⁸¹³. El demandado arbitral cuestionó la

elle requiert la suspension de la procédure arbitrale jusqu'à l'achèvement de la procédure initiée devant le DAB, avec fixation d'un délai aux parties pour leur permettre de réparer cette omission. Plus subsidiairement encore, la recourante propose le renvoi de la cause au Tribunal arbitral afin qu'il statue dans le sens des considérants de l'arrêt fédéral".

⁸¹³ Se reproduce un extracto de la resolución del Tribunal Supremo Federal suizo, en el caso 4A_124/2014, de 7 julio de 2014: “*Ensuite, les arbitres majoritaires font certes grand cas de l'expression or otherwise apparaissant au premier paragraphe de la sous-clause 20.8. Sans doute cette expression, des plus vagues, ne facilite-t-elle pas la compréhension de la sous-clause en question. De fait, l'interpréter à la lettre et extensivement reviendrait à court-circuiter le mode alternatif de règlement des différends à étages imaginé par la FIDIC, s'agissant d'une procédure de DAB ad hoc, étant donné que, par définition, un litige survient toujours avant que le DAB ad hoc ait été constitué, autrement dit à un moment où there is no DAB in place; semblable interprétation irait toutefois clairement à l'encontre du but poursuivi par les concepteurs du système (Baker/Mellors /Chalmers/Lavers, op. cit., p. 553, n. 9.224). En réalité, l'expression or otherwise doit permettre d'embrasser d'autres hypothèses que le seul écoulement de la mission du DAB, sans que celles-ci soient limitées à des circonstances objectives, indépendantes de la volonté des parties, comme le voudrait la recourante dont l'opinion à cet égard n'est nullement étayée par le texte de la sous-clause 20.8. D'après le guide publié par la FIDIC et cité dans la sentence attaquée, on pourra inclure, dans ces autres hypothèses, l'impossibilité de constituer un DAB en raison de l'intransigence de l'une des parties (The FIDIC Contracts Guide, 2000, p. 317 i.f.). En somme, la finalité de la sous-clause en question est de préserver la faculté des parties de se prévaloir en tout état de cause de l'un des modes de règlement des différends dont elles sont convenues, et singulièrement du*

competencia del tribunal arbitral, por cuanto la sumisión de la disputa al *Dispute Adjudication Board* era una condición necesaria para la ulterior interposición de la demanda arbitral. El tribunal arbitral admitió su competencia,

plus important d'entre-eux, à savoir l'arbitrage (Baker/Mellors /Chalmers/Lavers, op. cit., p. 553, n. 9.223) (...)

Cependant, la règle posée souffre des exceptions, comme cela ressort du texte de la sous-clause 20.8. Il faut, en effet, réserver la prise en compte de circonstances particulières, objectives ou non, dans lesquelles le recours à la procédure préalable du DAB ne saurait être imposé à la partie désireuse de soumettre à l'arbitrage le différend qui l'oppose à son cocontractant. Considérée sous l'angle opposé, cette exception constitue un cas d'application du principe de la bonne foi, lequel régit aussi le comportement procédural des parties. Suivant les circonstances, ce principe interdira donc à l'une d'elles d'opposer à l'autre une fin de non-recevoir tirée de l'absence de décision rendue par un DAB. Cela étant, dire d'avance et une fois pour toutes quand il trouvera à s'appliquer n'est pas possible puisque la réponse à cette question dépend de la prise en compte des faits propres à la cause en litige.

*3.5. Appliqués aux circonstances spécifiques de la présente espèce, les principes énoncés plus haut conduisent la Cour de céans à confirmer, sinon dans tous les motifs qui la sous-tendent, du moins dans son résultat, la décision du Tribunal arbitral de se déclarer compétent *ratione temporis* pour connaître de la demande déposée par l'intimée.*

Il sied de souligner d'abord, sur un plan général, que le système du DAB établi par la FIDIC a été conçu avant tout en vue de la constitution d'un DAB permanent, et non d'un DAB ad hoc, l'idée étant de favoriser la résolution rapide des différends survenant en cours d'exécution du projet, sans mettre en péril la poursuite de celui-ci, en les faisant trancher par des spécialistes désignés au commencement du contrat et qui accompagnent la mise en oeuvre du projet du début à la fin. Or, dans le cas concret, le bénéfice escompté d'une telle procédure n'a jamais été à l'ordre du jour. On a affaire à un DAB ad hoc, pour la constitution duquel aucun délai n'avait d'ailleurs été stipulé et dont la mise sur pied a débuté le 10 mars 2011, soit après l'achèvement des travaux formant l'objet des contrats 5R8 et 5R9 à en juger par le fait que les certificats de réception y relatifs ont été délivrés respectivement les 23 juin et 15 décembre 2010. Intervenant à un stade aussi tardif du développement des rapports contractuels, voire après l'extinction de ceux-ci, alors que les positions respectives des parties étaient déjà figées et les adversaires sans doute irréconciliables, le DAB envisagé s'apparentait davantage à un tribunal arbitral de première instance qu'à un DAB proprement dit. Dès lors, bien qu'elle fût en principe prescrite par les conditions générales, sa mise en oeuvre ne répondait peut-être déjà plus à une nécessité absolue au regard de l'économie du système, car il était peu probable qu'elle permît d'éviter l'ouverture de la procédure arbitrale réservée par la sous-clause 20.6 des conditions générales. Aussi, mesurée à cette aune, la volonté de la recourante d'obtenir coûte que coûte une décision du DAB apparaît à tout le moins discutable”.

La página web de la citada institución ofrece el texto completo de esta resolución en el siguiente enlace:

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&sort=relevance&insertion_date=&top_subcollection_n_aza=all&query_words=fidic&rank=2&azaclair=aza&highlight_docid=aza%3A%2F%2F07-07-2014-4A_124-2014&number_of_ranks=4.

pero esta fue cuestionada a su vez ante el Tribunal Supremo federal suizo (*Bundesgericht*).

En la fase arbitral del caso referido, el tribunal arbitral admitió la demanda y justificó su competencia a través de un análisis de la redacción de la cláusula 20 de la cláusula *multi-tier* contenida en los modelos de contrato FIDIC⁸¹⁴. El panel consideró algunas cuestiones terminológicas que se han destacado en la presente tesis doctoral. Así, en el análisis de la cláusula 20 del Libro Rojo realizada por el tribunal arbitral de la CCI, se argumentó que la cláusula 20.2.1 del Libro Rojo utiliza la expresión *shall*, estableciendo una obligación que no puede ser interpretada aisladamente⁸¹⁵. Esto es, la cláusula 20 de la edición de FIDIC de 1999 ha de ser puesta en contexto dentro de un sistema global de resolución de conflictos. Para la aplicación de este criterio, el tribunal arbitral interpretó que la Sub-Cláusula 20.4.1⁸¹⁶ a la que se refiere la Sub-Cláusula 20.2.1, es *lex specialis* con respecto a la mencionada Sub-Cláusula 20.2.1. Así, la posibilidad que establece la Sub-Cláusula 20.4.1 con su redacción (*may*) ha de ser interpretada como una opción de la que disponen las partes para remitir la cuestión al *Dispute Adjudication Board*, siempre y cuando este órgano

⁸¹⁴ FERIS, José Ricardo; FILIPIČ, Živa, “Jurisdictional Issues in Construction Arbitration. The ICC Experience”, *ICC Dispute Resolution Bulletin*, núm, 4, 2017, págs. 25-39.

⁸¹⁵ A continuación se reproduce el texto de la citada Sub-Cláusula del Libro Rojo de FIDIC de 1999. “*Sub-Clause 20.2 para. 1 of the 1999 FIDIC Red Book Conditions: “Disputes shall be adjudicated by a DAB in accordance with Sub-Clause 20.4 [Obtaining Dispute Adjudication Board’s Decision]. The Parties shall jointly appoint a DAB by the date stated in the Appendix to Tender”*. Esta reproducción está contenida en la fuente bibliográfica enunciada con anterioridad. El subrayado procede de la autora. Vid. supra nota al pie 814.

⁸¹⁶ A continuación se reproduce el texto de la citada Sub-Cláusula del Libro Rojo de FIDIC de 1999. “*Sub-Clause 20.4 para. 1 of the 1999 FIDIC Red Book Conditions: ‘If a dispute (of any kind whatsoever) arises between the Parties in connection with, or arising out of, the Contract or the execution of the Works, including any dispute as to any certificate, determination, instruction, opinion or valuation of the Engineer, either Party may refer the dispute in writing to the DAB for its decision, with copies to the other Party and the Engineer. Such reference shall state that it is given under this Sub-Clause’*”. Esta reproducción está contenida en la fuente bibliográfica enunciada con anterioridad. El subrayado procede de la autora. Vid. supra nota al pie 814.

haya sido establecido para resolver la disputa. El tribunal arbitral encontró respaldo en esta afirmación en la redacción de la Sub-Cláusula 20.4.6 del referido Libro Rojo de FIDIC utilizado por las partes para regir su régimen de obligaciones. Este modelo de contrato⁸¹⁷ menciona dos excepciones al principio general de que las partes no pueden someter la cuestión a arbitraje sin haber emitido una *Notice of dissatisfaction* tras haber recibido la decisión del *Dispute Adjudication Board*. Y es precisamente la Sub-Cláusula 20.8 la que contiene las ya referidas excepciones a la regla general: que no haya un *Dispute Adjudication Board* establecido, porque su mandato haya expirado o por cualquier otra causa (“*or otherwise*”)⁸¹⁸.

En consecuencia, el tribunal arbitral en este caso concreto consideró que la interpretación correcta de la Sub-Cláusula 20.8 del sistema de resolución de conflictos contenido en el Libro Rojo de FIDIC de 1999, sí que permitía la sumisión directa de la disputa a arbitraje. El panel arbitral basó su resolución en que una decisión en sentido contrario dejaría sin sentido la mención “*or otherwise*” de la Sub-Cláusula 20.8 que el demandado arbitral quería hacer valer. Esto es, su contenido quedaría vacío por no responder a ningún supuesto

⁸¹⁷ Se reproduce el texto de la citada Sub-Cláusula del Libro Rojo de FIDIC de 1999. “Sub-Clause 20.4 para. 6 of the 1999 FIDIC Red Book Conditions: ‘In either event, this notice of dissatisfaction shall state that it is given under this Sub-Clause, and shall set out the matter in dispute and the reason(s) for dissatisfaction. Except as stated in Sub-Clause 20.7 [Failure to Comply with Dispute Adjudication Board’s Decision] and Sub-Clause 20.8 [Expiry of Dispute Adjudication Board’s Appointment], neither Party shall be entitled to commence arbitration of a dispute unless a notice of dissatisfaction has been given in accordance with this Sub-Clause’”. Esta reproducción está contenida en la fuente bibliográfica enunciada con anterioridad. El subrayado procede de la autora. Vid. supra nota al pie 814.

⁸¹⁸ Se reproduce el texto de la citada Sub-Cláusula del Libro Rojo de FIDIC de 1999. “Sub-Clause 20.8 of the FIDIC 1999 Red Book Conditions and 1999 Yellow Book Conditions: ‘If a dispute arises between the Parties in connection with, or arising out of, the Contract or the execution of the Works and there is no DAB in place, whether by reason of the expiry of the DAB’s appointment or otherwise: (a) Sub-Clause 20.4 [Obtaining Dispute Adjudication Board’s Decision] and Sub-Clause 20.5 [Amicable Settlement] shall not apply, and (b) the dispute may be referred directly to arbitration under Sub-Clause 20.6 [Arbitration]’”. Esta reproducción está contenida en la fuente bibliográfica enunciada con anterioridad. Vid. supra nota al pie 814.

de hecho. Asimismo, el tribunal arbitral consideró que no existe una obligación específica de establecer un *Dispute Adjudication Board*, sino que es una posibilidad de las partes. Dado que el Libro Rojo utilizado en este caso no contenía un plazo para establecer el *Dispute Adjudication Board*, redunda el panel arbitral en la idea de que el establecimiento de este órgano en sí no es una condición indispensable, sino una opción de las partes por un determinado mecanismo de resolución de conflictos que necesita de un convenio para obtener su autoridad. Finalmente, el tribunal arbitral rechazó los argumentos del demandado arbitral y conoció por tanto de la disputa que no había sido referida previamente al *Dispute Adjudication Board*. Para ello, consideró que el contrato no imponía ninguna obligación de establecer un *Dispute Board* y que el contratista no podía esperar una resolución de buena fe en caso de que este órgano se llegase a establecer, puesto que el procedimiento para su constitución había sido deliberadamente dilatado en detrimento de la acción del demandante arbitral.

El laudo emitido enarbolaba la autonomía de la voluntad de las partes para fundamentar el motivo último por el que el tribunal arbitral se declaró competente para conocer de una cuestión que no había sido sometida con anterioridad al *Dispute Adjudication Board* establecido como primer escalón en la cláusula de resolución de conflictos. Esto es, aunque las partes en un principio establecieron la sumisión de la disputa a un *Dispute Board* como *condition precedent* para acudir al ulterior arbitraje, estas mismas partes no consiguieron constituir el referido órgano mediante un acuerdo de voluntades al efecto y por lo tanto ello parece reflejar que la voluntad de las partes pasa a focalizarse *de facto* en el mecanismo arbitral de solución de conflictos.

Tal y como se ha referido, el laudo arbitral recién expuesto fue recurrido por el demandado arbitral actuando como apelante ante el Tribunal Supremo suizo, de acuerdo con las causas de anulación de laudos contenidas en la ley suiza, país donde se había celebrado el arbitraje. El pronunciamiento del

referido alto tribunal helvético resulta muy similar al de la corte británica referida con anterioridad. Así, aunque el tribunal suizo afirma conocer la obligatoriedad de la sumisión previa de la disputa al *Dispute Board*, al estar este configurado como un *Ad Hoc Dispute Board* y ante la conducta dilatoria de una de las partes, el órgano judicial índice en el examen de las circunstancias adyacentes al caso. En concreto, el alto tribunal helvético considera que, aunque la sumisión previa es obligatoria, llegados a este punto, remitir la cuestión al conocimiento de un *Ad Hoc Dispute Board* no respondería a los fines de este mecanismo de resolución de conflictos. En efecto, no se podría predicar que el procedimiento seguido ante un *Dispute Board* fuera en este caso a resultar rápido, ni tampoco eficiente en términos jurídicos ni económicos. A raíz de estas cuestiones, el Tribunal Supremo suizo rechaza el recurso y ordena comunicar la resolución al Presidente del tribunal arbitral que conoció en primer lugar de la disputa⁸¹⁹; confirmando así la admisibilidad de la causa que había declarado en primer lugar el laudo arbitral.

⁸¹⁹ Así se pronuncia el alto tribunal helvético en los correspondientes párrafos y fallo de la sentencia:

“3.5. Appliqués aux circonstances spécifiques de la présente espèce, les principes énoncés plus haut conduisent la Cour de céans à confirmer, sinon dans tous les motifs qui la sous-tendent, du moins dans son résultat, la décision du Tribunal arbitral de se déclarer compétent ratione temporis pour connaître de la demande déposée par l'intimée. Il sied de souligner d'abord, sur un plan général, que le système du DAB établi par la FIDIC a été conçu avant tout en vue de la constitution d'un DAB permanent, et non d'un DAB ad hoc, l'idée étant de favoriser la résolution rapide des différends survenant en cours d'exécution du projet, sans mettre en péril la poursuite de celui-ci, en les faisant trancher par des spécialistes désignés au commencement du contrat et qui accompagnent la mise en oeuvre du projet du début à la fin. Or, dans le cas concret, le bénéfice escompté d'une telle procédure n'a jamais été à l'ordre du jour. On a affaire à un DAB ad hoc, pour la constitution duquel aucun délai n'avait d'ailleurs été stipulé et dont la mise sur pied a débuté le 10 mars 2011, soit après l'achèvement des travaux formant l'objet des contrats 5R8 et 5R9 à en juger par le fait que les certificats de réception y relatifs ont été délivrés respectivement les 23 juin et 15 décembre 2010. Intervenant à un stade aussi tardif du développement des rapports contractuels, voire après l'extinction de ceux-ci, alors que les positions respectives des parties étaient déjà figées et les adversaires sans doute irréconciliables, le DAB envisagé s'apparentait davantage à un tribunal arbitral de première instance qu'à un DAB proprement dit. Dès lors, bien qu'elle fût en principe prescrite par les conditions générales, sa mise en oeuvre ne répondait peut-être déjà plus à une nécessité absolue au regard de l'économie du système, car il était peu probable qu'elle permît d'éviter l'ouverture de la procédure arbitrale réservée par la sous-clause 20.6 des conditions générales. Aussi, mesurée à cette aune, la volonté de la recourante d'obtenir coûte que coûte une décision

En conclusión, el tribunal supremo suizo emitió un mensaje que fue recogido con posterioridad por algunos tribunales arbitrales, en el que se proclamaba la obligatoriedad del sometimiento de la disputa al

du DAB apparaît à tout le moins discutable. Force est, ensuite, de relever, s'agissant de la procédure de constitution du DAB, qu'elle avait débuté quinze mois avant que l'intimée ne déposât sa requête d'arbitrage (...), ce qui représente une durée importante dans le contexte d'une procédure de règlement des différends censée être expéditive. Le Tribunal arbitral note du reste, au sujet de ce laps de temps, qu'il équivaut au quintuple du délai de 84 jours dans lequel la procédure du DAB doit normalement être liquidée. Et s'il refuse d'en imputer la responsabilité à l'une des deux parties, les constatations faites par lui dans la sentence attaquée quant au déroulement du processus devant mener à la constitution du DAB ad hoc, telles qu'elles ont été résumées plus haut (...), ne permettent en tout cas pas de rendre l'intimée responsable de cet atermolement. Il en appert bien plutôt que c'est cette partie qui, après avoir mis en branle le processus en question, est revenue à la charge à diverses reprises pour le relancer, devant la passivité de la recourante, cette dernière n'ayant joué un rôle plus actif à cet égard qu'après le dépôt de la requête d'arbitrage. On peine à discerner, au demeurant, l'intérêt que l'intimée, qui réclame à la recourante le paiement de quelque 21 millions d'euros, aurait bien pu avoir à faire durer la procédure de constitution du DAB initiée par elle. On observera, enfin, que le paragraphe 5 de la sous-clause 20.2 des conditions générales prescrit aux parties de conclure avec chacun des trois membres du DAB un DAA incorporant par référence les General Conditions of Dispute Adjudication Agreement contenues dans l'annexe auxdites conditions générales. Selon la clause 2, premier paragraphe, de ces General Conditions, le DAA prend effet lorsque le maître de l'ouvrage, l'entrepreneur et chacun des membres du DAB l'ont signé. A ce défaut, la doctrine considère qu'il n'existe pas de DAB valablement constitué et que le seul remède à disposition d'une partie confrontée au refus de l'autre de signer le DAA consiste à recourir directement à l'arbitrage, en application de la sous-clause 20.8 (...). C'est dire qu'en l'espèce, les arbitres majoritaires ont admis à juste titre que le DAB n'était pas in place au moment du dépôt de la requête d'arbitrage, faute pour les parties d'avoir signé un DAA avec chacun de ses membres désignés. De surcroît, ils notent, sans être contredits par la recourante, n'avoir trouvé, ni dans les deux contrats litigieux ni dans les conditions générales, une clause qui eût obligé l'intimée à signer le DAA. A cet égard, on ne saurait leur faire grief, étant donné les circonstances propres à la cause en litige, telles qu'elles ont été mises en exergue dans ce même considérant, de n'avoir pas stigmatisé, sous l'angle des règles de la bonne foi, l'absence de signature du DAA par l'intimée. Au regard de ces règles-là et sur le vu du déroulement du processus de constitution du DAB, il n'est, en effet, pas possible de reprocher à cette partie d'avoir perdu patience et de s'être résolue, de guerre lasse, à sauter l'étape du DAB, nonobstant son caractère obligatoire, pour soumettre le cas à l'arbitrage. (...) Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce : 1. Le recours est rejeté. 2. Les frais judiciaires, arrêtés à 20'000 fr., sont mis à la charge de la recourante. 3. La recourante versera à l'intimée une indemnité de 22'000 fr. à titre de dépens. 4. Le présent arrêt est communiqué aux mandataires des parties et au Président du Tribunal arbitral CCF'.

La página web de la citada institución ofrece el texto completo de esta resolución en el siguiente enlace:

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&sort=relevance&insertion_date=&top_subcollection_aza=all&query_words=fidic&rank=2&azaclir=aza&highlight_docid=aza%3A%2F%2F07-2014-4A_124-2014&number_of_ranks=4

Dispute Adjudication Board con anterioridad al arbitraje⁸²⁰. Sin embargo, los hechos probados en este caso concreto, que constataban que el *Ad Hoc Dispute Board* no había sido constituido tras 18 meses de ejecución contractual, fueron considerados lo suficientemente graves como para ser subsumidos en la expresión “*or otherwise*” de los contratos controvertidos, que se basaban en el Libro Rojo de FIDIC en el procedimiento arbitral.

En definitiva, la interpretación de la cláusula *multi-tier* realizada por el alto tribunal suizo (al igual que el tribunal británico en el caso *Peterborough City Council v Enterprise Managed Services Ltd*) fue más allá de la letra contractual inicialmente acordada por las partes. En ambos casos, los tribunales aprecian otras circunstancias que rodeaban a los casos, desde un punto de vista pragmático. Esto es, ambos tribunales concluyeron en estos casos que sí que procedía evitar el paso por un *Dispute Board*, en parte por una aplicación *de facto* no restrictiva de la Sub-Cláusula 20.8 y en parte por una serie de factores que no estaban referidos en el contrato inicial. Con respecto a la introducción de elementos ajenos a la letra del contrato, ambas resoluciones –la británica en primera instancia y la suiza en resolución de un recurso de nulidad de un laudo arbitral– trajeron a colación estos factores para interpretar la voluntad de las partes. Sin embargo, la voluntad interpretada era la actual –o, más concretamente, la actualizada según los tribunales británico y suizo– y no la inicial, que es la que se tendría que haber tenido en consideración.

⁸²⁰ La doctrina se pronuncia: “*The conclusion of the Swiss Supreme Court was therefore that, at least for international arbitrators sitting in Switzerland, the DAB procedures under the FIDIC contract must be treated as mandatory. An arbitration may not be initiated without going first to the DAB if the contract provides for this. However, in the particular circumstances of this case, where an ad hoc DAB had not been constituted 18 months after it was requested, the respondent was ultimately found to be unable to continue to rely on the mandatory nature of the DAB procedure to prevent the resolution of the dispute by arbitration*”. BELL, Adrian, “Recent judicial endorsement of dispute adjudication boards”, *Construction Law Journal*, vol. 31, núm. 7, págs. 402-405, en esp. 403.

Volviendo al análisis de las excepciones a la norma general contenida en la Sub-Cláusula 20.4 de la *Rainbow Suite* de FIDIC de 1999, en virtud de las cuales la disputa se puede someter directamente al siguiente escalón previsto por la cláusula *multi-tier*, procede mencionar otro motivo por el que el tribunal llegó a encausar un asunto que no había sido sometido al *Dispute Board* por operación de la Sub-Cláusula 20.8. Las dudas sobre la imparcialidad del *Dispute Board* es otro de los motivos examinados por la práctica arbitral de la CCI, que puede operar como excepción a la consideración de la sumisión formal de las disputas al referido órgano como *condition precedent*. Así, un cambio en las circunstancias de los miembros del *Dispute Board* que motiva su pérdida de imparcialidad e independencia fue admitido, vía pronunciamiento arbitral, como causa para la aplicación de la Sub-Cláusula 20.8 *in fine* de la *Rainbow Suite* de FIDIC de 1999 y la consecuente admisibilidad de la demanda arbitral. En el Caso de la Cámara de Comercio Internacional número 19581⁸²¹, el árbitro único se

⁸²¹ Se reproduce el siguiente extracto: “301. *In 2011, Claimant, however, found out that Mrs [X] was the Head of the Claims Disputes and Arbitration Unit of Respondent. The Sole Arbitrator finds that the position as Head of the Claims Disputes and Arbitration Unit is a decision-making position.*

302. *While it has not been established whether Mrs [X] already assumed this position on 16 June 2008, i.e. at the time when Mr [X] made his Declaration of Acceptance and Notice of Disclosure of 16 June 2008 ... it is undisputed that Mr [X] did not update his notice of disclosure prior to the discovery by Claimant.*

303. *It was only upon Claimant's intervention that Mr [X] made a second disclosure 1½ years later on 17 June 2013 ..., in which Mr [X] informed that he had gotten divorced from Mrs [X] and that Mrs [X] was no longer Head of the Claims Disputes and Arbitration Unit of Respondent. The Sole Arbitrator considers that this disclosure was not made timely.*

304. *Even apart from the violation of disclosure obligations, the Sole Arbitrator finds that Mr [X] lacked the required independence and impartiality at the time when the dispute arose.*

305. *A DAB member cannot be perceived as impartial and independent if - as in this case - there is a strong personal link to an individual with decision-making authority within one of the parties to a dispute.*

306. *Such strong personal link existed due to the marriage between Mr [X] and Mrs [X] who held a decision making-position with Respondent.*

307. *In the view of the Sole Arbitrator, it is immaterial that Mr [X] is no longer married to Mrs [X]. Above all, Respondent has failed to demonstrate that the divorce occurred at a time before the dispute arose. Since the date of the marriage concerned a circumstance within Respondent's*

pronunció admitiendo la interposición de la demanda arbitral por parte del contratista, que no había dirigido su acción al *Dispute Board* con carácter previo. En el laudo emitido en este caso se considera como hecho probado que el miembro único del *Dispute Board* presentaba problemas sobrevenidos de falta de imparcialidad e independencia. En concreto, el miembro único del *Dispute Board* se había divorciado recientemente de su esposa, quien había sido ascendida a una posición directiva con poder de decisión en la organización del cliente. Esta

sphere, the burden of demonstration and proof rested upon Respondent. Apart from this, a strong personal link may even exist despite a divorce.

308. In the view of the Sole Arbitrator, it is also immaterial that Mrs [X] changed her position within Respondent's organization and has not authority to represent Respondent externally. Above all, the Sole Arbitrator notes that Mrs [X]'s change of position became effective just two days after Claimant had become aware and notified Respondent of Mr [X]'s conflict of interest on 19 September 2011 ...

309. Moreover, Mrs [X] was still named as one of the party representatives of Respondent in Respondent's "Answer to the Request for Arbitration and Counterclaim" dated 16 October 2013 ...

310. Besides, Mrs [X] was mentioned as a party representative of Respondent in paragraph 6 of the Terms of Reference dated 10 January 2014. It was only in the further course of this arbitration that Mrs [X] requested not to send any further communications to her.

311. In addition, Mrs [X] was also involved in two other major arbitration proceedings pending between Respondent and a company pertaining to [Claimant's] group ...

312. In the light of these circumstances, the Sole Arbitrator has come to the conclusion that Mr [X] failed to comply with his disclosure obligations and - from the perspective of a reasonable third party - lacked the required independence and impartiality.

cc) No DAB was any longer validly in place.

313. The Sole Arbitrator finds that due to the violation of disclosure obligations and the lack of independence and impartiality of Mr [X], there was no DAB validly in place when the current dispute arose.

314. The Sole Arbitrator recalls that Sub-Clause 20.8 GCC is drafted in broad terms. It acknowledges that a DAB may not be in place "whether by reason of the expiry of the DAB's appointment or otherwise" (emphasis added). The Sole Arbitrator finds that the term "otherwise" covers situations where a sole DAB member has violated his disclosure obligations and lacks the required independence and impartiality.

315. The Sole Arbitrator finds, first of all, that the violation of disclosure obligations constitutes a breach of Clause 4 of the General Conditions of Dispute Adjudication Agreement ... which are referred to in the Dispute Adjudication Agreement ... This breach of contract was referred to arbitration as part of the dispute and can, hence, be decided by the Sole Arbitrator".

Laudo de la Cámara de Comercio Internacional sobre resolución de disputas *multi-tier*, emitido en el Caso 19581, en agosto de 2014.

circunstancia –que lleva a observar hasta qué punto la imparcialidad e independencia, tanto en el ámbito público como privado, son factores fundamentales en la constitución y funcionamiento de un *Dispute Board*– fue apreciada por el árbitro como motivo subsumible en la mención “*or otherwise*” contenida en la Sub-Cláusula 20.8. Así, el laudo referido considera estos hechos como suficientes para poder acudir directamente a arbitraje y prescindir del primer escalón del procedimiento establecido en la cláusula *multi-tier* de la *Rainbow Suite* de 1999.

Para concluir esta sección sobre la interpretación de las cláusulas *multi-tier* en sede arbitral y judicial, esta tesis doctoral aprecia que las resoluciones arbitrales y jurisdiccionales recién expuestas muestran la complejidad del sistema de resolución de conflictos establecido por FIDIC y las dificultades prácticas que surgen con motivo de la aplicación de la interpretación restrictiva que en principio habría de realizarse de la redacción de la Sub-Cláusula 20.8 de los modelos de contrato de la *Rainbow Suite* de FIDIC de 1999. Como ha quedado acreditado, este fenómeno se observa en mayor medida en el caso de que el órgano llamado a conocer de la disputa fuera un *Ad Hoc Dispute Board*, ya fuese porque las partes eligiesen un modelo de contrato en el que así se estableciese o bien porque –pese a optar por un modelo contractual que sugiriese la introducción de un *Standing Dispute Board*– optasen por modificar las cláusulas para establecer un órgano no permanente. En casos paradigmáticos como los estudiados en esta sección de la presente tesis doctoral, lo que podría en un principio ser percibido como un ahorro –puesto que los *Ad Hoc Dispute Boards*, una vez la disputa ya existe entre las partes, suelen limitar sus costes a la celebración de vistas–, acabó por convertirse en realidad en una trampa a la que tuvieron que enfrentarse varios contratistas que firmaron contratos con clientes, que posteriormente resultaron no mostrarse nada colaborativos en el establecimiento del órgano de resolución de disputas.

Más allá de los motivos jurídicos alegados por las partes ante los órganos arbitrales y jurisdiccionales en los casos paradigmáticos estudiados en esta tesis, los referidos órganos optaron por dar prioridad a las consecuencias prácticas de la falta de establecimiento de un *Dispute Board*, con mayor incidencia incluso en los casos en los que las partes habían decidido someter sus disputas inicialmente a un *Ad Hoc Dispute Board*. Ello trajo consigo que las resoluciones expuestas en esta sección ampliaran la interpretación contenida en la Sub-Cláusula 20.8 de la *Rainbow Suite* de FIDIC de 1999 hasta supuestos que, incluso, habían sido causados por actitudes cercanas a la mala fe de algunas partes. El posicionamiento de los tribunales en los casos expuestos parece desvirtuar la configuración de las excepciones a la norma general que, por definición, han de ser interpretadas de manera restrictiva.

Todo lo expuesto hasta el momento conduce a reflexionar sobre la idoneidad del establecimiento de un *Dispute Board* en los contratos internacionales de ingeniería y construcción para lograr la eficiencia jurídica y también económica de este mecanismo de resolución de conflictos. Esta tesis estima que el ventajoso mecanismo de resolución de disputas encarnado en un *Dispute Board*, sobre todo cuando este está presente de forma permanente en la ejecución contractual, no ha sido suficientemente valorado ni en sede jurisdiccional ni arbitral. A la luz de las resoluciones expuestas hasta el momento, la excepción a la regla general ha sido objeto de una interpretación amplia que no ha favorecido la virtualidad práctica de los *Dispute Boards*, tal y como estaban configurados en la edición de la *Rainbow Suite* de FIDIC de 1999.

Desde esta óptica, procede cuestionarse en qué medida se han introducido modificaciones a este respecto en la novedosa edición de la *Rainbow Suite* de 2017 y valorar el posible impacto de la nueva redacción en los laudos y sentencias que interpreten en su nueva redacción. Las consideraciones recién apuntadas son objeto de estudio en el siguiente epígrafe de la presente tesis doctoral.

2.C. Tratamiento otorgado a los *Dispute Boards* por la *Rainbow Suite* de FIDIC de 2017: Consecución de una mayor eficiencia jurídica

Una vez expuestas en detalle las dificultades en la interpretación de la cláusula *multi-tier* establecida en la *Rainbow Suite* de 1999 en relación con la redacción de la Sub-Cláusula 20.8 de los modelos de contrato de la *Rainbow Suite* de FIDIC de 1999, procede reflexionar sobre la redacción que ha recibido esta cuestión en la edición de 2017. Para ello y continuando con la elección que realiza esta tesis doctoral en secciones precedentes, se analizan las disposiciones contenidas en el Libro Plata de 2017 al respecto.

En primer lugar, es reseñable reiterar a este respecto que la *Rainbow Suite* de 2017 ha optado por incluir en todos los modelos de contrato un *Standing Dispute Board*, que se establezca al inicio de la ejecución contractual y que esté presente a lo largo de todo el proyecto. La presente tesis doctoral estima que esta medida recién apuntada evitará en buena medida los supuestos en los que el órgano previsto inicialmente para la resolución de disputas no se llegue a constituir por la actitud dilatoria de alguna de las partes. Tal y como se ha apuntado en secciones anteriores de la presente tesis doctoral⁸²², FIDIC recomienda en su *Rainbow Suite* de 2017 evitar la introducción de *Ad Hoc Dispute Boards* en los contratos de ingeniería y construcción que se concluyan con arreglo a alguno de sus modelos. Previsiblemente, por tanto, las causas que lleguen a los tribunales arbitrales o jurisdiccionales en virtud de las dificultades interpretativas de los *Dispute Boards* no permanentes, se reducirán notablemente. Correlativamente, la *Rainbow Suite* de FIDIC ha optado por incluir de una manera transversal el principio de evitación de disputas, de manera que este queda presente en las cláusulas más relevantes de los modelos de contrato de esta

⁸²² Vid. supra, nota al pie 328.

prestigiosa institución⁸²³. Con la aplicación de estas medidas, se habrían evitado un buen número de las disputas referidas en el epígrafe previo, que trataban cuestiones jurídicas en la aplicación de la *Rainbow Suite* de 1999.

Asimismo, es necesario acudir a la Cláusula 21 *Disputes and Arbitration* del Libro Plata de 2017, al objeto de reseñar el procedimiento que establece este modelo contractual para accionar el arbitraje internacional administrado por la CCI como último escalón de su sistema *multi-tier* de resolución de conflictos. En este sentido, se observa que la disposición análoga en la materia se encuentra en la Sub-Cláusula 21.8 de la edición de 2017 del Libro Plata⁸²⁴. Ambas cláusulas, la contenida en el modelo de 1999 y la contenida en el de 2017, presentan una redacción muy similar. Así, la edición más reciente del Libro Plata de FIDIC mantiene la expresión “*or otherwise*” cuando establece las excepciones a la norma general de sumisión de la disputa formal al *Dispute Adjudication Board* con anterioridad al arbitraje. Sin embargo, procede señalar dos factores de la edición del 2017 que modulan la discrecionalidad en la interpretación de la referida mención “*or otherwise*” y que posiblemente traen causa en los pronunciamientos de tribunales domésticos y arbitrales que se han estudiado en las secciones inmediatamente precedentes.

El primero de los factores anunciados se encuentra en la redacción de la propia Sub-Cláusula 20.8, que ha sido ligeramente modificada con un resultado más restrictivo para la operación de los supuestos excepcionales que posibilitan la sumisión de la disputa a arbitraje sin accionar el escalón previo del

⁸²³ En relación con estas cuestiones, Vid. supra IV.

⁸²⁴ A continuación se reproduce el contenido de la referida Sub-Cláusula: “*Sub-clause 21.8 No DAAB In Place. If a Dispute arises between the Parties in connection with, or arising out of, the Contract or the execution of the Works and there is no DAAB in place (or no DAAB is being constituted), whether by reason of the expiry of the DAAB’s appointment or otherwise: (a) Sub-Clause 21.4 [Obtaining DAAB’s Decision] and Sub-Clause 21.5 [Amicable Settlement] shall not apply; and (b) the Dispute may be referred by either Party directly to arbitration under Sub-Clause 21.6 [Arbitration] without prejudice to any other rights the Party may have*”.

Dispute Adjudication Board. Mientras que en la redacción de la edición de 1999 se establecía que las partes podían someter la disputa a arbitraje en caso de que no estuviese establecido el *Dispute Adjudication Board* (*there is no DAB in place*), la nueva redacción de 2017 añade a este requisito que el *Dispute Avoidance/Adjudication Board* no esté siendo constituido (*no DAAB is being constituted*). El resultado, por tanto, es que, en caso de que el *Dispute Adjudication Board* esté siendo constituido, el tribunal arbitral deberá inhibirse en el conocimiento de la disputa.

La Sub-Cláusula 21.2 *Failure to Appoint Dispute Avoidance/Adjudication Board Member(s)* hace referencia al segundo factor que restringe el juego de las exenciones frente al principio general de la sumisión de la disputa formal al *Dispute Avoidance/Adjudication Board* establecido en la edición de 2017 de la *Rainbow Suite* de FIDIC. La regulación contenida en esta disposición incide en las cuestiones referentes al establecimiento del *Dispute Avoidance/Adjudication Board*, por lo que impacta indirectamente en el ámbito de aplicación de la Sub-Cláusula 21.8 *No DAAB in place*. Esto es, el Libro Plata de 2017 de FIDIC ha optado por perfeccionar el procedimiento para constituir el *Dispute Avoidance/Adjudication Board*, aumentando las disposiciones en relación con la elección de sus miembros y estableciendo la presunción de que estos miembros se comprometen mediante un acuerdo de voluntades a aceptar su cargo en el *Dispute Avoidance/Adjudication Board*⁸²⁵. En consecuencia, el

⁸²⁵ La introducción de esta mención puede traer causa en una resolución arbitral de la CCI, por la que se admitió a trámite la demanda arbitral ante la ausencia del *Dispute Adjudication Board* debido a que el único miembro del *Dispute Adjudication Board* no había firmado el acuerdo tripartito por el que aceptaba su cargo. De la referida decisión arbitral se hace eco la doctrina internacional. “*The arbitral tribunal further noted that whereas both parties signed the DAA, no evidence had been submitted as to the DAB sole member’s signature of the same. The arbitral tribunal further found that the DAB member made it clear that he would not sign the DAA, at least ‘until such time as [he] receive[s] the proper Notice to Refer from one or other of the parties’; The arbitral tribunal concluded that the DAA is a tripartite agreement, which requires not only the parties’ signatures, but also the adjudicator’s signature. Failing the DAB’s signature, the DAA had not come into force and therefore the contract had not been amended. Given that respondent conceded that a DAB was not appointed pursuant to the original*

ámbito de aplicación de la Sub-Cláusula 20.8 también queda restringido en virtud de la redacción más detallada de la Sub-Cláusula 21.2 del Libro Plata de FIDIC de 2017.

Los dos factores recién referidos suponen una disminución del ámbito de aplicación de las exenciones al principio general de sumisión de la disputa al *Dispute Avoidance/Adjudication Board* en la nueva *Rainbow Suite* de FIDIC. Correlativamente, cabría esperar que la expresión “*or otherwise*” que todavía sigue presente en la redacción de estos modelos de contrato, fuese interpretada de manera restrictiva por los tribunales arbitrales a los que se remitan las disputas formales en virtud de las correspondientes cláusulas *multi-tier*.

3. EFECTOS JURÍDICOS DE LA AUSENCIA DE REMISIÓN DE LA DISPUTA A UN *DISPUTE BOARD* EN EL CONTEXTO DE LAS CLÁUSULAS *MULTI-TIER*: ANÁLISIS DESDE EL PRISMA DE LA PRÁCTICA JUDICIAL Y ARBITRAL

En el epígrafe precedente, se ha analizado el engranaje del sistema *multi-tier* de los modelos de contrato FIDIC y, más concretamente, el papel de los *Dispute Boards* dentro de ese engranaje. Igualmente, se han estudiado relevantes resoluciones arbitrales de la CCI y decisiones judiciales nacionales que han tenido la oportunidad de reflexionar sobre las principales cuestiones jurídicas que plantea el referido complejo engranaje de cláusula *multi-tier* de

conditions (i.e. the provisions of the Yellow Book), the matter was capable of being referred to arbitration and the request received was admissible as there could not be a DAB ‘in place’ under the Sub- Clause 20.8”. FERIS, José Ricardo; FILIPIĆ, Živa, “Jurisdictional Issues in Construction Arbitration. The ICC Experience”, ICC Dispute Resolution Bulletin, núm, 4, 2017, págs. 25-39.

resolución de conflictos en el campo de los contratos de ingeniería y construcción.

En este epígrafe, procede trasladar la atención a otras cuestiones de relevancia jurídica en torno a la obligatoriedad del cumplimiento de las cláusulas *multi-tier* para la resolución de disputas complejas, que representan la élite de la sofisticación. Más concretamente, se va a reflexionar sobre las consecuencias jurídicas que acarrea el incumplimiento del sistema escalonado de resolución de conflictos establecido contractualmente por las partes a través de una cláusula *multi-tier*. Se trata de cuestiones que ya se han mostrado como conflictivas, a las que, previsiblemente, dirigirá su atención la doctrina en el futuro y que también podrían ser objeto de controversia en el contexto judicial o arbitral.

3.A. Consecuencias jurídicas del incumplimiento de la estructura de resolución de conflictos contenida en las cláusulas *multi-tier* en la *Rainbow Suite* de 1999

Una vez establecido el alcance de la norma general de sumisión de las disputas al *Dispute Board* en la *Rainbow Suite* de FIDIC, procede cuestionarse las consecuencias del incumplimiento de alguna de las partes de la obligación de someter la disputa formal a un *Dispute Board* con anterioridad a la interposición de una reclamación arbitral o judicial. Suponiendo que estos órganos apliquen la norma general, que establece la sumisión de la disputa al *Dispute Board* con carácter previo al arbitraje y que no consideren aplicable la ya referida excepción contenida en la Sub-Cláusula 20.8, la consecuencia previsible en estos casos es la inhibición del tribunal arbitral al que se remite la causa.

Ahora bien, si el tribunal considera que no se ha agotado el primer escalón de la cláusula *multi-tier* y se inhibe, procede cuestionarse qué instituto jurídico es el más adecuado para que los tribunales basen esta decisión en los correspondientes autos. A este respecto, se pueden distinguir dos posturas que los

paneles arbitrales de la CCI han adoptado para justificar su inhibición en el conocimiento de la causa: por un lado, la inadmisión de la demanda arbitral y, por otro lado, la admisión y correlativa suspensión del procedimiento. Con el fin de estudiar dichas opciones, la presente tesis doctoral estima conveniente realizar con carácter previo una serie de precisiones jurídicas y terminológicas.

3.A.i. Precisiones jurídicas y terminológicas

Como ha quedado explicitado, si una de las partes contractuales incumple su compromiso de agotar el sistema escalonado establecido por la cláusula contractual *multi-tier*, esto es, si no acude a un *Dispute Board* que se había configurado como *condition precedent* en dicho sistema escalonado, es previsible como norma general que se produzca la inhibición del tribunal en el conocimiento de la causa ante la interposición de la correspondiente demanda. Esta es la solución que esta tesis doctoral reputa como la más acertada, frente al conocimiento del caso por parte del tribunal arbitral o judicial, que se estima como una solución no acorde con la autonomía de la voluntad de las partes y que ha de ser interpretada de manera especialmente restrictiva –circunstancia que, como ha quedado ya explicitado, no siempre se ha dado en la práctica–.

Sin embargo, tal y como ha quedado apuntado, los motivos por los que el tribunal justifica dicha inhibición son diversos. Ello es debido a que algunas resoluciones tratan la cuestión como un asunto de admisibilidad de la demanda y otros como una cuestión de competencia *ratione temporis*. Los conceptos admisibilidad y competencia pueden diferir de una jurisdicción a otra, pero suelen estar configurados en torno a unas características invariables. Así, en la mayoría de las jurisdicciones estudiadas, la decisión sobre la admisibilidad es una decisión final que no puede ser objeto de un recurso de anulación, mientras

que los aspectos de competencia sí que pueden ser revisados por el órgano jurisdiccional *ad quem*⁸²⁶.

A este respecto, surgen de nuevo algunas cuestiones terminológicas que es necesario abordar en esta tesis en torno a la traducción de los términos en inglés que se utilizan habitualmente para hacer referencia a este fenómeno. Dicha cuestión es relevante en la práctica, dado que, como ya se ha apuntado, el inglés es la lengua en la que se hallan redactados originariamente tanto los modelos de contratos internacionales de ingeniería y construcción que esta tesis estudia, como las decisiones emitidas por los órganos de solución de controversias a los que remiten las cláusulas *multi-tier*, así como las gran mayoría de las contribuciones doctrinales existentes en dichas materias.

Así, cuando los tribunales rechazan conocer de una causa de estas características por falta de competencia, el término que utiliza la doctrina internacional es el de *dismiss*. En los diccionarios jurídicos de mayor calado, este término aparece definido como “desestimación” o “sobreseimiento”⁸²⁷. Sin embargo, en el contexto de la fenomenología estudiada por la presente tesis doctoral es necesario aclarar que estas definiciones no responden a instituciones jurídicas idénticas. Esto es, mientras que una resolución que desestima una causa implica necesariamente el efecto de cosa juzgada sobre el objeto del proceso⁸²⁸,

⁸²⁶ Así ha sido puesto de manifiesto por la doctrina. “*Estas cuestiones implican conceptos teóricos (competencia, admisibilidad) que pueden variar de una jurisdicción a otra y que tienen implicaciones prácticas radicalmente opuestas: por regla general, la decisión del tribunal arbitral sobre la admisibilidad de la demanda es una decisión final, que no puede ser objeto de un recurso de anulación, mientras que una decisión de los árbitros en materia de competencia si es objeto de control por el juez de la anulación*”. CREMADES, Anne-Carole, “Qué sanción en caso de incumplimiento de una cláusula escalonada de resolución de controversias?”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, núm. 26, 2016, págs. 57-70, en esp. pág. 58.

⁸²⁷ ALCARAZ, Enrique; HUGHES, Brian; CAMPOS, Miguel Ángel, *Diccionario de términos jurídicos – A dictionary of legal terms*, 11ª Ed., Barcelona, Ariel Derecho, 2014, págs. 217-218.

⁸²⁸ Se reproduce la definición del diccionario jurídico de la Real Academia Española: “*desestimar: Adm. y Proc. Denegar una pretensión mediante sentencia u otra resolución judicial o administrativa*”. <http://dej.rae.es/#/entry-id/E100320>.

el sobreseimiento deja la acción imprejuizada y el objeto puede volver a someterse al órgano que resolvió en ese sentido⁸²⁹. La cuestión terminológica no es irrelevante, puesto que si una decisión arbitral adquiere el efecto de cosa juzgada, en principio no podría volver a someterse al tribunal arbitral, sino que únicamente sería viable la opción de valorar las causas de anulación de laudos que contemplase la ley aplicable al arbitraje.

Como se ha indicado, la doctrina internacional⁸³⁰ viene observando a este respecto que los tribunales arbitrales han abordado la falta de sumisión al escalón previo del *Dispute Board* en las cláusulas *multi-tier* de los modelos de contrato FIDIC de 1999 de dos maneras: rechazando la causa por cuestiones de inadmisibilidad o admitiendo la demanda pero absteniéndose por falta de competencia *ratione temporis* y suspendiendo el procedimiento en este último caso hasta que las partes cumplan con el requisito previo establecido en la cláusula *multi-tier* de resolución de disputas. La referida suspensión operaría al objeto de que el tribunal arbitral o bien se pronunciase posteriormente sobre el fondo del asunto en caso de que la disputa no se hubiese llegado a solucionar en sede de *Dispute Board*, o bien sobreseyera el asunto si las partes llegasen a solucionar la diferencia en el plazo de suspensión otorgado por el panel arbitral.

Ahora bien, procede analizar el efecto de estos dos planteamientos jurídicos en cuanto a la acción de las partes y al curso del procedimiento, a la luz de dos líneas jurisprudenciales seguidas en diferentes procesos arbitrales internacionales administrados por las normas de la CCI. Tal y como ha quedado

⁸²⁹ Se reproduce la definición del diccionario jurídico de la Real Academia Española: “sobreseimiento: Proc. Terminación anormal del proceso, que conlleva la conclusión eventual del mismo y el archivo de las actuaciones. No produce efectos de cosa juzgada”. <http://dej.rae.es/#/entry-id/E225370>

⁸³⁰ SEPPÄLÄ, Christopher R., “Recent Case Law on Dispute Boards”, en DE LY, Filip, “Concluding Remarks”, en DE LY, Filip; GÉLINA Paul-A., *Dispute Prevention and Settlement through Expert Determination and Dispute Boards* (Dossier de la Cámara de Comercio Internacional), París, 2017, págs. 123 y ss.

apuntado en el presente epígrafe, las resoluciones arbitrales en materia de aplicación de cláusulas *multi-tier* se circunscriben a la interpretación de los modelos de contrato FIDIC. Desde esta perspectiva, se enumeran a continuación diversos laudos que han seguido la norma general y se han inhibido en el conocimiento de la causa, así como el tratamiento jurídico que estos tribunales arbitrales han otorgado a su inhibición en las referidas causas.

3.A.ii. Interpretaciones ofrecidas por la CCI en relación con la inhibición en el conocimiento de la causa por incumplimiento de la cláusula escalonada de resolución de conflictos: Inadmisibilidad y admisibilidad con suspensión

Según ha quedado apuntado al inicio del presente epígrafe, ante el incumplimiento por alguna de las partes contractuales del sistema *multi-tier* diseñado en la cláusula de resolución de conflictos, los tribunales arbitrales están llamados a inhibirse en el conocimiento de la causa, atendiendo a la consideración general de los *Dispute Boards* como *condition precedent* previo al arbitraje reconocida en la Sub-Cláusula 20.2 de la *Rainbow Suite* de FIDIC de 1999. Ahora bien, en opinión de la presente tesis doctoral, los tribunales arbitrales han de justificar su inhibición mediante institutos jurídicos que se adecúen a la autonomía de la voluntad de las partes manifestada en el momento del acuerdo sobre las cláusulas contractuales primigenias.

Las soluciones en la jurisprudencia arbitral de la CCI que dan respuesta al incumplimiento de las cláusulas escalonadas de resolución de conflictos mediante su inhibición en el conocimiento de la causa adoptan una de las dos posturas que se explican a continuación. La primera de ellas consiste en la inadmisibilidad de la demanda, ya sea por cuestiones subsanables o no subsanables y la segunda, consiste en la admisión de la demanda y su correlativa suspensión, reconociendo de antemano la posible subsanación de la causa que ha conducido a la inhibición por parte del tribunal arbitral. Esta última línea

argumental que puede adoptar el tribunal arbitral en relación con el sometimiento de una disputa sin haber cumplido las estipulaciones de la cláusula *multi-tier* basa su inhibición en la causa en la su falta de competencia *ratione temporis*. En virtud de esta interpretación que se atribuye a paneles arbitrales con sede en Suiza, se procede a la suspensión del procedimiento arbitral y al otorgamiento de un plazo para que las partes puedan cumplir con la sumisión de la disputa formal al escalón previo de la cláusula *multi-tier* de resolución de disputas, esto es al *Dispute Board*. Ambas posturas dejan la acción imprejuizada y la resolución sobre la admisión de la demanda no entra en el fondo del asunto. No obstante, si se opta por la segunda de las interpretaciones, será el mismo tribunal arbitral que ha declinado su competencia el que conozca del fondo del asunto, una vez se haya agotado el plazo otorgado, si es que las partes no han llegado a un acuerdo sobre la disputa, ya sea en sede de *Dispute Board* o por un acuerdo amistoso entre las partes.

La primera de las interpretaciones, que se inhibe en base a la inadmisibilidad total de la demanda, se materializó ya en un pronunciamiento del año 1992, en aplicación de un edición del Libro Rojo de FIDIC anterior a 1999 y en la que todavía se atribuían al *Engineer* las funciones que hoy ejerce el *Dispute Board*. Así, en el laudo emitido en el Caso de la CCI número 6535, de 1992, el tribunal arbitral se inhibió del conocimiento de la causa por motivos de admisibilidad de la demanda, y sobreseyó el asunto, dejando la acción imprejuizada⁸³¹.

⁸³¹ Así se infiere del texto de la resolución mencionada: “*The tribunal, therefore, is of the opinion that as at the date on which the claimant maintained the engineer had given a decision under clause 67, the engineer had been asked only to review the claims which were submitted or resubmitted. The response given by the engineer on the above date is entirely consistent with this construction. The tribunal therefore finds that on the above date disputes or differences come into existence which, in accordance with the first sentence of clause 67, should be referred for decision to the engineer as a precondition to arbitration. These disputes remain capable of being so referred subject, however, to the Claimants further contentions that the tribunal has jurisdiction*”.

En este mismo sentido se pronunció el laudo parcial emitido en el caso 16262 de la CCI, del año 2010. El tribunal arbitral interpretó correctamente la obligatoriedad de la sumisión previa al *Dispute Board* en la aplicación de la cláusula *multi-tier* de resolución de conflictos de la edición de los modelos de contrato FIDIC de 1999, ante la demanda entablada por una de las partes. La CCI ha facilitado varios datos sobre este caso, como los orígenes de las partes (africanos y asiáticos), la ley aplicable al contrato, que era la de un país subsahariano y la sede del arbitraje, que fue celebrado en Londres (Reino Unido). El contrato firmado contemplaba las cláusulas modelo del Libro Amarillo de FIDIC y en los argumentos presentados ante el tribunal, se discutió si la intención inicial de las partes había sido la de establecer un *Ad Hoc Dispute Board* o un *Standing Dispute Board*, para tratar de argumentar si el nombramiento había sido efectivo o no y dirimir la existencia de este mecanismo de resolución de conflictos previo al arbitraje. En el laudo arbitral, el panel considera que en el momento de la interposición de la demanda arbitral sí que había un *Dispute Board* establecido (“*in place*”) y se inhibe del conocimiento de la causa por no haberse sometido la disputa previamente al conocimiento del *Dispute Board*, tal y como dictaba la Sub-Cláusula 20.2 de las cláusulas del Libro Amarillo de FIDIC, en su edición de 1999⁸³².

En consecuencia, en aplicación de la primera línea argumental de las enunciadas, el tribunal arbitral se abstuvo del conocimiento de la causa por

Laudo de la CCI sobre resolución de disputas *multi-tier*, emitido en el Caso 6535, en 1992 y publicado en ICC International Court of Arbitration Bulletin, vol. 9, núm. 2, 1998.

⁸³² Así se pronuncia en su parte dispositiva:

“*Section VII. Dispositive Award. 61. All issues of costs, including responsibility for all or part of the deposits paid to the ICC, are reserved for further submissions and further award. 62. The Arbitral Tribunal makes a Partial Award declaring that it has no jurisdiction over the claims filed by the Claimant in the Request for Arbitration ... 63. The Respondents' claim for damages against the Claimant for alleged breach by starting these proceedings without a prior reference to a DAB is reserved for further argument and award*”.

Laudo de la Cámara de Comercio Internacional sobre resolución de disputas *multi-tier*, emitido en el Caso 16262.

motivos de inadmisibilidad de la demanda⁸³³. En la parte dispositiva del referido laudo, emitido con motivo de la remisión de una disputa que no había sido referida al *Dispute Adjudication Board* con anterioridad, el tribunal arbitral declara la inadmisión en la instancia y refiere expresamente que deja la acción imprejuizada. El fallo de este laudo parcial hace expresa referencia a que las cuestiones remitidas al tribunal habrán de ser dirimidas en un laudo posterior⁸³⁴.

⁸³³ Se reproduce a continuación un extracto del laudo apuntado:

“58. For the above reasons, the Arbitral Tribunal finds that there was a DAB in place when the Claimant filed the Request for Arbitration on 22 April 2009. It follows from the Tribunal's conclusion that Sub-Clause 20.4 applied, that a reference to the DAB was a condition precedent to arbitration and that, since that condition precedent has not been satisfied, the Arbitral Tribunal has no jurisdiction. It follows from the Arbitral Tribunal's opinion that a reference of a dispute to a DAB is mandatory and a condition precedent to arbitration ... that, absent such reference, there is no jurisdiction save only where Sub-Clause 20.8 applies. In the present case, Sub-Clause 20.8 does not apply.

59. The conclusion that, on 22 April 2009, there was a DAB in place and that Sub-Clause 20.8 does not apply means that it is not necessary to decide the alternative arguments raised by the Respondents.

60. The relief sought by the Respondents from the Tribunal in this Partial Award is set out at paragraph 42 of their skeleton submissions. That paragraph includes a claim for a declaration that the Claimant commenced the arbitration "... in breach of the contractually-agreed dispute resolution clause ..." and a declaration that the Respondents are entitled to damages for that breach in an amount to be determined by the Tribunal following further submissions. The Tribunal wishes to make it clear that those claims for relief are reserved for further argument and further award. Since the Arbitral Tribunal declines jurisdiction over the claim made in the Request for Arbitration (that is for the return of the Performance Security), neither the Respondents' contingent claims ... nor the Claimant's supplemental claims ... arise for further consideration. In any event, the Arbitral Tribunal would lack jurisdiction over claims arising from the termination for the same reason as it lacks jurisdiction over the claims about the Performance Security. The claims for relief by the Respondents which are reserved are not necessarily in that category”.

Laudo de la CCI sobre resolución de disputas *multi-tier*, emitido en el Caso 16262, en 2010, por un tribunal arbitral con sede en Londres (Reino Unido).

⁸³⁴ Se reproduce el siguiente extracto:

“Section VII. Dispositive award. 61. All issues of costs, including responsibility for all or part of the deposits paid to the ICC, are reserved for further submissions and further award. 62. The Arbitral Tribunal makes a Partial Award declaring that it has no jurisdiction over the claims filed by the Claimant in the request for Arbitration... 63. The respondents' claim for damages against the Claimant for alleged breach by starting these proceedings without a prior reference to a DAB is reserved for further argument and award”.

El segundo enfoque de los enunciados por esta tesis para justificar la inhibición del tribunal arbitral ante el incumplimiento del sistema escalonado de resolución de conflictos, consiste en la admisión de la demanda y su inmediata suspensión en la instancia por motivos de falta de competencia *ratione temporis*. Esta línea argumental es la que han seguido tradicionalmente los tribunales arbitrales con sede en Suiza.

Así, el laudo emitido en el caso 14431 de la CCI aplica correctamente el principio general establecido en los modelos de contrato FIDIC y reconoce la obligatoriedad de la sumisión de la disputa al *Dispute Board* en primer lugar, de acuerdo con la cláusula *multi-tier* de la *Rainbow Suite* de 1999⁸³⁵. En este caso,

Laudo de la CCI sobre resolución de disputas *multi-tier*, emitido en el Caso 16262, en 2010, por un tribunal arbitral con sede en Londres (Reino Unido).

⁸³⁵ Se reconoce esta cuestión en varios párrafos del referido pronunciamiento:

“184. In the Arbitral Tribunal's view the following considerations support the mandatory nature of the Adjudication Procedure pursuant to Sub-Clauses 20.2 and 20.4 of the FIDIC Rules adopted as the General Conditions:

(i) The procedure before the engineer pursuant to Clause 67 of the FIDIC 1992 Rules was regarded as mandatory unless otherwise agreed by the contracting parties.

(ii) There is no legal material indicating that the mandatory nature of the procedure under Clause 67 of the FIDIC 1992 Rules was abandoned in favour of a purely optional Adjudication Procedure.

(iii) The fact that Sub-Clauses 20.2 to 20.4 FIDIC Rules regulate the Adjudication Procedure in a more detailed manner than Clause 67 of the FIDIC 1992 Rules indicates that FIDIC intended to strengthen and not to weaken the institutional weight of the Adjudication Procedure.

(iv) One of the essential differences of the Adjudication Procedure between the FIDIC 1992 Rules and the FIDIC Rules of 1999 is that under the FIDIC 1992 Rules the engineer was to act like a DAB whereas in the FIDIC Rules of 1999 the parties nominate one or three DAB members other than the Engineer. The idea is that the parties should establish a DAB before a dispute arises 13 and that a DAB regularly visits the site. 14

(v) This idea can only be implemented if the DAB has a mandatory function, which is reflected in the "shall" wording of Sub-Clause 20.2(1) FIDIC Rules. Under the FIDIC Rules, only if the parties have established a DAB, 15 the parties actually have the possibility to refer a dispute to the DAB pursuant to Sub-Clause 20.4(1) FIDIC Rules. The Arbitral Tribunal considers that this is the reason for the "may" wording in Sub-Clause 20.4(1) FIDIC Rules and resolves the aforementioned conflict with the "shall" wording in Sub-Clause 20.2(1) FIDIC Rules.

(vi) For the said reasons, the words "if any" added in Sub-Clause 20.6(1) FIDIC Rules in parentheses does not indicate that the Adjudication Procedure under Clause 20 GC is optional as they consider that a dispute may be submitted to arbitration apart from a notice of

del año 2008, las partes provenían de América (Contratista) y Europa (Cliente) y la ley aplicable al contrato era la del cliente, de un país del Este de Europa. La citada resolución resulta relevante, tanto por los motivos que se tratan en el presente epígrafe de esta tesis doctoral como por cuanto realiza un examen de cuestiones jurídicamente muy interesantes, como la doctrina de los actos propios (*estoppel*). Además, el fallo del laudo de este tribunal arbitral contiene una innovadora solución al problema de las consecuencias jurídicas de la inadmisión de la demanda arbitral, que se estudia a continuación en el presente capítulo.

El laudo emitido por la CCI en el caso número 14431⁸³⁶ sigue el criterio de admisibilidad de la demanda arbitral y suspensión del procedimiento.

dissatisfaction under Sub-Clause 20.4(5) FIDIC Rules also if a DAB fails to render a decision within 84 days after having received such reference.

(vii) Moreover, the "shall" wording of Sub-Clause 20.2(1) FIDIC Rules stands at the outset of the relevant Clauses 20.2 to 20.4 GC and relates thereby to the dispute and therefore in a mere systematical analysis of the dispute settlement mechanism agreed in conjunction with Arbitration Clause has a stronger weight than the "may" wording in Sub-Clause 20.4 GC which addresses the possibility of "either Party".

(viii) Similarly, the fact that the Engineer is bound to render the DAB decision within a fixed time of 84 days (Sub-Clause 20.4(4) GC) is considered an element in favour of the mandatory nature of the Arbitration Procedure. 16 The same applies in the Arbitral Tribunal's view for the fact that Sub-Clause 20.8 GC determines the circumstances under which the Adjudication Procedure "shall not apply".

185. The considerations in para. 184 hereinabove show that Claimant's arguments referred to in para. 79(i) and (iii) hereinabove do not suggest the alleged non-mandatory nature of the Adjudication Procedure. As to Claimant's reference reflected in para. 78(iii) hereinabove to a conciliation proceeding required in the arbitration clause analysed in DFT no. 4A.18/2007, the Arbitral Tribunal shares Respondent's view referred to in para. 78(iii) hereinabove that the wording 17 of this arbitration clause was too general to be interpreted as mandatory so that it cannot be compared with the requirement to set up an Adjudication Procedure set forth in Sub-Clause 20.2 FIDIC Rules.

186. Based on the considerations in paras. 184/185 hereinabove, the Arbitral Tribunal concludes that the Adjudication Procedure set forth in Clause 20 of the FIDIC Rules is mandatory".

Laudo de la Cámara de Comercio Internacional sobre resolución de disputas *multi-tier*, emitido en el Caso 14431.

⁸³⁶ Se reproduce un extracto de este laudo: "219. As for the Admissibility Objection, the Arbitral Tribunal concludes that the Adjudication Procedure is mandatory, that Claimant failed to comply with the Adjudication Procedure and that in lieu of dismissing Claimant's claims as inadmissible for the time being, the Arbitral Tribunal shall stay proceedings until Claimant has

En este sentido, merece ser destacado que el tribunal arbitral se declara conoedor de las opciones jurídicas que sugieren la práctica jurisdiccional y la doctrina internacional al respecto y resuelve de una manera consciente y motivada⁸³⁷. Así, en su parte dispositiva emite un laudo provisional que, en

complied with the Adjudication Procedure in the manner further described in paras. 210 to 216 hereinabove”.

Laudo de la CCI sobre resolución de disputas *multi-tier*, emitido en el Caso 14431, en 2008, por un tribunal arbitral con sede en Suiza.

⁸³⁷ Se reproduce un extracto de este laudo:

“206. In the following, the Arbitral Tribunal must therefore decide whether it can suspend the arbitration, i.e. stay proceedings until an Adjudication Procedure has been completed or must dismiss Claimant's claims as inadmissible for the time being. Doctrine and jurisprudence suggest both solutions.

207. In ICC Case no. 6535 (1992) 27 which dealt with the mandatory nature of the DAB in Clause 67 of the FIDIC 1992 Rules, the arbitral tribunal dismissed 216 claims as the claims had not been priorly submitted to the engineer.

208. Voser, 29 Voser/Ettlinger 30 and Poudret/Besson 31 consider a stay of proceeding as the most adequate solution. This is also the solution applied by English courts. 32

209. As both solutions are possible, it falls within the Arbitral Tribunal's discretion to determine the adequate solution.

210. The procedural history and the Parties' different positions on Claimant's main claim ... suggest that there is a considerable chance that one of the Parties will not accept the decision of the Engineer acting as DAB in the Adjudication Procedure pursuant to Sub-Clauses 20.2(1) and 20.4 GC as amended by Sub-Clauses 20.2 and 20.4(2) PC with the consequence that the dispute must ultimately be resolved by arbitration. This supports a solution preserving litispendence. Accordingly, the Arbitral Tribunal stays proceedings and sets Claimant a deadline to formally refer the dispute over the claims summarized in paras. 5.2 and 4.16 at footnote 39 ToR by a written notice under Sub-Clause 20.4 PC for an Adjudication Procedure to the Engineer referred to in para. 10 hereinabove ... acting as DAB, stating that the notice is given under the said Sub-Clause (the "Notice to the Engineer"). Moreover, this Interim Award shall indicate that in the event Claimant fails to comply with this deadline, the Arbitral Tribunal will dismiss Claimant's claims as inadmissible.

211. In the interest of efficiency, the Adjudication Procedure pursuant to Sub-Clause 20.4 (4) to (7) GC shall be complied with independently from the final outcome of Respondent's Jurisdictional Objection. The Arbitral Tribunal will therefore state that the deadline referred to in para. 210 hereinabove runs independently from a challenge of this Interim Award before the Swiss Federal Tribunal.

212. In the event the Adjudication Procedure takes place, Claimant shall submit a copy of its timely Notice to the Engineer to the Arbitral Tribunal. If Claimant fails to do so, the Arbitral Tribunal will dismiss Claimant's claims submitted by Claimant's Initial Prayers quoted in para. 53 hereinabove as inadmissible.

opinión de esta tesis doctoral, refleja una elección correctamente fundada y muy adecuada para la tipología contractual en la que los *Dispute Boards* resultan más adecuados.

El resumen de las conclusiones del citado laudo emitido en el caso 14431 de la CCI proclama que el procedimiento ante el *Dispute Board* es una condición previa obligatoria, que el demandante no cumplió con este requisito y que, en lugar de inadmitir la demanda, se opta por suspender el procedimiento hasta que se cumpla el requisito contractual establecido en la cláusula *multi-tier*. El referido laudo justifica estas conclusiones en un elemento temporal: “*inadmissible for the time being*”. Efectivamente, el argumento del panel se basa en que, en caso de que se cumpla el requisito previo de sumisión de la disputa al *Dispute Board* establecido, el panel podrá conocer la causa en un momento posterior si las partes no consiguen solucionar la disputa.

213. *Sub-Clause 20.4(5) GC allows the initiation of arbitration if the DAB does not render its decision within 84 days (or otherwise approved) and if a party, within 28 days after this period has expired, files a notice of dissatisfaction with the other party or if a party files a notice of dissatisfaction with the other party within 28 days after receiving a decision. The period of 84 days referred to in Sub-Clause 20.4(5) GC starts with the date of receipt of the Notice to the Engineer by the first recipient of the two members of the consortium the Engineer consists of ...*

214. *Therefore, in the event Claimant complies with the directives referred to in para. 212 hereinabove, the Arbitral Tribunal will stay the arbitration until either Party has notified the Arbitral Tribunal of (i) an outcome of the Adjudication Procedure resulting in a final solution of the dispute 33 allowing to terminate the arbitration or (ii) an outcome without such solution, i.e. an outcome which allows either Party to proceed with the arbitration under the terms of Sub-Clause 20.4(5) and (6) GC or - in the event that there should no DAB be in place - under Clause 20.8 GC.*

215. *Claimant shall report to the Arbitral Tribunal on the progress of the Adjudication Procedure once per month, for the first time eight weeks after the date of the Notice to the Engineer referred to in para. 210 hereinabove.*

216. *Because - as stated in para. 210 hereinabove - there is a "considerable chance that one of the Parties will not accept the decision of the Engineer", the Parties might for reasons of efficiency and cost considerations prefer to save the time and costs involved with the Adjudication Procedure. Therefore, Respondent may wish to waive the necessity to go through an Adjudication Procedure and agree with Claimant that the arbitration may continue even before the lapse of time periods referred to in paras. 212 to 215 hereinabove”.*

Laudo de la CCI sobre resolución de disputas *multi-tier*, emitido en el Caso 14431, en 2008, por un tribunal arbitral con sede en Suiza.

Consecuentemente con ello, se emite un laudo provisional (*interim award*), en el que la parte dispositiva ordena un procedimiento similar a un incidente previo y detalla los trámites a seguir para que se considere cumplido el *condition precedent*⁸³⁸. El tribunal arbitral de este caso 14431 de la CCI ordena que, en el plazo de cuatro semanas, se comience el procedimiento ante el *Dispute Adjudication Board*⁸³⁹, sin perjuicio del comienzo del plazo para entablar las correspondientes acciones de anulación del laudo, en caso de que las partes decidan accionar esta posibilidad. En caso de que transcurra el plazo de cuatro semanas y no se hayan realizado las primeras gestiones para la sumisión de la disputa el *Dispute Board*, el tribunal inadmitirá la demanda. En caso de que el demandante sí que comience el procedimiento ante el *Dispute Board*, este remitirá una copia de las notificaciones emitidas al efecto al *engineer*, el demandado arbitral y el tribunal arbitral y una actualización mensual del procedimiento para demostrar el cumplimiento del *condition precedent*. En caso de que la disputa quede resuelta en sede de *Dispute Board*, el tribunal arbitral

⁸³⁸ Se reproduce el contenido del fallo del laudo provisional: “*Interim Award: (...) 3. Respondent's Admissibility Objection is upheld by ordering a stay of proceedings on the following terms: (i) Claimant shall commence the Adjudication Procedure within 4 weeks as of receipt of this Interim Award by a Notice to the Engineer as described in para. 210 hereinabove. (ii) The four weeks period referred to in item 3(i) of this Interim Award is independent from a challenge of this Interim Award before the Swiss Federal Tribunal. (iii) If Claimant fails to comply with item 3(i) of this Interim Award, the Arbitral Tribunal will dismiss Claimant's Initial Prayers ... as inadmissible. (iv) If Claimant complies with item 3(i) of this Interim Award, (a) Claimant shall submit a copy of the Notice to the Engineer to Respondent and the Arbitral Tribunal and thereafter report to the Arbitral Tribunal on the progress of the Adjudication Procedure once per month, for the first time eight weeks after the date of the Notice to the Engineer and (b) the Arbitral Tribunal will terminate the arbitration in the event of an outcome of the Adjudication Procedure resulting in a final solution of the dispute and continue proceedings in the event of an outcome without such solution and allow a Party to proceed with the arbitration in the manner described in paras. 212 to 215 hereinabove*”. Laudo de la CCI número 14431, 2008.

⁸³⁹ Tal y como se ha puesto de manifiesto en secciones anteriores de la presente tesis doctoral, el panel arbitral de este caso utiliza el término *adjudication* para referirse al procedimiento seguido ante el *Dispute Adjudication Board*. Aunque estas instituciones son afines, el término utilizado por el tribunal arbitral no se corresponde completamente con el mecanismo del *Dispute Board*.

terminará el proceso arbitral y, en caso contrario, se continuará con este, en virtud de los párrafos 212 a 215 del laudo⁸⁴⁰.

En opinión de la presente tesis doctoral, en este caso el tribunal arbitral suizo interpreta correctamente y es fiel a la autonomía de la voluntad de las partes en el momento de establecimiento del acuerdo. La parte dispositiva del laudo favorece incluso en sede arbitral la sumisión de la disputa al *Dispute Board*, tal y como las partes se habían manifestado en la firma del contrato. Esto es, el laudo del caso 14431 de la CCI resuelve en derecho conforme a lo estipulado por las partes, teniendo en consideración su voluntad hasta las últimas consecuencias. A diferencia de lo dispuesto por otros tribunales con motivo de la aplicación de la Sub-Cláusula 20.8, este tribunal arbitral pudo ofrecer una solución que, en opinión de la presente tesis doctoral, resulta especialmente adecuada porque recoge el espíritu de permanencia y evitación de conflictos que conduce al éxito de los *Dispute Boards* como mecanismo híbrido de resolución de conflictos.

La doctrina internacional⁸⁴¹ se hace eco de otro caso más reciente, que interpreta la cláusula de resolución de conflictos de la *Rainbow Suite* de FIDIC de 1999 adoptando esta misma postura. El caso trae causa en un tribunal arbitral gestionado por las normas de la CCI con sede en Suiza, y originó el pronunciamiento número 4A_628/2015 del Tribunal Federal suizo en marzo de

⁸⁴⁰ Reproducidos en nota al pie 837.

⁸⁴¹ A continuación se reproduce una de las escasas Fuentes doctrinales sobre la interpretación realizada por los tribunales suizos. “*On the other hand, tribunals sitting in Switzerland, at least, have tended to take a different approach. Thus, in a 2016 Swiss Federal Tribunal case, the relevant contract contained a mandatory requirement of conciliation rather than a DB (but the point is much the same for our purposes). After an arbitral tribunal found that it had jurisdiction, despite one party’s claim that the conciliation condition had not been complied with, the objecting party commenced court proceedings challenging the arbitral tribunal’s decision on jurisdiction*”. SEPPÄLÄ, Christopher R., “Recent Case Law on Dispute Boards”, en DE LY, Filip, “Concluding Remarks”, en DE LY, Filip; GÉLINA Paul-A., *Dispute Prevention and Settlement through Expert Determination and Dispute Boards* (Dossier de la Cámara de Comercio Internacional), París, 2017, págs. 123 y ss.

2016. En este caso, el Tribunal Supremo TS federal suizo (*Bundesgericht*), resolvió ordenar que se suspendiese el procedimiento arbitral por un plazo de tiempo, para que así las partes pudieran cumplir con el requisito procedimental establecido en la cláusula *multi-tier* que había sido obviado⁸⁴². Merece ser destacado a este respecto, que la conciliación previa al arbitraje sí que había sido iniciada por las partes, pero todavía no había concluido. El órgano judicial apreció en este caso que el arbitraje había sido iniciado de manera prematura⁸⁴³.

Como ha quedado expuesto, los casos seguidos ante tribunales suizos se decantaron por la segunda de las opciones que la doctrina y la práctica arbitral internacionales valoran como posibles ante el incumplimiento del procedimiento establecido en una cláusula *multi-tier*: esto es, la admisión y subsiguiente suspensión del procedimiento. Sin embargo, tal y como apuntan las resoluciones citadas, tribunales y doctrina subrayan la dificultad de elegir entre las dos opciones apuntadas para resolver sobre la contravención de las cláusulas *multi-*

⁸⁴² Así lo refieren autores del país helvético. “*L’arrêt du TF commenté est également intéressant car il introduit une particularité temporelle. Ainsi, l’arbitre saisi reste saisi de l’affaire. La procédure est suspendue pour permettre aux parties d’entamer la conciliation ou la médiation. La solution retenue n’est donc pas une fin de non-recevoir stricte, nécessitant le cas échéant de réintroduire ultérieurement la procédure si la conciliation ou la médiation n’aboutit pas à un accord, mais plutôt de créer un «espace temps» permettant aux parties de bénéficier du recours au règlement amiable préalable contractuellement prévu. Cet arrêt est clairement en faveur du respect des clauses de règlement amiable dans les contrats et s’inscrit dans l’esprit du Message concernant les dispositions du CPC sur la médiation qui prévoit que «Le règlement à l’amiable a donc la priorité, non pas parce qu’il allège d’autant les tribunaux mais parce qu’en général, les solutions transactionnelles sont plus durables et subséquentement plus économiques du fait qu’elles peuvent tenir compte d’éléments qu’un tribunal ne pourra retenir”*. LEVY, Cinthia, “*La Sanction De L’inexécution D’une Clause De Conciliation Et De Médiation : Commentaire De L’arrêt Du TF 4A_628/2015 Du 16 Mars 2016*”, *Revue suisse de procédure civile*, vol. 12, núm 5, 2016, págs. 467-474, en esp. pág. 462.

⁸⁴³ Esta resolución establece lo siguiente: “*An appeal was made to the Federal Tribunal and, unlike the three precedents quoted in the opinion, this time the Federal Tribunal had to decide the consequences of failing to comply with a mandatory prerequisite to an arbitration. The ingenious solution found by the Court was to annul the award but to stay the arbitration and invite the Arbitrators to set a time limit within which the parties should complete the conciliation procedure*”, caso 4A_628/2015, marzo de 2016. <http://www.swissarbitrationdecisions.com/mandatory-pre-arbitration-procedure-not-complied-results-annulment-award?search=%22Clay+Thomas%22>.

tier en materia de resolución de conflictos⁸⁴⁴. En este sentido, algunas voces sugieren que optar por la posición seguida por varios paneles suizos y dejar en suspensión el ulterior procedimiento arbitral puede llegar a favorecer que este finalmente tenga lugar⁸⁴⁵. Existen razones para secundar esta opinión, debido a que en esa situación las partes del contrato ya han realizado el esfuerzo de iniciar el proceso arbitral y es previsible que sus relaciones estén deterioradas, lo cual no favorece la resolución de la disputa por medios con un componente autocompositivo. Asimismo, esta postura queda respaldada por hechos como los posteriores a la resolución número 6535 referida en el presente epígrafe. En ese caso, hay que recordar que las partes alcanzaron un acuerdo amistoso, lo cual suele ser más probable que se produzca cuando no queda pendiente la causa arbitral.

Sin embargo, la presente tesis doctoral estima que la línea jurisprudencial aquí denominada como suiza, que se caracteriza por admitir la demanda e inhibirse por causas de competencia *ratione temporis* y dejar abierta la posibilidad de subsanación mediante la sumisión al *Dispute Board*, sí que podría favorecer un acuerdo entre las partes. Ello redundaría en la adecuación hasta el último momento a lo que las partes pactaron al inicio de la relación contractual. La presente tesis doctoral, no obstante, estima que para que esta línea argumental sea eficiente, es necesario observar algunas previsiones. En primer lugar, conviene observar que la sumisión al *Dispute Board* con posterioridad a la interposición de una demanda arbitral solo es factible en caso de que las partes hubiesen contemplado el establecimiento de un *Standing Dispute Board*, puesto

⁸⁴⁴ CREMADES, Anne-Carole, “Qué sanción en caso de incumplimiento de una cláusula escalonada de resolución de controversias?”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, núm. 26, 2016, págs. 57-70.

⁸⁴⁵ SEPPÄLÄ, Christopher R., “Recent Case Law on Dispute Boards”, en DE LY, Filip, “Concluding Remarks”, en DE LY, Filip; GÉLINA Paul-A., *Dispute Prevention and Settlement through Expert Determination and Dispute Boards* (Dossier de la Cámara de Comercio Internacional), París, 2017, págs. 123 y ss.

que en ese momento procedimental el nombramiento de un *Ad Hoc Dispute Board* resultaría de todo punto extemporáneo e inoportuno. En segundo lugar, para que las partes todavía pudieran apreciar las ventajas del procedimiento seguido ante el *Dispute Board* cuando ya ha sido interpuesta una demanda arbitral, procedería realizar un análisis de costes y valorar el factor económico de los procedimientos. En caso de que los elementos expuestos resulten favorables, la opción del *Dispute Board* puede evitar que el tribunal arbitral pase a conocer del fondo del asunto, como refleja la voluntad inicial de las partes que firman una cláusula *multi-tier* en condiciones FIDIC.

3.B. Reflexiones jurídicas sobre la nueva *Rainbow Suite* de FIDIC: ¿Perfilando los casos del futuro?

Tal y como se viene apuntando en secciones precedentes de la presente tesis doctoral, la nueva edición de los modelos de contrato FIDIC publicada en 2017 ha ampliado su extensión, aumentado tanto el número de sus cláusulas como el contenido de las mismas. El sistema de resolución de conflictos no ha sido una excepción a esta regla. Por lo que respecta a las cláusulas de resolución de conflictos, este novedoso conjunto de herramientas jurídicas ha sido objeto de una profunda renovación. Fruto de la colaboración de los diversos agentes que han intervenido en la redacción de la nueva *Rainbow Suite*, FIDIC ha perfeccionado el sistema de resolución de conflictos que ofrece a sus usuarios. Ello se ha logrado mediante la acertada introducción de previsiones que la doctrina y la práctica arbitral y jurisprudencial venían señalando a lo largo de los años en torno a la redacción de los modelos anteriores datados en 1999.

Es necesario poner de manifiesto que, aunque la *Rainbow Suite* de FIDIC fue publicada hace algunos meses, su novedad se prolongará con seguridad a lo largo de varios años. Ello es debido a que, tal y como se viene apuntando en la presente tesis doctoral, los proyectos a los que se dirige la

utilización de los modelos de contrato FIDIC presentan con frecuencia una larga duración. Por lo tanto, es improbable que se produzcan resoluciones arbitrales sobre la aplicación de la *Rainbow Suite* de FIDIC de 2017 hasta dentro de algunos años.

Más allá del análisis jurídico comparativo de las condiciones del Libro Plata de 2017 que se ha acometido en secciones precedentes⁸⁴⁶, merece ser destacado un factor intangible que se percibe entre los académicos y la práctica internacional en torno a esta novedosa edición de FIDIC. Desde la perspectiva doctrinal, existe un claro ambiente de expectación por conocer las disquisiciones jurídicas que traerá consigo la nueva redacción de las Cláusulas 20 y 21 de los modelos de contrato FIDIC. Es por ello que a continuación se plantean brevemente en esta tesis doctoral algunas cuestiones que surgen de la renovada configuración contractual de los *Dispute Boards* que, por su complejidad y por contraste con la redacción de la *Rainbow Suite* anterior, pueden llegar a ser objeto de conocimiento y reflexión por parte de tribunales arbitrales o de jurisdicciones nacionales –ya sea porque las partes hayan establecido este escalón como el último en el conocimiento de la disputa en la cláusula *multi-tier*, o por conocer de recursos de anulación de laudos arbitrales–. En coherencia con las secciones precedentes, estas observaciones se realizarán tomando como referencia el clausulado del Libro Plata de 2017.

⁸⁴⁶ Vid. supra IV.

3.B.i. Párrafo quinto de la Sub-Cláusula 21.6 *Arbitration* del Libro Plata de 2017

En primer lugar, el párrafo quinto de la Sub-Cláusula 21.6 *Arbitration* del Libro Plata⁸⁴⁷ establece en su inciso final que, una vez se haya iniciado el arbitraje, las obligaciones tanto de las partes como de los miembros del *Dispute Avoidance/Adjudication Board* permanecerán invariables. Ha de recordarse que el DAAB es una figura novedosa por la que apuesta FIDIC, en clara alineación con el principio de evitación de disputas que preside la *Rainbow Suite* de 2017⁸⁴⁸. Es apreciable que el redactor del Libro Plata intenta con esta nueva redacción mantener la permanencia del *Standing Dispute Board* a lo largo de toda la ejecución contractual, independientemente de que existan procesos paralelos a las labores atribuidas a este órgano por la nueva redacción de 2017. Sin embargo, esta cláusula tiene un encaje difícil con los párrafos precedentes de la Sub-Cláusula 21.6 *Arbitration* del Libro Plata. Ello es debido a que, en estas cláusulas se reconoce la posibilidad de que los miembros del *Dispute Board* actúen como testigos en el proceso arbitral y que sus resoluciones sean procedimentalmente admitidas como pruebas⁸⁴⁹.

⁸⁴⁷ Se reproduce el contenido de la citada mención: “*Arbitration may be commenced before or after completion of the Works. The obligations of the Parties and the DAAB shall not be altered by reason of any arbitration being conducted during the progress of the Works*”.

⁸⁴⁸ Vid. supra IV.4.

⁸⁴⁹ Se reproduce el contenido de la citada cláusula: “*Nothing shall disqualify the natural person(s) who has/have acted on behalf of the Employer under the Contract from being called as witness(es) and giving evidence before the arbitrator(s) on any matter whatsoever relevant to the Dispute. In any award dealing with costs of the arbitration, the arbitrator(s) may take account of the extent (if any) to which a Party failed to cooperate with the other Party in constituting a DAAB under Sub-Clause 21.1 [Constitution of the DAAB] and/or Sub-Clause 21.2 [Failure to Appoint DAAB Member(s)]. Neither Party shall be limited in the proceedings before the arbitrator(s) to the evidence or arguments previously put before the DAAB to obtain its decision, or to the reasons for dissatisfaction given in the Party’s NOD under Sub-Clause 21.4 [Obtaining DAAB’s Decision]. Any decision of the DAAB shall be admissible in evidence in the arbitration*”.

Si esta mención se pone en relación con la apuesta de FIDIC por un órgano de evitación y resolución de disputas que se halle físicamente presente en las obras de una manera continua, el cumplimiento del contenido de la Sub-Cláusula 21.6 *Arbitration* puede conducir a situaciones incómodas en las visitas del *Dispute Board* a las obras. Esto es, si una de las partes ha citado para declarar como testigo a un miembro del *Dispute Board* en el procedimiento arbitral, es lógico que la parte no favorecida por su declaración pierda la confianza necesaria para el funcionamiento de este mecanismo de resolución de conflictos. Además, la presencia continua del *Dispute Avoidance/Adjudication Board* se articula en torno a la evitación de conflictos, lo cual viene justificado por la alta frecuencia en la que surgen diferencias entre las partes contractuales en los contratos de ingeniería y construcción. Esto es, la comparecencia de un miembro del *Dispute Avoidance/Adjudication Board* ante el tribunal arbitral en una de las disputas puede alterar por completo la función de este órgano en posteriores diferencias que, utilizando la terminología de esta tesis doctoral, todavía no se hayan constituido como disputas formales. Por este motivo, es previsible que existan pronunciamientos arbitrales sobre la imparcialidad de los miembros de los *Dispute Boards* o, incluso, sobre las causas de terminación del acuerdo tripartito en el que el miembro del *Dispute Avoidance/Adjudication Board* acepta su cargo. La presente tesis doctoral estima así que existirán laudos en relación con la interpretación de estas cláusulas y el devenir de la ejecución contractual y que, por tanto, es necesario que estas cuestiones sigan siendo objeto de estudio doctrinal.

3.B.ii. Las medidas provisionales y el *Dispute Avoidance/Adjudication Board*

En segundo lugar, es conveniente analizar el nuevo contenido de la regla 5 de la sección del Libro Plata *Appendix: General Conditions of Dispute Avoidance/Adjudication Agreement*. En esta enumeración vienen recogidas las atribuciones que la voluntad de las partes otorga inequívocamente al *Dispute*

Avoidance/Adjudication Board. Como novedad de la edición de la *Rainbow Suite* de 2017, se añaden algunas atribuciones al nuevo órgano de evitación y resolución de disputas, el *Dispute Avoidance/Adjudication Board* que, como ya se ha explicitado, es el órgano que está presente como opción principal en la reciente edición de estos modelos de contrato de FIDIC.

Entre las nuevas atribuciones del *Dispute Avoidance/Adjudication Board*, existe una provisión que puede plantear dificultades respecto del engranaje del sistema de resolución de conflictos ofrecido por FIDIC, concretamente en la relación entre el *Dispute Avoidance/Adjudication Board* y el posterior arbitraje. En efecto, la regla 5.j)⁸⁵⁰ faculta a los miembros del órgano de evitación y resolución de disputas a decidir sobre medidas cautelares de aplicación provisional y conservativa. El ámbito de aplicación de la referida regla 5.j) del *Appendix: General Conditions of Dispute Avoidance/Adjudication Agreement* del Libro Plata coincide con el establecido en el Artículo 29⁸⁵¹ del

⁸⁵⁰ Se reproduce el contenido de la citada regla: “*Rule 5. Powers of the DAAB 5.1 In addition to the powers granted to the DAAB under the Conditions of Contract, the General Conditions of the DAA Agreement and elsewhere in these Rules, the Parties empower the DAAB to: (j) decide on any provisional relief such as interim or conservatory measures*”.

⁸⁵¹ Se reproduce el contenido del referido artículo: “*Artículo 29 Árbitro de emergencia 1. La parte que requiera medidas cautelares o provisionales urgentes que no puedan esperar hasta la constitución del tribunal arbitral (“Medidas de Emergencia”), podrá solicitar tales medidas según las Reglas de Árbitro de Emergencia previstas en el Apéndice V. Tal solicitud será aceptada por la Corte solo si es recibida por la Secretaría antes de la entrega del expediente al tribunal arbitral de conformidad con el Artículo 16 e independientemente de si la parte que la hace ha presentado ya su Solicitud de Arbitraje. 2. La decisión del árbitro de emergencia deberá adoptar la forma de una orden. Las partes se comprometen a cumplir con cualquier orden dictada por el árbitro de emergencia. 3. La orden del árbitro de emergencia no será vinculante para el tribunal arbitral en relación con cualquier cuestión, tema o disputa decidida en la orden. El tribunal arbitral puede modificar, dejar sin efecto o anular la orden o cualquier modificación de la misma hecha por el árbitro de emergencia. 4. El tribunal arbitral decidirá sobre las solicitudes o demandas de cualquier parte relativas al procedimiento del árbitro de emergencia, incluyendo la distribución de los costos de dicho procedimiento y cualesquiera demandas que surjan o tengan relación con el cumplimiento o incumplimiento de la orden. 5. Los Artículos 29(1) a 29(4) y las Reglas de Árbitro de Emergencia previstas en el Apéndice V (conjuntamente, las “Disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia”) se aplicarán solo a las partes que sean signatarias del acuerdo de arbitraje bajo el Reglamento que sirve de base a la solicitud o que sean sucesores de dichas signatarias. 6. Las Disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia no serán aplicables si: a) el acuerdo de arbitraje bajo el Reglamento fue concluido*

Reglamento de Arbitraje CCI de 2017, que contiene las estipulaciones referentes al árbitro de emergencia. Es reseñable que hasta el momento las ediciones anteriores de los modelos de contrato FIDIC no concedían esta atribución a los miembros del *Dispute Adjudication Board*, por lo que es especialmente procedente reflexionar sobre dicha novedad.

De acuerdo con el sistema *multi-tier* establecido en la edición de 2017 del Libro Plata, la disputa formal entre las partes puede ser sometida a arbitraje en los casos estipulados en las cláusulas 3.5.5 *Dissatisfaction with Employer's Representative's determination*, 21.4.4 *Dissatisfaction with DAAB's decision*, 21.7 *Failure to Comply with DAAB's Decision* o 21.8 *No DAAB In Place*. Así, en cualquiera de estos supuestos, las partes pueden someter la controversia al arbitraje administrado por la CCI, entrando en aplicación el Reglamento de Arbitraje CCI de 2017. Hasta ahora, el procedimiento para adoptar medidas cautelares hasta la obtención del laudo solamente estaba previsto en el referido Artículo 29 del Reglamento de Arbitraje CCI de 2017⁸⁵². Por el contrario, con la nueva regulación introducida en el Libro Plata, los miembros del *Dispute Avoidance/Adjudication Board* también pueden decidir sobre la adopción de medidas cautelares en una fase previa al sometimiento de la disputa al tribunal arbitral.

antes del 1º de enero de 2012; b las partes optaron por excluir las Disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia; o c) las partes han acordado otro procedimiento prearbitral que prevea el otorgamiento de medidas cautelares, provisionales o similares. 7. Las Disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia no impiden que cualquier parte solicite medidas cautelares o provisionales urgentes de una autoridad judicial competente en cualquier momento antes de la solicitud de dichas medidas, y en circunstancias apropiadas aun después, de conformidad con el Reglamento. Cualquier solicitud de tales medidas a una autoridad judicial no contraviene al acuerdo de arbitraje ni constituye una renuncia a éste. Dicha solicitud, así como cualquier medida adoptada por la autoridad judicial, debe ser notificada sin dilación a la Secretaría”.

⁸⁵² STEINDL, Barbara Helene, “The Emergency Arbitrator in International Construction Arbitration ROVINE, Arthur W. *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2012*, Boston, 1ª Ed., Brill Nijhoff, 2013, págs. 173-187.

Ahora bien, procede cuestionar a continuación esta ampliación de las facultades de los miembros del *Dispute Avoidance/Adjudication Board* del Libro Plata, tanto desde una perspectiva procedimental como desde un enfoque práctico.

Por lo que respecta al procedimiento, ya se ha apuntado que el Libro Plata reconoce con una escueta redacción la posibilidad de que los miembros del *Dispute Avoidance/Adjudication Board* decidan sobre la adopción de medidas provisionales. Sin embargo, la regla 5.j) del *Appendix: General Conditions of Dispute Avoidance/Adjudication Agreement* no ofrece más datos sobre cómo ha de afrontarse esta nueva función. De la redacción de la referida regla se infiere que las medidas cautelares habrán de ser propuestas a instancia de parte, como suele configurarse en este instituto jurídico tendente a proteger el objeto del proceso. Sin embargo, procede cuestionarse si realmente los miembros del *Dispute Avoidance/Adjudication Board* podrían establecer medidas provisionales *sua sponte*, a la luz de la exigua redacción de la regla 5.j) del *Appendix: General Conditions of Dispute Avoidance/Adjudication Agreement*. Se plantea esta cuestión en relación con el principio transversal de evitación de disputas que preside el Libro Plata. Esto es, surge la duda de si la facultad de adoptar medidas cautelares forma parte de la función de evitación de disputas del DAAB, en relación con el principio evitación de conflictos como causa de adopción de este tipo de medidas.

Otro aspecto procedimental que puede presentar problemas a la hora de definir la función de adopción de medidas cautelares atribuida al *Dispute Avoidance/Adjudication Board* en el Libro Plata de 2017 es el momento en el que estas deben adoptarse. Parece lógico afirmar que las partes puedan solicitar medidas provisionales con anterioridad a la sumisión de una reclamación formal (*claim*) al *Dispute Avoidance/Adjudication Board* y que este puede decidir sobre el objeto de la medida con anterioridad a la celebración de las correspondientes vistas que decidan la cuestión en su función de resolución de conflictos. Sin

embargo, el silencio de la regla 5.j) del *Appendix: General Conditions of Dispute Avoidance/Adjudication Agreement* puede conducir a otras interpretaciones. Por ejemplo, que en virtud de la aplicación de la regla 5.j) del *Appendix: General Conditions of Dispute Avoidance/Adjudication Agreement*, las partes se dirijan al *Dispute Avoidance/Adjudication Board* para la constitución de medidas provisionales una vez sometida la disputa formal al *Dispute Avoidance/Adjudication Board*, pero con anterioridad al arbitraje. En tal caso, se estaría excluyendo la aplicación del Artículo 29 del Reglamento de Arbitraje CCI de 2017⁸⁵³. Esto es, la resolución sobre la adopción de las medidas sería en tal caso tomada en fase prearbitral por el órgano permanente de resolución de disputas (*Dispute Avoidance/Adjudication Board*) y no por el árbitro de emergencia establecido por la CCI en su Reglamento de Arbitraje de 2017.

En el plano práctico, ha de tenerse en cuenta que la adopción de medidas cautelares ha de efectuarse de una manera rápida. El tiempo es un elemento esencial más que nunca en este caso, dado que las medidas provisionales suelen responder a motivos urgentes que no pueden esperar a la constitución de un tribunal arbitral o a otros plazos procedimentales previos al establecimiento del proceso en sí ⁸⁵⁴. Por lo tanto, procede cuestionarse qué órgano resolverá más rápidamente la solicitud de medidas cautelares para que estas adquieran la mayor eficiencia jurídica. Aunque puede considerarse que resulte más rápido el procedimiento a pie de obra, llevado a cabo por el *Dispute Avoidance/Adjudication Board*, la presente tesis doctoral estima que hay cuestiones que desvirtúan este razonamiento, por los motivos que se exponen a continuación.

⁸⁵³ GÓMEZ, Katia; RODRÍGUEZ LÓPEZ, Ana Mercedes, *60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges*, Wolters Kluwer 2019, págs. 67-83.

⁸⁵⁴ PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, “Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional, modificación de la ley modelo de la CNUDMI”, *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 106, núm. 2, 2007, págs. 415-451.

La solicitud de medidas cautelares por alguna de las partes implica que han fallado los intentos de evitación de disputas, puesto que no sería necesario recurrir a este instituto jurídico si la diferencia se hubiese percibido con anterioridad en la función de evitación de disputas del *Dispute Avoidance/Adjudication Board*. De la presencia transversal del principio de evitación de disputas a lo largo de la ejecución contractual recogido en la *Rainbow Suite* de 2017, se infiere que las visitas periódicas del *Dispute Avoidance/Adjudication Board* a las obras evitan los supuestos en los que las partes necesiten solicitar medidas provisionales. Este planteamiento responde al hecho de que si las diferencias se detectan en una fase temprana, tiende a desaparecer la necesidad de adoptar medidas urgentes. Es por ello que la presente tesis doctoral argumenta que la solicitud de medidas cautelares que prevé la regla 5.j) del *Appendix: General Conditions of Dispute Avoidance/Adjudication Agreement* es de aplicación a aquellas medidas solicitadas por alguna de las partes con carácter previo al arbitraje y viene por tanto a sustituir *de facto* al régimen establecido por el Artículo 29 del Reglamento de Arbitraje CCI de 2017. Sin embargo, la elección de la aplicación del régimen previsto en la regla 5.j) del *Appendix: General Conditions of Dispute Avoidance/Adjudication Agreement* no garantiza que las medidas sean tomadas con mayor rapidez que siguiendo el procedimiento del Artículo 29 del Reglamento de Arbitraje CCI de 2017.

En el ámbito estrictamente práctico, merece ser destacado que el procedimiento para la adopción de medidas cautelares recogido en el Reglamento de Arbitraje de la CCI de 2017 lleva años aplicándose –las versiones anteriores de este Reglamento ya contenían unas provisiones análogas⁸⁵⁵– y ofreciendo garantías de rapidez y calidad⁸⁵⁶. Esto es, según dicho texto, en un plazo máximo

⁸⁵⁵ BAIGEL, Baruch, “The Emergency Arbitrator Procedure under the 2012 ICC Rules: A Juridical Analysis”, *Journal of International Arbitration*, vol. 31, núm. 1, 2014, págs. 1-18.

⁸⁵⁶ GARIMELLA, Sai Ramani; SOOKSRIPAISARNKIT, Poomintr, “Emergency Arbitrator Awards: Addressing Enforceability Concerns Through National Law and the New York

estimado de 28 días la parte solicitante puede obtener por el cauce del Reglamento de la CCI un pronunciamiento claro, basado en derecho y emitido por profesionales habituados a este tipo de cuestiones. Así, la parte que solicite estas medidas deberá valorar en su estrategia procesal si somete la cuestión al *Dispute Avoidance/Adjudication Board* o a la corte arbitral. Ello conduce a cuestiones sobre admisibilidad y jurisdicción del *Dispute Avoidance/Adjudication Board* que, a buen seguro, podrán ser estudiadas dentro de unos años en sede de arbitraje institucional de la CCI, lo cual ofrecerá un relevante sustrato casuístico. En caso de que la disputa llegue a someterse a arbitraje finalmente, además, la elección del procedimiento establecido en el Reglamento de la CCI dotará al proceso de una coherencia que redundará en la agilidad del proceso.

4. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO V

Como ya se ha expuesto, una cláusula escalonada de resolución de disputas incorpora en su seno la referencia a varios mecanismos de resolución de conflictos, los cuales se suceden en el conocimiento de la disputa de una manera ordenada y progresiva. Es por ello que una cláusula *multi-tier* jurídicamente eficiente, en principio, ha de detallar inequívocamente las condiciones necesarias para pasar desde un mecanismo de resolución de conflictos al siguiente método de resolución de conflictos, ya que las partes han perfilado la cláusula como un *multi-step process*.

En el ámbito de los contratos internacionales de ingeniería y construcción se utilizan con mucha frecuencia cláusulas *multi-tier* de resolución de conflictos que comienzan con la remisión de la disputa a un *Dispute Board*

Convention”, en FACH GÓMEZ, Katia; RODRÍGUEZ LÓPEZ, Ana Mercedes, *60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges*, Wolters Kluwer 2019, págs. 67-83.

actuando en funciones de resolución de conflictos. Si las partes no llegan a solucionar la diferencia, una vez agotada esta vía, estas pueden acudir al siguiente escalón del sistema de gestión de conflictos. En el referido ámbito, las cláusulas escalonadas de los principales modelos de contrato emitidos por organizaciones profesionales y estudiados en detalle por la presente tesis doctoral remiten la disputa en último lugar al arbitraje internacional administrado por la CCI. Sin embargo, las partes pueden modificar estas reglas y acordar la sumisión de la disputa a otro organismo arbitral o bien a los tribunales nacionales para su resolución definitiva.

La relación entre los *Dispute Boards* y el arbitraje comercial como mecanismos de resolución de conflictos resulta una materia jurídica especialmente atractiva en el curso del estudio de los mecanismos escalonados de resolución de disputas que las partes acuerdan con frecuencia en el ámbito de las referidas tipologías contractuales. La coexistencia de estos dos solventes métodos de resolución de disputas dentro de una misma cláusula en cascada obliga a conocer los rasgos distintivos de estas dos figuras, distinguiendo con claridad entre ellas. Es asimismo relevante que desde el ámbito jurídico se estudien las circunstancias del denominado “salto del escalón”, que se produce cuando la disputa se somete al mecanismo previsto como ulterior en la cláusula *multi-tier*.

Como punto de partida, ha de indicarse que existen notas distintivas del arbitraje comercial que también están presentes en los *Dispute Boards*, con mayor o menor intensidad según el tipo de *Dispute Board* que se establezca en un contrato en concreto. Así, la creación de estas figuras a consecuencia del acuerdo entre las partes, la utilización del método heterocompositivo y la vinculatoriedad de las resoluciones son notas comunes a los *Dispute Boards* y al arbitraje comercial, en escala decreciente de afinidad. Las referidas similitudes, no obstante, se estima que no presentan la entidad suficiente como para justificar algunas denominaciones doctrinales que han calificado a los *Dispute Boards* recurriendo a expresiones como “arbitraje privado” o “arbitraje no vinculante”.

Esto es, las diferencias jurídicamente relevantes entre el arbitraje y los *Dispute Boards* como mecanismos de resolución de conflictos son de calado y se manifiestan en diversos ámbitos. En el plano de la uniformización de estándares en la industria de la ingeniería y construcción, los principales modelos de contrato elaborados por asociaciones profesionales internacionales establecen en su clausulado una clara distinción entre los distintos mecanismos de resolución de controversias introducidos en los diversos escalones de sus cláusulas *multi-tier*. En este sentido, es por ejemplo necesario poner de manifiesto que las decisiones de los *Dispute Boards* no son títulos ejecutivos en sí, sino que necesitan de un reconocimiento posterior interno en este sentido, a diferencia de los que sucede con los laudos arbitrales. Asimismo, este último mecanismo viene limitado por el principio *mutatio libelii*, mientras que los miembros de los *Dispute Boards* sí pueden perfilar el objeto del procedimiento mediante sus propias averiguaciones e investigaciones llevadas a cabo tanto en las visitas periódicas a las obras como en su labor de resolución de disputas una vez sometida la diferencia por las partes a su opinión. Por su parte, y para completar el estudio de la diferenciación entre ambos mecanismos de resolución de conflictos, la doctrina internacional se centra en las claras ventajas de los *Dispute Boards* con respecto al arbitraje internacional en rapidez, eficiencia y aseguramiento de la prueba en el sector de los contratos de ingeniería y construcción internacionales.

Adicionalmente, existen dos cuestiones que han de mencionarse en torno a la relación entre los *Dispute Boards* y el arbitraje internacional cuando ambos están insertos en una cláusula *multi-tier* de resolución de conflictos. En primer lugar, la asistencia informal que se realiza mediante la emisión de opinión o consejo por parte del *Dispute Board* y que está prevista en los principales modelos de contrato de asociaciones profesionales no puede considerarse como un requisito previo obligatorio a la sumisión de la diferencia al *Dispute Board*. La redacción de los referidos modelos de contrato contemplan estas funciones próximas a la evitación de conflictos por parte del *Dispute Board* como una

posibilidad que se le ofrece a las partes, perfilándose como de cumplimiento meramente recomendable. En segundo lugar, el juicio fáctico acometido por la CCI sobre la existencia de un convenio arbitral en un contrato determinado, denominado por el Reglamento de Arbitraje de la CCI de 2017 como análisis *prima facie*, también es analizado por esta tesis doctoral, sin que se halle una incidencia práctica relevante en la relación entre los *Dispute Boards* y el arbitraje internacional.

Perfilar adecuadamente cuál es el fundamento jurídico de la obligación de agotar el escalón multi-tier de la sumisión de la disputa al *Dispute Board* con anterioridad a la interposición de la demanda arbitral requiere abordar el estudio de resoluciones arbitrales y judiciales que justamente han analizado diversos aspectos de esta relevante cuestión. Esta tesis ha centrado su atención en un conjunto de laudos arbitrales y de sentencias judiciales –emitidas en procesos de nulidad contra laudos o bien por ser los tribunales domésticos los designados por las partes como último escalón de la cláusula *multi-tier*– que han determinado si la sumisión de la disputa formal al *Dispute Board* es o no un requisito previo obligatorio anterior a la activación de la vía arbitral.

En esta materia, el estudio de resoluciones domésticas de tribunales locales arroja resultados dispares sobre el tratamiento de la sumisión de la diferencia a un *Dispute Board* previo al arbitraje comercial. Así, mientras que en Inglaterra, en el año 1993 la *House of Lords* admitió una causa en la que no se había agotado el escalón previo de sumisión a un *Dispute Board* que las partes habían dispuesto –con la presencia, no obstante, de un voto particular contrario a esta inobservancia de la autonomía de la voluntad de las partes–; una reciente resolución judicial emitida por el *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo* (Brasil) sí que proclama la obligatoriedad de contemplar la sumisión previa de la disputa a un *Dispute Board*. La presente tesis doctoral estima que el alto tribunal de Sao Paulo está alineado con la relevancia que los *Dispute Boards* han adquirido recientemente y valora positivamente su *Agravo de Instrumento*

emitido en el caso de la construcción de la línea 4 de metro de la ciudad. De hecho, el tribunal brasileño se muestra coherente con la letra y el espíritu de la Ley número 16.873, de 22 de febrero de 2018, que introduce los *Dispute Boards* en la contratación con las administraciones públicas, secundando un fenómeno que se viene observado en Sudamérica en los últimos años.

En el plano de los modelos de contrato de ingeniería y construcción elaborados por organizaciones profesionales internacionales en el uso de su poder autonormativo, la presente tesis doctoral dirige su atención al *corpus* de resoluciones arbitrales y judiciales, con motivo de su análisis sobre cláusulas de resolución de conflictos *multi-tier* en el marco de la *Rainbow Suite* de FIDIC de 1999. La aplicación de la Cláusula 20 de estos textos ha sido objeto de análisis tanto en sentencias judiciales –en sede de anulación de laudos y por haber sido designados los tribunales nacionales como último escalón en la cláusula *multi-tier*– como en laudos arbitrales emitidos bajo el paraguas de la CCI –tal y como está previsto como último escalón en la cláusula escalonada de los modelos de contrato FIDIC–.

Como norma general, la Sub-Cláusula 20.2 de la *Rainbow Suite* de 1999 establece la obligatoriedad de someter la disputa al *Dispute Adjudication Board* con anterioridad a la interposición de la demanda arbitral. No obstante, la resolución del *Dispute Board* como un *condition precedent* previa al arbitraje, presenta una excepción, recogida en el propio clausulado de la referida *Rainbow Suite* y que afirma operar en los casos en los que no exista un *Dispute Board*. Así, la Sub-Cláusula 20.8 del referido texto atribuye a dos posibles motivos la inexistencia de *Dispute Board*: bien que este órgano haya expirado o bien –literalmente– a cualquier otra causa (“or otherwise” en su inglés original). La presente tesis considera que esta última mención, recogida dentro de la Sub-Cláusula 20.8 que se perfila como excepción a la norma general de la Sub-Cláusula 20.2- ha sido interpretada de manera conscientemente laxa en varias resoluciones judiciales y arbitrales, llegando a

desvirtuar *de facto* la obligación general de someter las disputas al *Dispute Board* con carácter previo a la puesta en marcha del mecanismo arbitral.

La referida interpretación laxa de la mención “*or otherwise*” prevista en la Sub-Cláusula 20.8, que se perfila formalmente como excepción a la norma general de sumisión de la disputa al *Dispute Adjudication Board* con carácter previo al arbitraje, causa la total ineficacia de la cláusula *multi-tier* de resolución de disputas en los casos en los que la actitud dilatoria de una de las partes imposibilita el establecimiento de un *Dispute Board*. Esta circunstancia, que muestra incluso una mayor incidencia en el caso de los *Ad Hoc Dispute Boards*, se deriva de los argumentos utilizados por los tribunales arbitrales y nacionales en diferentes casos en que han admitido conocer de la causa directamente –dando por bueno, por tanto, que se hubiese prescindido del escalón previo del *Dispute Board*– De hecho, existen pronunciamientos que, aunque formalmente niegan que la mención “*or otherwise*” haya de ser interpretada en el sentido de que ofrece a las partes la opción de renunciar a cumplir con el orden pre-establecido en el régimen escalonado de solución de conflictos previsto en el contrato, sus fallos conllevan la admisión directa de la causa que teóricamente debería haber sido sometida al *Dispute Board* con anterioridad. Estas resoluciones basan la admisión de la demanda arbitral en las negativas consecuencias prácticas que conllevaría para las partes la remisión de la disputa a un *Dispute Board* en un momento extemporáneo. En especial, los tribunales llegan a incidir en que con la admisión directa de la causa, evitarían consecuencias negativas a una de las partes, en la que confluyen las figuras de contratista, demandado arbitral y apelante. En términos de justicia material, se estima que estas resoluciones resultan desatinadas y conllevan un resultado no querido por las partes en la formación originaria del contrato.

La redacción de la reciente *Rainbow Suite* de FIDIC de 2017 recoge algunos cambios en la configuración de su sistema de resolución de conflictos de los modelos de contrato recogidos en su nueva *Rainbow Suite*. Ello,

previsiblemente, traerá consigo una interpretación más restrictiva de las excepciones a la norma general de acudir al *Dispute Avoidance/Adjudication Board* previsto en el contrato como método principal de evitación y resolución de conflictos. Efectivamente, la presente tesis doctoral estima que la prolija extensión dedicada por FIDIC al *Dispute Avoidance/Adjudication Board* en el texto de sus modelos contractuales y que este órgano se mantenga como primer escalón de la cláusula de resolución de conflictos, lo hace merecedor de la consideración de este mecanismo como método principal de evitación y resolución de disputas en la *Rainbow Suite* de 2017. Por una parte, la introducción de *Standing Dispute Boards* en todos los modelos contractuales de la *Rainbow Suite* de 2017 está llamada a incidir en la evitación de disputas desde el inicio de la ejecución contractual. Por otra parte, la renovada Sub-Cláusula 20.8 ha sido modificada en su redacción para que la mención “*or otherwise*”, que sigue presente, reduzca su ámbito de aplicabilidad.

A diferencia de las resoluciones judiciales y arbitrales que sí que se pronuncian sobre disputas no sometidas previamente al *Dispute Board*, existe un *corpus* de laudos emitidos por la CCI que interpretan correctamente el tenor literal la Cláusula 20 de la *Rainbow Suite* de FIDIC de 1999 y se inhiben del conocimiento de la causa. Aunque todos los laudos examinados coinciden en dejar la acción imprejujada en la instancia, los diferentes paneles arbitrales basan su inhibición en la causa en dos institutos jurídicos distintos. Por una parte, algunos tribunales arbitrales niegan la admisibilidad de la demanda sin posibilidad de subsanación, lo cual conlleva la disolución del tribunal arbitral. Por otra parte, algunos tribunales arbitrales optan por la admisión y posterior suspensión del arbitraje, reconociendo que las partes pueden subsanar la falta temporal de competencia. En ambos casos, la acción queda imprejujada, pero la segunda postura puede llegar a emitir una resolución sobre el fondo del asunto, puesto que el primer fallo únicamente reconoce una falta de competencia *ratione temporis*. Esta segunda línea de argumentación arbitral se ha puesto en práctica en tribunales arbitrales con sede en Suiza y constituye, en la opinión de la

presente tesis doctoral, la opción más acertada siempre y cuando se haya diseñado un *Standing Dispute Board* en la *multi-tier clause*, porque acompaña a las partes hasta el último momento en el cumplimiento de su autonomía de la voluntad inicial.

A la luz de las diversas interpretaciones enunciadas y ante la actitud de expectación por parte de la doctrina internacional sobre las primeras resoluciones que interpreten la *Rainbow Suite* de 2017, la presente tesis doctoral refiere qué cuestiones de la referida novedosa edición de 2017, por su especial interés jurídico, serán objeto prioritario de resolución judicial o arbitral. En primer lugar, se estima que la presencia del *Dispute Avoidance/Adjudication Board* en las obras, que sea simultánea a un procedimiento arbitral sobre una disputa referida a este órgano, puede llevar a situaciones que comprometan la imparcialidad de los miembros del *Dispute Board*. Ello se infiere por ejemplo del reconocimiento por parte de la *Rainbow Suite* de 2017 de que los miembros del *Dispute Avoidance/Adjudication Board* puedan comparecer como testigos en un procedimiento arbitral. En segundo lugar, la introducción de una nueva atribución al *Dispute Avoidance/Adjudication Board* por parte de la *Rainbow Suite* de 2017, puede plantear dudas de compatibilidad con la aplicación del Reglamento de Arbitraje CCI de 2017. Ello es debido a que la nueva edición de estos prestigiosos modelos de contrato otorga por primera vez al *Dispute Board* la facultad de pronunciarse sobre el establecimiento de medidas cautelares. La concurrencia del ámbito de aplicación de esta regla con el procedimiento de urgencia del Reglamento de Arbitraje CCI de 2017 puede llegar a motivar, en opinión de esta tesis doctoral, pronunciamientos con motivo de la aplicación de las nuevas atribuciones del *Dispute Avoidance/Adjudication Board*.

CONCLUSIONES FINALES

Los *Dispute Boards* son un mecanismo de resolución alternativa de disputas considerado como híbrido, puesto que en su concepción genérica conjuga funciones de evitación y de resolución de conflictos. La alta permeabilidad de los *Dispute Boards* a la autonomía de la voluntad de las partes confiere a estos órganos una gran versatilidad, manifestada principalmente en la ya apuntada posibilidad de integrar funciones tanto autocompositivas como heterocompositivas en un único mecanismo de ADR

La compleja industria global de la ingeniería y construcción requiere instrumentos muy sofisticados para dar la respuesta más eficiente posible en términos jurídicos a una tipología de diferencias que aúna con frecuencia elementos técnicos y jurídico-contractuales especialmente complicados. Por este motivo, los agentes empresariales y sus representantes legales valoran muy positivamente la inclusión de *Dispute Boards* como mecanismo de resolución de conflictos en los contratos que regulan el régimen jurídico bajo el que se acometen megaproyectos e infraestructuras de gran relevancia económico-social.

El origen de los *Dispute Boards* como método de ADR se localiza en Estados Unidos, en el último cuarto del siglo XX. Los primeros contratos que introdujeron un panel técnico a pie de obra fueron ejecutados con motivo de la construcción de túneles en relevantes vías del referido país norteamericano (como, por ejemplo, los túneles del río San Antonio y San Pedro en San Antonio, en el estado de Texas o el túnel de energía hidroeléctrica del lago Bradley en

Homer, estado de Alaska). Es destacable que hoy en día todavía están en funcionamiento buena parte de estas grandes infraestructuras como autopistas, aeropuertos, estadios deportivos, etc., en cuya construcción fue pionera la incorporación de un *Dispute Board*. La eficiencia jurídica mostrada por las primeras experiencias estadounidenses que introdujeron *Dispute Boards* fue constatada por varios informes de organismos públicos de dicho país, que comenzaron a recomendar la introducción de órganos de esta naturaleza como mecanismo de resolución de conflictos en los contratos de ingeniería y construcción.

En los años 80 del siglo XX, los *Dispute Boards* pasaron a ser un elemento habitual de las cláusulas de resolución de conflictos de contratos internacionales de las ramas de la ingeniería y la construcción en general, incluyendo grandes infraestructuras. Además de seguir demostrando su eficiencia jurídica, el salto a la escena internacional supuso el desarrollo de muchas de las ventajas de este mecanismo de ADR, que quedaron patentes en la ejecución contractual de verdaderos megaproyectos (como, por ejemplo, el complejo hidroeléctrico de El Cajón, en Honduras, o el complejo hidroeléctrico Ertan, en República Popular China). Los *Dispute Boards* establecidos durante estos años de expansión internacional mostraron ser eficientes para dar respuesta a las necesidades contractuales y también ante factores intangibles, tal y como se percibió con la positiva actitud de las partes hacia la presencia de un tercero imparcial en las obras.

La configuración y el reconocimiento actual de que gozan los *Dispute Boards* como mecanismo de ADR es en parte consecuencia del fenómeno conocido como *informal lawmaking*. La *Lex Mercatoria* y más concretamente el *ius ingeniorum* y el *ius constructionis* han contribuido a la implantación del referido mecanismo en el contexto global. Esto es, entidades de origen privado como las asociaciones profesionales del ámbito de la ingeniería y de la construcción, con la colaboración de prestigiosos profesionales del derecho

y demás agentes especializados, han elaborado detallados modelos contractuales que regulan las múltiples cuestiones jurídicas que pueden plantearse en el curso de la compleja ejecución de estas tipologías contractuales. En dichos contratos modelo se recoge la figura del *Dispute Board*, dentro de las cláusulas referidas a la resolución de conflictos.

Así sucede por ejemplo, en el *Institution of Civil Engineers* (ICE) británico y la *Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils* (FIDIC) suiza, que han elaborado y actualizan periódicamente modelos de contrato de ingeniería y construcción. Por su parte, la Cámara de Comercio Internacional (CCI) también contribuye a la implantación de *Dispute Boards* como mecanismo de resolución de conflictos, mediante la publicación de sus reglas sobre *Dispute Boards* que son de aplicación a ámbitos materiales más extensos de que los que son objeto de estudio en la presente tesis doctoral. Este mecanismo de ADR ha permeado incluso en los bancos de desarrollo (tanto el Banco Mundial como varios otros de carácter regional), que establecen como condición para la financiación de proyectos que los contratos que regulan su régimen contengan un *Dispute Board* en su sistema de resolución de conflictos.

La práctica ha demostrado que dichos modelos contractuales son en la actualidad estándares internacionales generalmente aceptados en sendos sectores industriales. FIDIC lidera la labor de uniformización de estándares internacionales en materia de ingeniería y construcción, con el correlativo apoyo de la CCI, debido a que el arbitraje administrado por esta organización es el previsto en el sistema *multi-tier* de FIDIC como último escalón para dirimir finalmente las disputas que surgen en la ejecución contractual desde las primeras ediciones de sus modelos de contrato. Sin embargo, existen otras asociaciones profesionales que también elaboran relevantes modelos de contrato y contribuyen al fenómeno de la uniformización de usos en la industria. Por su relevancia sectorial y territorial, la presente tesis doctoral hace referencia a los modelos de contrato de ingeniería y construcción –basados frecuentemente en la fórmula

contractual llave en mano— de la organización japonesa *Engineering Advancement Association of Japan* (ENAA) y de la organización belga *Organisme de Liaison des Industries Métalliques Européennes* (ORGALIME). Estas últimas organizaciones también confían en la CCI para la resolución de los conflictos generados en la ejecución de sus modelos de contrato, remitiendo en sus cláusulas *multi-tier* la controversia al arbitraje administrado por las normas de esta prestigiosa organización internacional.

La configuración jurídica de los *Dispute Boards* como parte de estas iniciativas de autoregulación contractual que a su vez forman parte de la *Lex Mercatoria* también se refleja también en un nivel posterior, por medio del conjunto de sentencias y laudos que interpretan los modelos contractuales referidos y se pronuncian sobre este mecanismo híbrido de resolución de disputas. Como se detalla a lo largo de esta tesis, el *corpus* de resoluciones judiciales y arbitrales existente en dicha materia determina la relevancia y da la medida de la eficiencia jurídica de los *Dispute Boards* como mecanismo de resolución alternativa de conflictos del espectro internacional.

La implantación de los *Dispute Boards* como mecanismo de resolución de conflictos iniciada en sede del referido *informal lawmaking* ha protagonizado recientemente un salto cualitativo que merece ser destacado. En los últimos años, la autoregulación sobre *Dispute Boards* en sede de organizaciones profesionales ha pasado el testigo a los órganos legislativos de varios países de Latinoamérica. Así, los ordenamientos jurídicos de Chile, Perú y Brasil han incorporado recientemente normas jurídicas que contemplan la utilización de *Dispute Boards* como mecanismo alternativo de resolución de conflictos en los contratos de ingeniería y construcción ejecutados en el ámbito de aplicación de las correspondientes normas jurídicas de dichos estados. La citada normativa ya ha llegado a instancias judiciales y la primera resolución al respecto se ha emitido en Sao Paulo. El alto tribunal de la referida prefectura se ha pronunciado recientemente a favor de la remisión de las disputas al

Dispute Board como requisito obligatorio anterior a la sumisión de la disputa al órgano judicial.

Las ventajas de la utilización de *Dispute Boards* como mecanismo de resolución de conflictos son prolijas y conectan con factores muy relevantes del ámbito de la ejecución contractual de los proyectos de ingeniería y construcción, como el precio y el plazo. Sistematizando dichas ventajas, es muy reseñable que la utilización de *Dispute Boards* permite el funcionamiento de un mecanismo de resolución de conflictos simultáneo a la ejecución contractual. Asimismo, ha quedado demostrado en multitud de proyectos a lo largo de las últimas décadas que los *Dispute Boards* colaboran en la optimización económica del proyecto. Contribuyen a ello tanto el bajo coste que supone su establecimiento y funcionamiento como el hecho de que su presencia elimina determinados elementos especulativos como las costas en los procesos judiciales y arbitrales.

Aplicando el referido argumento hasta las últimas consecuencias y debido en buena parte a las especiales condiciones en las que se desarrollan los contratos de ingeniería y construcción internacionales, la remisión de una disputa a los referidos métodos tradicionales (arbitraje y litigación), con frecuencia no satisface completamente el interés de la parte demandante. Esto es, aunque una pretensión sea totalmente estimada en las instancias consideradas como tradicionales, puede que la sentencia o el laudo emitido la parte favorecida por la resolución no vea satisfechos los intereses reconocidos en ella, debido diversos factores propios del ámbito de la ingeniería y construcción internacionales. Estos factores radican en elementos como el entramado financiero que se organiza para acometer dichos proyectos y la gran relevancia económica del sector tanto en términos cualitativos como cuantitativos. Frente a esta insatisfactoria realidad, la introducción y utilización eficiente de *Dispute Boards*, modulada por la autonomía de la voluntad de las partes, minimiza estas consecuencias adversas y contribuye tanto a la optimización de la ejecución contractual en su conjunto

como a la satisfacción de los intereses de la totalidad de los agentes que intervienen en los contratos de ingeniería y construcción internacionales.

Frente a las ventajas recién apuntadas, existe un elemento común en torno al cual se aglutinan las principales desventajas de los *Dispute Boards* como mecanismo de resolución de conflictos; y este se refiere a factores que no pueden ser moduladas por la intervención de la autonomía de la voluntad de las partes. Este tipo de desventajas, que podrían denominarse “insalvables”, suponen verdaderos desafíos jurídicos de difícil encaje con el principio de eficiencia que subyace en este mecanismo de resolución de conflictos. Mientras que algunos de estos factores responden a cuestiones como la cultura jurídica de origen de las partes contractuales, la presente tesis doctoral aborda los desafíos jurídicos que operan en los ya enunciados niveles del *ius ingeniorum* y el *ius constructionis*. Como esta tesis explicita, las desventajas de los *Dispute Boards* en el referido ámbito se focalizan en las dificultades que pueden entrañar tanto el reconocimiento de la autoridad de los *Dispute Boards* por parte de los tribunales jurisdiccionales y arbitrales como la ejecución de las resoluciones emitidas por los *Dispute Boards*.

La autonomía de la voluntad de las partes como elemento configurador de la incorporación de un *Dispute Board* en calidad de mecanismo de resolución alternativa de conflictos y del establecimiento efectivo del referido órgano en un contrato determinado adquiere su mayor relevancia en la toma de determinadas decisiones sobre las atribuciones de estos órganos. Así, las propias partes contractuales determinan la existencia de un *Dispute Board* y sus atribuciones, de tal modo que la autoridad y el funcionamiento de este órgano vienen conferidos por la autonomía de la voluntad expresada en el momento del acuerdo de voluntades que conforma el contrato. Como muestra de ello, la presente tesis doctoral elabora diferentes taxonomías con respecto a los diferentes tipos de *Dispute Board*, que vienen determinadas por las disposiciones

contractuales de las partes al objeto de someter sus diferencias a este mecanismo de resolución de disputas.

Mediante la elaboración de dos novedosas clasificaciones no excluyentes, la presente tesis doctoral se ratifica en que –independientemente del *nomen iuris* que las partes adopten para la formulación de este mecanismo de resolución de conflictos– la autonomía de la voluntad de las partes adquiere una enorme virtualidad en la práctica de los *Dispute Boards*. De las estipulaciones contractuales que las partes suscriben dependen aspectos jurídicos tan relevantes como la fuerza vinculante de las resoluciones de los *Dispute Boards* y el correlativo reconocimiento ejecutivo de las disposiciones que estas contienen. Asimismo, de la configuración de los *Dispute Boards* como órganos permanentes o *Ad Hoc*, se desprenden consecuencias jurídicas que superan en ventajas incluso a los factores económicos que se consideran en los inicios de las relaciones contractuales. Los aspectos positivos derivados de la inversión económica en un órgano permanente de evitación y resolución de conflictos se mantienen incluso en los escasos laudos que aprecian la autonomía de la voluntad de las partes y estiman que la disputa ha de someterse al *Standing Dispute Board* con carácter previo a la remisión a arbitraje.

La presente tesis doctoral se alinea con la doctrina internacional y reconoce el carácter exclusivamente contractual del establecimiento de un *Dispute Board* como método de resolución de conflictos. Sin embargo, es necesario poner de manifiesto que este mecanismo está muy relacionado con la figura de la *Statutory Adjudication*, de raíz británica y que se ha extendido a países de la cultura jurídica de *Common Law*. Aunque ambos mecanismos son afines en cuanto a su funcionamiento, es necesario poner en valor el elemento que diferencia a ambas figuras de manera inequívoca: mientras que los *Dispute Boards* tienen su origen en la autonomía de la voluntad de las partes, el de la *Statutory Adjudication* radica en normas escritas (*statutes*).

En fechas muy recientes, se ha acometido un relevante hito en el desarrollo de los *Dispute Boards* como mecanismos de resolución de disputas altamente sofisticados. La comunidad internacional ha dado la bienvenida a los *Dispute Boards* del futuro, encarnados en los nuevos modelos de contrato publicados por ICE y FIDIC en junio y diciembre de 2017, respectivamente. Estas herramientas jurídicas, en consonancia con las reglas sobre *Dispute Boards* de la CCI de 2015, conforman el sustrato contractual sobre el que se configurarán de aquí en adelante los *Dispute Boards* de aplicación en megaproyectos de ingeniería y construcción de todo el mundo.

Los *Dispute Boards* quedan constituidos por tanto como solventes órganos de resolución de conflictos en las nuevas ediciones de las prestigiosas organizaciones profesionales ICE y FIDIC. Por una parte los *Dispute Boards*, quedan insertos ya no en una cláusula, sino en un verdadero sistema *multi-tier* que les otorga la relevancia necesaria para actuar con la máxima eficiencia jurídica. Por otra parte, los nuevos *Dispute Boards* amplían sus funciones y obligan a alinear transversalmente muchas de las cláusulas de los contratos en los que están contenidos, persiguiendo el principio de evitación de conflictos. Como resultado de esta novedosa concepción de los *Dispute Boards*, la utilización de los modelos de contrato publicados por las referidas organizaciones en 2017 es objeto en la actualidad de una gran expectación entre la doctrina jurídica internacional.

La presente tesis doctoral centra su atención en el estudio de la edición de 2017 del Libro Plata de FIDIC, debido a varios motivos. En primer lugar, el prestigio de esta herramienta jurídica y de la organización que lo publica ha quedado contrastado a lo largo de las últimas décadas. Bajo el régimen jurídico creado por modelos de contrato del entorno FIDIC se han acometido proyectos muy relevantes, de los que la presente tesis doctoral da detallada cuenta (Complejo hidroeléctrico Ertan, en la República Popular China; Presa de Katse, en Lesoto; Canal de la Mancha, entre Francia e Inglaterra, etc.). En segundo

lugar, el sistema *multi-tier* de resolución de conflictos establecido por FIDIC remite desde sus ediciones anteriores a la del 2017 al arbitraje internacional administrado por la CCI el conocimiento de las disputas como último escalón de la cláusula escalonada de resolución de disputas en su redacción original. No obstante, este escalón puede ser modificado por las partes para que la disputa sea sometida en último lugar a los tribunales internos. En consecuencia, existe un conjunto de resoluciones arbitrales y judiciales que esta tesis analiza en detalle y cuyo estudio otorga la medida de la eficiencia jurídica de las resoluciones de los *Dispute Boards* en la práctica.

El Libro Plata de FIDIC de 2017 incorpora numerosas novedades con respecto a la configuración de la resolución de conflictos de su edición predecesora que data del año 1999. A buen seguro, casi dos décadas de práctica en la materia constituyen un elemento relevante que ha contribuido a que FIDIC vertebrase sus nuevos modelos de contrato en torno al principio de evitación de conflictos. Esta postura se considera acertada a la luz de los ejemplos que se han ido sucediendo a lo largo de la historia de los *Dispute Boards* como mecanismo de resolución alternativa de conflictos. Aunque hasta la edición de 2017 no se había reconocido el principio de evitación de disputas de manera formal, la práctica venía indicando que la función de evitación de disputas contribuye al éxito de los *Dispute Boards* en los complejos contratos de ingeniería y construcción.

El resultado de la opción del redactor de FIDIC es palpable en el novedoso carácter bifronte del sistema *multi-tier* de resolución de conflictos, que actualmente ocupa dos cláusulas y se articula en torno a la figura del *Dispute Avoidance/Adjudication Board* como órgano principal. El efecto preclusivo de los plazos establecidos a lo largo del *iter* procedimental y la regulación expresa de los silencios que quedaban abiertos en la edición del Libro Plata de 1999 operan en la edición de 2017 como catalizadores del novedoso sistema de resolución de conflictos elaborado por FIDIC.

Asimismo, la introducción de un *Standing Dispute Board* por defecto en todos los modelos de contrato publicados por FIDIC en 2017 –a diferencia de lo que se establecía en los modelos de 1999– se estima como un elemento que refuerza la autoridad del mecanismo. FIDIC incide en la relevancia de este factor mediante la recomendación dirigida a los usuarios de evitar la introducción de *Ad Hoc Dispute Boards* y optar en todo momento por un órgano que esté presente desde el inicio de la ejecución contractual. Previsiblemente, esta inclusión operará en detrimento de la remisión de la disputa a un ulterior arbitraje administrado por las reglas de la CCI, mecanismo que pone fin al sistema *multi-tier* de resolución de conflictos del Libro Plata.

La acertada mención expresa del Libro Plata de 2017 a la vinculatoriedad *ab initio* de las disposiciones contenidas en las decisiones del *Dispute Avoidance/Adjudication Board* es de esperar que también ponga fin a cuestiones que, en aplicación de la edición de 1999, habían sido resueltas de manera jurídicamente ineficiente por tribunales arbitrales y nacionales. FIDIC adopta la misma rotundidad terminológica con la que regulan esta cuestión las normas sobre *Dispute Boards* de la CCI y zanja con esta explícita mención las interpretaciones dispares que se venían realizando en casos como el denominado Persero, cuya interpretación mereció la reprobación de la doctrina internacional. En virtud de las nuevas disposiciones, queda igualmente consolidado el principio *solve et repete* que hasta el momento había sido elaborado teóricamente por la doctrina y que, en cambio, no había sido reconocido en este contexto en sede jurisdiccional ni arbitral.

A la luz de la novedosa redacción de la *Rainbow Suite* de 2017, esta tesis doctoral estima que el redactor de FIDIC ha realizado un buen trabajo en la renovación de su sistema *multi-tier*, que viene a ser considerado como la élite de las disposiciones en materia de resolución de conflictos en el ámbito de la ingeniería y construcción. Ahora bien, la comunidad internacional técnica y jurídica aguarda con expectación a las primeras resoluciones arbitrales o

judiciales que interpreten estas novedosas disposiciones. Ha de recordarse que la intervención judicial en esta materia puede derivarse bien de la inclusión de esta referencia como último escalón del sistema *multi-tier* en lugar del arbitraje, o bien de su intervención en sede de anulación de un laudo arbitral. Por lo tanto, cuando lleguen las controversias causadas en la ejecución contractual de la *Rainbow Suite* de 2017 a estas instancias, se podrá asimismo comprobar si los posicionamientos desarrollados por la presente tesis doctoral hallan calado en la práctica jurídica internacional.

Las experiencias previas en la interpretación de las cláusulas *multi-tier* de resolución de conflictos, realizadas en aplicación de los modelos de FIDIC de 1999, no arrojan resultados especialmente alentadores. Del estudio que esta tesis realiza del *corpus* de resoluciones arbitrales y judiciales que se pronuncian sobre las referidas cláusulas escalonadas, se infiere que la relevancia otorgada a los *Dispute Boards* en la redacción de estas herramientas jurídicas no ha sido correctamente reflejada en la interpretación realizada por algunos de estos órganos. En concreto, esta circunstancia se ha materializado en la transformación práctica que ha experimentado el ámbito de aplicación de la excepción contenida en la subcláusula 20.8 de la *Rainbow Suite* de FIDIC de 1999. Mientras que el principio general contenido en la Sub-Cláusula 20.4 de los referidos documentos establecía como norma general la sumisión de la disputa al *Dispute Adjudication Board* apuntado en la edición de la *Rainbow Suite* de 1999, era de esperar que la Sub-Cláusula 20.8 operase verdaderamente como una mera excepción y fuese interpretada con carácter restrictivo. Sin embargo, la interpretación laxa que con frecuencia se ha realizado de la mención “or otherwise” contenida en la supuesta excepción al principio general, ha supuesto *de facto* un verdadero obstáculo para la virtualidad de los *Dispute Boards* como mecanismo solvente en la resolución de disputas. Esta tendencia práctica, que ha favorecido en todo caso al cliente en la relación contractual, se estima que compromete el equilibrio de riesgos que abandera FIDIC como objetivo principal en la elaboración de sus modelos de contrato de ingeniería y construcción.

La presente tesis doctoral estima que existe una relación causal entre, por un lado, la cuestionable aplicación extensiva que de la restricción establecida en la Sub-Cláusula 20.8 de la *Rainbow Suite* de FIDIC de 1999 han realizado las referidas resoluciones judiciales y arbitrales y, por otro lado, la clara potenciación que la edición del 2017 de FIDIC realiza del principio de evitación de conflictos. Efectivamente, el reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes en el establecimiento del *Dispute Board* se ha visto afectado negativamente por la interpretación laxa de la citada disposición en resoluciones judiciales y, sobre todo, en laudos arbitrales. Frente a ello, el redactor del Libro Plata de 2017 ha recurrido a una estrategia preventiva para potenciar la virtualidad práctica de los *Dispute Boards*, por los que sigue apostando firmemente. Así, el tratamiento contractual implícito y explícito del principio de evitación de conflictos que se estudia con detalle en la presente tesis doctoral, constituye una herramienta que potencia la eficiencia jurídica final de los *Dispute Boards*, por cuanto ofrece a las partes numerosas oportunidades de evitar la disputa en muy diversos momentos del *iter* contractual, para que estas puedan solucionar sus controversias sin necesidad de acudir al último escalón previsto en el sistema *multi-tier*.

En contraposición con la corriente arbitral y judicial referida con anterioridad, la presente tesis doctoral valora positivamente las resoluciones judiciales y arbitrales que sí que han reflejado el fundamento de los *Dispute Boards* como mecanismo elegido y diseñado por la autonomía de la voluntad de las partes para operar como método principal de resolución de conflictos. En este sentido, merecen ser destacados pronunciamientos como los del alto tribunal de Sao Paulo y algunos paneles arbitrales con sede en Suiza, que se detallan en la presente tesis doctoral –estos últimos, incluso, ofrecen un seguimiento consultivo del procedimiento ante el *Dispute Board* para asegurar su continuidad–. Los referidos pronunciamientos consolidan líneas que venían siendo tímidamente apuntadas en algunos votos particulares de pronunciamientos que, finalmente y tras justificar sus motivos en razones ajenas a la voluntad

contractual, terminaban conteniendo fallos no conformes con lo acordado inicialmente por las partes en la correspondiente disposición en materia de resolución de conflictos. Por lo tanto, se considera que las resoluciones judiciales o arbitrales que se inhiben efectivamente del conocimiento de la disputa por no haber sido remitida previamente esta al *Dispute Board* referenciado en la cláusula *multi-tier* que las partes suscribieron en el momento del acuerdo de voluntades, se erigen como referentes necesarios para la efectiva consolidación práctica de los *Dispute Boards* como mecanismo de resolución alternativa de conflictos internacionales.

Partiendo del tratamiento que la edición de los modelos de contrato de FIDIC de 1999 realizaba de diversas cuestiones jurídicamente relevantes, así como del estudio del nuevo enfoque potenciador de la prevención de conflictos contenido en la *Rainbow Suite* FIDIC de 2017, la presente tesis doctoral proyecta su mirada hacia el futuro. Este trabajo se aventura a apuntar algunas cuestiones especialmente controvertidas que, previsiblemente serán objeto tanto de pronunciamientos en sede arbitral y judicial como de análisis y debate por parte de la doctrina especializada, contribuyendo todo ello a la formación del *ius ingeniorum* y el *ius constructionis* del futuro. Por una parte, es posible que la nueva redacción de la *Rainbow Suite* de 2017 cause conflictos en materia de imparcialidad de los miembros del *Dispute Avoidance/Adjudication Board*. Se estima que los referidos conflictos tengan su origen en la aplicación de las disposiciones que facultan a los miembros de los *Dispute Boards* a comparecer en los procesos arbitrales que se sigan con simultaneidad a la ejecución contractual. Por otra parte, la introducción en la edición de 2017 de una novedosa atribución que faculta a los miembros del *Dispute Avoidance/Adjudication Board* a pronunciarse sobre la adopción de medidas cautelares, puede también provocar dificultades interpretativas en relación con la aplicación del Reglamento de Arbitraje de la CCI.

Por último, esta tesis estima necesario reseñar un aspecto que incide de manera permanente en el estudio en español de los *Dispute Boards* como mecanismo de resolución alternativa de conflictos: el aspecto idiomático. Esta cuestión trae su origen en que el idioma inglés es la lengua en la que se hallan redactados la gran mayoría de los textos que regulan y hacen referencia a los *Dispute Boards*. Así queda manifestado tanto en los modelos de contrato publicados por las diferentes organizaciones profesionales como en las decisiones emitidas por los propios *Dispute Boards*, los tribunales domésticos y paneles arbitrales a los que remiten las cláusulas *multi-tier* y asimismo por la gran mayoría de las contribuciones doctrinales existentes en dichas materias. El valor jurídico del correcto uso de la terminología y de una traducción fiel, se ha puesto de manifiesto como un principio transversal en el estudio realizado por esta tesis doctoral. De las necesarias precisiones terminológicas en este sentido que se han introducido en diversas secciones del presente trabajo se concluye la especial relevancia del tratamiento lingüístico que se ha de otorgar a los institutos jurídicos que se ordenan en torno al estudio científico de los *Dispute Boards* como mecanismo alternativo de resolución de disputas en los contratos internacionales de ingeniería y construcción.

Esta tesis doctoral, asumiendo la hegemonía del inglés como *lingua franca* en el contexto de los contratos internacionales de ingeniería y construcción, pretende contribuir al avance en la comprensión y utilización de las cláusulas *multi-tier* en los contratos que se celebran en dichos sectores profesionales. Es por ello que el presente trabajo no sólo explicita cómo han de interpretarse términos jurídicos claves de estos modelos contractuales elaborados en inglés, sino que se esfuerza por explicar desde la perspectiva del sistema jurídico *civil law* cuáles son las estructuras legales subyacentes un dicha terminología frecuentemente inspirada por contextos jurídicos de *common law*. Para ello, tal y como se refleja en las frecuentes anotaciones al efecto, se han utilizado diversas estrategias de traducción que persiguen la fidelidad del texto de

llegada en español, tanto en su dimensión lingüística como en la vertiente jurídico-conceptual.

Finalmente, la presente tesis doctoral considera que el compromiso con el desarrollo de los *Dispute Boards* manifestado por la comunidad internacional ha seguido una línea ascendente desde las primeras experiencias reseñadas, experimentado un crecimiento exponencial en los últimos dos años. La pujanza de este mecanismo híbrido de resolución de conflictos está respaldada por una rica y vivaz comunidad internacional que no se rinde ante potenciales dificultades como las siguientes: la coexistencia en un mismo contrato de elementos tan dispares como agentes del ámbito técnico y jurídico, la intervención de partes contractuales pertenecientes a sistemas de *civil law* y *common law*, y el tratamiento en ocasiones imperfecto que a este mecanismo de resolución de conflictos le otorgan las instancias judiciales y arbitrales. La actitud de la comunidad internacional centra su respuesta en el desarrollo y evolución de los *Dispute Boards* como método de resolución de disputas, lo cual augura una larga y prolífica vida a este mecanismo, en la que no faltarán atractivos retos que abordar desde la perspectiva jurídica.

Como se viene apuntando desde la introducción de la presente tesis doctoral, un estudio jurídico adecuado de la figura de los *Dispute Boards*, tan frecuentemente utilizados en el contexto de los contratos internacionales de ingeniería y construcción, requiere implementar un ejercicio de interdisciplinariedad. Si bien la importancia tradicional del Derecho Internacional Privado (a través de cuestiones subsumibles en sectores como el del derecho aplicable, la competencia judicial internacional y el reconocimiento y la ejecución) en dichos contextos contractuales es incuestionable, tampoco puede negarse la relevante presencia que hoy en día ha adquirido el derecho transnacional en el ámbito de los contratos internacionales de ingeniería y construcción. Como la presente tesis ha expuesto, la incidencia de agentes privados como asociaciones profesionales en la regulación práctica de dichos

contratos internacionales demanda y va a seguir demandando una reflexión conjunta desde ángulos jurídicos sustantivos, tanto materiales como procesales.

BIBLIOGRAFÍA

1. FUENTES BIBLIOGRÁFICAS DOCTRINALES

1.A. Libros

ABARCA JUNCO, Ana Paloma et al., Derecho Internacional Privado, Madrid, 2ª Ed., Uned, 2016.

AGUILAR GRIEDER, Hilda, *La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional*, Santiago de Compostela, 1ª Ed., Universidade de Santiago de Compostela, Serv. de Publ. e Intercambio Científico, 2001.

ALCARAZ, Enrique; HUGHES, Brian; CAMPOS, Miguel Ángel, *Diccionario de términos jurídicos – A dictionary of legal terms*, 11ª Ed., Barcelona, Ariel Derecho, 2014.

BECERRA, Javier F., *Diccionario de terminología jurídica norteamericana (Inglés–Español) – Dictionary of United States legal terminology (English–Spanish)*, 10ª Ed, México, Escuela Libre de Derecho, 2008.

BERMEJO VERA, José (Dir.); BERNAL BLAY, Miguel Ángel (Coord.), *Diccionario de contratación pública*, Madrid, Iustel, 2ª Ed, 2012.

- BUNNI, Nael. G., *FIDIC Forms of Contract*, Ed. 3ª, Londres, GB: Blackwell Publishing, 2005.
- BUNNI, Gael G., *The FIDIC form of contract - The fourth edition of the Red Book*, Oxford, 2ª Ed., Blackwell Science 1997.
- CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Derecho internacional privado*, vol. 2, Granada, 18ª Ed., Editorial Comares, 2018.
- CANEDO ARRILLAGA, María Pilar (coord.), *Diversas implicaciones del Derecho transnacional*, Bilbao, 1ª. Ed, Universidad de Deusto - Deustuko Unibertsitatea, 2006.
- CASTILLO FELIPE, Rafael; (coord.), TOMÁS TOMÁS, Salvador (coord.); SIGÜENZA LÓPEZ, Julio (dir.), GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, Gemma (dir.), *Estudios sobre mediación y arbitraje desde una perspectiva procesal*, Madrid, 1ª Ed., Thomson Reuters Aranzadi, 2017.
- CHERN, Cyril, *Chern on Dispute Boards*, Londres, Informa Law from Routledge, 3ª Ed., 2015.
- CREMADES SANZ-PASTOR, Juan Antonio, *El arbitraje de Derecho Privado en España*, 1ªEd., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- CUTLER, A. Claire; DIETZ, Thomas (eds.), *The politics of private transnational governance by contract*, Nueva York, 1ª Ed., 2017.
- ESPLUGUES MOTA, Carlos; IGLESIAS BUHIGUES, José Luis; PALAO MORENO, Guillermo; *Derecho internacional privado*, Valencia, 12ª Ed., Tirant lo Blanch, 2015.
- ESPLUGUES MOTA, Carlos, *Arbitraje marítimo internacional*, Pamplona, 1ª Ed, Thomson Civitas, 2007.

- FACH GÓMEZ, Katia; RODRÍGUEZ LÓPEZ, Ana Mercedes, *60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges*, Wolters Kluwer, 2019.
- FALLON, Marc, “Rapport belge” en *La responsabilité des constructeurs, Travaux de l’Association Henri Capitant, Journées égyptiennes*, París, 1ª Ed., Litec, 1991, págs, 233 y ss.
- FARAH, Paolo Davide (ed.), *Transnational law and governance*, Nueva York, 1ª Ed., Routledge Publishing, 2019.
- FERNÁNDEZ DE BIJÁN Y FERNÁNDEZ, Federico (Coord.), *Diccionario jurídico el derecho*, Madrid, El derecho grupo editorial, 1ª Ed., 2009.
- FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Juan Manuel (Coord.), *Diccionario jurídico*, 6ª Ed., Barcelona, Thomson Reuters Aranzadi, 2012.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos; SÁNCHEZ LORENZO, Sixto A., *Derecho internacional privado*, Madrid, 10ª Ed., Editorial Civitas, 2018.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos; ARENAS GARCÍA, Rafael; MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto de, *Derecho de los negocios internacionales*, Madrid, Iustel Publicaciones, 2016.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, *Del arbitraje, de los árbitros y de la práctica arbitral*, Alcobendas, 1ª Ed., Rasche, 2014.
- FREESTONE, David A. C., *The World Bank and sustainable development: legal essays*, Leiden, 1ªEd., Nijhoff, 2013.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., *Derecho internacional privado*, Madrid, 4ª Ed., Editorial Civitas, 2017.

- GÓMEZ JENE, Miguel, *Arbitraje comercial*, Cizur Menor (Navarra), 1ª Ed., Civitas Thomson Reuters, 2018.
- GÓMEZ JENE, Miguel, *El arbitraje internacional en la Ley de arbitraje de 2003*, 1ª Ed., Editorial Constitución y Leyes (Colex), 2008.
- HEREDIA CERVANTES, Iván, *Arbitraje y concurso internacional*, Madrid, 1ª Ed., Civitas, 2009.
- HEREDIA CERVANTES, Iván, *Proceso internacional y pluralidad de partes*, Granada, 1ª Ed., Editorial Comares, 2002.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora, *Los contratos internacionales de construcción “llave en mano”*, Granada, 1ª Ed. Editorial Comares, 1999.
- HERRERO PEREZAGUA, Juan Francisco (dir.), *Las transformaciones del proceso civil*, Pamplona, 1ª Ed., Editorial Aranzadi, 2017.
- ILLESCAS ORTIZ, Rafael; PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, *Derecho mercantil internacional: el derecho uniforme*, Madrid, 1ª Ed., Editorial Universitaria Ramon Areces, 2003.
- JAEGER, Axel-Volkmar; HÖK, Götz-Sebastian, *FIDIC – A Guide for Practitioners*, Heidelberg, 1ª Ed., Springer Berlin, 2010.
- JENKINS, Jane, *International Construction Arbitration Law*, Alpen aan den Rijn, 2ª Ed, Wolters Kluwer Law & Business, 2014.
- JIMÉNEZ CONDE, Fernando; GARCIA-ROSTÁN CALVÍN, Gemma; TOMÁS TOMÁS, Salvador; *Manual de derecho procesal civil*, Murcia, 1ª Ed., Diego Marín, 2014.
- KONDEV Dimitar, *Multi-Party and Multi-Contract Arbitration in the Construction Industry*, Wiley Blackwell, Chichester (Reino Unido), 2017.

- LUCRETIUS CARUS, Tito, *De rerum natura*, 100 a. C.,
https://www.loebclassics.com/view/lucretius-de_rerum_natura/1924/pb_LCL181.327.xml.
- MACKIE, Karl, MILES, David; MARSH, William, *Commercial Dispute Resolution: An ADR Practice Guide*, Butterworths, Londres, 1995.
- MACROBERTS LLP, *MacRoberts on Scottish Construction Contracts*, Wiley–Blackwell, 3ª Ed., 2015.
- MORILLAS JARILLO, María José; PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José, *Estudios sobre el futuro Código Mercantil, Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Madrid, 1ª Ed., Universidad Carlos III, 2015.
- NOLAN-HALEY, Jacqueline. *Alternative Dispute Resolution in a Nutshell*, 4ª Ed. West Academic, 2013.
- PALAO MORENO; Guillermo, ESPINOSA CALABUIG, Rosario; FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique; ESPLUGUES MOTA, Carlos, *Derecho del Comercio Internacional*, Valencia, 8ª Ed., Tirant lo Blanch, 2017.
- PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, *Arbitrabilidad y convenio arbitral: Ley 60/2003 de arbitraje y derecho societario*, Madrid, 1ª Ed., Thomson Aranzadi, 2005.
- REIG FABADO, Isabel, *El contrato internacional de ingeniería*, Valencia, 1ª ed., Tirant lo Blanch, 2008.
- ROCA AYMAR, José Luis, *El arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1ª Ed., ICEX, 2006.

1.B. Capítulos de libro

AMAN, Alferd C. Jr., “Globalización, Derecho transnacional y desnacionalización”, en PAREJO ALFONSO, Luciano José; VIDA FERNÁNDEZ, José (coords.); DE LA QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás (hom.), *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI: libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Valencia, 1ª Ed., Tirant lo Blanch, vol. 1, 2017, págs. 79-94.

BAKER, C. Mark; GREENWOOD, Lucy, “In Search of an Exemplary International Construction Arbitration”, en ROVINE, Arthur W. *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2012*, Boston, 1ª Ed., Brill Nijhoff, 2013, págs. 173-187.

CHAMBERS Gaynor, “Avoiding disputes” en GAITSKELL, Robert *Construction Dispute Resolution Handbook: Engineer’s Dispute Resolution Handbook*, Londres, 2ª Ed., ICE Publishing 2011, págs. 7 – 16.

FACH GÓMEZ; Katia “La creación y el funcionamiento de los Tribunales comerciales internacionales: Estudio de sus efectos en el ámbito del arbitraje comercial internacional”, en LÓPEZ RODRÍGUEZ, Ana Mercedes, FACH GÓMEZ, Katia (eds.), *Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras en España y Latinoamérica*, Valencia, 1ª Ed, Tirant lo Blanch, 2019, págs. 33-68.

FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo, “Dispute Boards: la Visión de las Partes y su Co-Existencia con los Contratos Administrativos. Experiencias en Chile”, en HERNÁNDEZ GARCÍA, Roberto, (Coord), *Dispute Boards en Latinoamérica: Experiencias y Retos*, Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, vol. 23, junio de 2014.

GARIMELLA, Sai Ramani; SOOKSRIPAISARNKIT, Pomintr, “Emergency Arbitrator Awards: Addressing Enforceability Concerns Through National Law and the New York Convention”, en FACH GÓMEZ, Katia y

- RODRÍGUEZ LÓPEZ, Ana Mercedes, *60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges*, Wolters Kluwer 2019, págs. 67-83.
- GENTON, Pierre M., “Dispute Boards” en TACKABERRY, John A.; MARRIOTT, Arthur L., *Bernstein’s handbook of arbitration and dispute resolution practice*, 1ª Ed. Sweet & Maxwell, Londres, 2003, págs. 173-187.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, Roberto, “Dispute boards (paneles de solución de controversias) en Latinoamérica: retos y perspectivas de un fascinante medio de solución de controversias”, en *Dispute Boards en Latinoamérica: experiencia y retos*, Estudio Mario Castillo Freyre S.C.R.L, 1ª Ed., págs. 23-32, <https://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/vol23.pdf>.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora, “Los mecanismos alternativos de resolución de litigios (ADR) en el ámbito de los contratos internacionales de construcción”, en GARCÍA VILLALUENGA, Leticia; TOMILLO URBINA, Jorge Luis; VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo; FERNÁNDEZ CANALES, Carmen, *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, Vol. 2, *Arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos*, Madrid, Editorial Reus, 2010, págs. 205-222.
- JENKINS, Jane, “Dispute Avoidance and Resolution”, en JENKINS Jane, STEBBINGS, Simon, *International construction arbitration law, Arbitration in context series*, vol. 3, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2013, págs. 49-83.
- KIMMELMAN, Louis B.; PALIWAL, Suyash, “How to Make a Project Come Alive for a Tribunal: The Use of Demonstrative Evidence in International Construction Arbitration”, en ROVINE, Arthur W. *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2012*, Boston, 1ª Ed., Brill Nijhoff, 2013, págs. 188-208.

- NUVIALA LAPIEZA, Irene; FACH GÓMEZ, Katia, “El contrato llave en mano”, en ABRIL, ANTONIO (Coord.), *Los contratos mercantiles y su aplicación práctica*, Barcelona, 1ª Ed., Bosch – Wolters Kluwer, 2017, págs. 551-602.
- PALAO MORENO, Guillermo; “Mediación y Derecho internacional privado”, en VÁZQUEZ GÓMEZ, Eva María, ADAM MUÑOZ, María Dolores, CORNAGO-PRIETO, Noé, *El arreglo pacífico de las controversias internacionales*, Valencia, 1ª Ed, Tirant lo Blanch, 2013, págs. 649-674.
- PALAO MORENO, Guillermo, “La mediación y su codificación en Europa: aspectos de derecho internacional privado”, en GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, BARONA VILAR, Silvia, CALDERÓN CUADRADO, MONTERO AROCA, Juan (hom.), *El derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango: Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños*, Valencia, 1ª Ed., Tirant lo Blanch, 2012, págs. 1337-1352.
- PERALES VISCASILLAS, María del Pilar; RAMOS MUÑOZ, David, “Participación en concursos internacionales (Moot Viena)”, en TURULL RUBINAT Maxim, ALBERTÍ ROVIRA, Enoch, *74 experiencias docentes del Grado en Derecho*, Barcelona, 1ª Ed., Octaedro, 2016, págs. 251-254.
- SCHEFFER DA SILVEIRA, Gustavo, “Les répercussions des spécificités de la construction internationale sur le contentieux”, en *Les modes de règlement des différends dans les contrats internationaux de construction*, Bruselas, 1ª Ed., 2019, págs 64-87.
- STEINDL, Barbara Helene, “The Emergency Arbitrator in International Construction Arbitration”, en ROVINE, Arthur W. *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2012*, Boston, 1ª Ed., Brill Nijhoff, 2013, págs. 173-187.

TERCIER, Pierre, “La résolution des disputes en droit de la construction”, *Journées suisses du droit de la construction*, Friburgo, 2009, págs. 221-237.

TERCIER, Pierre, “Pour les Commissions de conciliation (« Dispute Board »)”, en BOHNET, François, WESSNER, Pierre, *Mélanges en l’honneur de François Knoepfler*, Basilea, 2005, págs. 337-354.

WRIGHT, Ian, “Alternative dispute resolution”, en RAMSEY, Vivian; MINOGUE, Ann; BASTER, Jenny y O’REILLY, Michael P., *ICE Manual of construction law*, Londres, Thomas Telford Ltd, 2011. págs. 499-519.

1.C. Artículos doctrinales

AGDAS, Duzgun; ELLIS Ralph D.; “Analysis of Construction Dispute Boards”, DRBF Forum, vol. 17, núm. 3, septiembre de 2013, págs. 1 y 8-17, <http://www.drb.org/wp-content/uploads/2016/03/ForumSept2013Fin.pdf>.

APPUHN, Richard, “History and Overview of Dispute Boards Around the World”, *Dispute Prevention and Settlement*, 2017, págs. 1-63.

APPUHN, Richard; EGGINK Eric, “The Contractor’s View on the MDB Harmonised Version of the New Red Book”, *The International Construction Law Review*, vol. 23, núm 1, 2006, págs. 4-19.

ARMES, MURRAY, “Putting your money where your mouth is” or “Practising what you preach”: the funding (or not) of Dispute Boards by the national funding banks”, *Construction Law Journal*, vol. 29, núm. 2, 2013, págs. 111-119.

BAHTA, Tecele Hagos, “Adjudication and arbitrability of government construction disputes”, *Mizan Law Review*, 2009, vol. 3, núm. 1, págs. 1-32.

- BAIGEL, Baruch, “The Emergency Arbitrator Procedure under the 2012 ICC Rules: A Juridical Analysis”, *Journal of International Arbitration*, vol. 31, núm. 1, 2014, págs. 1-18.
- BELL, Adrian, “Recent judicial endorsement of dispute adjudication boards”, *Construction Law Journal*, vol. 31, núm. 7, págs. 402-405.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, “El contrato de ingeniería Caracteres y conceptos”, *Hacienda Pública española*, núm. 94, 1984, págs. 133-147.
- BERGER, Klaus Peter, “Law and Practice of Escalation Clauses”, *Arbitration International*, vol. 22, núm. 1, 2006, págs. 1-18.
- BERMAN, Ayelet, DUQUET, Sanderijn; PAUWELYN, Joost; WESSEL, Ramses A.; WOUTERS, Jan, “Introduction and Key Issues Surrounding Informal International Lawmaking”, *Law of the Future Series*, núm. 3, 2012, págs. 1y ss.
- BLANKLEY, Kristin M., “The Ethics and Practice of Drafting Pre-Dispute Resolution Clauses”, *Creighton L. Rev.*, vol. 49, 2015, págs. 743-774.
- BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz, “Practical problems in resolving disputes in an international construction and infrastructure project”, *International Business Law*, vol. 27, núm. 120, 1999, págs.196-199.
- BORYSEWICZ, Eric, “Why are Dispute Boards Not More Widely Used in France?”, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 24, núm. 2, 2013.
- BOSWELL, Peter, “Changes to the FIDIC Construction Contract General Conditions, 1st Edition, 1999”, http://fidic.org/sites/default/files/cons_mdb_changes_8apr08.pdf.

- BROOKER, Penny; LAVERS, Anthony, “Perceptions of alternative dispute resolution as constraints upon its use in the UK construction industry”, *Construction Management & Economics*, vol. 15, núm 6, 1997, págs. 519-526.
- BROWN, David; SOIMULESCU, Oana, “Enforcement of Binding but Not Final DAB Decisions: The Impact of ICC Case 16948/GZ”, *Construction Law International*, vol. 7, núm 3, octubre de 2012, págs. 7-11.
- BUNNI, Gael G., “What has history taught us in ADR? Avoidance of Dispute!”, *Arbitration*, vol. 81, núm. 2, Mayo de 2015, págs. 176-179.
- CASTINEIRA, Eliseo; MILES, Cecilia, “International Contracts in the engineering Industry: ICC Arbitration Under the Orgalime Conditions”, *ICC Dispute Resolution Bulletin*, núm. 3. 2018, págs. 106 y ss.
- CAULFIELD, Chris; UNNI, Kiran, “When is referral to a dispute adjudication board a precondition for court or arbitration proceedings?”, *International Arbitration Law Review*, vol. 19, núm. 1, 2016, págs, N6-N9.
- ÇETINEL, Yasemin, “The Nature of Dispute Board Decisions, with Special Emphasis on the Turkish Law Approach”, *The Turkish Commercial Law Review*, vol. 2, núm 1, verano de 2016, págs 103-110.
- CHAPMAN, Peter H.J. “Dispute Boards”, <http://fidic.org/sites/default/files/25%20Dispute%20Boards.pdf>.
- CHAPMAN, Peter H.J., “The use of Dispute Boards on major infrastructure projects”, *Turkish commercial law review*, vol. 1, núm. 3, Octubre 2015, págs. 219-232.
- CHERN, Cyril, “The role of Dispute Boards in construction – Benefits without burden”, *Spain arbitration review- Revista del Club Español del Arbitraje*, núm. 9, 2010, págs. 5-10.

- CHERN, Cyril, “A fair fight”, *The architects’ journal*, 8 de junio de 2006, págs. 44 y ss.
- CHOAT, Rupert, “No Dispute Arguments under Dispute Resolution and Dispute Escalation Provisions”, *Construction Law International*, vol. 4, núm. 4, diciembre de 2009, págs. 7-16.
- CREMADES, Anne-Carole, “Qué sanción en caso de incumplimiento de una clausula escalonada de resolución de controversias?”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, núm. 26, 2016, págs. 57-70.
- DE CAZALET, Bruno, “Model Turnkey Contracts Published by the International Chamber of Commerce and their Positioning Compared to FIDIC Contracts”, *Int’l Bus, LJ*, núm. 1, 2011, págs. 1 y ss.
- DE LY, Filip, “Concluding Remarks”, en DE LY, Filip; GÉLINA Paul-A., *Dispute Prevention and Settlement through Expert Determination and Dispute Boards* (Dossier de la Cámara de Comercio Internacional), París, 2017, págs. 123 y ss.
- DE LY, Filip; GÉLINA Paul-A., *Dispute Prevention and Settlement through Expert Determination and Dispute Boards* (Dossier de la Cámara de Comercio Internacional), París, 2017, págs. 123 y ss.
- DEDEZADE, Taner, “Legal Justification for the Enforcement of a Binding DAB Decision under the FIDIC 1999 Red Book”, *Construction International Law*, vol. 7, núm.1, marzo de 2012, págs. 13-20.
- DETTMAN, Kurt L.; HARTY, Martin J.; LEWIN, Joel, “Resolving Megaproject Claims: Lessons from Boston’s Big Dig”, *The Construction Lawyer*, vol. 30, primavera de 2010, págs. 5-16 y 47-49.

- DETTMAN, Kurt; MIERS, Christopher, “Dispute Review Boards and Dispute Adjudication Boards: Comparison and Commentary”, *DRBF Forum*, Special Edition Reprint, febrero de 2012.
- DORGAN, Carroll S, “The ICC’s New Dispute Board Rules”, *International Construction Law Review*, vol. 22, núm. 1/4, 2005, págs. 142-150.
- DRAETTA, Ugo, “Dispute resolution in international construction linked contracts”, *Int’l Bus. LJ*, núm. 1, 2011, págs. 69-84.
- ERBE, Anita, “Evaluating main order contract forms for Major Industrial Plant Projects (MIPP) with respect to completion and performance of design risk allocation”, *Freiberger Arbeitspapiere* (Technische Universität, Fakultät für Wirtschaftswissenschaften 2013), pág. 4, <http://www.econis.eu/PPNSET?PPN=81534290X>.
- ESSEX, Randall J., “Means of avoiding and resolving disputes during construction”, *Tunnelling and Underground Space Technology*, vol. 11, núm 1, 1996, págs. 27-31.
- FACH GÓMEZ K.; ZHANG W.; “TDM 2 (2017) - Editorial: Non-legal Adjudicators in a Lawyers’ World”, TDM núm. 2, 2017, www.transnational-dispute-management.com, URL: www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2444.
- FACH GÓMEZ, Katia, “Enforcing Global Law: International Arbitration and Informal Regulatory Instruments”, *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 47, núm. 1, 2015, págs. 112-139.
- FENN, Peter; LOWE, David; SPECK, Christopher, “Conflict and dispute in construction”, *Construction Management and Economics*, núm. 15, 1997, págs. 513-518, <http://dx.doi.org/10.1080/014461997372719>.

- FERIS, José Ricardo; FILIPIČ, Živa, “Jurisdictional Issues in Construction Arbitration. The ICC Experience”, *ICC Dispute Resolution Bulletin*, núm. 4, 2017, págs. 25-39.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, Ana, “Cláusulas escalonadas multifunción en el arreglo de controversias comerciales internacionales – Multi-tiered Clauses in the International Disputes Resolution”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, núm. 1, Marzo de 2017, págs. 99-124.
- FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo, “Los *Dispute Boards* o paneles técnicos en los contratos internacionales de construcción”, *Sociedad Chilena del Derecho de la Construcción*, 20 de agosto de 2016, <http://schdc.cl/wp/los-dispute-boards-o-paneles-tecnicos-en-los-contratos-internacionales-de-construccion/>.
- FIGUEROA VALDES, Juan Eduardo, “El Arbitraje en los Contratos de Concesión de Obras Públicas en Chile. Incorporación de los “Dispute Boards” o “Paneles Técnicos o de Expertos””, *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. 5, núm. 20, 2008, págs. 79 a 91.
- FIGUEROA, Dante, “Dispute Boards for Infrastructure Projects in Latin America: A New Kid on the Block”, *Dispute Resolution International*, 2017, vol. 11, núm 2., octubre de 2017, págs 151-174.
- FILHOL, Gaëlle, “Avoiding and Resolving Disputes through Dispute Boards”, *ICC Dispute Resolution Bulletin*, núm. 3, 2018, págs. 106 y ss.
- FRANCO REGJO, Eric, “Las Juntas de Resolución de Disputas (Dispute Boards) en la nueva Ley de Contrataciones del Estado Peruano”, *Revista de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, núm. 6, 2016, págs. 30 a 55, http://works.bepress.com/eric_franco/6/.

- GARIMELLA, Sai Ramani; SIDIQI, Nizamuddin Ahmad, “The enforcement of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses: Contemporary Judicial Opinion”, *IIUM Law Journal*, vol. 24, núm. 1, 2016, págs. 157-190.
- GENTON; Pierre, GÉLINAS, Paul-A., KOCH, Christopher, PETER, Wolfgang. “Another Way to Settle Disputes-Can the Success Story of Dispute Boards Be Extended beyond Construction to Other Fields?”, *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 12, 2011, págs. 411-424.
- GENTON, Pierre M. “The Dispute Review Board— Wishful Thinking or Reality?”, *International Law FORUM du droit international*, 1999, págs. 68-72.
- GERBER, Paula; ONG, Brennan, “DAPs: When will Australia Jump on Board?”, *Building and Construction Law Journal*, vol. 27, núm 1, 2011, págs. 4-29.
- GERBER, Paula, “Dispute Avoidance Procedures (‘DAPs’) - The Changing Face of Construction Dispute Management”, *International Construction Law Review*, vol. 1, 2001, págs. 122-129.
- GILLION, Frédéric, “The Court of Appeal Decision in Persero II: Are We Now Clear About the Steps to Enforce a Non-Final DAB Decision Under FIDIC?”, *International Construction Law Review*, 4, 2016.
- GILLION, Frederic, “Persero II: “Pay Now, Argue Later” In The Context Of Dab Decisions – What Approach Best Advances the Purpose of The FIDIC’s Security of Payment Regime?”, *International Construction Law Review*, vol. 32, núm. 1, 2015, págs. 26-43.
- GILLION, Frédéric, “Enforcement of DAB decisions under the 1999 FIDIC Conditions of Contract - A recent development: CRW Joint Operation v. PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK SGCA 33 [2011]”, *International Construction Law Review*, vol. 28, núm.4, octubre de 2011, págs. 388 y ss.

- GIMENEZ-CORTE, Cristián, “Derecho Transnacional, entre el Ius Civile y el Ius Mercatorum (Transnational Law, between Ius Mercatorum and Ius Civile)”, *Derecho comercial y de las obligaciones: Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica*, núm. 249, 2011, págs. 1-24.
- GLOVER, Jeremy, “Contract Corner: A review of typical contracts and clauses Proposed New Changes to the FIDIC Form of Contract”, *International Quarterly*, Fenwick Elliot, núm. 20, págs. 1-3, diciembre de 2016, https://www.fenwickelliott.com/sites/default/files/issue_20_-_iq_2016.pdf.
- GLOVER, Jeremy, “FIDIC: An Overview. The Latest Developments, Comparisons, Claims And Force Majeure”, Construction Law Summer School 2007 Queen’s College Cambridge, 11 de septiembre de 2007, <https://www.fenwickelliott.com/sites/default/files/Arbitration%207%20-%20FIDIC%20an%20overview.pdf>.
- GOULD, Nicholas, “Enforcing a Dispute Board’s Decision: Issues And Considerations”, https://www.fenwickelliott.com/sites/default/files/paper_-_nick_gould_-_july_2011.pdf.
- GREEN, Allen B.; JORDAN-WALKER, Deneice, “Alternative Dispute Resolution in International Government Contracting: A Proposal”, *George Washington Journal of International Law and Economics*, vol. 20, 1986, págs. 419-444.
- GROVE, Jesse B.; APPUHN, Richard, “Comparative experience with Dispute Boards in the United States and Abroad”, *The Construction Lawyer*, vol. 32, núm. 3, verano de 2012, págs 6 y ss.
- HARMON, Kathleen M. J., “Using DRBs to maintain control of large, complex construction projects”, *Dispute Resolution Journal*, vol. 67, núm. 1, 2012, págs. 70-75.

HARMON, Kathleen M.J., “To Be or Not to Be – That Is the Question: Is a DRB Right for Your Project?”, *Journal of legal affairs and dispute resolution in engineering and construction*, febrero 2011, págs. 10-16, <http://www.harmonyorkassociates.com/to%20be%20or%20not%20to%20be.pdf>.

HARMON, Kathleen M., “Case Study as to the Effectiveness of Dispute Review Boards on the Central Artery/Tunnel Project”, *Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction*, vol. 1, núm. 1, Febrero de 2009, págs. 18-31, <https://ascelibrary.org/doi/pdf/10.1061/%28ASCE%291943-4162%282009%291%3A1%2818%29>.

HARMON, Kathleen M.J., “Dispute Review Boards Effects on Bid Prices”, *Cost Engineering*, vol. 46, núm. 6, junio de 2004, págs. 30-34.

HARMON, Kathleen M. J., “Dispute Review Boards: Elements of a Convincing Recommendation”, *Journal of Professional Issues in Engineering Education and Practice*, vol. 130, núm. 4, 1 de octubre, 2004, págs. 289-295.

HARMON, Kathleen M.J., “Effectiveness of Dispute Review Boards”, *Journal of Construction Engineering and Management*, vol. 129, núm. 6, 1 de diciembre de 2003, págs 674-679.

HARMON, Kathleen M.J., “Resolution of Construction Disputes: A Review of Current Methodologies”, *Leadership and Management in Engineering*, octubre de 2003, págs 187-201.

HARMON, Kathleen. M. J., “Construction Conflicts and Dispute Review Boards; Attitudes and Opinions of Construction Industry Members”, *Dispute Resolution Journal*, vol. 58, núm. 4, noviembre 2003 – enero 2004, págs. 66-75.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora, “Los contratos internacionales de construcción «llave en mano»”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, marzo 2014, núm. 1, págs. 161–235.

HERRERO PEREZAGUA, Juan Francisco, “Escritura y acuerdo de mediación, el título ejecutivo”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, julio de 2012, págs. 151-174.

HERRERO PEREZAGUA, Juan Francisco, “Reclamación de honorarios de árbitros (AP Baleares 4ª S 730/1998, de 28 julio)”, *Tribunales de justicia: Revista española de derecho procesal*, núm. 8-9, 1999, págs. 797-800.

HÖK, Götz-Sebastian, “Dispute Adjudication in Civil Law Countries: Phantom or Effective Dispute Resolution Method?”, *Forum*, The Dispute Resolution Board Foundation, vol 15, núm 3, Agosto de 2011, pág. 1 y págs. 19-22.

HÖK, Götz-Sebastian, “FIDIC – MDB Approach in respect of Dispute Adjudication Boards”,
<http://fidic.org/sites/default/files/FIDIC%20MDB%20Approach%20in%20respect%20of%20Dispute%20Adjudication%20Boards.pdf>.

HÖK, Götz-Sebastian, “International Arbitration in the Construction Business and under FIDIC”, <http://www.dr-hoek.de/EN/beitrag.asp?t=International-Construction-Arbitration>.

HÖK, Götz-Sebastian, “Significant Case Law on the FIDIC Forms of Contract - Development of a FIDIC Case Law?”, <http://www.dr-hoek.de/EN/beitrag.asp?t=FIDIC-Significant-Cases>.

HOUGHTON, Anthony, “Should Dispute Boards (Also) be Made Mandatory?”, *Asian Dispute Review*, vol. 16. Núm. 4, 2014, págs. 196-200.

HWANG, Chun-Yi; YAU, Nie-Jia, “An Experimental Case-Based Reasoning Mechanism for Construction Mediation”, <http://www.iaarc.org/publications/fulltext/S06-3.pdf>.

IRELAND, Tomas, “Which project-execution approach is best for you? “, *IEEE Industry Applications Magazine*, vol. 7, no. 6, Noviembre/Diciembre 2001, págs. 33-40.

IUDICA, Giovanni, “Dispute board nos contratos de empreitada”, *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 50, Julio-septiembre de 2016, págs. 1-8.

JAFFE, Michael Evan, “United States: ADR in construction”, *International Corporate Law Litigation Yearbook*, 1993, pág. 98 et. seq.

JAFFE, Michael Evan; MCHUGH, Ronan J., “U.S. PROJECT DISPUTES: Has the time to consider adjudication finally arrived?”, *Dispute Resolution Journal*, vol. 62, núm, 2, 2010, págs. 51-55.

JAYNES, Gordon L., “Dispute Board determinations as arbitral awards: a response”, *Construction Law International*, vol.2, núm. 3, noviembre de 2007, págs 3-4.

JAYNES, Gordon L., “Dispute Boards - Good News and Bad News: The 2005” Harmonised” Conditions of Contract Prepared by Multilateral Development Banks and FIDIC”, *International Construction Law Review*, vol. 23, núm. 1, 2006, págs. 102-112.

JIMÉNEZ FIGUERES, Dyalá, “Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in ICC Arbitration: Introduction and Commentary”, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 14, núm 1, 2003, págs. 71 y ss.

JOBLING, Paul E.; SMITH, Nigel J., “Experience of the role of contracts in megaproject execution. Proceedings of the institution of Civil Engineers”, *Management, Procurement and Law*, vol. 171, núm. 1, 2018, págs. 18-24.

- KAVALEFF, Anette; KOSKELAINEN, Katja; KOUSA, Marjaana, “Contractual changes – Control value and manage risks”, página web de la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC), 2004 <http://fidic.org/node/6159>.
- KIRSH, Harvey J., “Dispute Review Boards and Adjudication: Two Cutting-Edge ADR Processes in International Construction”, *Journal of the American College of Construction Lawyers*, vol. 3, 2009, núm. 1.
- KNUTSON, Robert; “ICC, ADR and DRBs-a DIY Solution to ICDS”, *Int’l Bus. Law.*, vol. 30, 2002, págs. 11-125.
- KOCH, Christopher, “Decision or uncertainty? Combined Dispute Boards under the ICC Dispute Board Rules”, *Construction Law International*, vol. 1, núm. 1, marzo de 2006, págs 14-16.
- KONDEV, D. H., “Is Dispute Adjudication under FIDIC Contracts for Major Works Indeed a Precondition to Arbitration?”, *International Construction Law Review*, Parte 3, Julio 2014, págs. 256-268.
- KRAMPATH, Michael T., “The Use of Dispute Resolution Boards for Construction Contracts”, *The Urban Lawyer*, vol. 46, núm. 4, otoño de 2014, págs. 807-814.
- LELOUP, Vincent, “French National List of Adjudicators: The Background to a Fresh New Initiative”, *Construction Law International*, vol. 8, núm 2, junio de 2013, págs. 28-35.
- LEVY, Cinthia, “La Sanction De L’inexécution D’une Clause De Conciliation Et De Médiation : Commentaire De L’arrêt Du TF 4A_628/2015 Du 16 Mars 2016”, *Revue suisse de procédure civile*, vol. 12, núm 5, 2016, págs. 467-474.

- LIBBEY, Colleen A, “Working Together while Waltzing in a Mine Field: Successful Government Construction Contract Dispute Resolution with Partnering and Dispute Review Boards”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 15, núm. 3, 2000, págs. 825-849.
- LÓPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO, Álvaro, “Multi-Step Dispute Resolution Clauses”, *Liber amicorum*. CREMADES, Bernardo; ARIAS, David (Editor), FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel (Editor). La Ley, 2010,
https://www.uria.com/documentos/publicaciones/2773/documento/UM_ALAStep.pdf?id=3785.
- LÓPEZ Robert; AMARA, Alberto, “Comparison of Dispute Boards and Statutory Adjudication in Construction. Proceedings of the Institution of Civil Engineers”, *Management, Procurement and Law*, vol. 171, núm. 2, 2018, págs. 70-78.
- MADDEN, John P., “To tech or not to tech in selecting a construction third party neutral”, *Arbitration*, vol. 4, núm. 71, 2005 págs. 300 a 306.
- MADEIRA FILHO, Victor; FERREIRA LABATUT SIMÕES, Gabriel, “Brazil: City of São Paulo Kick-starts Regulation of Dispute Boards in State Contracts”, *ICC Dispute Resolution Bulletin*, vol. 12, núm. 2, 2018, págs. 12-16.
- MANUELE, Vincent O., “Alternative contracting strategies for controlling costs and avoiding performance disputes on remediation projects”, *Remediation Journal*, vol. 4, núm 1, 1993, págs. 23-41.
- MCLAREN, Richard, “London Olympics: Dispute Resolution in a Commercial Context”, *Business Law International*, Londres, vol. 13, núm. 2, mayo de 2012, págs. 123-142.

MCLAUGHLIN, Joseph T.; SCANLON, Kathleen M., “Updated: A master checklist for drafting contract clauses in transnational matters”, *Alternatives to the High Cost of Litigation*, vol. 27, núm 6, 2009, págs. 97-105.

MCLAUGHLIN, Joseph T.; SCANLON, Kathleen M., “A master’s checklist for drafting international agreements that use alternative dispute resolution”, *Alternatives to the High Cost of Litigation*, vol. 22, núm 9, 2004, págs. 154-156.

MCMILLAN, Daniel D., “Dispute review boards: What the case law says about them”, *Dispute Resolution Journal*, vol. 65, núm. 4, noviembre de 2010 – enero de 2011, págs.1-7.

MCMILLAN, Daniel D.; RUBIN, Robert A., “Dispute review boards: Key issues, recent case law, and standard agreements”, *The construction Lawyer*, vol. 25, primavera de 2005, vol. 25, págs. 14-25.

MEDINA SALLA, Ricardo, “DB Groundbreaking Law - São Paulo, Brazil”, *DRBF Forum*, vol. 22, núm. 1, abril de 2018, págs. 6 y ss.

MICHAVILA NÚÑEZ, Ana, “La Joint Venture contractual en el ámbito internacional”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 27, de 2014, págs. 1-62, http://www.reei.org/index.php/revista/num27/archivos/Estudio_MICHAVILA_Ana.pdf.

NADAR, Aisha, “Settlement of Disputes Under FIDIC Forms of Contract”, *Dispute Prevention and Settlement*, Cámara de Comercio Internacional, 2017.

NUVIALA LAPIEZA, Irene, “The expansion of the Panama canal and its ruling international contract: A mega-project sailing in troubled waters?”, *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, vol. 12, núm. 33, 2017, págs. 1-38.

- OMOTO, Toshihiko, “Dispute Boards Resolution and Avoidance of Disputes in Construction Contracts”, *The Japan Commercial Arbitration Association*, 2009, núm. 23, págs. 1 a 8, <http://www.jcaa.or.jp/e/arbitration/docs/news23.pdf>.
- ONG, Brennan; GERBER, Paula, “Dispute Boards: Is there a role for lawyers?”, *Construction Law International*, vol. 5, núm. 4, diciembre de 2010, págs 7-12.
- ONG, Brennan; GERBER, Paula, “Look before you leap: avoiding the traps and maximizing the benefits of your DRB”, *Construction Law Journal*, vol. 28, núm. 4, 2012, págs. 310-337.
- ORLOWSKI, Victoria R., “Using Experts as Adjudicators. Meeting the Demand for Dynamic Dispute Resolution with the ICC Expert Rules”, *ICC Dispute Resolution Bulletin*, vol. 36, núm. 3, 2017.
- ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso, “El contrato de “Joint Venture” internacional”, *Economist and Jurist*, vol. 15, 2007, núm. 112, págs. 18-28.
- OVERCASH, Allen L., “Introducing a novel ADR technique for handling construction disputes: Arbitration”, *The Construction Lawyer*, vol. 35, núm. 1, 2015, págs. 22–28, 49–53.
- PAPWORTH, John, “Avoidance of disputes through the use of FIDIC DABs and DRAs”, *Construction Law Journal*, vol. 32, núm. 4, 2016, págs. 362-369.
- PATCHETT-JOYCE, Michael. “Specialist Techniques for Construction Dispute Resolution: How Many Ways Can the Cat Be Skinned?”, *BCDR International Arbitration Review*, vol. 4, núm 1, 2017, págs. 73-98.
- PATTERSON, Mark R., “Standardization of standard-form contracts: competition and contract implications”, *Wm. & Mary L. Rev.*, vol. 52, núm. 2, 2010, págs. 327-412.

- PERALES VISCASILLAS, María del Pilar; RAMOS MUÑOZ, David, “Alternative Dispute Resolution and Career Education - Mooting its Way through the Study Plans”, *Spain arbitration review: Revista del Club Español del Arbitraje*, núm. 2, 2008, págs. 67-74.
- PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, “Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional, modificación de la ley modelo de la CNUDMI”, *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 106, núm. 2, 2007, págs. 415-451.
- PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, “Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales: Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL y Convenio de Nueva York”, *Anuario euro-peruano de derecho del comercio*, núm. 1, 2004, págs. 13-36.
- PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, “El derecho uniforme del Comercio Internacional: Los principios de Unidroit (ámbito de aplicación y Disposiciones Generales)”, *Revista de derecho mercantil*, núm. 223, 1997, págs. 221-298.
- PURNUS, Augustin, BODEA Constanta-Nicoleta, “Multi-Criteria Cash Flow Analysis in Construction Projects”, *Procedia Engineering*, vol. 164, 2016, págs. 98-105.
- QUINTANILLA MADERO, Cecilia, “Introducción a los Dispute Boards”, *ICC México Pauta, Boletín informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio*, A.C. CAMECIC, núm. 54, octubre 2007, págs. 1-97.
- RAJAH, Meera, “Singapore Case Update: Direct Enforceability of Interim Arbitral Award (PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK v CRW Joint Operation [2015] SGCA 30)”, *International Arbitration Asia*, Agosto de 2015, <http://www.internationalarbitrationasia.com/Direct-Enforceability-of-Interim-Arbitral-Awards>.

- RAGHAVAN, Vikram, “The World Bank and Regional Development Banks”, *Proceedings of the annual meeting*, núm. 110, 2016, págs. 273-277.
- READEY, James A., “ADR in Construction Disputes: Innovation in the 1990s”, *Defense Counsel Journal*, vol. 58, 1991, págs. 519-525.
- REIG FABADO, Isabel; LAPIEDRA ALCAMÍ Rosa, “Novedades en la resolución extrajudicial de controversias en los contratos internacionales de ingeniería (de la función cuasi-arbitral del ingeniero a una modalidad de ADR: el Dispute Adjudication Board. Las cláusulas 67 y 20 del Libro Rojo de la FIDIC)”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, núm. 2000-2001, págs. 317-346.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Maximiliano, “Resolución de disputas en el contrato internacional de construcción: la labor del engineer y de los Dispute Boards”, *Revista e-mercatoria*, vol 5, núm.2, 2006, págs. 45-89.
- RUBINO-SAMMARTANO, Mauro, “The view from abroad on a parade of choices: Alternative processes to the “traditional” alternative, arbitration”, en *Alternatives to the High Cost of Litigation, International Institute For Conflict Prevention & Resolution*, vol. 27, núm. 5, mayo de 2009, págs. 83-85.
- RUBINO-SAMMARTANO, Mauro, “The role of the Engineer – Myth and Reality”, *Transnational Dispute Management (TDM)*, 2017, núm 2, págs. 1 y ss.
- SANDBERG, Agne, “A comparison between FIDIC conditions of contract for EPC turnkey projects (Test edition of the “Silver Book” and the ENAA Model form power plant construction on some issues of principal interest)”, *IBA Conference 1998*, Vancouver.

SCHILLER, Cristiano, “Dispute Board is arbitration: an alternative view on the nature and enforceability of a Dispute Board’s determination”, *Construction Law Journal*, vol. 31, núm. 7, 2015, págs. 380-398.

SEPPÄLÄ, Christopher R., “Recent Case Law on Dispute Boards”, en DE LY, Filip; GÉLINA Paul-A., *Dispute Prevention and Settlement through Expert Determination and Dispute Boards*, Dossier de la Cámara de Comercio Internacional, París, 2017, págs. 114 y ss.

SEPPÄLÄ, Christopher R., “An excellent decision from Singapore which should enhance the enforceability of decisions of dispute adjudication boards - the second Persero case before the Court of Appeal”, *Construction Law Journal*, vol. 31, núm. 7, 2015 págs. 367-374, http://fidic.org/sites/default/files/2015_ConstLJ_Issue_Print_7FINALSEPPALA.PDF.

SEPPÄLÄ, Christopher R., “Commentary on Recent ICC Arbitral Awards dealing with Dispute Adjudication Boards under FIDIC Contracts”, en *E-Chapter from ICC Dispute Resolution Bulletin*, núm. 1, 2015.

SEPPÄLÄ, Christopher R., “Singapore: The Second Persero Case”, *Insight: Construction, White & Case*, noviembre de 2014, <https://www.whitecase.com/sites/whitecase/files/files/download/publications/alerts-singapore-the-second-persero-case.pdf>.

SEPPÄLÄ, Christopher R., “How Not to Interpret the FIDIC Disputes Clause: The Singapore Court of Appeal Judgment in the Persero Case”, *White & Case*, abril de 2012, <https://www.whitecase.com/sites/whitecase/files/files/download/publications/article-How-not-to-interpret-FIDIC-Disputes-Clause-April2012.pdf>.

SEPPÄLÄ, Christopher R., “International Construction Contract Disputes: Third Commentary on ICC Awards Dealing Primarily with FIDIC Contracts”,

ICC International Court of Arbitration Bulletin, vol. 23 núm. 2, 2012, págs 1-23.

SEPPÄLÄ, Christopher R., “International Construction Contract Disputes: Fourth Commentary on ICC Awards Dealing Primarily with FIDIC Contracts”, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 23, núm. 2, 2012, págs. 23-44 <http://fidic.org/sites/default/files/23-2%20Sep%20p%20Seppala%20offprint.pdf>.

SEPPÄLÄ, Christopher R., “Singapore Court Should Not Have Set Aside ICC Award Enforcing Dispute Adjudication Board Decision”, *MEALEY'STM International Arbitration Report*, vol 26, núm 12, París, diciembre 2011, https://www.whitecase.com/sites/whitecase/files/files/download/publications/article_Singapore_Court_ICC_Dispute_Adjudication_Board.pdf.

SEPPÄLÄ, Christopher R., “International Construction Contract Disputes: Second Commentary on ICC Awards Dealing Primarily with FIDIC Contracts”, *ICC International Court Of Arbitration Bulletin*, vol. 19, núm. 2, 2008, págs. 41 y ss.

SEPPÄLÄ, Christopher R., “FIDIC’s New Standard Forms of Contract: Claims, Resolution of Disputes and the Dispute Adjudication Board”, *Int’l Bus. LJ*, núm.1, 2001, págs. 3-12.

SEPPÄLÄ, Christopher R., “International Construction Contract Disputes: Commentary on ICC Awards Dealing with the FIDIC International Conditions of Contract”, *ICC International Court Of Arbitration Bulletin*, vol. 9, núm. 2, 1998, págs 32 y ss.

SEPPÄLÄ, Christopher R., “The new FIDIC provision for a dispute adjudication board”, *The International Construction Law Review*, vol. 14, núm. 4, octubre de 1997, págs. 967-988.

SEPPÄLÄ, Christopher R., “The new FIDIC provision for a Dispute Adjudication Board”, *The International Construction Law Review*, vol. 14, parte 4, octubre de 1997, <http://fidic.org/sites/default/files/34%20The%20new%20FIDIC%20provision%20for%20a%20Dispute%20Adjudication%20Board.pdf>.

SILVA LIMA, Renata Faria, “Dispute Boards in Brazil Amendments Suggested to the Brazilian Administrative Bidding and Contract Law by the Arbitration Committee of OAB/MG, the Brazilian BAR Association”, *DRBF Forum*, vol. 22, núm. 1, abril de 2018, págs. 1 y 4-5.

SLATTERY, Elizabeth, “Deleting DAB Clauses”, *Const. L. Int’l*, vol. 4, núm. 3, 2009, págs. 32 y ss.

SMITH, Richard F.; MACPHERSON, Robert J.; THOMSON, Dean B., “Dysfunctional ADR: Tips to Avoid the Pain”, *Constr. Law.*, vol. 16, 1996, págs. 26-37.

SORTON, Jones J., “Dispute Resolution Trends”, *Independent Energy*, vol. 25, núm. 9, 1995, págs. 50 y ss.

STIPANOWICH, Thomas J., “Managing construction conflict: unfinished revolution, continuing evolution”, *The Construction lawyer*, vol. 34, núm. 4, 2014, págs. 13-26, 53-56.

TAYLOR, Robert G., HINKLE, Buckner, “How to Use ADR Clauses with Standard Form Construction Industry Contracts”, *The construction Lawyer*, vol. 15, núm. 42, abril de 2005, págs. 42-57.

TEVENDALE, Craig; AMBROSE, Hannah; NAISH, Vanessa, “Multi-Tier Dispute Resolution Clauses and Arbitration”, *Turkish Commercial Law Review*, vol. 1, núm. 1, febrero de 2015, págs. 31-40.

- THEVENIN, Nancy M. “Dispute Boards: An Effective Tool for Dispute Reduction and Prevention”, *NYSBA New York Dispute Resolution Lawyer*, vol. 3, núm. 2, otoño de 2010, págs. 20-22.
- THOMAS, David, “Lessons from the Wembley litigation”, *Construction Law International*, vol. 4 núm 1, Marzo de 2009, págs. 28-30, <http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=A277ECDE-64E0-45E6-A0BD-7F7A82AB4C49>.
- TWEEDDALE, Andrew, “FIDIC’s Guidance Memorandum to Users-A Half-Baked Solution?”, *Construction Law International*, vol. 9, núm. 2, 2014, págs 23-27.
- VAN GRIEKEN, Luke; MORGAN-PAYLER, James, “Using Dispute Boards on PPPs”, *Critical Path – Norton Rose Australia*, octubre de 2012.
- VAN LANGELAAR, Anton, “Dispute Boards – The New FIDIC Second Edition 2017 DB Provisions”, *Civil Engineering; Magazine of the South African Institution of Civil Engineering*, núm.núm 1, Tomo 26, Yeoville, Enero-febrero 2018, págs. 20-27.
- VAN LANGELAAR, Anton. “Dispute Boards-Dispute Avoidance Role, Part 1: dispute boards”, *Civil Engineering= Siviele Ingenieurswese*, vol. 2015, núm. v23i3, 2015, págs. 69-77.
- VAN LANGELAAR, Anton, “Dispute boards – Operation – Part Two”, *Civil Engineering*, octubre de 2014, págs. 62.
- VAN LANGELAAR, Anton, “Dispute boards – Operation – Part One”, *Civil Engineering*, septiembre de 2014, págs. 52 y ss.
- VAN LANGELAAR, Anton, “Dispute boards – An introduction”, *Civil Engineering*, agosto 2014, págs. 72-73.

VERSTEIN, Andrew, “Ex Tempore Contracting”, *William & Mary Law Review*, vol. 55, núm. 5., Yale Law & Economics Research Paper núm. 454, 2014, págs. 1896-1907.

<https://ssrn.com/abstract=2125169> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2125169>

.

WADE, Christopher, “The FIDIC Contract Forms and the New MDB Contract”, *International Construction Contracts and the Resolution of Disputes ICC-FIDIC Conference*, Paris, 2005, http://fidic.org/sites/default/files/wade_oct05.pdf.

WARDLE, Natalie, “Conditions precedent 2015: a bumper year for FIDIC decisions”, *Construction Law Journal*, vol. 33, núm.4, 2017, págs. 260-265.

WESSEL, Ramses A., “Informal international law-making as a new form of world legislation?”, *Int’l Org. L. Rev.*, vol. 8, 2011, págs. 253-265.

WIEZEL, James P., “Cost-effective construction arbitration”, *The Construction Lawyer*, vol. 31, núm. 15, 2011, págs. 15-45.

WOLRICH, Peter M., BUNNI, Nael G., Genton Pierre M; “Drafters Insights into the 2015 ICC Dispute Board Rules”, *ICC Dispute Resolution Bulletin*, vol. 43, núm.1, 2016 págs. 46 y ss.

ZUCKERMAN, Susan, “Comparing cost in construction arbitration and litigation”, *Dispute Resolution Journal*, May-July 2007, 11, págs. 70 y ss.

1.D. Conferencias de contenido jurídico publicadas

BLESSING, M., “Drafting arbitration clauses”, *Worldwide Forum on the Arbitration of Intellectual Property Disputes*, March 3-4, 1994, Geneva, Switzerland,

<http://www.wipo.int/amc/en/events/conferences/1994/blessing.html>

CHAPMAN, Peter H.J., Dispute Boards on Major Infrastructure Projects, Conferencia de la DRBF, Bruselas, noviembre de 2011.

CHARRETT, Donald, “FIDIC Conditions of Contract for Construction Multilateral Development Banks (MDB) Harmonised Edition”, FIDIC Contracts Users Conference Beijing, junio de 2010.
http://fidic.org/sites/default/files/charrett_beijing_2010.pdf.

GENTON, Pierre M. “Critical Issues in Dispute Boards”, DRBF Conference, Viena, 8-9 de abril de 2011.

ICC Events, “15th ICC Miami Conference, 5-7 November 2017”, ICC Dispute Resolution Bulletin 2018, vol. 79, núm. 1, 2018, English, 15th ICC Miami Conference, 5-7 November 2017.

KENNEDY, Peter, MILLIGAN, Janey, CATTANACH, Lisa, & MCCLUSKEY, Edward, “The development of Statutory Adjudication in the UK and its relationship with construction workload”, RICS COBRA 2010 conference, Universidad Dauphine-Paris 2 y 3 de septiembre de 2010.

KIRSH, Harvey J. ““Dispute Review Boards” and “Adjudication”: Two Cutting-Edge ADR Processes in International Construction”, en American Bar Association Annual Meeting program of the ABA Section of Dispute Resolution, “The Emerging Global Order in International Construction ‘Disputology’: The Top 10 Cutting-Edge ADR Processes Employed in Construction World-Wide”, Nueva York, 9 de agosto de 2008.

KNUTSON, Robert, “Dispute Board Processed”, Conferencia Meeting Business Needs in the Middle East, Dubai (Emiratos Árabes Unidos), 23 y 24 de noviembre de 2004.

MAHNKEN, Volker, “Comparison Dispute Boards / Arbitration”, International construction contracts and the resolution of disputes, Dubái, 22 y 23 de abril de 2007.

RANA, Rashda, “International Construction Projects. Construction Project Dispute Resolution”, The 2009 Conference of International Bar Association, 2009, Madrid.

SMITH, Robert J., “Preventive Maintenance for the Dispute Board Process on Construction Projects: Fixing It before it breaks”, Second Bienial Conference on International Arbitration and ADR, Salzburgo (Austria), 22-23 de junio de 2002.

2. OTRAS FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

2.A. Guías e informes profesionales

American Arbitration Association, “The Construction Industry’s Guide to Dispute Avoidance and Resolution”, octubre de 2009, https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/The%20Construction%20Industry's%20Guide%20to%20Dispute%20Avoidance%20and%20Resolution.pdf.

Bird & Bird, “Escalation Clauses”, Bird & Bird Knowhow Briefs, https://www.twobirds.com/~/_media/pdfs/brochures/dispute-resolution/client-know-how/client-briefings---escalation-clauses.pdf?la=en.

DRBF Manual, “Introduction and Development of the DRB Concept”, Enero de 2007, https://www.drb.org/manual/1.1_final_12-06.pdf, pág. 2.

DRBF Manual, Section 1, Appendix A, “Case Studies”, 2007.

DRBF Practice Guidelines, 2007, <http://www.drb.org/concept/manual/>.

FIDIC Guidance Memorandum to Users of the 1999 Conditions of Contract dated 1st April 2013,

<http://fidic.org/sites/default/files/FIDIC%20Guidance%20Memorandum%20to%20Users%20of%20the%201999%20Conditions%20of%20Contract%20dated%201st%20April%202013.pdf>.

JOHNSON, Alex; EVANS, Stephen, “To W3 or Not to W3: Dispute Avoidance Under NEC4”, Construction & Engineering, Update verano de 2017. [https://www.squirepattonboggs.com/~media/files/insights/publications/2017/08/construction-and-engineering-update-summer-2017/construction-and-engineering-summer-update-newsletter.pdf](https://www.squirepattonboggs.com/~/media/files/insights/publications/2017/08/construction-and-engineering-update-summer-2017/construction-and-engineering-summer-update-newsletter.pdf)

LATHAM, Sir Michael, et al, “Constructing the team”, Joint Review of Procurement and Contractual Arrangements in the United Kingdom Construction Industry, Final Report, Her Majesty’s Stationery Office, julio de 1994.

Organización de las Naciones Unidas, “Informe de Naciones Unidas sobre Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos”, de referencia HRI/CORE/LSO/2016, 7 de abril de 2016, <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=FhOD6sgqgzAhFXD9F%2FeKaFMm83LbFY75RhkIFGrig%2B6eAWz5wgcBPzkjETHp8l2bLU%2BcdEIIuacw3Wd4iRZFPPeoz%2Bp6UMudrqKJh7YXfX3ML4XjuaGaKmPn7MM3%2Bfk>

RICS Professional Guidance “RICS: Guidance on CAP Process for TfL, Contractors and CAP Members”, Noviembre de 2014, [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Link/Document/Blob/Ib500a5230ba011e698dc8b09b4f043e0.pdf?targetType=PLC-multimedia&originationContext=document&transitionType=DocumentImage&uniqueId=596f0cf7-cb93-49c7-a07f-fa78ff8c791f&contextData=\(sc.Default\)&comp=pluk&firstPage=true&bhc p=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Link/Document/Blob/Ib500a5230ba011e698dc8b09b4f043e0.pdf?targetType=PLC-multimedia&originationContext=document&transitionType=DocumentImage&uniqueId=596f0cf7-cb93-49c7-a07f-fa78ff8c791f&contextData=(sc.Default)&comp=pluk&firstPage=true&bhc p=1)

RICS Professional Guidance, “Conflict Avoidance and Dispute Resolution in Construction”, 1^a Ed., Londres, 2012, <https://www.rics.org/globalassets/rics-website/media/upholding-professional-standards/sector-standards/construction/black-book/conflict-avoidance-and-dispute-resolution-in-construction-1st-edition-rics.pdf>.

RICS Professional Guidance, “Surveyors acting as adjudicators in the construction industry. RICS professional guidance, England and Wales”, 4^a Ed., enero de 2017, <https://www.rics.org/globalassets/rics-website/media/upholding-professional-standards/sector-standards/dispute-resolution/surveyors-acting-as-adjudicators-in-the-construction-industry-4th-edition-rics.pdf>.

RICS Professional Guidance, 1^a Ed., Londres, 2012, <https://www.rics.org/globalassets/rics-website/media/upholding-professional-standards/sector-standards/construction/black-book/conflict-avoidance-and-dispute-resolution-in-construction-1st-edition-rics.pdf>.

STIEGLER, Scott, “Parties To a Construction Contract”, en BREKOULAKIS, Stavros y BRYNMOR THOMAS, David, *The Guide to Construction Arbitration*, Law Business Research Ltd, Londres, Global Arbitration Review, 2016, <http://www.velaw.com/WorkArea/DownloadAsset.aspx?id=12884916198>.

U.S. National Committee on Tunneling Technology, “Better contracting for underground construction”, en U.S. National Committee on Tunneling Technology, Better contracting for underground construction: report of a study conducted by Standing Subcommittee no. 4, Contracting Practices of the U. S, 1974.

2.B. Noticias de prensa

Radio Televisión Española, “Las empresas españolas Renfe y Adif participarán en el AVE en el norte de Texas que unirá Houston y Dallas”, 10 de octubre de 2018, <http://www.rtve.es/noticias/20181010/empresas-espanolas-renfe-adif-participaran-ave-unira-houston-dallas/1816820.shtml>.

CNN en español, “9 de los túneles más fabulosos del mundo”, 11 de julio de 2014, <https://cnnespanol.cnn.com/2014/07/11/9-de-los-tuneles-mas-fabulosos-del-mundo/>

DW, “La presa está construida, pero la pobreza continúa”, 21 de agosto de 2012, <https://www.dw.com/es/la-presa-est%C3%A1-construida-pero-la-pobreza-contin%C3%BAa/a-16182170>.

2.C. Entradas de blog

COPE, Jonathan, “TCC grants stay to enable FIDIC dispute board to proceed”, Thomson Reuters, Practical Law Construction Blog, 28 de octubre de 2014, <http://constructionblog.practicallaw.com/tcc-grants-stay-to-enable-fidic-dispute-board-to-proceed/>.

GLOVER, Jeremy, “Peterborough City Council v Enterprise Managed Services Ltd, [2014] EWHC 3193 (TCC)”, Fenwick Elliot, 17 de noviembre de 2014, <https://www.fenwickelliott.com/research-insight/newsletters/dispatch/archive/peterborough-city-enterprise-managed>.

MIERS, Christopher, “Real Time Dispute Resolution in Rio de Janeiro... Since you Cannot Delay the Olympic Games”, Kluwer Arbitration Blog, 25 de mayo de 2015, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/05/25/real-time-dispute-resolution-in-rio-de-janeiro-since-you-cannot-delay-the-olympic-games/>.

2.D. Páginas web

- Academia Nacional de Ciencias de Estados Unidos:
<http://www.nasonline.org/>.
- American Arbitration Association : <https://www.adr.org/>.
- American Institute of Architects: <http://www.aia.org>.
- American Society of Civil Engineers: <https://www.asce.org>.
- Association for Project Management: <https://www.apm.org.uk/about-us/>.
- Banco Mundial: <http://www.bancomundial.org/>.
- Base de datos de la Dispute Resolution Board Foundation
http://www.drb.org/manual/Database_2005.xls.
- Bouygues. <http://www.bouygues.com/en/>.
- Cámara de Comercio Internacional: <https://iccwbo.org/about-us/who-we-are/>.
- Canal de Panamá: <https://micanaldepanama.com/>.
- Chartered Institute of Arbitrators: <http://www.ciarb.org/>.
- Colorado Department of Transportation: <https://www.codot.gov/>.
- Concor: <http://www.concor.co.za/about/about-overview/>.
- Curriculum Vitae de Peter Chapman
<http://fidic.org/civicrm/profile/view?reset=1&id=39&gid=14>.
- Curriculum Vitae de Robert Smith:
<http://fidic.org/civicrm/profile/view?reset=1&id=83&gid=14>.

- Diccionario de la Real Academia Española: <http://www.rae.es/>.
- Diccionario del español jurídico de la Real Academia española: <http://dej.rae.es>
- Directorio de miembros de FIDIC: <http://fidic.org/members>.
- England and Wales High Court (Technology and Construction Court) Decisions: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/TCC/>.
- English Technology and Construction Court: <https://www.gov.uk/government/organisations/technology-and-construction-court/about>.
- Enlace de compra del Libro Rojo de FIDIC: <http://fidic.org/node/530>.
- Feature Detail Report for: Loveland Pass: https://geonames.usgs.gov/apex/f?p=gnispq:3:0::NO::P3_FID:181813.
- Florida Department of Transportation: <http://www.fdot.gov/>.
- Glenwood Canyon Corridor: <https://www.flatironcorp.com/project/glenwood-canyon-corridor/>.
- Guía divulgativa sobre contratos FIDIC: <http://fidic.org/bookshop/about-bookshop/which-fidic-contract-should-i-use>.
- Hochtief: https://www.hochtief.com/hochtief_en/0.jhtml.
- Informe fáctico sobre la presa de Lesoto: <http://documents.worldbank.org/curated/en/868951498958379621/pdf/multi-page.pdf>.
- Kier: <http://www.kier.co.uk/>.
- Kiewit Pacific: <https://www.kiewit.com/>.

- Massachusetts Highway Department:
<http://www.massdot.state.ma.us/highway/Main.aspx>.
- Olympic Delivery Authority:
<https://www.gov.uk/government/organisations/olympic-delivery-authority/about>.
- Royal Institution of Chartered Surveyors: <https://www.rics.org/es/>.
- Salini Impregilo: <https://www.salini-impregilo.com/en/group/profile.html>.
- Staff Appraisal Report China Ertan Hydroelectric Project:
<http://documentos.bancomundial.org/curated/es/533571468024537722/pdf/multi-page.pdf>.
- State of Hawaii, Department of Transportation: <http://hidot.hawaii.gov/>.
- The institution of Engineering and Technology: <https://www.theiet.org/>.
- Transport for London: <https://tfl.gov.uk/>.
- U.S. National Committee on Tunneling Technology:
<https://www.nae.edu/22179.aspx>.
- United States National Academy of Engineering: <https://www.nae.edu/>.
- Washington State Department of Transportation:
<https://www.wsdot.wa.gov/HOV/directaccessramps.htm>.

3. INSTRUMENTOS NORMATIVOS

3.A. Leyes y reglamentos

3.A.i. Reino Unido

Housing Grants, Construction and Regeneration Act, 24 de julio de 1996.

Scheme for Construction Contracts (England and Wales) Regulations, 1 de mayo de 1998.

3.A.ii. Chile

Ley núm. 20.410, modifica la ley de concesiones de obras públicas y otras normas que indica, 20 de enero de 2010.

3.A.iii. Sao Paulo (Brasil)

Lei nº 16.873, de 22 de fevereiro de 2018, Reconhece e regulamenta a instalação de comitês de prevenção e solução de disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela prefeitura de São Paulo.

3.A.iv. Perú

Decreto legislativo número 1444, que otorga el Decreto Legislativo que modifica la ley nº 30225, ley de contrataciones del estado, de 16 de septiembre de 2018.

3.B. Otros instrumentos normativos

Reglamento de Arbitraje, de la Cámara de Comercio Internacional de 2017 (versión en español).

Reglamento relativo a los Dispute Boards de la Cámara de Comercio Internacional, 2004 (versión en español).

Reglamento relativo a los Dispute Boards, ICC Cámara de Comercio Internacional, 2015 (versión en español).

ICE Dispute Board Procedure, Institution of Civil Engineers, 2012.

4. MODELOS DE CONTRATO

4.A. Fédération Internationale des Ingenieurs-Conseils (FIDIC)

Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects (Silver Book), 2ª Ed., FIDIC, 2017.

Conditions of Contract for Plant & Design Build (Yellow Book), 2ª Ed., FIDIC, 2017.

Conditions of Contract for Construction for Building and Engineering Works Designed by the Employer (Red Book), 2ª Ed., FIDIC, 2017.

Short Form of Contract, (Green Book), 1st Ed., FIDIC, 1999.

Conditions of Contract for Construction for Building and Engineering Works Designed by the Employer, (Red Book), 1ª Ed, FIDIC, 1999.

Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects (Silver Book), 1ª Ed., FIDIC, 1999.

Condiciones de contratación para proyectos EPC/Llave en Mano (Libro Plata),
versión en español, 1ª Ed., FIDIC, 1999.

Conditions of Contract for Plant & Design Build (Yellow Book), 2ª Ed., FIDIC,
2017.

Conditions of Contract for Electrical and Mechanical Works (antiguo
Libro Amarillo), 3ª Ed., FIDIC, 1987.

Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction (antiguo
Libro Rojo), 4ª Ed., FIDIC, 1987.

4.B. Institution of Civil Engineers (ICE)

New Engineering Contract (NEC4), 4ª Ed., ICE, 2017.

New Engineering Contract (NEC3), 3ª Ed., ICE, 2005.

4.C. CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE (ICC)

ICC Model Turnkey Contract for Major Projects, 1ª Ed. ICC Publication No.
659E, 2007.

4.D. Engineering Advancement Association Of Japan (ENAA)

Model Form-International Contract for Process Plant Construction, Turnkey
Lump-Sum Basis, 3ª Ed., ENAA, 2010.

Model Form-International Contract for Power Plant Construction, Turnkey
Lump-sum Basis, 2ª Ed., ENAA, 2012.

Engineering, Procurement and Supply (EPS) Model Form, 2ª Ed., ENAA, 2013.

Organisme de Liaison des Industries Métalliques Européennes (ORGALIME)

Orgalime turnkey contract for industrial works, 1ª Ed., ORGALIME, 2003.

5. DECISIONES ARBITRALES Y JUDICIALES

5.A. Laudos De La Cámara De Comercio Internacional (CCI)

Laudo emitido en el Caso de la CCI número 20632, 2016.

Laudo emitido en el Caso de la CCI número 18473, 2015.

Laudo emitido en el Caso de la CCI número 16570, 2015.

Laudo emitido en el Caso de la CCI número 16262, 2015.

Laudo emitido en el Caso de la CCI número 16119, 2015.

Laudo emitido en el Caso de la CCI número 15956, 2015.

Laudo emitido en el Caso de la CCI número 19581, 2014.

Laudo emitido en el Caso de la CCI número 19272, 2014.

Laudo emitido en el Caso de la CCI número 16155, 2014.

Laudo emitido en el Caso de la CCI número 18505, 2013.

Laudo emitido en el Caso de la CCI número 16765, 2013.

Laudo emitido en el Caso de la CCI número 17987, 2012.

Laudo emitido en el Caso de la CCI número 16912, 2012.

Laudo emitido en el Caso de la CCI número 16262, 2010.

Laudo emitido en el Caso de la CCI número 15323, 2009.

Laudo emitido en el Caso de la CCI número 14431, 2008.

Laudo emitido en el Caso de la CCI número 6535, 1998.

Laudo emitido en el Caso de la CCI número 6276, 1998.

5.B. Jurisprudencia nacional

5.B.i. Sao Paulo (Brasil)

Tribunal de Apelación, Agravo de Instrumento n^a 2096127-39.2018.8.26.0000, 2018.

5.B.ii. Suiza

Tribunal Supremo Federal, Caso 4^a 628/2015, marzo de 2016.

Tribunal Supremo Federal, Caso 4^a_124/2014, de 7 julio de 2014.

5.B.iii. Reino Unido

Peterborough City Council v Enterprise Managed Services Ltd Enterprise Managed Services Ltd [2014] EWHC 3193 (TCC), 2014.

Channel Group v Balfour Beatty Ltd. [1993] Adj.L.R. 01/21, 1993.

5.B.iv. Singapur

PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK v CRW Joint Operation [2015] SGCA 30 Court of Appeal Civil Appeals núms. 148 y 149.

LISTA DE ANEXOS

Anexo 1: Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects (Silver Book), 2^a Ed., FIDIC, 2017. Dicho anexo se encuentra en la versión telemática de la presente tesis doctoral depositada ante el órgano correspondiente.