

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE EN ECUADOR

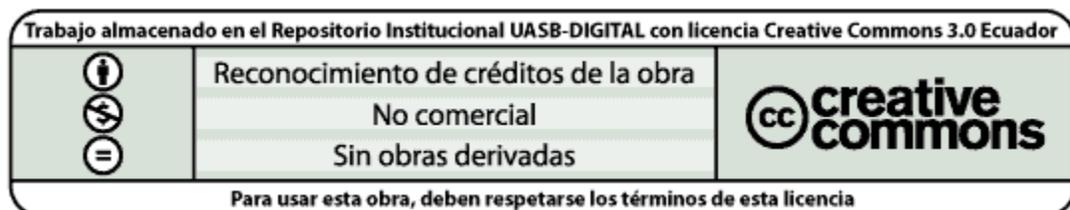
ÁREA DE DERECHO

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL

***DISPUTE BOARD* COMO MECANISMO ALTERNATIVO DE
SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES EN
OBRAS DE INFRAESTRUCTURA**

ANDREA KARINA ESCOBAR MUÑOZ

2014



CLÁUSULA DE CESION DE DERECHO DE PUBLICACIÓN DE TESIS/MONOGRAFIA

Yo, ANDREA KARINA ESCOBAR MUÑOZ, autora de la tesis intitulada *DISPUTE BOARD* COMO MECANISMO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES EN OBRAS DE INFRAESTRUCTURA mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de MASTER EN DERECHO PROCESAL en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha: 29 de noviembre de 2014.

Firma:

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE EN ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL

***DISPUTE BOARD* COMO MECANISMO ALTERNATIVO DE
SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES EN
OBRAS DE INFRAESTRUCTURA**

ANDREA KARINA ESCOBAR MUÑOZ

Quito, 2014

Tutora: Carmen Amalia Simone Lasso

RESUMEN

Esta Tesis tiene como objetivo fundamental poner en conocimiento de la comunidad académica la figura jurídico – contractual denominada de manera genérica cómo *Dispute Board*, consiste en un panel de expertos conformados por la voluntad de las partes que celebran un Contrato. El *Dispute Board* cumple con el rol de ser un organismo técnico independiente que conoce y resuelve los conflictos de las partes y brinda asistencia informal en los temas de su experticia y su aplicación en el campo de la ingeniería que lo han utilizado como herramienta efectiva a las necesidades urgentes que se les presentan en grandes obras de infraestructura provienen precisamente de préstamos internacionales que viabilizan la ejecución de estos mega proyectos.

Para el desarrollo de esta investigación se utilizó el paradigma jurídico del Jusmarxismo y el Jussociologismo o Realismo Europeo. Las fuentes de investigación han sido obtenidas de fuentes publicadas bibliográficas, de publicaciones, normativa, Contrato EPC, de Internet y de la experiencia profesional sobre este mecanismo de solución de controversias.

El alcance del trabajo es determinar la naturaleza jurídica del *Dispute Board* y todos los factores generales involucrados para su funcionamiento, el análisis del primer contrato ecuatoriano que aplico este mecanismo, las normas jurídicas aplicables y cuáles son los principios constitucionales y procesales aplicables.

Se colige que este mecanismo de solución de controversias contractual requiere de normativa específica para su aplicación en el ámbito de derecho público y ese debe analizar la juridicidad de la aplicación de las Determinaciones que emite el *Dispute Board* y en el derecho privado basta con la autonomía de la voluntad de partes contractuales.

Palabras claves: *Dispute Board*; Clases de *Dispute Boards*, Determinaciones; Naturaleza Jurídica; Junta Combinada de Disputas; y, principios constitucionales y procesales.

DEDICATORIA

Dedico esta Tesis a mí amada familia: Eduardo, María Augusta, Alex, Eduardo Jr., Valeria y a mis amigas Daniela y Carolina, personas que me han brindado su amor incondicional, soporte, han creído en mí, me han otorgado completa libertad, han sido mi fortaleza para diseñar y ejecutar todos mis sueños y proyectos.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a la Universidad Andina Simón Bolívar por la excelente educación que me brindaron durante el programa de maestría que realice y en especial a mi tutora Carmen Amalia Simone Lasso, por su contribución profesional para este trabajo académico

**DISPUTE BOARD COMO MECANISMO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN
DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES EN OBRAS DE
INFRAESTRUCTURA**

1. Capítulo I: <i>Dispute Board</i>	9
1.1. Antecedentes históricos	11
1.2. ¿Qué es el <i>Dispute Board</i> ?	15
1.3. Alcance de las Determinaciones	18
1.3.1. Recomendaciones	22
1.3.2. Decisiones	24
1.4. Tipos de <i>Dispute Board</i>	25
1.4.1. <i>Dispute Review Board</i>	25
1.4.2. <i>Dispute Adjudication Board</i>	26
1.4.3. <i>Combined Dispute Board</i>	27
1.4.4. Otros tipos de <i>Dispute Board</i>	28
1.5. Conformación del <i>Dispute Board</i>	30
1.5.1. Nombramiento y conformación	30
1.5.1.1. Miembros	31
1.5.1.2. <i>Chairman</i>	32
1.5.2. Conflicto de Intereses	32
1.5.3. Formas de remover a los miembros del <i>Dispute Board</i>	33
1.6. Cuadro comparativo entre <i>Dispute Board</i> , Mediación, Arbitraje y Peritaje	34
2. Capítulo III: <i>Dispute Board</i> en el Ecuador	38
2.1. Marco Jurídico aplicable	38
2.1.1. <i>Dispute Board</i> en el <i>Common Law</i>	38
2.1.2. <i>Dispute Board</i> en el Derecho Civil	39
2.2. Principios constitucionales aplicables al <i>Dispute Board</i>	42
2.3. Principios procesales aplicables al <i>Dispute Board</i>	43
2.4. Análisis de la necesidad de normativa interna en materia procesal y de contratación pública	45
3. Capítulo II: Junta Combinada de Disputas en el Contrato EPC	47
3.1. Junta Combinada de Disputas como mecanismo de solución de controversias	47

3.1.1. Análisis de los cambios sustanciales acordados por las partes, para la conformación de la JCD y su contratación	53
3.1.2. Análisis del procedimiento de solución de Controversias en el Contrato EPC	57
3.1.3. Importancia de las visitas en el sitio del Proyecto y conocimiento permanente del avance	60
3.1.4. Aspectos esenciales a ser considerados en las Audiencias	61
3.1.5. Ejecución de las Determinaciones requiere del pronunciamiento Favorable del Procurador General del Estado	64
3.2. Facultades de la Junta Combinada de Disputas en el Contrato EPC	67
3.2.1. Análisis de la pertinencia de la asistencia informal para la prevención de conflictos	68
3.2.2. Análisis del rol de la asistencia informal para resolver conflictos	69
3.3. Ventajas y desventajas de la Junta Combinada de Disputas en el Contrato EPC	70
3.4. Breves citas en casos históricos internacionales	72
3.4.1. Análisis comparativo del Contrato EPC con el caso de China: Proyecto Hidroeléctrico <i>Ertan</i>	72
3.4.2. Análisis comparativo del Contrato EPC con el caso de África: Proyecto de la Presa <i>Katse</i>	73
4. Conclusiones y Recomendaciones	75
Bibliografía	80

Capítulo I: *Dispute Board*

Introducción

En la actualidad, en el sector de la construcción, fundamentalmente de grandes obras civiles, en las que se interrelacionan varias especialidades de la ingeniería, eléctrica y otras ramas profesionales para ejecutar mega proyectos, se celebran contratos de importante cuantía, en los que las partes contractuales se ven en la necesidad de contar con mecanismos de solución de controversias eficientes y eficaces para los problemas que se deriven de la ejecución del objeto contractual. Esta necesidad surge en este ámbito tan competitivo y complejo como es la ejecución de grandes proyectos que requieren de decisiones expeditas para no paralizar sus actividades y que los recursos económicos sean invertidos oportuna y satisfactoriamente.

En el campo de la ingeniería, en el área la construcción, en los últimos años se ha posicionado el mecanismo de resolución de controversias denominado Dispute Board, ya que los usuarios de este sector especialmente en proyectos internacionales de construcción, han visto esta herramienta de gran utilidad y práctico para satisfacer a las necesidades urgentes que se les presentan a las partes que desarrollan un proyecto. La difusión e implementación del uso de este método alternativo ha tenido la influencia directa en su implementación por parte de la *Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils*, denominada en adelante FIDIC¹ y el Banco Mundial², debido a que es una de las principales fuentes de financiamiento de estas grandes obras de infraestructura que provienen de préstamos internacionales que viabilizan la ejecución de estos proyectos de

¹Es la Federación Internacional de Ingenieros Consultores, Fundada en 1913, está conformada por federaciones de ingenieros de más de 80 países. Entre sus fines destaca el de promover las buenas prácticas en la prestación de servicios de ingeniería, para lo que publican informes y manuales con gran influencia en el sector. Véase más información en World Wide Web: www.fidic.org.

² Véase el editorial de la revista *Tecniberia* No. 29, de enero/febrero de 2011, visto el 30 de junio de 2014, en World Wide Web: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Tecniberia_N29_Arbitraje_EneroyFebrero2011.pdf

gran escala, cuyas contrataciones suelen someter a las reglas y recomendaciones de las dos instituciones anotadas.

El objetivo de esta investigación es determinar la naturaleza jurídica del *Dispute Board*, denominado en adelante DB, cuáles son los diferentes tipos de DB existentes, que normativa le es aplicable, cuáles son las ventajas de su utilización y si es que sería conveniente su aplicación en los contratos de ejecución de construcción de infraestructuras que celebre el Estado ecuatoriano.

En desarrollo de esta investigación se utilizó el paradigma jurídico del Jusmarxismo³, que aplica el método dialéctico a través del que se establece que lo material es lo que debe determinar qué es lo ideal, lo que contextualizado en el ámbito jurídicas, es que el derecho y sus normas son el resultado de las condiciones económicas que lo determinan debido a que es el factor impulsor de la dinámica social, siendo el motor de la producción de normas jurídicas, el interés económico, con la finalidad de atender prioritariamente sus intereses.

También es aplicable el paradigma del Jussociologismo o Realismo Europeo⁴, debido a que, se determina que para que un sistema normativo tenga vigencia de acuerdo al criterio de Ross⁵ se requiere que las acciones sociales se sujeten a una norma porque es considerada socialmente obligatoria, siendo este factor el elemento coactivo de la norma y cómo en el caso de estudio el que rige al *Dispute Board*.

Las fuentes de investigación han sido obtenidas de fuentes bibliográficas de publicaciones, normativa, el Contrato entre la compañía Hidroeléctrica Coca Codo Sinclair S.A. COCASINCLAIR y Sinohydro Corporation, para el desarrollo de ingeniería, provisionamiento de equipos, materiales, construcción de obras civiles, montaje de equipos y puesta en marcha del Proyecto Hidroeléctrico Coca Codo Sinclair en Ecuador, denominado en adelante Contrato EPC, de Internet y de la experiencia profesional que tengo respecto de la aplicación de este mecanismo de solución de

³Véase a Jorge Witker Velásquez y Rogelio Larios Velasco, *Metodología Jurídica*, (México, 2002), 193 a 196, en el que se señala que el Estado y el derecho son el resultado de los fenómenos derivados de los modos de producción y de las relaciones sociales de éstos.

⁴ Entendido en el sentido de que en el derecho prevalecen las conductas frente a la norma y se puede aseverar que es un sistema fijo de normas sino como un flujo constante y dinámico producto del proceso social real.

⁵ Witker Velásquez y Larios Velasco, *Metodología Jurídica*, 189.

controversias. La fuente de investigación principal a ser utilizada es el Reglamento Relativo a los *Dispute Boards*, emitido por la Cámara de Comercio Internacional⁶, debido a que, es que es la norma internacional más utilizada⁷ en contratos a mediano y largo plazo que utilizan los *DB* y es que fue la norma utilizada en el Contrato EPC en el Ecuador.

El alcance de ésta Tesis es determinar la naturaleza jurídica del *Dispute Board* y todos los factores generales para su funcionamiento, las normas jurídicas aplicables, cuáles son los principios constitucionales y procesales aplicables el análisis del primer contrato ecuatoriano que utilizó este mecanismo.

1.1. Antecedentes históricos

Antiguamente, cada grupo humano resolvía los conflictos que surgían por medio del uso de la fuerza. Las personas impartían justicia por mano propia, ya que no existía esquema social organizado que emita normas generales que regulen estas situaciones, ni se contaba con un sistema estatal instaurado que permita administrar justicia, generándose así subjetividad frente a lo que se consideraba justo o injusto. Es solo como consecuencia de la evolución de las sociedades, que se ha emitido normas jurídicas, y se han desarrollado y creado distintos sistemas de administración de justicia. En la actualidad cuando las partes se encuentran en conflicto y no pueden llegar a un arreglo personal y directo, recurren a un tercero, a la justicia ordinaria o a los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias.

En este contexto surgen los *DB*, con el propósito de resolver conflictos en la industria de la construcción en forma expedita, eficiente y económica⁸. Fueron sus

⁶⁶La Cámara de Comercio Internacional es la organización empresarial que representa mundialmente intereses empresariales. Se constituyó en París en 1919 y su sede es París. En la actualidad los miles de empresas que agrupa proceden de más de 130 países y se organizan como Comités Nacionales en más de 90 de ellos, visto el 22 de noviembre de 2014, en World Wide Web http://www.iccspain.org/index.php?option=com_content&view=article&id=47:la-camara-de-comercio-internacional-icc&Itemid=54

⁷Véase lo señalado por el doctor Bernardo Cremades sobre el uso de la <http://www.cremades.com/pics/contenido/File634528963777658688.pdf>

⁸ Herfried Wöss W, en el Panel de Adjudicación de Desavenencias “Una retrospectiva”, Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, (México, 2006), 13.

usuarios quienes diseñaron y crearon este método alternativo de solución de disputas para su sector, en virtud de que los procesos judiciales y arbitrales, desde su punto de vista, estaban revestido de gran complejidad⁹ y este sector requería que sus problemas fueran resueltos de forma inmediata, en muchos casos incluso mientras la obra aún se está ejecutando¹⁰, sin necesidad de paralizar la ejecución de un proyecto y sin tener que esperar la sentencia o laudo procesal respectivamente, pues éstos generalmente llegan una vez que la obra se ha concluido, lo que perjudica los intereses de las partes.

Históricamente el *DB* surge en los Estados Unidos en 1960¹¹, con el caso *Boundary dam* en Washington, marcando el inicio de la aplicación *DB* como un mecanismo expedito para resolver controversias en los contratos de ejecución de obras, siendo el primer caso de aplicación. El *DB* empezó a ser usado en la mayoría de proyectos de ingeniería civil de gran envergadura y fue empleado específicamente en contratos de construcción de represas, proyectos de manejo de agua y construcción bajo tierra.

En 1970, de acuerdo a lo citado por Pablo Laorden¹², se constituyó el *DB* cuando se ejecutaba la segunda perforación del Túnel Eisenhower¹³, en Colorado, Estados Unidos. El propósito de implementar este mecanismo, fue solventar problemas contractuales similares a los que se presentaron en la primera perforación y este *DB* resolvió 3 grandes conflictos, a satisfacción de las partes. Así esta figura tomó importancia en Estados Unidos, principalmente en las administraciones públicas; y en 1989, la *American Society of Civil Engineers "ASCE"*¹⁴, publicó sus estándares para los

⁹ Cfr. Thomas J. Stipanowich, *ADR and the "Vanishing Trial": The Growth and Impact of "Alternative Dispute Resolution"*, *Journal of Empirical Legal Studies*, Volume 1, Issue 3, (Estados Unidos, 2004), 876.

¹⁰ Véase, Pablo Laorden Mengual, "Las *Dispute Boards* como medio de Resolución de Controversias", en la Revista Tecniberia, Revista de la Ingeniería española, No. 29, (España, enero/febrero de 2011), 40.

¹¹ Véase en Carroll S Dorgan, *The ICC'S NEW DISPUTE BOARD RULES*, en *The International Construction Law Review*, Volume 22, January-October 2005, (Londres, 2005), 142.

¹² Herfried Wöss W, en Panel de Adjudicación de Desavenencias "Una retrospectiva", 15.

¹³ Es un túnel vehicular de doble perforación, de cuatro carriles y a aproximadamente 50 millas (80 km) al oeste de Denver, Colorado, Estados Unidos. El túnel lleva a la carretera interestatal 70 en virtud de la división continental en las montañas rocosas, visto el 20 de noviembre de 2014 en World Wide Web http://es.wikipedia.org/wiki/T%C3%BAnel_Eisenhower

¹⁴ Es la Sociedad Americana de Ingenieros Civiles con más de 145.000 miembros de la misma profesión provenientes de más de 174 países. Fue fundada en 1852. Visto el 23 de noviembre de 2014, en World Wide Web http://www.asce.org/about_asce/

Dispute Review Board, denominado en adelante “DRB” en 1991, hasta que en 1996 se publicó el *Dispute Review Board Manual*¹⁵.

A inicio de los años de 1970, la figura fue utilizada en el Reino Unido bajo la denominación de *Adjudication* y fue tan exitoso su uso, que se incluyó en los subsidios de construcción de vivienda. La *Regeneration Act* de 1996, previó el uso de este mecanismo en los proyectos de construcción de Inglaterra, Escocia y Gales; y, de acuerdo a los abogados practicantes del Reino Unido, este mecanismo ha reducido considerablemente la presentación de los litigios ante cortes y arbitrajes¹⁶.

La primera experiencia internacional del *Dispute Board*, fue en el año 1980, cuando fue utilizado este mecanismo en Honduras para la construcción del Proyecto El Cajón (Represa y estación hidroeléctrica). En 1990, el Banco Mundial publicó el *Procurement of Works*, que contiene un contrato FIDIC¹⁷ modificado, que contemplaba el uso de los *Dispute Boards*. En 1995 emitió los documentos de licitación estándar para la contratación de obras “SBD-W¹⁸” (siglas en inglés), en los que se establece que para la ejecución de un contrato que tenga financiamiento del Banco Mundial, los conflictos deben ser sometidos al *Dispute Review Board*, para los contratos cuya cuantía era de más de USD \$ 50 millones de dólares. Estos *DB* están facultados para emitir recomendaciones no vinculantes para las partes.

En el año de 1995, la FIDIC publicó su libro tomate (modelo de contrato de diseño, construcción y contratos llave en mano) y en 1997, el libro amarillo (modelos de contrato para plantas y diseño y construcción), en los que se determina que las

¹⁵Véase en Thomas J. Stipanowich, *ADR and the “Vanishing Trial”*, 143.

¹⁶Ibíd., 144.

¹⁷ Es un organismo internacional denominado *International Federation of Consulting Engineers* que fue fundada en 1913 con el objeto de promover e implementar metas estratégicas de consulta en la industria de la ingeniería, diseminar información de interés para sus miembros y publica formas de contratos con estándares de calidad, que actualmente está conformada por 94 países miembros, información disponible en <http://fidic.org>

¹⁸Denominados Standard Bidding Documents for Procurement of Work, son documentos técnicos que contienen parámetros obligatorios para la ejecución de contratos que han sido financiados por el Banco Mundial, siendo las personas naturales o jurídicas que solicitan un crédito las que deban cumplir con estos lineamientos. Visto el 22 de noviembre de 2014 en World Wide Web: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_emp/@emp_policy/@invest/documents/legaldocument/wcms_asist_4559.pdf

controversias serán sometidas al *Dispute Adjudication Board*. En el año 1999, la FIDIC incorporó este mecanismo en todos sus modelos de contrato.

En el año 1996, se fundó la *Dispute Resolution Board Foundation*, que es una organización sin fines de lucro, que busca promover el uso de este mecanismo de solución de conflictos, contando con el soporte de la Cámara de Comercio Internacional. En el año 2004, esta institución expidió el Reglamento Relativo a los *Dispute Boards*.

Se ha mencionado que para el año 2007, aproximadamente 1350 proyectos en el mundo habían contemplado la utilización del *DB* como un mecanismo de solución de controversias, con un valor aproximado de US\$140 billones de dólares¹⁹. El *DB* así concebido, se empleaba como solución de conflictos contractuales para las partes, para no someterse a la justicia ordinaria o arbitral, que no cubría las necesidades inmediatas y urgentes de resolver las disputas que surgen en la ejecución del objeto contractual.

Este mecanismo actualmente es aplicado en Argentina, Estados Unidos, Canadá, Etiopía, China, Rumanía, Bélgica, Bulgaria, India, Dinamarca, Hong Kong, Italia, Mozambique, Inglaterra, Sudán, Polonia, Ecuador, etc.²⁰, y surge como una herramienta principalmente para los contratos de ejecución de obra, debido a que por su naturaleza, no se puede prever todos los eventos o circunstancias imprevistas que pueden surgir en su ejecución y que se requiere solventar varios de ellos de manera inmediata y sin desgastar la relación contractual²¹.

A continuación se muestra una tabla resumen de los antecedentes históricos:

¹⁹ Véase, Juan Eduardo Figueroa Valdés, “El Arbitraje en los Contratos de Concesión de Obras Públicas en Chile. Incorporación de los *Dispute Boards* o Paneles Técnicos o de Expertos” en *Gaceta Jurídica* de la Asociación Nacional de Magistrados del Poder Judicial de Chile, visto el 21 de noviembre de 2012, disponible en <http://www.fihsabogados.cl/publicaciones/docs/004%20ARBITRAJE.%20EL%20ARBITRAJE%20EN%20LOS%20CONTRATO%20DE%20CONCESION%20DE%20OBRAS%20PUBLICAS%20EN%20CHILE.pdf> y Peter H. J Chapman, “Dispute Boards o major infrastructure projects”, visto el 14 de enero de 2013, en <http://www.icevirtuallibrary.com/docserver/fulltext/mpal162-007.pdf?expires=1360940130&id=id&accname=guest&checksum=F88C50B87EB12E0FFBEB9347E0CEA62B>.

²⁰ Herfried Wöss W, en *Panel de Adjudicación de Desavenencias “Una retrospectiva”*, 16.

²¹ Véase, Michael E Davis, *Dispute Resolution in International Long-Term Construction and Infrastructure Projects: The Private Finance Initiative*, visto el 10 de enero de 2013, disponible en <http://heionline.org>.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DB	
AÑO	HECHO
1960	<i>Boundary Dam</i> – Washington (represas, agua y bajo tierra)
1970	Túnel <i>Eisenhower</i> – Colorado (3 conflictos)
1980	El Cajón
1990	Banco Mundial publicó <i>Procurement of Works</i> (50 millones)
1991	ASCE publicó estándares para los <i>DRB</i>
1996	La ASCE publicó el <i>Dispute Review Board Manual</i>
1996	Regeneration Act se usó en Inglaterra, Escocia y Gales
1996	Se fundó el <i>Dispute Resolution Board Foundation</i>
2004	Reglamento para los <i>Dispute Boards</i>
2007	1350 Proyectos en el mundo usaban el <i>DB</i> (140 Billones de Dólares de Inversión)

1.2.¿Qué es el *Dispute Board*?

El *Dispute Board*, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento relativo a los *Dispute Boards*, emitido por la Cámara de Comercio Internacional de París, es caracterizado de la siguiente manera:

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 resolver sus desacuerdos y desavenencias comerciales. Pueden prestar una asistencia informal o bien emitir Determinaciones. Los *Dispute Boards* no son tribunales arbitrales y sus Determinaciones no tienen fuerza ejecutiva como los laudos arbitrales. Las Partes aceptan contractualmente quedar vinculadas por las Determinaciones bajo ciertas condiciones específicas enunciadas en el Reglamento. En aplicación del Reglamento, la Cámara de Comercio Internacional (CCI) por intermedio del Centro de los *Dispute Boards* de la CCI (el “Centro”) puede prestar servicios administrativos a las Partes, que incluyen el nombramiento de los miembros del *Dispute Board*, la adopción de las decisiones referidas a las recusaciones de miembros del DB y el examen de las Decisiones.

Los *DB* también se denominan Comité Permanente de Solución de Conflictos²², en el Reglamento de *Dispute Boards* (Comité Permanente de Solución de Conflictos), del Tribunal Arbitral de las Ingenierías, en cuya introducción lo define así:

²² Cfr. Visto el 21 de noviembre de 2012, disponible en <http://www.tai.org.ar/index.php?op=Default&postCategoryId=12&blogId=1&plogsession=1c24e6005a78aa58bc41128fed4a20bc>

...los DB son órganos permanentes y constituyen un mecanismo común para la resolución de discordancias contractuales en el ámbito de contratos a medio o largo plazo. El DB es un Panel elegido por las partes que, generalmente, se establece desde el inicio del contrato y se mantiene con permanencia y remunerado durante toda la duración del mismo, encargado de resolver las desavenencias que se presenten...

El *DB* es un organismo técnico especializado²³, compuesto usualmente por tres expertos externos, conformado por la voluntad de las partes, que intervienen en la celebración de un contrato de ejecución de obra, con el objetivo de resolver desavenencias o desacuerdos comerciales o técnicos, que surjan entre éstas. Su función es prestar asistencia informal a las partes contractuales en dichos desacuerdos o emitir determinaciones²⁴ sobre la controversia surgida, sin que este organismo técnico especializado pueda ser considerado como un Tribunal Arbitral o que sus resoluciones tengan fuerza obligatoria; sino que las determinaciones emitidas por este organismo, vinculan a las partes si es que se cumplen ciertas condiciones fijadas contractualmente de forma previa y las establecidas en las normas que regulan este tema.

El *DB* surge como una herramienta para solventar disputas²⁵ que se presenten entre las partes contractuales de forma temprana²⁶, es decir, desde el inicio²⁷ y mientras se ejecuta el contrato; y que busca ser resuelta por especialistas²⁸ de forma preferente. Estos especialistas conocen a fondo sobre el objeto contractual y realizan un seguimiento contractual permanente²⁹ a las partes y visitas al sitio igualmente

²³ Cfr. David J. A. Cairns e Ignacio Madalena, “Dispute resolution, international Chamber of Commerce International commercial arbitration; Procedure”, *International Arbitration Law Review, Sweet and Maxwell*, Volumen No. 8, 2005, 41.

²⁴ Véase, el Reglamento relativo a los *Dispute Boards*, de la Cámara de Comercio Internacional, Francia, 2012. El artículo 6 del Reglamento señala que para que un DB decida si es aplicable una Decisión debe considerar los siguientes factores de manera ejemplificativa y no taxativa: a) que facilite la ejecución del Contrato o impida un daño o perjuicio a una de las partes; b) que prevenga la interrupción del Contrato; y, c) que sea necesaria para conservar elementos de prueba.

²⁵ Véase, Carolina Macho Gómez, Los ADR [*Alternative Dispute Resolution* en el comercio internacional], Doctoranda en Derecho Internacional Privado, Universidad de Cantabria, España, pág. 406 y 407. Señala que el término disputa tiene una connotación más bien jurídica que la palabra conflicto que tiene un alcance más amplio, y señala que los ADR buscan conocer los conflictos.

²⁶ Véase, Daniel D, McMillan and Rober A. Rubin, “Dispute Review Boards: Key Issues, Recent Case Law, and Standard Agreements”, *the Construction Lawyer*, visto el 27 de enero de 2013, disponible en <http://heinonline.org>.

²⁷ Véase, Peter H. J. Chapman, *Dispute boards on major infrastructure projects*, .17.

²⁸ Véase, Carroll Dorgan, *The ICC’S new Dispute Board Rules*, en *The International Construction Law review* volumen 22, Londres, 2005, p. 142-143.

²⁹ Véase, Susan Kratzsch, “ICC Dispute Resolution Rules: ICC Dispute Board and ICC Pre-Arbitral Referees”, *Construction Law Journal*, Londres, Sweet and Maxwell, 2010, p. 89.

permanentes, lo cual, trae como resultado que la actuación de sus miembros se enmarque en lineamientos técnicos actualizados y ajustados a la necesidad real³⁰, de lo que se requiere para cumplir con dicho objeto. Es así como en la mayoría de los casos, los miembros del *DB*, realizan el citado acompañamiento contractual de manera informal³¹, realizando actividades de conciliación permanente y buscando alcanzar consensos entre las partes, cuando surgen divergencias e intervienen de manera preventiva en las potenciales disputas que pueden aparecer; y, cuándo se requiere, intervienen investidos de autoridad y emiten las determinaciones que requiera la situación conflictiva.

Esta particularidad de que los miembros del *DB*, una vez que se conforma la misma, tengan conocimiento durante todo el plazo de ejecución del contrato sobre el avance de la relación contractual y su objeto, reporta muchas ventajas; y, el hecho de que pueden actuar como facilitadores informalmente, antes de que surja cualquier controversia y que estén facultados a emitir informes técnicos, de acuerdo a las normas de los *DB* de la Cámara de Comercio Internacional, constituye una herramienta útil³² para no tener que acudir a resolver las divergencias en Tribunales Arbitrales.

Al ser un mecanismo pactado por las partes libre y voluntariamente, podría ser definido como un mecanismo de autocomposición, cuando el *DB* emite una recomendación; sin embargo, cuando interviene un tercero para la solución de la controversia, y por la voluntad de las partes³³ emite una decisión obligatoria para las

³⁰ Se señala que una de las necesidades reales es obtener una decisión o recomendación en un tiempo más corto, debido a que en los proyectos de construcción de obras civiles tan grandes es de vital importancia cumplir los plazos establecidos sin dilaciones, ya que, no puede retrasar el inicio de su operación y ejecución por varios factores como el económico, técnico o contractual. Véase *Harbst, Ragnar, y Mahnken, Volker, "ICC Dispute Board Rules: the Civil Law Perspective"*, en *Arbitration an international journal*, v. 72 N° 4, 2006. p. 312; y, *Mark Kantor, "Negotiated settlement of public infrastructure Disputes"*, *New Directions in International Economic Law, Boston, Martinus Nijhoff Publishers*, 2011, p. 206-213-214.

³¹ Véase, el Reglamento relativo a los *Dispute Boards*, de la Cámara de Comercio Internacional, Francia, 2012. El artículo 16 del citado Reglamento, establece que los miembros del *DB* o por iniciativa de las partes y siempre contando con el acuerdo de ellas, pueden ayudar a las mismas a resolver los desacuerdos que puedan surgir durante la ejecución del contrato. Esta asistencia informal puede realizarse en cualquier reunión o visita al sitio. Adicionalmente, puede ser brindada mediante una conversación entre el *DB* y las partes o en reuniones separadas previo el consentimiento de las dos partes. La asistencia informal no vincula la opinión de los miembros del *DB* en caso de que a futuro se someta un desacuerdo a su conocimiento.

³² Véase, Peter H. J Chapman, "Dispute Boards o major infrastructure projects", 11.

³³ Las partes al momento de someterse a un *DB* también tienen responsabilidades que cumplir, como cooperar, buscar una solución en conjunto, tener apertura a cooperar, explicar sus posiciones claramente,

mismas constituye un mecanismo de heterocomposición. El *DB* podría convertirse en una herramienta de gran utilidad para resolver los desacuerdos que surjan en la ejecución de contratos de esta naturaleza comercial, tanto en el ámbito público y privado, debido a que, todo conflicto que surja entre las partes, debe ser conocido por el *DB* mientras se ejecuta el objeto contractual³⁴ y esto podría reportar una enorme ventaja, porque sería celer e inmediato el conocimiento del problema y no se tendría que esperar a que el contrato termine para empezar a resolver las controversias surgidas entre las partes. Las controversias que conoce el *DB* son de diverso origen, pudiendo ser las siguientes, de manera ejemplificativa: desavenencias de índole técnica, económica, de interpretación contractual, etc.

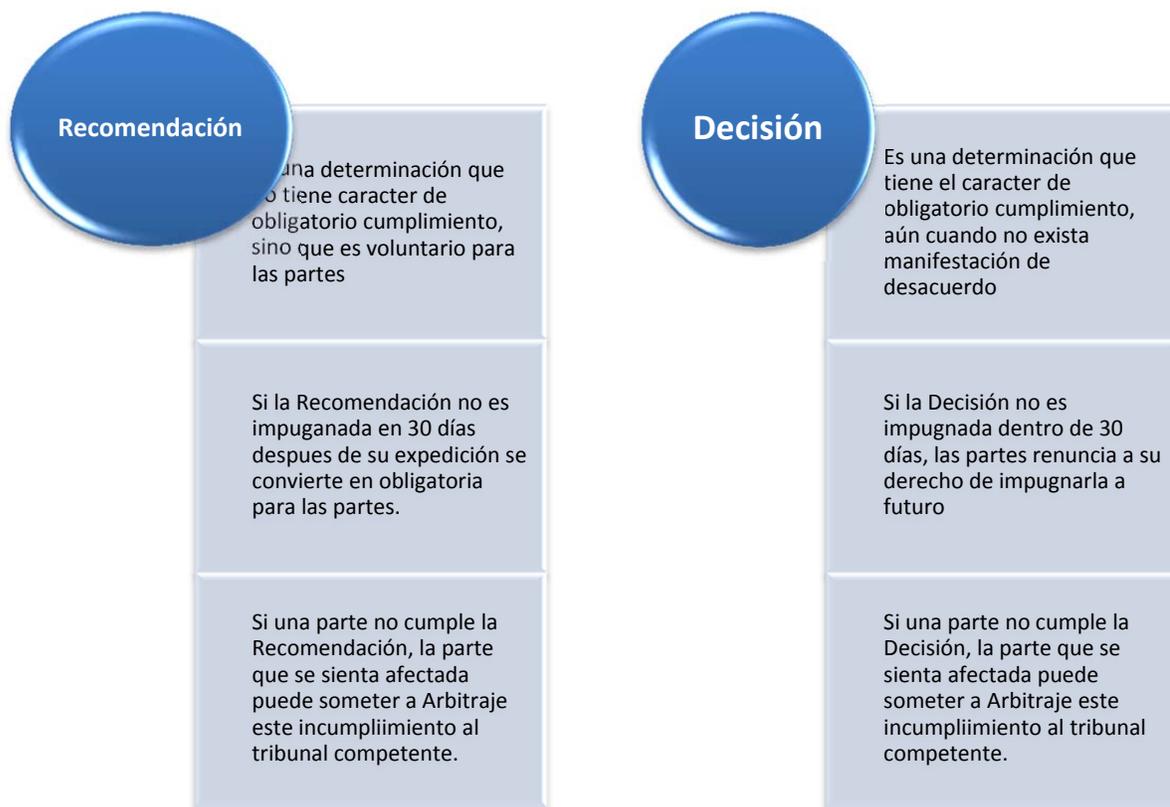
Lo señalado se corrobora, por ejemplo, en la construcción de obras subterráneas, en las que se pueden hallar problemas geológicos que deben ser resueltos mediante toma de decisiones inmediatas y expeditas, para poder continuar con la construcción de la obra. Si las partes esperan a que esto sea resuelto por un juicio o un arbitraje, no cumplirían el fin de poder continuar la ejecución del objeto contractual sin dilaciones. Ese es precisamente el rol fundamental del *DB*, actuar de manera inmediata, para ofrecer respuestas expeditas a las necesidades de las partes.

1.3. Alcance de las Determinaciones

Antes de abordar los tipos de *DB*, es importante conocer sobre los tipos de Determinaciones que emiten y cómo las mismas influyen en su naturaleza y constitución. Determinación es el nombre genérico que se da a los actos que emiten los *DB*, para resolver una controversia que ha surgido entre las partes. Las Determinaciones se clasifican en:

entre otras. Véase, *Peter M. Wolrich, "Resolution of Disputes by ICC Dispute Boards", Contemporary issues in International Arbitration and Mediation*, Boston, *Martinus Nijhoff publishers*, 2011, p.469.

³⁴ Cfr. *Daniel D, McMillan and Rober A. Rubin, "Dispute Review Boards: Key Issues, Recent Case Law, and Standard Agreements"*.



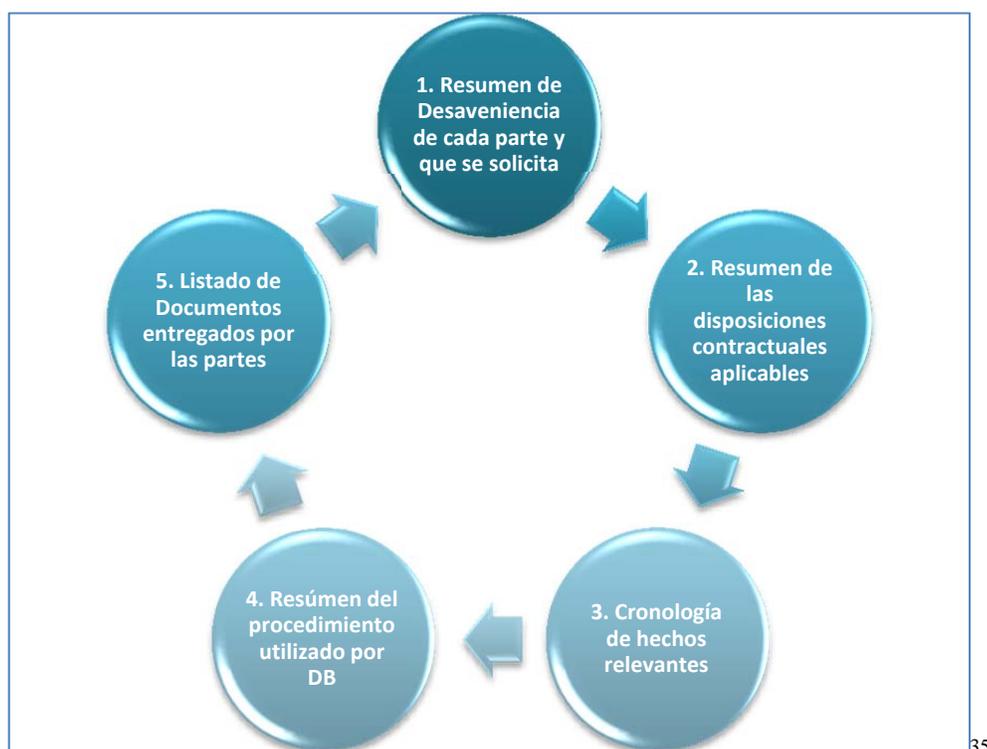
El artículo 20 del Reglamento de la CCI, establece que las Determinaciones deben ser expedidas por este organismo técnico especializado, de manera expedita y dentro de los 90 días de la fecha en la que fue notificado el *Chairman* o Presidente, con la Exposición de la Desavenencia, procedimiento que será analizado más adelante, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2, del artículo 17 del Reglamento de la CCI. Este procedimiento establecido puede tener una prórroga siempre y cuando se consulte de manera previa con el *DB* y se analice la naturaleza, complejidad de la controversia y todas las circunstancias que la rodean.

Las Partes pueden de mutuo acuerdo pactar que las Decisiones que sean emitidas por un *Dispute Adjudication Board*, denominado en adelante *DAB* o un *Combined Dispute Board*, llamado en adelante *CBD*, sean examinadas de manera previa por la Cámara de Comercio Internacional, cuyas siglas son “CCI”, para lo que, el organismo técnico especializado deberá elaborar un proyecto de Decisión y remitirlo al Centro para su revisión antes de firmarlo, por lo que, se encuentran prohibidos de comunicar a las

Partes las Decisiones que se encuentran en análisis del Centro. La CCI se encuentra facultada para ordenar modificaciones a la forma de la Decisión.

El artículo 21 del Reglamento de la CCI, dispone cuáles son los elementos esenciales de las Determinaciones, siendo uno de los principales la motivación y adicionalmente, determina los siguientes requisitos no taxativos, pero sí elementales:

ELEMENTOS ESENCIALES DE UNA DETERMINACIÓN



El artículo 23 del Reglamento *ibídem*, señala que cuando el *DB* está compuesto por tres miembros, las Decisiones que emitan deben ser adoptadas por unanimidad. Sin embargo, si no existe unanimidad de criterios para emitir una Determinación, el Presidente está investido del poder suficiente para emitir la Determinación solo y el Miembro que no esté de acuerdo con la Determinación, debe motivar las razones de su desacuerdo por escrito y de forma separada, y no formará parte de la Determinación, sin

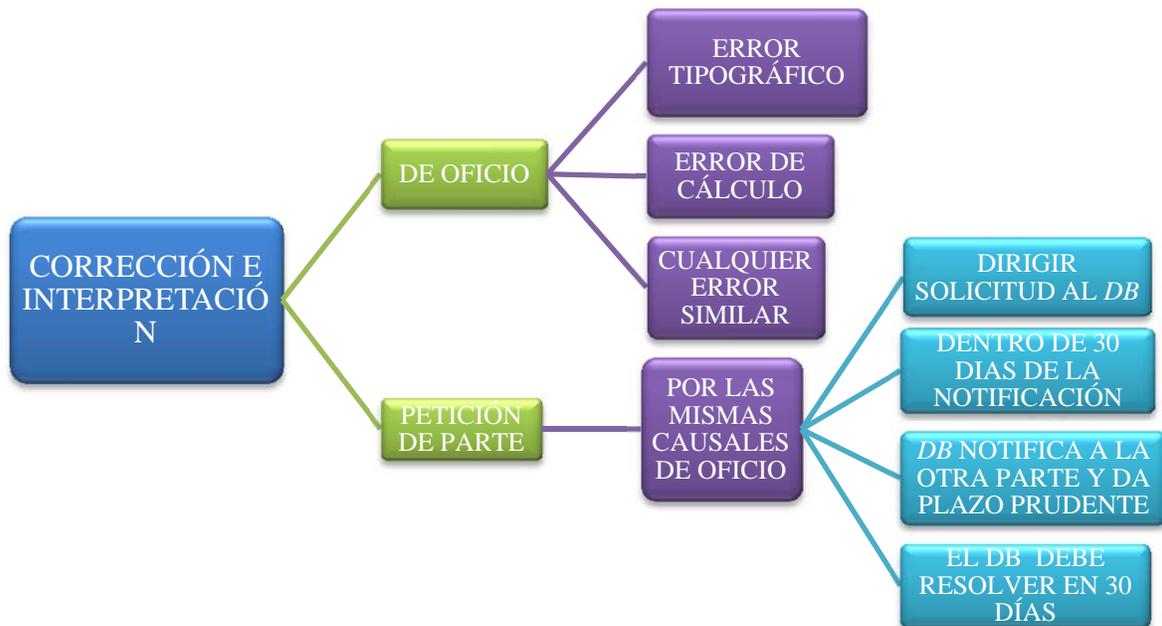
³⁵Este gráfico tiene como fuente varias disposiciones del Reglamento relativo a los *Disputes Boards* y la experiencia profesional de las Determinaciones a las que he tenido acceso como parte dentro de una controversia contractual.

perjuicio de lo que se notificará a las partes con este desacuerdo y esto no implica que tenga alguna influencia sobre la Determinación y su eficacia.

El artículo 24 del Reglamento *ibídem*, establece el mecanismo mediante el cual los *Dispute Boards* corrigen o interpretan sus Determinaciones. Los *DB* pueden corregir de oficio cualquier error tipográfico, de cálculo o de cualquier clase de evento similar, en el que se haya incurrido en una Determinación, dentro de los 30 días siguientes a la fecha en la que se emitió.

Aparte de la facultad de oficio que tienen los *DB*, las partes también pueden solicitar que se corrija un error de los señalados en el anterior párrafo o también tienen la posibilidad de que se interprete una Determinación, siempre que dirijan una solicitud al *DB* dentro de los 30 días siguientes a la fecha en la que fueron notificados. Una vez que el *DB* reciba dicha solicitud, debe notificar a la otra Parte para que emita sus comentarios sobre la solicitud de la interpretación en un plazo prudente. A partir de recibir esta respuesta, el *DB* debe resolver 30 días después a la recepción de los comentarios y sin perjuicio de lo señalado, las partes de mutuo acuerdo, pueden pactar una prórroga de plazo para que el *DB* emita las correcciones o interpretaciones.

Una vez que el *DB* emita la corrección o interpretación los plazos para presentar un desacuerdo sobre la Determinación comenzará nuevamente a partir de la fecha de recepción por las Partes de la corrección o interpretación de la Determinación. A continuación se presenta gráficamente el procedimiento expuesto:



El artículo 25 del Reglamento *ibídem*, establece que las Determinaciones que emite un *Dispute Board*, pueden ser admitidas en un proceso arbitral o judicial, si las partes no han acordado que no se lo utilice. La única condición es que todas las partes sean las mismas que recibieron la Determinación.

Es necesario aclarar que las Determinaciones que emite el *DB* tienen el carácter de obligatorias para las partes, lo que no significa que tengan fuerza ejecutiva por sí mismos, ya que, si las partes no las ejecutan por su propia voluntad, requieren acudir a un tribunal arbitral o un juez ordinario para que ordene su ejecución, sin modificar su contenido, que como se señaló es obligatorio para las partes.

1.3.1. Recomendaciones

En atención a lo descrito anteriormente, se concluye que una Recomendación es una Determinación no vinculante, emitida por un *Dispute Board*, que en el transcurso de 30 días se hace vinculante, si es que las Partes no la impugnan y que normalmente es emitida de oficio o a petición de las Partes, sobre temas técnicos fundamentalmente.

Dentro de las ventajas que reportan las recomendaciones, podemos señalar las siguientes:

1. Ayuda a las partes a resolver los conflictos de manera temprana, de acuerdo al criterio del *DB* y con la confianza que se deposita en este organismo.
2. Existe un intercambio y acercamiento permanente entre las partes debido a la constante interacción entre las partes y los miembros para alcanzar un acuerdo.
3. Las diferencias culturales de las partes, puede ser influenciado positivamente por los miembros del *DB*, subsanar esto y evitar posibles controversias a futuro.
4. No se requiere de mucha preparación en cuanto a argumentos legales y soportes documentales para las audiencias.
5. Las audiencias son generalmente cortas y simples.
6. Los costos por la intervención de los miembros del *DB* son fijados mensualmente y por día de audiencia y no se requiere contratar asesoría técnica, legal o económica para ello. Ya que, normalmente se trata de temas que están en pleno conocimiento de las partes y no requieren de opiniones de ajenos.
7. Las partes pueden resolver conflictos futuros solos, de acuerdo a la Recomendación que se haya emitido,
8. Normalmente son aceptadas, por lo que las partes no acuden a arbitraje o a una corte judicial.

Las desventajas de una Recomendación son las siguientes:

1. La parte que haya sido perjudicada, puede negarse a cumplir la Recomendación y someterla inmediatamente a arbitraje para que no adquiera fuerza obligatoria. Si llega a manifestar el desacuerdo, la Recomendación no es de obligatorio cumplimiento para las partes.
2. La recomendación puede ser ignorada por la Parte que ha perdido y normalmente no se pacta una acción coactiva contractual, para forzarlo a que cumpla.

1.3.2. Decisiones

Las Decisiones, como se ha establecido, son Determinaciones vinculantes para las partes y que deben ser ejecutadas de manera inmediata, independientemente de que las Partes estén o no de acuerdo con ellas, por lo que no pierden su obligatoriedad en el cumplimiento, a pesar de que exista una manifestación de desacuerdo. A continuación me permito exponer cuáles son las ventajas de las Decisiones:

1. Si una Decisión obligatoria no es ejecutada, se puede utilizar un proceso judicial o arbitral³⁶ que ordene a las partes cumplir el contenido de la Decisión. El proceso de ejecución dependerá del ordenamiento jurídico que se aplique.
2. La naturaleza obligatoria de la Decisión hará que las partes se enfoquen en la controversia, realicen un mayor esfuerzo en negociar y con estos elementos se puede llegar a un acuerdo temprano.
3. La Decisión no puede ser ignorada, porque sería un incumplimiento contractual.
4. Con una Decisión no se requiere de la voluntad conjunta de sus partes para que sea obligatoria.
5. En la gestión de la administración pública, en los contratos que celebre el Estado, una Decisión motivada sería una base técnica, legal y económica sólida para que el Administrador del Contrato adopte una decisión administrativa sobre el tema en controversia y que el Control que realiza la Contraloría General del Estado considere que el acto del Administrador del Contrato no es discrecional, sino que también tuvo fundamento en el criterio del *DB*.

Los puntos desfavorables son los siguientes:

1. Que la defensa es mucho más reñida, porque hay más intereses en juego dentro de un plazo limitado.

³⁶Cfr. *David J. A. Cairns e Ignacio Madalena, "Dispute resolution, international Chamber of Commerce International commercial arbitration; Procedure"*, 44.

2. Los costos en asesoría legal, técnica y económica, tiempo y esfuerzos se incrementan para realizar las audiencias, debido a que, se tiene que preparar una defensa más sólida por la obligatoriedad de cumplimiento de la Decisión.
3. La Decisión es obligatoria y su contenido no depende de la voluntad de las partes.
4. Existen temas complejos que pueden verse afectados, por los tiempos límite que se tiene para el procedimiento y que pueden afectar el resultado de la Decisión.

1.4. Tipos de *Dispute Board*

Los *Dispute Board*, de acuerdo al Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, se clasifican en tres tipos de acuerdo a las Determinaciones que emiten y el efecto que produce en las partes. Por lo tanto, su naturaleza se fija de acuerdo a la fuerza obligatoria que tienen sus actos y son los siguientes:

1.4.1. *Dispute Review Board*

El artículo 2 del citado Reglamento de la CCI, en sus definiciones, hace la primera clasificación y el artículo 4 ibídem, establece que los *Dispute Review Boards* denominados en adelante “*DRB*”, son los organismos técnicos especializados que emiten un Determinación denominada Recomendación, sobre las desavenencias que surgen entre las partes contractuales. La Recomendación que emite el *DRB* es una opinión técnica fundada, no vinculante para las partes, por lo que, su cumplimiento está íntimamente ligado a su observancia voluntaria, sin que sea la obligación de las partes acatarla.

La Cámara de Comercio Internacional, ha establecido en el prenombrado Reglamento, que si una de las partes contractuales ha recibido una Recomendación del *DRB*, y no notifica a la otra parte por escrito su desacuerdo sobre la mentada Recomendación, dentro de un plazo de 30 días, a partir de su notificación, el carácter de voluntario en el cumplimiento de la Recomendación se extingue y se vuelve de cumplimiento obligatorio para las partes, quienes deberán cumplir dicha Recomendación de manera inmediata, y de forma tácita acuerdan no impugnarla, siempre y cuando esta

clase de acuerdo sea válido. La manifestación de desacuerdo con la Recomendación, tiene que ser expresada a la otra parte y al *DRB*, mediante una notificación escrita y de ser posible, con la descripción de las razones que motivan el desacuerdo.

Este acuerdo tácito debe ser respetado, ya que si una de las partes no cumple con la Recomendación obligatoria, la Parte que no ha presentado un desacuerdo puede impugnar este incumplimiento en arbitraje. Es necesario destacar que esto es procedente, siempre y cuando las partes, lo hayan pactado previamente en el Contrato que suscribieron y si es que no ha existido este acuerdo previo, las partes pueden acudir a cualquier tribunal competente dentro de la jurisdicción que hayan fijado.

Las Partes pueden acudir a arbitraje o a cualquier otro tribunal competente en los siguientes casos: 1) Cuando una parte está en desacuerdo con la Recomendación; 2) Cuando el *DRB* no emite su recomendación dentro del plazo establecido en el artículo 20 del Reglamento de la CCI; y, 3) Cuando el *DRB* queda disuelto, conforme a lo dispuesto en el Reglamento de la CCI, de manera previa a emitir una Recomendación.

1.4.2. *Dispute Adjudication Board*

El artículo 5 del Reglamento de la CCI, determina que los *Dispute Adjudication Boards* denominados en adelante *DAB*, son organismos técnicos especializados, que emiten Decisiones de las controversias que surgen entre las Partes contractuales y tienen el carácter de obligatorio cumplimiento, desde el momento en que son formalmente notificadas a las partes, sin que éstas puedan objetar la obligatoriedad del cumplimiento de la misma sin motivo alguno, inclusive, a pesar de que exista una manifestación de desacuerdo de la Decisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 del citado Reglamento.

Al igual que en *DRB*, en el *DAB* si una de las partes no está de acuerdo con la Decisión que se ha emitido, tiene 30 días desde la notificación para manifestar su desacuerdo por escrito a la otra Parte y al *DAB*, sin que ello modifique la naturaleza de

la Decisión y siga siendo de obligatorio cumplimiento, siempre que un Acuerdo de esta naturaleza sea válido.

Si la Parte que impugna una Decisión no está cumpliendo con lo resuelto, la Parte que no impugnó puede someter este incumplimiento al conocimiento de un tribunal arbitral o cualquier otro tribunal competente, para que en esta otra instancia se haga que la Parte incumplida actúe de conformidad con lo resuelto.

Al igual que en el *DRB*, las partes pueden acudir a arbitraje o a un tribunal competente, por las causales expuestas en el anterior acápite. Lo que diferencia a las dos instancias de resolución de conflictos, es que la Decisión y su contenido son obligatorios, hasta que la desavenencia no haya sido resuelta definitivamente por cualquiera de estas instancias o salvo que estas otras instancias resuelvan de otro modo y se deje sin efecto la Decisión.

1.4.3. *Combined Dispute Board*

Este organismo técnico especializado es una combinación de los dos anteriores; es decir, que tiene facultades para emitir Recomendaciones, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 4 del Reglamento de la CCI y Decisiones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 *ibídem*. El artículo 6 del citado Reglamento establece lo siguiente:

1. La *CDB* emite Decisiones cuando una Parte así lo requiere para resolver una Desavenencia y la otra Parte contractual no manifiesta su oposición a ello.
2. Cuando una Parte solicita una Decisión sobre una controversia y la otra Parte se opone, es la *CDB* la que se encuentra facultada para decidir de forma definitiva de expedir solamente una Recomendación o una Decisión para lo que deberá tomar en consideración los siguientes parámetros, sin que sean limitantes para que apliquen la sana crítica:
 - a. Cuando la resolución de la Controversia tenga el carácter de urgente o por razones de otra índole, que requieren un pronunciamiento vinculante para facilitar la ejecución contractual o impedir un daño o perjuicio inminente para cualquiera de las partes;

- b. Si es que por la emisión de una Decisión, se puede prevenir que el Contrato sea interrumpido;
- c. Cuando se requiere conservar elementos de prueba y se pueda realizarlo mediante una Decisión.

La Parte que solicite una Decisión para resolver una Desavenencia, debe manifestar en la exposición de la Controversia, los motivos descritos de manera detallada y estructurar su exposición, de conformidad con los requisitos del artículo 17 *ibídem* y la otra Parte debe realizar su escrito de contestación, de acuerdo al artículo 18 *ibídem*. Se analizará en detalle el procedimiento en el tercer capítulo de esta Tesis.

1.4.4. Otros tipos de *Dispute Board*

Por otra parte el Tribunal Arbitral de las Ingenierías, denominado en adelante TAI, del Centro de Ingenieros de Argentina (que se ha tomado como ejemplo para contrastar los tipos de *DB* clasificados en las Reglas relativas a los *Dispute Boards* de la Cámara de Comercio Internacional, que en esencia no varían sustancialmente), en su Reglamento de *Dispute Boards* (Comité permanente de solución de conflictos), cuyo ámbito de aplicación de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1 *ibídem*, son aquellos contratos que hubieren establecido este mecanismo y la aplicación de estas reglas, se sujeten a estas disposiciones y establece 3 tipos de *DB* que se clasifican a continuación:

a. *Dispute Board* Consultivo

De acuerdo a lo establecido en el artículo 4 del mentado Reglamento, el *Dispute Board* Consultivo es aquel que puede emitir Dictámenes sobre una controversia que hayan sometido las partes a su conocimiento. Como se indicó en los anteriores tipos de *DB*, tiene que haber sido pactado por las partes contractualmente, cómo un método de solución de discordancias.

Una vez que las Partes hayan recibido el Dictamen, pueden aplicarlo de forma voluntaria, sin que estén obligados a hacerlo. Si una Parte no ha manifestado su

desacuerdo a la otra parte y al DB Consultivo, dentro del plazo de 10 días, contados a partir de su recepción, se comprometen a acatar dicho Dictamen y será obligatorio para las partes, con la obligación de cumplirlo y no impugnarlo, siempre que este acuerdo sea válido y si una parte no cumple con esta obligación la otra parte puede someter este incumplimiento a arbitraje del TAI.

Una Parte puede manifestar su desacuerdo dentro del plazo de 10 días, contados a partir de la recepción del Dictamen, con una notificación por escrito y motivada, dirigida a la otra parte y al *DB* Consultivo, debe someter la controversia al Arbitraje del TAI y en este caso, las partes pueden acatar el laudo, a pesar de que no estén obligadas a hacerlo. Cuando el *DB* Consultivo no emite su dictamen a tiempo o se lo disuelve antes de emitir un Dictamen, la controversia se resuelve en arbitraje del TAI.

b. DB Ejecutivo

El *Dispute Board* Ejecutivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 del referido Reglamento, es el organismo técnico que emite una “Orden de Ejecución” a una controversia que es planteada por las partes y la característica de esta orden es que por acuerdo entre las partes, la misma debe ser cumplida desde el momento de su recepción hasta que no haya decisión en contrario dictada por un Tribunal Arbitral y si las partes no manifiestan su desacuerdo y si coordinan en no impugnarla, siempre que este acuerdo sea válido.

La Parte que no esté de acuerdo puede enviar su desacuerdo por escrito y motivado a la otra Parte y al *DB*, en el plazo de 10 días, desde la recepción de la Orden de Ejecución y debe seguir cumpliendo obligatoriamente lo ordenado y la misma será resuelta en arbitraje del TAI. De igual manera, se somete a conocimiento de TAI si una parte no cumple la Orden de Ejecución o si bien el *DB* Ejecutivo, no emite la orden en el plazo establecido en el artículo 20 o si se disuelve antes de emitir la orden.

c. DB Operativo

El *Dispute Board* Operativo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 6 del Reglamento ibídem, es aquel organismo técnico conformado contractualmente, que se encuentra facultado para emitir un Dictamen de conformidad con el artículo 4, sobre las controversias que plantean las partes o una Orden de Ejecución, tal como lo dispone el artículo 5, cuando una parte lo solicita y la otra no se opone al efecto; y si se opone, es atribución del *DB* Operativo, decidir qué tipo de resolución emitir: tomando en consideración lo siguiente:

1. Si una Orden de Ejecución puede facilitar la ejecución del Contrato o impedir un daño o perjuicio para las partes.
2. Si permite prevenir la interrupción del Contrato.
3. Si es necesaria para conservar elementos de prueba.

Se puede visualizar que es una mixtura de los dos *Dispute Boards* analizados anteriormente y la diferencia radica en la inmediata ejecución de la Orden de Ejecución frente al Dictamen.

1.5. Conformación del *Dispute Board*

1.5.1. Nombramiento y conformación

El artículo 7 del Reglamento de los *DB* de la CCI, establece que este se constituirá de conformidad con las disposiciones fijadas en el Contrato para el efecto. El *Dispute Board* puede estar conformado de uno o tres Miembros. Cuando se conforme de un solo Miembro, las Partes lo designarán de mutuo acuerdo. Cuando se componga de tres Miembros, las partes de común acuerdo nombrarán a los dos primeros Miembros y el tercer Miembro será propuesto por los dos Miembros designados a las partes, en un plazo de 30 días, a partir de que se nombra al segundo Miembro.

Si es que no se ha establecido nada en dicho Contrato, se procederá conforme lo que establece el mentado Reglamento, para el efecto se establece lo siguiente:

1. Si las partes no ha fijado un número de Miembros del *DB*, este estará compuesto por tres miembros.
2. En el caso de que exista un *DB* conformada por un solo Miembro y las partes no pueden llegar a un consenso, en un plazo de 30 días siguientes a la ejecución o firma del Contrato, el Centro de la Cámara de Comercio Internacional, nombrará al Miembro a petición de cualquiera de las Partes.
3. Cuando el *DB* se conforma de tres Miembros y las Partes no han logrado llegar a un acuerdo, sobre quien nombrar en un plazo de 30 días siguientes a la ejecución o firma del Contrato, el Centro de la Cámara de Comercio Internacional, nombrará a los dos Miembros a petición de cualquiera de las Partes.
4. Cuando el *DB* se conforma de tres Miembros y las Partes no han logrado llegar a un acuerdo o los dos Miembros no proponen al tercer Miembro en un plazo de 15 días, el Centro de la Cámara de Comercio Internacional nombrará al tercer Miembro, a petición de cualquiera de las Partes. Quien será el presidente del *DB* salvo que todos los miembros del *DB* acuerden que sea otro el presidente.

El artículo 7 del Reglamento de los *Dispute Board*, establece que cuándo el Centro deba nombrar un Miembro del *DB*, debe analizar las cualidades del candidato con relación al caso, tomar en consideración la disponibilidad de tiempo, la nacionalidad que tiene que ser distinta de las partes y los conocimientos lingüísticos en el idioma que se ha establecido para el funcionamiento del *Dispute Board*; y, por supuesto, deberá además tomar en consideración cuales son los comentarios y/o necesidades de las Partes.

1.5.1.1.Miembros

En atención a las funciones que deben cumplir los miembros del *Dispute Board*, se destaca que tienen que ser personas especialistas o conocedores de temas relacionados con el objeto del Contrato, tener experiencia en manejo contractual y ser totalmente imparciales respecto de las Partes. De otro lado, la práctica recomienda que sean

técnicos especialistas en los puntos más controvertidos o en la materia general³⁷, ya que deben recibir, interpretar y analizar los documentos técnicos que se les remite periódicamente, para que estén inteligenciados sobre la materia de manera constante.

1.5.1.2. Chairman

El Chairman o Presidente del *Dispute Board* tiene un rol determinante³⁸, ya que, es el encargado de presidir todas las reuniones, aprobar las Determinaciones, guiar a las partes en las audiencias, buscar la conciliación y consolidar los criterios de los miembros del *Dispute Board*, por lo que, en la práctica se estila seleccionar para este puesto a un abogado³⁹ que conozca a profundidad el manejo contractual. Sin embargo de lo señalado, debe también conocer sobre la parte técnica, porque él o ella es el encargado de preparar los temas que se van a tratar en la audiencia, de establecer cuál es la legislación aplicable para la ejecución del Contrato, de que se emitan actos o resoluciones motivados; y, en general, de dirimir los límites de actuación del *Dispute Board*.

1.5.2. Conflicto de Intereses

El artículo 8 del Reglamento de la CCI, establece que los Miembros del *DB* deben ser independientes de las partes y mientras ejecutan sus funciones tienen que mantener este compromiso de independencia. Por lo que, no puede una parte nombrar un Miembro que haya estado relacionado comercial, legal o técnicamente, de manera previa con quien lo nombra.

Para mantener esta obligación de independencia, el candidato para ser Miembro del *DB*, debe firmar una declaración de independencia y comunicar con la misma a las

³⁷Cfr. Peter H. J Chapman, “Dispute boards o major infrastructure projects”, 11.

³⁸Daniel D, McMillan and Rober A. Rubin, “Dispute Review Boards: Key Issues, Recent Case Law, and Standard Agreements”, pág. 15.

³⁹Véase que el criterio de selección del *Chairman* usualmente se inclina a que sea un abogado, en Herfried Wöss W, en Panel de Adjudicación de Desavenencias “Una retrospectiva”, pág. 7.

Partes, a los demás Miembros del *DB* (Si es que ya fueron nombrados) y al Centro de la CCI, si es el que va a designar a ese Miembro. En esta declaración se debe señalar cualesquier hecho que pueda poner en duda su independencia como Miembro.

Las Partes tienen el derecho de recusar un Miembro del *DB*, por falta de independencia o por otro motivo, para lo que tienen un plazo de 15 días contados a partir del conocimiento del hecho, debiendo remitir una recusación por escrito, con la descripción de los hechos al Centro de la CCI. El Centro luego de escuchar al Miembro recusado, a los otros dos Miembros y a la otra parte emitirá un pronunciamiento definitivo sobre la recusación. Si es que la recusación fuera aceptada el Miembro es inmediatamente sustituido y el nuevo Miembro se nombrará de conformidad con el mismo procedimiento descrito.

Por otra parte, si es que ha sucedido alguna circunstancia que le impida al Miembro continuar con la ejecución de sus funciones, éste tiene la obligación de comunicarlo a las partes de manera inmediata.

1.5.3. Formas de remover a los miembros del *Dispute Board*

El *Dispute Board* puede ser removido, de acuerdo a su naturaleza contractual, de las siguientes maneras:

1. Terminación del Contrato por vencimiento del plazo y objeto contractual.
2. Terminación por falta de renovación del Contrato de uno de los Miembros (que no sea el Presidente) del *Dispute Board*, si es que así lo decide la parte que lo designó.
3. Terminación por falta de renovación del Contrato del Chairman, siempre y cuando las dos partes estén de acuerdo y si no deben recurrir a la Cámara de Comercio Internacional, para que esta lo designe.
4. Muerte de uno de los Miembros.
5. Renuncia de uno de los Miembros.

El *Dispute Board* puede ser disuelto según lo dispuesto en el artículo 14 del Reglamento ibídem en virtud del mutuo acuerdo de las Partes, el *Dispute Board* culminará con sus funciones al recibir una notificación de las dos Partes, mediante la que se informa la decisión de mutuo acuerdo de disolver el *DB*. Las desavenencias que surjan después de la disolución del *DB*, tienen que ser resueltas de manera definitiva en arbitraje, si es que fue pactado por las partes, caso contrario, ante un tribunal competente.

1.6. Cuadro comparativo entre *Dispute Board*, Mediación, Arbitraje y Peritaje

En atención a que el *Dispute Board* es un mecanismo alternativo de solución de controversias, denominado en adelante MASC, se considera útil realizar una comparación de los elementos más representativos del mismo con otros de éstos mecanismos alternativos y de experticias técnicas, para visualizar de manera gráfica, se presentará cuáles son las principales diferencias o semejanzas entre un *Dispute Board*, la mediación, el arbitraje y peritaje y son las siguientes:

CONCEPTO	DISPUTE BOARD	MEDIACIÓN	ARBITRAJE	PERITAJE
Definición	El <i>DB</i> es un organismo técnico especializado, compuesto usualmente por tres expertos externos, se conforma por la voluntad de las partes, que intervienen en la celebración de un contrato de ejecución de obra, con el objetivo de resolver desavenencias o desacuerdos comerciales o técnicos, que surjan entre éstas.	El artículo 46 de la Ley de Arbitraje y Mediación lo define como el procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto.	El artículo 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación lo define cómo mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias	Actividad que se realiza en base a un conocimiento especializado en la ciencia o en el arte, que aporta al debate el carácter técnico
De qué manera se	Por mutuo acuerdo de las partes,	El artículo 46 de la Ley de Arbitraje y Mediación	Los artículos 1, 4 y 5 de la Ley de Arbitraje y	En aplicación de lo dispuesto por el

somete una controversia a su conocimiento	plasmado en un contrato, con la expresión de las partes de someterse a este mecanismo	señala que se realizará por convenio escrito entre las partes, a solicitud de una parte o cuando un juez ordinario disponga que se realice una audiencia de mediación.	mediación señalan que se realiza por mutuo acuerdo entre las partes, mediante un convenio arbitral, contenido en un contrato.	artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, será por orden del juez. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 12, del artículo 444 del Código Integral Penal por orden del Fiscal. Lo que implica que no se somete formalmente todo el conflicto existente entre las partes, sino solamente un tema particular de conocimiento de la persona que realizará la pericia
Normativa aplicable a cada caso	Reglas del Contrato. Reglamento del Centro Seleccionado, por ejemplo las Reglas relativas a los <i>DB de la CCI</i> y legislación vigente pactada aplicable.	Ley de Arbitraje y Mediación, Reglamento del Centro de Mediación	Convenciones Internacionales, Ley de Arbitraje y Mediación, Reglamento del Centro, convenio arbitral y legislación aplicable	Código de Procedimiento Civil, Código Orgánico Integral Penal, Normas técnicas y legislación aplicable a la materia
Temporalidad en el momento en que se conoce la controversia	Tiene como objetivo conocer la controversia inmediatamente que surge, cuando las partes lo ponen en conocimiento del DB o de oficio antes	Puede ser sometida al conocimiento del Centro de Mediación o de los Mediadores independientes de manera simultánea o posterior al nacimiento de la controversia	Puede ser sometida al conocimiento del Tribunal Arbitral o el Arbitro de manera simultánea o posterior a	No conoce la controversia, no es tercero dirimente, ni testigo, se limita a emitir un informe técnico especializado
Ejecución	Puede ejecutarse por voluntad de las partes. Sin embargo, sino se ejecuta así, pueden acudir a un Tribunal Arbitral o a la jurisdicción ordinaria para que se	El artículo 46 de la Ley de Arbitraje y Mediación establece que el acta de mediación en que conste el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutará del mismo	El artículo 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación señala que Los laudos arbitrales tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutarán del mismo	No tiene fuerza ejecutiva, debido a que se trata de un informe técnico especializado externo

	ordene la ejecución.	modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la suscripción del acta de mediación	modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la expedición del laudo.	
¿Conoce solo Asuntos contractuales?	Solo conoce temas contractuales	El artículo 43 de la Ley de Arbitraje y Mediación señala que resuelve cualquier tipo de tema que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto.	El artículo 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación señala que conocen las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias	Conoce y emite su informe sobre temas técnicos de su especialidad
Intervención de un tercero	Sí interviene uno o tres miembros de acuerdo a lo que se haya pactado contractualmente	Interviene un Centro de Mediación o un Mediador Independiente	Existe un tribunal arbitral compuesto por el número de árbitros que determine el convenio y en ausencia de acuerdo, por tres árbitros.	Es un tercero técnico especializado pero no interviene como parte o testigo
Obligatorio	Existe Determinaciones cuyo contenido es obligatorio, como en el caso de la Decisión. La Recomendación es obligatorio sino fue impugnada dentro de los 30 días posteriores a su emisión por las partes de acuerdo a las Reglas de la CCI	Tiene efecto obligatorio para las partes	Tiene efecto obligatorio para las partes	No es obligatorio, es un criterio técnico que sirve de base para la adopción de una decisión o la expedición de un acto

Procedimiento Flexible	Sí, las partes pueden variar las reglas establecidas por mutuo acuerdo.	Sí	No si es en derecho. Sí, si es en equidad	No aplicable
Costos	Se incurre en el pago de los miembros del DB, que de acuerdo a los artículos 27, 28, 29 y 30 Reglamento de la CCI, incluyen honorarios mensuales, diarios, costo de desplazamiento y otros gastos y pago de todos los impuestos, excepto el IVA, que se genere por la prestación del servicio. Valores que son fijados libremente por las partes. Adicionalmente, se debe incurrir en el pago de técnicos y abogados, sin que sea obligatoria su participación	De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 54 existen tarifas de honorarios del mediador, de gastos administrativos que son fijados por el Centro de Mediación o el Mediador, sin perjuicio de que pueda establecerse la gratuidad del servicio. Regularmente aquí no existe pagos por temas técnicos o jurídicos, porque es un proceso en el que las partes con el Mediador buscan llegar a un acuerdo	De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40 existen Tarifas de honorarios para árbitros, secretarios y mediadores, gastos administrativos y los que se deriven de la defensa legal, recursos técnicos, etc. ⁴⁰ ,	Sí tiene el costo por la prestación del servicio
Promueve la negociación	Sí, las Partes deben buscar por su propia voluntad el ganar/ganar ⁴¹	Sí las partes buscan una solución	No, las partes buscan la solución emitida por un tercero vinculante	No toma contacto con las partes, es independiente la emisión del criterio técnico
¿Se resuelve en Equidad?	No	Sí	Sí, si es en equidad.	No aplica
¿Se resuelve en Derecho?	Sí, de acuerdo a las reglas a las que hayan pactado las partes en el Contrato	No	Sí, si es en derecho	No aplica

⁴⁰ Cfr. Sai-On Cheung, "Critical factors affecting the use of alternative dispute resolution processes in construction, *International Journal of Project Management*, Vol. 17, (Inglaterra, 1998), 190, señala que los costos son altos porque se requiere de representación legal técnica y económica permanente.

⁴¹ Cfr. En la Teoría y herramientas del Proyecto de Negociación de Harvard, impartido por CMI International Group que toma como base la teoría de negociación del proyecto de Harvard señala que ganar/ganar implica que los intereses de las partes queden satisfechos, es decir que al momento de negociar nuestros intereses sean atendidos prioritariamente, los de la otra parte también bien (lo mínimo que se puede obtener es un resultado aceptable) y los de terceros no involucrados pero si afectados deben ser satisfechos en forma tolerable. Información obtenida del Workshop de Negociación, Cambridge, 2010.

II. Capítulo II: *Dispute Board* en el Ecuador

2.1. Marco Jurídico aplicable

Se ha establecido que el *Dispute Board* es un organismo técnico que se conforma de por el mutuo acuerdo de las partes y que se regula mediante lo que se establece en las cláusulas contractuales, por lo que, el marco jurídico aplicable es aquel aplicable al contrato principal. Por lo que el *Dispute Board* tiene un origen convencional⁴², constituido por la relación que se establece entre las dos partes y los miembros del panel.

2.1.1. *Dispute Board* en el *Common Law*

Se va a revisar de manera referencial cómo funciona el *DB* en el *Common Law*, para tener un criterio general sobre su operación en este sistema, sin que se analice a profundidad el tema, por no ser específico del objeto de análisis de esta tesis. Como es conocido, el *Common Law* se deriva de las decisiones que emiten las cortes y de los estatutos que se emiten por el poder legislativo. Pero en esencia proviene de la decisión de las cortes, la que forma la base esencial del derecho de manera general, mientras que en específico, es el contrato el que tiene que regular las condiciones especiales. En el caso de los *Dispute Boards* el contrato es el instrumento esencial para regular su procedimiento y en el que se le reviste de fuerza para que sus determinaciones tengan ejecutividad y puedan ser llevadas a cabo al mayor detalle. Por lo que el contrato en el *Common Law* es de vital importancia y es el que regenta en detalle el funcionamiento técnico, legal y económico del *Dispute Board*, sin perjuicio de que los principios sean aplicables de manera referencial. La figura jurídica es de más sencilla recepción, pues no existen leyes de aplicación general y obligatoria, y es la autonomía de voluntad de las partes la que prima y hace que el *Dispute Board* sea más fácil de aplicar, porque existe una libertad formal más amplia de las partes.

⁴²Véase Dyalá Jiménez Figueres y Roque J. Caivano, *Funcionamiento de los 'dispute Boards' de la CCI y su encuadre en el derecho argentino*, 166.

2.1.2. *Dispute Board* en el Derecho Civil

En el Derecho Civil Romano Germánico, que es el sistema normativo predominante en el Ecuador y en Latinoamérica⁴³ en general es menester determinar si es que esta figura jurídica del *Dispute Board* es compatible con el régimen legal al que se somete el contrato. Existen normas que regulan cada materia y que son de aplicación inmediata, que tienen una directa relación con el contrato principal que contiene a un *Dispute Board*, por lo que, la legislación aplicable al contrato debe ser considerada por los miembros del *Dispute Board* de manera conjunta con las normas contractuales y el Reglamento de la CCI y es plenamente compatible con el derecho positivo del Estado. Por supuesto que la legislación aplicable depende del contrato que se analice, por ejemplo, si es un contrato celebrado en el Ecuador y se ha pactado que la legislación aplicable sea la ecuatoriana, es esta la que el *DB* debe considerar; por otra parte, si el contrato es entre privados, será la legislación de derecho privado la aplicable, si por el contrario es de derecho público, se tiene que aplicar las normas aplicables a este sector. Por lo que, un *DB* en donde existe legislación vigente, debe considerar la misma al momento de emitir sus Determinaciones y no contrariarla o afectarla directamente de manera general.

La naturaleza de los *Dispute Board* tiene como objetivo solventar controversias en obras de gran infraestructura como se mencionó en el primer capítulo; y en Latinoamérica, éstas se han desarrollado primordialmente por parte del Estado. Por tanto, los contratos normalmente son sometidos al régimen del sector público. Una ventaja del uso de este método es contribuir con la eficacia de los contratos administrativos que por el tiempo de su duración son de tracto sucesivo, sujetos a factores naturales no previsibles, garantías de cuidado ambiental⁴⁴ y un sinnúmero de

⁴³Cfr. Pedro Augusto Gravatá Nicoli y Gilberto José Vaz, *Los Dispute Boards y los contratos administrativos: ¿Son los DB's una buena solución para Disputas sujetas a normas de orden público?*, *Dispute Boards en Latinoamérica: experiencias y retos*, Biblioteca del Arbitraje, volumen 23, (Perú, 2004), 100.

⁴⁴Se señala que la contratación de obras después de la Segunda Guerra Mundial se volvió mucho más complejo debido a que se incluyeron nuevos factores relacionados al objeto, como por ejemplo, limitar los impactos ambientales y el desequilibrio que existía en la relación de contratista y empleador se desgastó, por lo que debía haber un cambio para generar equilibrio en la solución de los conflictos. Véase Dyalá

materias técnicas, por lo que son propensos a que surjan controversias entre las partes. El DB debe alinearse a los parámetros legales de la normativa pública y el grado de obligatoriedad relacionado con sus Determinaciones surge de la voluntad de las partes que no puede, en ningún caso, sobrepasar las disposiciones legales aplicables. De hecho, las grandes inversiones están asociadas al ámbito de acción del Estado y esto crea un espacio único para el surgimiento de contratos que deben contar con cuestiones jurídicas de innovación. Sin embargo, es menester destacar que el Estado ocupa un lugar privilegiado en la relación contractual, porque debe proteger el interés público, y por tanto, está amparado por principios y leyes que relativizan a la autonomía de la voluntad de la Administración Pública y la limita creando una condición diferente. Con lo señalado se debe comprender que la defensa del interés público sobre el privado está regulado con normas constitucionales e infra constitucionales, y se basa en el principio de la indisponibilidad de los intereses públicos. Por lo tanto, la actividad del funcionario público al administrar un Contrato debe respetar la estricta legalidad de sus actos, sometiéndose estrictamente a la ley, y eso significa que no tiene libertad ni voluntad personal, sino que se debe hacer lo que las normas disponen.

Para que los *DB's* encuadren en una relación contractual diferenciada, se debe considerar que en los contratos administrativos no hay presencia de la autonomía de la voluntad como en el derecho privado y se debe considerar toda la reglamentación legal aplicable y sujeta a lo pactado y al principio del *pacta sunt servanda*, lo que de hecho implica que todas las cláusulas que existen en los contratos deben estar acordes a la legislación vigente y deben ser cumplidas al pie de la letra y con alto grado de formalidad. Esto es independiente de que existen cláusulas exorbitantes en las que el Estado ejerce su supremacía para terminar el contrato de forma unilateral, que podrían ser incompatibles con la naturaleza de conciliación del *Dispute Board*.

El régimen jurídico público es especial y se pueden generar potenciales incompatibilidades con los *Dispute Boards*, así como con las Determinaciones que

Jiménez Figueres y Roque J. Caivano, *Funcionamiento de los 'dispute Boards' de la CCI y su encuadre en el derecho argentino*, 165.

emiten, en especial en lo relacionado con la obligatoriedad y carácter definitivo de los actos del DB. Sin embargo, lo que permite que un DB sea viable es que el contrato administrativo cuente con la existencia de una autorización emitida por la autoridad gubernamental competente para el efecto, como es el caso del Procurador General del Estado; y, que se presupone que se pueda negociar los temas contractuales que no son indisponibles. Ahora que la moderna teoría de la legalidad sobrepasa el cumplimiento estricto de una ley per se, busca superar el formalismo y acoger la juridicidad⁴⁵ en la que se pretende cumplir con los fines y objetivos del Estado buscando los valores y objetivos públicos.

Solo como una reflexión, el modelo de *Dispute Board* que no emite Decisiones y solo emite Recomendaciones no vinculantes es mucho más sencillo de insertar en el régimen del derecho público, ya que la Administración Pública queda en la posibilidad de adoptar dicha Recomendación si lo considera pertinente y previo el análisis de su juridicidad y coherencia con el régimen administrativo. Caso contrario se puede acudir al Poder Judicial o a un Tribunal Arbitral porque que se violentó los principios administrativos, por lo tanto la Recomendación debe tener consistencia técnica y jurídica. Se debe tomar en consideración que normalmente los asuntos que se someten a los DB se refieren a derechos patrimoniales y no a derechos indisponibles. El sujeto será la autoridad contratante, la finalidad será mantener el equilibrio económico, la forma de cumplir será la prevista en el contrato y en la ley, el motivo son los hechos fácticos y el objeto es acatar la recomendación.

Con relación a los *Dispute Boards* que emiten Decisiones sí puede ser más cuestionable su juridicidad si es que van en contra de un principio que rige a la Administración Pública y fundamentalmente debería haber una disposición legal que señale la obligatoriedad de cumplir con la Decisión que emita el *Dispute Board*, especialmente por el principio de legalidad.

⁴⁵ Cfr. Dyalá Jiménez Figueres y Roque J. Caivano, *Funcionamiento de los 'dispute Boards' de la CCI y su encuadre en el derecho argentino*, pág. 167

Retomando el principio de juridicidad, es menester destacar que independientemente de que el derecho público esté sometido al principio de legalidad, también se debe recordar que toda la administración está sometida al principio de eficiencia que es el que impone al Estado que de manera directa o indirecta ejerza sus competencias sin burocracia, buscando siempre la calidad y el mejor uso de los recursos públicos. Eso está ligado a que los mecanismos alternativos de solución de controversias prevén este fin de eficiencia y pronta atención a los problemas y de hecho realizado de manera adecuada es una forma en que el Estado de un camino jurídicamente válido y concrete su obligación de ser eficiente.

2.2.Principios constitucionales aplicables al *Dispute Board*

En atención a que el *Dispute Board* es una figura jurídica convencional y la normativa aplicable es la ley que rige al contrato, es necesario determinar qué principios constitucionales le son aplicables, tomando en consideración que son los básicos dentro de la legislación ecuatoriana y son los siguientes:

1. El numeral 1 del artículo 86 de la Constitución de la República del Ecuador establece el principio de la acción pública, en el que cualquier persona o grupo puede interponer acciones previstas en la Constitución y la Ley, que no es aplicable a los *Dispute Boards* debido a que a este mecanismo solo pueden acudir las partes contractuales.
2. El literal a, del numeral 2 del citado artículo 86 establece la celeridad y eficacia como garantías jurisdiccionales, que en cierto modo pueden ser aplicados de manera subsidiaria por parte de los miembros del DB y es semejante a los fines que persigue el *DB*.
3. El literal b del artículo *ibídem* establece el principio de que todos los días y horas son hábiles no es inmediatamente aplicable por el *DB* de acuerdo a lo que haya fijado o pactado en el contrato principal y como se trata de derechos económicos, no tienen la misma naturaleza.
4. El literal c *ibídem* cita el principio de la no formalidad, para que las partes que intervienen en un proceso puedan actuar sin que existan formalidades estrictas, por el contrario, pretende que las partes puedan exponer su posición de manera

simple cómo lo consideren apropiado y sin que se requiera un abogado, lo cual es similar a la naturaleza del *Dispute Board*, que no pretende ser absolutamente estricto sino encontrar las necesidades de las partes y satisfacerlas, a pesar de que como ya lo señale con anterioridad no se trate de derechos fundamentales sino económicos.

5. El principio de que las notificaciones deben ser realizadas por medios idóneos es plenamente aplicable al *DB* debido a que como sus miembros normalmente se encuentran ubicados en distintos países requieren establecer medios de notificación adecuados, contenido en el literal d de la norma *ibídem*.
6. El principio de intermediación contenido en el numeral 3 del artículo *ibídem* establece que en un proceso debe existir cercanía entre las partes y es aplicable de igual manera a los *DB* debido a que, por eso mismo existen las audiencias, reuniones y visitas en sitio precisamente porque sus miembros debe tener cercanía con las personas y con la ejecución del objeto contractual.

2.3.Principios procesales aplicables al *Dispute Board*

A continuación vamos a ver que principios procesales son aplicables al *Dispute Board* aclarando que a pesar de que no se trata de un proceso, es un método contractual de solución de controversias que puede aplicar normas y disposiciones contenidas en las leyes aplicables al contrato y son los siguientes:

1. Principio Dispositivo: es aplicable debido a que el *DB* requiere que las partes le den el impulso suficiente al proceso a fin de que todas las diligencias se evacuen y que tengan relación con el punto controvertido.
2. Principio de Eventualidad es aplicable de manera parcial ya que a pesar de que el *DB* tiene como objetivo que exista orden y solidez dentro del proceso, suponiendo que las partes actúen de manera oportuna dentro de los plazos establecidos para obtener rapidez no son totalmente inflexibles, ya que, si la *JCD* lo considera oportuno, puede modificar cualquier participación de las partes con el objetivo de obtener mayor certeza a fin de emitir una Determinación. .

3. Principio de Formalidad y Legalidad tampoco son plenamente aplicables porque con la voluntad de las partes y de la del DB, se pueden modificar libre y voluntariamente algunos temas del proceso.
4. El Principio de Preclusión sí es aplicable, pero su aplicación es discrecional de conformidad como lo estimen conveniente los miembros de la JCD
5. El Principio de buena fe es aplicable para el DB debido a que en el fondo se busca motivar a las partes a que actúen con conciencia de cooperar y buscar resolver el conflicto.
6. El Principio Iura Novit Curia por parte de los miembros del DB no es aplicable, debido a que, normalmente son gente extranjera y a pesar de que el Presidente es regularmente abogado, siempre va a ser de otra nacionalidad, por ende no es que conoce a fondo el derecho local que rige al contrato. Para solventar esto las partes deben cooperar brindando el soporte legal a los miembros de la JCD.
7. El Principio de Congruencia establece un límite a las actuaciones del DB, evitando de esta manera que sean discrecionales sus Determinaciones y sus actos sean coherente y lógico.
8. El Principio Dispositivo tiene lógica en la actuación del DB, en el sentido de que los miembros no pueden rebasar el ámbito señalado o marcado por las partes.
9. El Principio de intermediación es fundamental para el DB y tiene como objetivo tener una relación más íntima y cercana entre los miembros y las partes (a su vez esto implica que también va a estar relacionada con las controversia).
10. El Principio de celeridad en materia procesal es el objetivo más buscado y está relacionado con el derecho que tiene todo ciudadano de tener un proceso sin prolongación de los plazos y trámites procesales innecesarios, con el objeto de que la causa sea resuelta en un plazo razonable. Cabe señalar que el DB fue creado específicamente para cumplir con este fin.
11. El Principio de eficacia es aplicado en el sentido de que se logre llevar al convencimiento a los miembros los hechos que se quieren demostrar las partes.

2.4. Análisis de la necesidad de normativa interna en materia procesal y de contratación pública

Se desprende de lo estudiado a lo largo de esta tesis que esta figura contractual tiene la ventaja de adaptarse a la legislación vigente para el contrato principal, es por ello, que realmente no requiere contar con normativa específica de cada tema porque se entiende incorporada toda la normativa aplicable. Sin embargo, como no siempre esta figura se aplica a casos o contratos de derecho privado, y se aplica en contratos que se celebran con entidades del sector público, estimamos que se requiere contar con normas jurídicas que regulen este mecanismo.

Por lo expuesto, considero que se requiere contar con disposiciones legales específicas que regulen ciertos temas del manejo de la DB en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y son las siguientes:

1. Establecer un monto mínimo para utilizar un *Dispute Board*. Se debe realizar un estudio económico en materia de contratación pública que fije un monto económico mínimo o una cuantía en la cual el costo beneficio de un panel de expertos es positivo para los intereses del Estado. Se debe considerar que hay que pagar un monto fijo a los miembros del DB, un costo diario, gastos, traslados y hoteles. En la práctica internacional, por ejemplo, el Banco Mundial prevé *Dispute Boards* a partir de USD. \$ 10 millones de dólares⁴⁶ ya que en un valor menor no sería rentable.
2. Establecer ley aplicable. Se debe incluir en la citada Ley de Contratación Pública que los contratos administrativos que tengan fuente de financiamiento internacional deben sujetarse a las normas y procedimientos de las entidades de financiamiento internacional, que incluye este mecanismo contractual de solución de controversias.

⁴⁶ Véase Dyalá Jiménez Figueres y Roque J. Caivano, *Funcionamiento de los 'dispute Boards' de la CCI y su encuadre en el derecho argentino* 110

3. Se debe introducir que en base al principio de eficiencia de la Contratación Pública se autoriza mecanismos de solución de controversias alternativos tales cómo los *Dispute Boards*.
4. Otorgar facultad de negociación en materia contractual a los administradores públicos exigiendo que sea motivada.

En la parte procesal también se requiere contar con normas específicas para que se regule temas de procedimiento y se estandarice su aplicación y considero que son las siguientes:

1. *Dispute Board* como mecanismo de solución de controversias. Se debe establecer en una disposición legal que este es un mecanismo aplicable.
2. Direccionar al Reglamento relativo al *Dispute Board* de la Cámara de Comercio Internacional como norma aplicable.
3. Determinar la fuerza ejecutiva de las Decisiones emitidas por el *Dispute Board*.

Capítulo III: Junta Combinada de Disputas en el Contrato EPC

El Contrato EPC es el instrumento jurídico entre la compañía Hidroeléctrica Coca Codo Sinclair S.A. COCASINCLAIR y Sinohydro Corporation, para el desarrollo de ingeniería, provisionamiento de equipos, materiales, construcción de obras civiles, montaje de equipos y puesta en marcha del Proyecto Hidroeléctrico Coca Codo Sinclair en Ecuador, denominado en adelante Contrato EPC, que tiene como objeto poner en marcha una central hidroeléctrica de 1500 MW. En este Contrato se utilizó la Junta Combinada de Disputas o *Combined Dispute Board*, como mecanismo de solución de controversias previo a acudir al arbitraje. Con estos antecedentes se va analizar a continuación este mecanismo en su aplicación a un caso práctico en el Ecuador.

3.1.¿La Junta Combinada de Disputas, es un mecanismo de solución de controversias contractuales?

Para determinar la importancia de la ejecución de un Proyecto Hidroeléctrico de 1500 MW, es necesario conocer en qué norma sector se encuentra regulada esta materia, cuál es su trascendencia y determinar quién es el dueño del Proyecto y su posición dentro del Contrato EPC. El artículo 313 de la Constitución de la República del Ecuador, preceptúa que el Estado Ecuatoriano se reserva para sí, el derecho exclusivo de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia. Esta reserva que realiza la citada norma constitucional obedece a que los sectores estratégicos tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental y se deben orientar al pleno desarrollo de los derechos y al interés social. La Constitución determina que dentro de los sectores estratégicos está la energía en todas sus formas, entre otros.

El artículo 314 de la Constitución determina que el Estado es el responsable de la provisión del servicio público de energía eléctrica y que debe garantizar que este servicio responda a ciertos principios. El artículo 315 *ibídem* dispone que el Estado constituirá empresas públicas para la gestión de estos sectores estratégicos, y las mismas

funcionarán como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales.

Para la prestación del servicio público de electricidad, se requiere contar con infraestructura de obras civiles adecuadas para la producción de energía eléctrica. En el caso del Estado Ecuatoriano, su mayor potencial es la energía hidroeléctrica⁴⁷, por lo que, requiere construir obras civiles, de gran magnitud y complejidad técnica. En la ejecución de los contratos de construcción de estas obras civiles, surgen problemas de índole técnica, económica y de interpretación contractual, por lo que, las partes contractuales requieren tener un mecanismo expedito de solución de controversias, para continuar con la ejecución de la obra y cumplir con sus obligaciones contractuales.

El caso sujeto a análisis se trata de la construcción de una central hidroeléctrica que se encuentra dentro del sector estratégico de la energía, la gestión de esta central se encuentra a cargo de la Empresa Pública COCASINCLAIR EP, antes de naturaleza jurídica privada (sociedad anónima), quien firmó un contrato con una empresa pública china para el diseño, construcción y montaje de esta central. Dentro de su texto se acogió el *DB* como mecanismo de solución de controversias, procurando que su solución acoja los principios constitucionales rectores de este sector. Por lo que, la aplicación de este mecanismo busca responder a la gestión de este sector que tiene un alto impacto económico y social.

Los procesos judiciales y el sistema de administración de justicia ecuatoriano vigente⁴⁸, no tienen una capacidad⁴⁹ de respuesta inmediata⁵⁰ para atender en tiempo real

⁴⁷ Véase, Centro Nacional de Control de Energía, CENACE, porcentaje de generación e informe anual 2011, visto el 11 de febrero de 2013, disponible en http://www.cenace.org.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=68&Itemid=59 y http://www.cenace.org.ec/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=6:phocatinfanuales&Itemid=50#.

⁴⁸ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos señala que existe demora en la administración de justicia en el sistema judicial ecuatoriano en los procesos penales, en materia civil y administrativa en la que existe varios casos sin resolverse. Cita como ejemplo, que la Comisión conoció una petición en la cual se alega que una demanda presentada en 1980 con respecto a una cuestión de propiedad de tierras no se había decidido aún en el momento en que la Comisión realizó la visita *in loco* en noviembre de 1994, véase, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador, visto el 01 de febrero de 2013, disponible en <http://www.cidh.org/countryrep/Ecuador-sp/Capitulo%203.htm>

⁴⁹ Luis Pásara et al., *El funcionamiento de la justicia del Estado*, Quito, Ministerio de Justicia, 2011, p. 09-26. El autor señala que en el Ecuador desde el año 2002 hasta el 2008 ingresaron un total de 1.989.999 nuevas causas y se resolvieron 1.714.960 es decir que hay 275.039 causas sin resolver de ese período sin

los conflictos que surgen entre las partes y resolverlos mientras se ejecuta un contrato. Ello ha generado la necesidad de los usuarios del sistema de acudir a procedimientos de solución de controversias alternativos, que permitan resolver las desavenencias de las partes durante la relación contractual. Considerando la realidad descrita es que ha surgido la necesidad de recurrir a otros mecanismos como la autocomposición⁵¹, mediante los cuales las partes de mutuo acuerdo solucionan sus controversias y lo único que hace que cumplan dichos acuerdos es su voluntad; o a su vez, a los mecanismos de heterocomposición⁵², mediante los cuales para solucionar los conflictos que surjan entre las partes, estas deciden someterse a la voluntad de un tercero por su propia voluntad y producto de un pacto previo. Esto último, a criterio de Chiovenda, tiene una importancia procesal negativa, debido a que las partes de manera excepcional, impiden que se constituya la relación procesal⁵³ y a su vez, dejan de acudir a la justicia ordinaria para solucionar sus conflictos.

Cómo vimos en el primer capítulo, a nivel internacional estas diferencias se manejan mediante un mecanismo alternativo de solución de controversias, denominado genéricamente *Dispute Board*. Este mecanismo alternativo para la solución de controversias no está previsto en la legislación ecuatoriana procesal, no se encuentra definido, ni desarrollado su procedimiento; por el contrario, se requiere acudir a las

tomar en consideración las causas no resueltas que ascienden al valor de 350.155. Esto evidencia que el sistema de administración de justicia no es lo suficientemente expedito.

⁵⁰ Como ejemplos internacionales podemos señalar que la falta de celeridad de justicia es un problema en argentina, véase Dyalá Jiménez Figueres y Roque J. Caivano, *Funcionamiento de los 'dispute Boards' de la CCI y su encuadre en el derecho argentino*, revista internacional de Arbitraje, No. 6, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda/Comité Colombiano de Arbitraje/ Legis, 2007, p. 147-148 y. en Londres, Susan Kratzsch, "ICC Dispute Resolution Rules: ICC Dispute Board and ICC Pre-Arbitral Referees", *Construction Law Journal*, 87.

⁵¹ Definido como la solución a la conflictividad social que le dan las partes por medio de un tercero llamado amigable componedor, denominada por Francesco Carnelutti como intercomposición porque la solución a la controversia la proponen las parte o también conocida como conciliación. La doctrina reconoce las siguientes formas: 1) El desistimiento de la acción; 2) El allanamiento; y, 3) La transacción, véase, Rosalío Bailón Valdvinos, *Teoría General del proceso y derecho procesal*, México, Limusa, 2004, p. 20-22.

⁵² Concebida como una forma evolucionada de solución de conflictos, en el que las partes recurren a un tercero ajeno e imparcial para que resuelva la controversia. En el intermedio se encuentra la amigable composición que surge del pacto de las partes de someterse a la opinión de un tercero que no es vinculante, lo que le da fuerza es la voluntad de las partes, véase, Bailón Valdvinos, *Teoría General del proceso y derecho procesal*, . 35.

⁵³ Giuseppe Chiovenda, *Curso de derecho procesal civil*, trad. por Enrique Figueroa Alfonso, México, Editorial Pedagógica Iberoamericana, 1994, p. 43.

reglas de la Cámara de Comercio Internacional de Londres⁵⁴, para comprender su naturaleza y funcionamiento.

El análisis de la naturaleza jurídica de este mecanismo alternativo de solución de controversias, es importante debido a que se trata de una figura jurídica nueva en el Ecuador, que a nivel internacional⁵⁵ ha sido utilizada en varios contratos de ejecución de obra. El *DB* no está ligado a los procesos que se ventilan ante la justicia ordinaria o arbitral que se ha manejado con mayor frecuencia en nuestro país. Esta figura jurídica fue utilizada como un mecanismo de solución de controversias en el Contrato entre la compañía Hidroeléctrica Coca Codo Sinclair S.A. COCASINCLAIR y Sinohydro Corporation, para el desarrollo de ingeniería, provisionamiento de equipos, materiales, construcción de obras civiles, montaje de equipos y puesta en marcha del Proyecto Hidroeléctrico Coca Codo Sinclair en Ecuador, instrumento jurídico que constituye un contrato atípico en nuestro país y que introduce una nueva figura para resolver los desacuerdos entre las partes.

El Contrato EPC no se celebró bajo los preceptos de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sino que fue llevado a cabo cuando la actual Empresa Pública era una Sociedad Anónima, que publicó una licitación internacional para ejecutar el Proyecto Hidroeléctrico, con la particularidad de que requería financiamiento internacional; el cual, en el caso que nos ocupa, fue recibido del Eximbank de China; particularidades que hicieron que el contenido del Contrato no sea cómo los que realiza el sector público comúnmente, sino que tuvo que sujetarse a varias normas y prácticas internacionales aplicables a este tipo de contratos, cómo la inclusión de una Junta Combinada de Disputas.

El propósito de haber incluido este mecanismo de solución de controversias, se origina en la gran magnitud del proyecto y porque se encuentra compuesto por un sinnúmero de ingenierías para poder ser ejecutado. Por lo que, se requería de un

⁵⁴Cámara de Comercio Internacional, *Reglamento relativo a los Dispute Boards*, París, 2012, p. 01-02.

⁵⁵ Véase, Pierre M. Genton, en *ADR in Business: Practice and Issues Across Countries and Cultures*, volumen II, The Netherlands, Kluwer Law International, 2010, p. 399-400

organismo técnico especializado, que realice un acompañamiento continuo a las partes y pueda resolver en tiempo real los problemas que surjan. Se debe considerar que el Contrato EPC solo fue entregado a la contratista Sinohydro Corporation en ingeniería conceptual⁵⁶, por lo que, el Contratista debe desarrollar la ingeniería básica⁵⁷ y de detalle⁵⁸ de tal forma que existen muchos elementos de hecho, geológicos y técnicos no previsible y que si se presenta una discrepancia sobre los mismos, deben ser resueltos de manera inmediata para no afectar la ejecución del Proyecto.

Como se estableció en el primer Capítulo de este trabajo, la Junta Combinada de Disputas, denominada en adelante JCD, es un mecanismo de solución de Controversias que surge o nace de un pacto o acuerdo contractual, que queda plasmado en el contrato principal y establece las reglas, principales sobre la base de las que va a actuar la JCD. Previo a analizar qué reglas se establecieron en el Contrato EPC es menester analizar el primer paso o antecedente a la JCD. La cláusula 30.1 del Contrato EPC establece lo siguiente:

30.1 Controversias. En el caso de cualquier disputa, controversia o reclamo que se derive de este Contrato o que guarde relación con este, entre otros, incluso sobre la violación, terminación o invalidez de los mismos, las acciones, instrucciones y Órdenes

⁵⁶La ingeniería conceptual sirve para identificar la viabilidad técnica y económica de un proyecto y marcará la pauta para el desarrollo de la ingeniería básica y de detalle. Se basa en un estudio previo (estudio de viabilidad) y en la definición de los requerimientos del proyecto. Los principales conceptos a analizar y estudiar en esta fase son: 1) Productos y capacidad de producción; 2) Normativa y regulación; 3) Descripción del proceso de fabricación y requerimientos de usuario; 4) Descripción general de instalación; 5) Plan, diagramas de bloques, distribución de salas, planos de flujos de materiales y personas, planos de áreas clasificadas, diagramas de procesos básicos; 6) Estimación de requerimientos de servicios auxiliares; 7) Lista de equipos preliminar; 8) Estimación económica de la inversión \pm 30%, visto el 23 de septiembre de 2014, en <http://www.balperin.com.mx/>

⁵⁷En la ingeniería básica quedarán reflejados definitivamente todos los requerimientos de usuario, las especificaciones básicas, el cronograma de realización y la valoración económica. Durante esta fase se definen los siguientes trabajos: 1) Revisión detallada de la ingeniería conceptual y requerimientos de usuario; 2) Hojas de datos de todas las salas (críticas y no críticas); 3) Cálculo de cargas térmicas y caudal de aire en cada una de las salas; 4) P&ID básico de aguas y HVAC; 5) Distribución de puntos de uso de servicios; 6) Revisión de Layout de salas, incluyendo áreas de servicios; 7) Listas de consumos; y, 8) Listas de equipos. Generalmente, la ingeniería básica se desarrolla en dos etapas: la primera consiste en la toma de datos y elaboración de requerimientos de usuario y en la segunda se desarrolla el resto de trabajos descritos anteriormente. La aprobación de esta ingeniería supone una sólida base para el desarrollo de la ingeniería de detalle, visto el 23 de septiembre de 2014, en <http://www.balperin.com.mx/>.

⁵⁸El alcance de actividades en esta etapa es el siguiente: 1) Revisión detallada de la ingeniería básica; 2) Especificaciones técnicas de equipos y materiales; 3) Especificaciones funcionales; 4) Dimensionamiento de conductos, tuberías e instalaciones eléctricas; 5) Listado de equipos, instrumentación, accesorios y materiales; 6) Planos de detalle de las instalaciones: Layout de tuberías y conductos, isométricos, detalles de arquitectura, unifilares eléctricos, visto el 23 de septiembre de 2014, en <http://www.balperin.com.mx/>.

de Cambio emitidas por COCASINCLAIR y/o la Fiscalización (la "Controversia"), se resolverá de acuerdo a lo previsto en esta Cláusula.

30.2 Negociación. En caso de presentarse una Controversia, la Parte que inicie la Controversia enviará a la otra Parte por escrito una notificación de la Controversia, acompañando a dicha notificación una síntesis detallada y razonada del objeto de la Controversia (la "Notificación de la Controversia"). Después de recibir la Notificación de Controversia, dentro de siete (7) Días, las Partes se reunirán con el objeto de llegar a un acuerdo sobre la Controversia con base en el consenso, evaluando en forma objetiva y metodológica la Controversia. De llegar a una solución de la Controversia, las Partes incorporarán los acuerdos alcanzados en un documento que deberá ser suscrito por ambas Partes.

Esta cláusula prevé un mecanismo de solución de controversias de autocomposición, mediante el que se contempla que, cuando exista un conflicto entre las partes, previo a activar la JCD, las partes deben iniciar un proceso de negociación directa, en el que expongan de manera detallada cuál es el motivo del conflicto y que lo notifiquen a la otra parte, para que en el término de 7 días empleando sus mejores esfuerzos y de forma diligente, analicen la propuesta de la parte que ha planteado la controversia. En una reunión de trabajo en conjunto, puedan analizar las posiciones de cada una de las partes y buscar llegar a un acuerdo que debe ser plasmado en un Acta y suscrita por las dos partes. Por lo que, las partes de manera directa, busquen dialogar sobre temas económicos, jurídicos y técnicos, para determinar si es que es posible conciliar sus intereses; de no ser posible, se pasa a la siguiente etapa, que es la Junta Combinada de Disputas. En el numeral 30.3 del Contrato EPC, se establece lo siguiente:

30.3. Junta Combinada de Disputas.

30.3.1 Si las Partes no suscriben el acuerdo escrito de resolución de la Controversia, en un plazo no mayor de diez (10) Días Hábiles, a su primera reunión, cualquiera de las Partes podrá someter la Controversia a una Junta Combinada de Disputas (*Combined Dispute Board*) ("Junta Combinada de Disputas" o "JCD") la cual se regirá por lo dispuesto en esta cláusula y lo dispuesto en el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional ("CCI") relativo a los Dispute Board (el "Reglamento de DB"), en la medida en que no contradiga lo dispuesto en esta cláusula.

...30.3.3 La JCD resolverá cada Controversia que le sea sometida conforme a los términos de este Contrato y teniendo en cuenta todas las circunstancias y situaciones relacionadas con cada Controversia. Las Partes deberán cooperar con la JCD para asegurar que, tan pronto esté constituida, la JCD esté plenamente informada del Contrato y de su ejecución por las Partes.

Esta cláusula es la que establece el Pacto Contractual, en el cual las partes, de mutuo acuerdo, someten las controversias que no han podido resolver directamente al conocimiento de la JCD, en el plazo de 10 días, después de haber tenido su primera reunión de negociación directa. Si es que no se ha llegado a un acuerdo, cualquiera de las dos partes puede acudir a la Junta Combinada de Disputas y presentar su memorial, que se verá en detalle más adelante, con su exposición detallada del origen de la controversia y su posición. Como se puede evidenciar, esta cláusula es la que determina que este panel de expertos actuará de conformidad con esta cláusula y de conformidad con el Reglamento de la CCI, siempre que sus normas no contradigan lo que las partes expresamente acordaron modificar. Adicionalmente el numeral 30.3.3 del citado Contrato EPC, establece que la JCD debe actuar y resolver las controversias de conformidad con este Contrato y la Ley Aplicable⁵⁹, la que en este caso es la ecuatoriana y sería la norma que rige el tema particular que se está analizando. Por lo tanto, se colige que este mecanismo de solución de controversias es contractual.

3.1.1. Análisis de los cambios sustanciales acordados por las partes, para la conformación de la JCD y su contratación

El siguiente gráfico permitirá visualizar las principales diferencias entre las disposiciones del Contrato EPC y las del Reglamento relativo a los *Dispute Boards* de la CCI, para la constitución de la Junta Combinada de Disputas, las cuales luego serán desarrolladas en detalle más adelante:

⁵⁹El numeral 2.3, de la segunda cláusula del Contrato EPC, en definiciones señala que la Ley Aplicable es cualquier ley, ordenanza, código, resolución, reglamento, decreto, decisiones, sentencias, órdenes, determinaciones, autorizaciones, laudos, normas, permisos emitidos por cualquier Autoridad Gubernamental de la República de Ecuador o cualquier otro país en el cual se realice cualquier parte de los Trabajos, así como cualquier modificación o enmienda posteriores, que tenga relación y aplicabilidad al Proyecto y que la Ley que rige al Contrato son las leyes y normas sustantivas de la República del Ecuador que rigen el presente Contrato de acuerdo con la sección 31.2.

Concepto	Contrato EPC	Reglamento CCI
Conformación	45 días después notificación	30 días después de suscrito el contrato
Miembros	3 miembros designados	1 o 3
Chairman	Dentro de 45 días. Partes o la CCI. La CCI designó dos abogados	30 días después de nombrado el 2do miembro. Partes o CCI
Sustitución de Miembros	Desarrolla más el procedimiento	Se puede rescindir sin motivación y se debe cancelar honorarios. Los otros miembros deben abstenerse de actuar
Remoción del Chairman	Dos causales: por voluntad de las partes o por la CCI	Mismo Procedimiento

El Contrato EPC en el numeral 30.3.2., de la cláusula Trigésima, establece lo siguiente:

30.3.2 Designación de los miembros de JCD. Después de que la primera Controversia no se haya resuelto por medio de la negociación conforme a la sección 30.2, las Partes procederán al establecimiento de la Junta Combinada de Disputas, siguiendo al Reglamento de DB. A partir del Día dieciocho (18) contado a partir de la fecha de la emisión de la Notificación de la Controversia, se procederá al nombramiento de los miembros. La JCD estará compuesta por tres (3) miembros. Cada Parte nombrará un (1) miembro de la JCD y los miembros seleccionados por las Partes designarán por mutuo acuerdo al tercer miembro quien será el presidente de la JCD (*Chairman*). De no haber acuerdo entre ellos, cualquiera de las Partes podrá solicitar al Centro de los Dispute Board de la CCI que nombre al tercer miembro de la JCD, conforme a lo establecido en el Reglamento de DB. Las Partes tendrán un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) Días para la conformación de la JCD, incluido el tiempo para la designación del tercer miembro de la JCD. Si esta no se hubiese conformado dentro de este plazo, cualquiera de las Partes podrá recurrir a la CCI para la conformación de la Junta Combinada de Disputas. Los miembros de la JCD deberán tener conocida trayectoria y experiencia profesional en el asunto objeto de la Controversia y dominar el idioma castellano; deberán ser independientes y no deben haber tenido relaciones profesionales con ninguna de las Partes con anterioridad en relación al Proyecto; deberán además, ser de nacionalidad distinta de las nacionalidades de las Partes.

En el caso del Contrato EPC, se estipula que la JCD se conformará en el plazo máximo de 45 días a partir del día 18, desde la notificación de la Controversia, al contrario de lo establecido en el numeral 4 del artículo 7 del Reglamento de la CCI, que

se nombrarán 30 días después de la firma del Contrato principal; sin embargo, en el numeral 1 de la citada norma, se establece que la nominación se realizará de conformidad con lo dispuesto en el Contrato. Por lo que, las partes de común acuerdo, acordaron un plazo distinto al establecido en el Reglamento y que se active desde el momento en que surge la Controversia entre las partes.

Las partes acordaron que la Junta Combinada de Disputas estará conformada por 3 personas al igual que lo establecido en el Reglamento, en el sentido de que si no se determina por cuántos miembros se conforma de hecho pasan a ser 3. Los dos primeros miembros son nombrados por cada una de las partes. En el caso de COCASINCLAIR EP, tuvo como objetivo nombrar a un profesional con experticia en ingeniería, pero fundamentalmente que esté familiarizado con la ejecución de proyectos, en el sentido de que su criterio este orientado a la oportuna toma de decisiones, para evitar que el proyecto se paralice. Por lo que, su experiencia técnica en proyectos similares, fue el factor determinante para su elección. Por su parte, Sinohydro Corporation, tuvo como prioridad seleccionar a una persona que tenga experiencia técnica amplia y fundamentalmente internacional, en la ejecución de proyectos de gran escala.

COCASINCLAIR EP y Sinohydro Corporation, decidieron nombrar al *Chairman* o al Presidente de la Junta Combinada de Disputas, a un profesional en derecho; es decir, un abogado con experiencia internacional, que tenga experiencia en ejecución de contratos de gran escala, que conozca sobre la aplicación de normas legales vigentes en el Ecuador⁶⁰, que tenga pleno dominio sobre el idioma castellano, debido a que es el idioma oficial que predomina entre las partes y muchos de los conflictos que surgen precisamente, se derivan de la falta de entendimiento del idioma o por temas de índole cultural diferente. Luego se seleccionó otro Presidente, quien también es abogado, por lo que, los dos Presidentes de la Junta Combinada de Disputas

⁶⁰ Era importante que no sea un abogado con conocimientos del *Common Law*, debido a que, el sistema jurídico ecuatoriano es totalmente distinto y se debe aplicar normas existentes y por lo tanto el sistema de precedentes jurisprudenciales no es la prioridad en la aplicación. Adicionalmente, no se requiere un abogado que solamente tenga una formación académica en un área del derecho determinada sino que conozca sobre la ejecución de proyectos y cómo es su dinámica y los problemas que se derivan de la ejecución contractual y tenga gran capacidad de relacionarse y mediar entre las partes a fin de conciliar posiciones o persuadirlas a cumplir las Determinaciones que emita la JCD.

seleccionados, fueron abogados⁶¹ con experiencia internacional en el manejo de conflictos y en la construcción de proyectos de construcción. En el Contrato EPC se modifica los plazos de nombramiento del Presidente de la JCD y se disminuye el plazo a 45 días en total, contrario a lo establecido en el numeral 5 del artículo 7 del Reglamento de la CCI, que establece que se deberá proponer al tercer miembro hasta 30 días después de haber nombrado al segundo miembro y las partes tienen 15 días para nombrarlo, caso contrario el tercer Miembro será nombrado por el centro de la CCI.

Adicionalmente, las partes acordaron que los integrantes de la JCD, sean de distinta nacionalidad a la china y ecuatoriana, en busca de que sean independientes de las partes y de que no exista ninguna relación contractual, técnica, o legal, con ninguna de las partes. Es por ello que los miembros de la Junta Combinada de Disputas han sido de nacionalidad Colombiana, Italiana, Alemana, Chilena y Española, con la particularidad de que nacionales de las dos últimas son de los Presidentes de la JCD, que cómo se mencionó con anterioridad, se requería que tengan un dominio sobre el sistema romano y que conozcan legislación similar a la ecuatoriana, para que estén familiarizados con su aplicación. El Contrato EPC, en la Trigésima cláusula establece lo siguiente:

30.3.10 La JCD nombrada de acuerdo a lo previsto en la sección 30.3.3 será evaluada por las Partes a los doce (12) meses de su constitución. Cada Parte podrá cambiar el miembro que ha sido respectivamente nombrado por ella para lo cual deberá dirigir a la otra y a cada miembro de la JCD una notificación a más tardar treinta (30) Días antes del vencimiento del plazo de doce (12) meses señalado anteriormente, en la cual se indique su decisión de sustituir a miembro que haya nombrado y el nombre del nuevo miembro que lo sustituya. El miembro al que se le revoque su nombramiento, continuará en funciones hasta que sea reemplazado por el nuevo miembro de la JCD o si hubiere una Controversia pendiente de decisión, continuará en funciones hasta que se decida la Controversia. Los miembros no reemplazados continuarán desempeñando sus funciones en la JCD.

La cláusula Trigésima desarrolla más a detalle el procedimiento establecido en el artículo 10 del Reglamento, relativo a los *Dispute Boards*, en el que se establece que las

⁶¹ Véase la hoja de vida del Doctor Francisco Orrego y del Doctor Bernardo Cremades en: https://www.rzuser.uni-heidelberg.de/~p00/download/cv_orrego.pdf y <http://www.cremades.com/pics/contenido/CV%20Bernardo%20M%20Cremades%20espanol.pdf> respectivamente.

Partes de forma conjunta, pueden rescindir el Contrato de un Miembro, sin que se requiera motivar sus actos y se debe pagar los honorarios de dicho Miembro por un período mínimo de 3 meses, salvo acuerdo en contrario y se señala también en este cuerpo normativo que cualquier Miembro del DB, está facultado a rescindir su Contrato con 3 meses de anticipación. Por su parte, el numeral 6 del artículo 7 *ibídem*, establece que si un miembro del DB debe ser sustituido, los otros dos miembros deben abstenerse de realizar audiencias y emitir Determinaciones, hasta que no se haya reconstituido la JCD o que las partes así lo dispongan.

30.3.10.1 En relación al presidente de la Junta Combinada de Disputas (*Chairman*), si una parte considera que su nombramiento no debe ser prorrogado luego del plazo de doce (12) meses para evaluar la actuación de la JCD indicado en la sección anterior, este podrá ser sustituido por: (i) mutuo acuerdo entre las dos Partes o (ii) por solicitud de cualquiera de ellas a la CCI para que esta designe a su reemplazo. El presidente continuará en funciones hasta que sea reemplazado por el nuevo presidente o si hubiere una Controversia pendiente de decisión, continuará en funciones hasta que se decida la Controversia. 30.3.10.2 El mismo procedimiento de evaluación, ratificación o reemplazo de los miembros de la JCD operará cada doce (12) meses durante la vigencia de este Contrato.

El Contrato EPC reguló específicamente el reemplazo del Presidente de la JCD estableciendo mecanismos más restrictivos, en el que opere la voluntad de las dos partes o que a su vez, sea el Centro de la CCI el que intervenga para sustituir al Presidente. A continuación se presentará de forma gráfica, cuáles fueron las diferencias entre el modelo de contrato del Reglamento relativo a los *Dispute Boards* de la CCI y el Contrato de servicios profesionales que celebró COCASINCLAIR EP, Sinohydro Corporation y los miembros de la JCD:

3.1.2. Análisis del procedimiento de solución de Controversias en el Contrato EPC

La cláusula trigésima del Contrato, establece lo siguiente:

30.3.4 La Parte que someta la Controversia a la JCD deberá presentar por escrito una exposición de la Controversia de acuerdo a lo previsto en el Reglamento de DB, y la otra Parte deberá presentar su contestación por escrito dentro de los quince (15) Días siguientes a la presentación de la exposición de la Controversia por la otra Parte.

El momento en que se activa una controversia con la correspondiente notificación de una parte a la otra y a la JCD, no solamente corresponde presentar una notificación simple, por el contrario se requiere presentar una exposición que contenga en detalle los hechos, la posición de la parte que activa la controversia, los costos que involucran su petición y si es que la misma tiene afectación al plazo, recordando que lo esencial en un proyecto es el tiempo, costo y alcance, para que de esta manera la JCD pueda tener conocimiento pleno de cuál es su postura. Una vez que se cuenta con esta exposición la otra parte tiene el plazo de 15 días para presentar su exposición sobre la controversia planteada, considerando que tiene que realizar una explicación clara sobre su posición, respecto de lo señalado por la otra parte y cuál es el conflicto existente, sus fundamentos técnicos y económicos.

Aparentemente, el plazo de 15 días que tiene la parte que es notificada con la controversia, podría ser suficiente, pero en la práctica, casi siempre es necesario realizar una prórroga debido a los temas técnicos suelen ser extensos y complejos de analizar. Es por ello que los miembros de la JCD, en la experiencia profesional que han tenido sobre este tema y en la reunión de la Cámara de Comercio Internacional en Paris, en julio de 2013, los participantes señalaban que siempre en calidad de miembros de un *Dispute Board*, prima más que la rigidez de los plazos, que se cumplan los objetivos que se pretenden lograr por las partes, es por ello que si requieren extender el plazo para una contestación o resolución, proceden en ese sentido. El propósito es lograr flexibilidad procesal, si es que mediante la sana crítica se llega al convencimiento de que es necesario. Por otra parte, el numeral 30.3.5 del Contrato EPC dispone lo siguiente:

“30.3.5 El plazo para la determinación (recomendación o decisión) del artículo 20.1 del Reglamento de DB cambiará a cuarenta y cinco (45) Días siguientes de la fecha de la recepción de la Controversia por la JCD conforme al artículo 17.1 del Reglamento de DB.”

El artículo 20 del Reglamento, relativo a los *Dispute Boards* de la Cámara de Comercio Internacional, establece lo siguiente:

El DB emitirá su Determinación con prontitud y, en cualquier caso, dentro de los 90 días siguientes a la Fecha de Inicio establecida en el artículo 17(2). No obstante, las Partes pueden acordar una prórroga de dicho plazo previa consulta al DB y tomando en consideración la naturaleza y la complejidad de la Desavenencia así como otras circunstancias pertinentes.

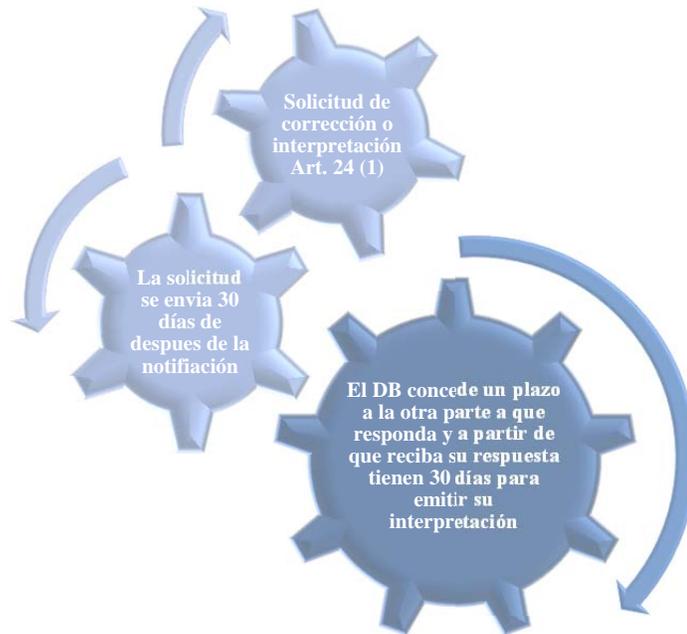
Este plazo de 45 días pactado contractualmente, fue modificado con relación al plazo establecido en el Reglamento de la CCI de 90 días, en atención a que las partes tenían como objetivo tener una determinación que resuelva su conflicto en el menor tiempo posible; sin embargo, en la práctica no solo se ha planteado una controversia única, por el contrario, se han planteado varias controversias de forma simultánea, por lo que, los miembros de la JCD en uso de la sana crítica, han procedido a extender el plazo de emisión de la Determinación, cuando lo han considerado necesario, o, a su vez, han emitido antes del plazo fijado contractualmente.

30.3.6 Si una Parte notifica por escrito a la otra y a la JCD su desacuerdo con una recomendación o decisión de la JCD dentro de los veinte (20) Días Hábiles siguientes a la recepción de la recomendación o decisión por la JCD, o bien si la JCD no ha emitido una recomendación o decisión en el plazo establecido en esta Cláusula, o si la JCD es disuelta conforme al Reglamento de DB, la Controversia será resuelta definitivamente mediante arbitraje conforme a lo dispuesto en la sección 30.4. De lo contrario, se entenderá que la decisión o recomendación de la JCD es definitiva y vinculante para las Partes con respecto a dicha Controversia.

El Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional y el Contrato EPC establecen que si una de las partes no está de acuerdo con la Determinación que se emite, tiene 20 días hábiles para manifestar su desacuerdo con la determinación y así poder acudir a arbitraje, para que se resuelva de manera definitiva el asunto controvertido. Si es que no llegaren a plantear un desacuerdo sobre el tema debatido, se entiende que la Determinación es vinculante y tienen que cumplirla, lo señalado, independientemente del alcance y efectos que tiene una Decisión o una Recomendación.

El artículo 24 (Correcciones e interpretación de las Determinaciones), del Reglamento de DB, determina que el DB puede corregir de oficio errores tipográficos, de cálculo o de naturaleza similar, hasta 30 días después de emitida la Determinación. Si el DB emite una corrección o una interpretación sobre una Determinación, todos los plazos relacionados comienzan nuevamente a partir de la recepción del alcance que

emita el DB. A continuación se presenta un flujo de cómo opera la emisión de una interpretación:



3.1.3. Importancia de las visitas en el sitio del Proyecto y conocimiento permanente del avance

El artículo 12 del Reglamento relativo a los *Dispute Boards* en el numeral 1 establece lo siguiente:

1. Al inicio de sus actividades, el DB deberá, después de haber consultado a las Partes, fijar un calendario de reuniones y, si la naturaleza del Contrato lo exige, visitas al sitio. Las reuniones y visitas al sitio deben ser lo suficientemente frecuentes con el fin de que el DB se mantenga informado de la ejecución del Contrato y de cualquier desacuerdo. Salvo acuerdo en contrario de las Partes y del DB, cuando la naturaleza del Contrato exija que se realicen visitas al sitio, éstas tendrán lugar al menos tres veces por año. Las Partes y el DB participarán en todas las reuniones y las visitas al sitio. En caso de ausencia de una de las Partes, el DB puede, sin embargo, decidir que procede la reunión o visita. En caso de ausencia de un Miembro del DB, el DB puede decidir que procede la reunión o la visita si las Partes están de acuerdo o si el DB así lo decide.

2 Las visitas al sitio se realizan en el lugar o lugares de ejecución del Contrato. Las reuniones pueden celebrarse en cualquier lugar pactado por las Partes y el DB. En caso de desacuerdo sobre el lugar de la reunión, esta se llevará a cabo en el lugar fijado por el DB previa consulta de las Partes.

...4 Cualquiera de las Partes puede solicitar una reunión o visita urgente al sitio, adicionales a las reuniones y visitas al sitio programadas. Los Miembros del DB deben acceder a esta solicitud con prontitud y hacer lo posible por estar disponibles para tales reuniones o visitas urgentes al sitio dentro de los 30 días contados a partir de la solicitud.

5 Después de cada reunión o de cada visita al sitio, el DB redactará un informe, incluyendo la lista de personas presentes.

Esta norma establece que la JCD, debe realizar visitas periódicas al sitio y dependiendo de la naturaleza del contrato, el número mínimo será de 3 veces al año. Esta disposición guarda una íntima relación con la naturaleza contractual de la JCD, debido a que el propósito de este panel de especialistas, es que tengan contacto directo con el proyecto que se está ejecutando y que de hecho estén informados permanentemente. Es así que una visita al sitio de forma periódica, les permite tener acceso a evidenciar la información que reciben y clarificar los conceptos y estado de situaciones del Contrato; de este modo, el momento en que surge una controversia relacionada con él, ellos se encuentran plenamente inteligenciados y su actuación va a ser más asertiva, porque conocen de primera mano lo que está sucediendo y no solamente por la versión que dan las partes. Ahora es importante distinguir que las visitas al sitio no son lo mismo que las reuniones, que se pueden llevar a cabo en cualquier lugar en consenso con las partes. Las visitas al sitio buscan poner en contacto a los miembros de la JCD con la real ejecución del objeto contractual, y que de manera presencial puedan verificar cuál es su estado real; mientras que en las reuniones se puede tratar temas informativos, exposiciones o cualquier otro tema.

Adicional a lo comentado, es importante destacar que los miembros de la JCD, al firmar un contrato de prestación de servicios como miembros de la JCD, se comprometen a tener disponibilidad de tiempo para cuándo las partes requieran de sus servicios, es por ello que la norma establece que si son convocados fuera del período ordinario, deben atender el requerimiento de las partes, hasta máximo 30 días después.

3.1.4. Aspectos esenciales a ser considerados en las Audiencias

Las audiencias que se realicen entre los miembros de la JCD y las partes, tienen directa relación con la existencia de una controversia, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 19 del Reglamento relativo a los *Dispute Boards*, salvo que las partes de mutuo acuerdo fijen otra cosa. La citada norma establece que las mismas deben realizarse 15 días después, de que las dos partes han presentado sus memoriales o lo que las partes de

mutuo acuerdo dispongan con la JCD otro plazo, para llevar a cabo la audiencia. Es de vital importancia que las audiencias se celebren en presencia de las partes y de los miembros de la JCD; y, circunstancialmente, solo con dos de los miembros, si es que las partes así lo deciden.

Un aspecto esencial en una audiencia, es que las partes intervengan en su desarrollo y expongan su posición o solicitud de forma clara, didáctica y que relacionen directamente con los miembros de la JCD, para demostrar su punto sobre el tema controvertido. Es responsabilidad de las partes estar presentes en los procedimientos de la JCD y si se abstienen o se rehúsan a participar, es de su absoluta responsabilidad, y los miembros continuarán con la audiencia sin la presencia de esa parte. Es menester destacar que las audiencias son conducidas por el Presidente de la JCD, quién actuará en representación de los otros dos miembros y su desempeño debe tener la característica de actuar de forma justa e imparcial, buscando en todo momento que la actuación de las partes sea equitativa y que tengan la suficiente oportunidad de presentar sus argumentos a la JCD, lo que podrán realizar de forma personal o a través de sus representantes debidamente acreditados y podrán estar en la audiencia con sus consejeros. La audiencia se desarrolla de la manera siguiente:



Una vez que se han expuesto los principales puntos que se desarrollan en una audiencia, se debe destacar que los miembros del DB pueden solicitar a las partes que presenten un resumen por escrito de sus exposiciones, para que puedan revisar en detalle los temas técnicos, económicos y legales. Todos estos elementos adicionales que puede requerir el DB, son necesarios para que puedan formar su criterio con los elementos suficientes de juicio, para poder emitir una Determinación fundamentada.

De la experiencia profesional que he tenido en la participación en audiencias de la JCD, es esencial esquematizar la exposición de manera ordenada, para que los miembros puedan comprender con claridad y también resulta necesario contar con asesoría legal, debido a que los temas que se manejan son contractuales y de hecho el representante ante la JCD, no puede ser una única parte; por el contrario, se debe contar con un staff de profesionales en materia técnica y económica. Otro aspecto de vital importancia es que se debe presentar en escrito o impreso todos los documentos o las ayudas visuales que presentó en la audiencia, y la práctica demanda que se deben enviar de manera previa dichos documentos a la otra parte para que tenga oportunidad de

realizar comentarios. Por lo señalado, es que en las audiencias entre COCASINCLAIR EP y Sinohydro, se conservan cómo parte de los documentos habilitantes de la audiencia todos los documentos que se exhiban y el Secretario Ad-hoc se encarga de mantenerlas. Las Actas de las reuniones las redacta el Secretario Ad-hoc nombrado para el efecto.

3.1.5. Ejecución de las Determinaciones requiere del pronunciamiento favorable del Procurador General del Estado

El artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador establece lo siguiente respecto de los procedimientos alternativos de solución de conflictos lo siguiente:

Art. 190.- Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.

En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley.

Como se señaló en el primer capítulo de esta Tesis, las Determinaciones son de dos tipos: las recomendaciones y las decisiones, con los efectos ya establecidos de forma previa. Cuando una de las partes no ha manifestado su desacuerdo con una Determinación, esta se vuelve vinculante y debe ser ejecutada por las partes y si una de ellas no la cumple, los numerales 30.3.8 y 30.3.10 del Contrato EPC dispone:

30.3.8 Si una de las Partes no acata la recomendación una vez que se ha convertido en vinculante o la decisión de la JCD, la otra Parte puede someter este incumplimiento a arbitraje conforme a lo dispuesto en esta Cláusula, en el entendido que la única materia sujeta a arbitraje será la determinación del incumplimiento por las Partes con la recomendación vinculante o la decisión de la JCD, y, de ser procedente, la indemnización correspondiente para convalidar el incumplimiento.

30.3.9 En caso que la Controversia sea finalmente resuelta mediante arbitraje, esto será conforme a lo previsto en la sección 30.4.

Por lo expuesto, una Determinación vinculante o no, tiene que ser aceptada por las partes y esto constituiría una transacción sobre un conflicto existente entre las partes, caso contrario se acudiría a arbitraje tal como establece la citada norma contractual. El

artículo 237 numeral 2 de la Constitución de la República determina que corresponde al Procurador General del Estado, “*además de las otras funciones que determine la ley*”, el “*patrocinio del Estado y de sus instituciones*”. Los artículos 2 y 3, literal d) de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, disponen lo que a continuación transcribimos:

Art. 2.- Del Procurador General del Estado.- El Procurador General del Estado es el representante judicial del Estado.

Le corresponde el patrocinio del Estado, el asesoramiento legal y las demás funciones que determine la Ley. Podrá delegar la mencionada representación de conformidad con lo establecido en esta Ley...”

Art. 3.- De las funciones del Procurador General del Estado.- Corresponden privativamente al Procurador General del Estado, las siguientes funciones:

... d) Representar al Estado Ecuatoriano y a las entidades del sector público en cualquier juicio o reclamo que deban proponer o que se plantee en su contra en otro Estado, de acuerdo con la Constitución Política de la República, los tratados o convenios internacionales vigentes y las leyes del Estado Ecuatoriano; ...

Art. 5.- Del ejercicio del patrocinio del Estado.- Para el ejercicio del patrocinio del Estado, el Procurador General del Estado está facultado para:

f) Autorizar a las máximas autoridades de los organismos y entidades del sector público, previo informe favorable del procurador o asesor jurídico respectivo, para desistir o transigir del pleito, cuando la cuantía de la controversia sea indeterminada o superior a veinte mil dólares de los Estados Unidos de América...

La Sección 30.3.6 del Contrato EPC estipula lo siguiente:

Si una Parte notifica por escrito a la otra y a la JCD su desacuerdo con una recomendación o decisión de la JCD dentro de los veinte (20) Días Hábiles siguientes a la recepción de la recomendación o decisión por la JCD, o bien si la JCD no ha emitido una recomendación o decisión en el plazo establecido en esta Cláusula, o si la JCD es disuelta conforme al Reglamento de DB, la Controversia será resuelta definitivamente mediante arbitraje conforme a lo dispuesto en la sección 30.4. De lo contrario, se entenderá que la decisión o recomendación de la JCD es definitiva y vinculante para las Partes con respecto a dicha Controversia.

El artículo 5 (*Dispute Adjudication Boards – DAB*) del Reglamento de DB, dispone lo siguiente:

1. Los DAB emiten Decisiones relacionadas con las Desavenencias.
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.

3. Si ninguna de las Partes envía notificación escrita a la otra Parte y al DAB manifestando su desacuerdo con la Decisión, en el plazo de 30 días contados a partir de su recepción, la Decisión seguirá siendo obligatoria para las Partes. Las Partes deben seguir cumpliendo la Decisión y acuerdan no impugnarla, siempre y cuando un acuerdo de esta naturaleza sea válido.

4. Si una Parte no cumple una Decisión obligatoria en virtud del presente artículo 5, la otra Parte puede someter este incumplimiento a arbitraje, si las Partes lo han pactado, o, a falta de acuerdo, a cualquier tribunal competente.

5. Una Parte en desacuerdo con una Decisión debe, dentro de un plazo de 30 días contados a partir de su recepción, enviar a la otra Parte y al DAB una notificación escrita mediante la cual ponga de manifiesto su desacuerdo. Para mayor información, esta notificación puede precisar las razones que motivan el desacuerdo de dicha Parte.

6. Si una de las Partes envía una notificación escrita manifestando su desacuerdo con la Decisión, o bien si el DAB no emite su Decisión en el plazo previsto en el artículo 20, o bien si el DAB se disuelve conforme al Reglamento antes de la emisión de una Decisión relacionada con una Desavenencia, esta se resolverá definitivamente mediante arbitraje, si las Partes lo han pactado, o a falta de acuerdo, por cualquier tribunal competente. Hasta tanto la Desavenencia no haya sido resuelta definitivamente mediante arbitraje u otro medio, o salvo que el tribunal arbitral o el juez decidan de otro modo, la Decisión debe ser cumplida por las Partes.

El Procurador General del Estado, mediante oficio No. 13626, de 20 de junio de 2013, dirigido a COCASINCLAIR EP, mediante el que da respuesta a que si la Procuraduría General del Estado debe instruir al Gerente General de la citada Empresa Pública si es pertinente el que notifique a Sinohydro Corporation y a la Junta Combinada de Disputas su desacuerdo respecto a una Decisión, señaló lo siguiente:

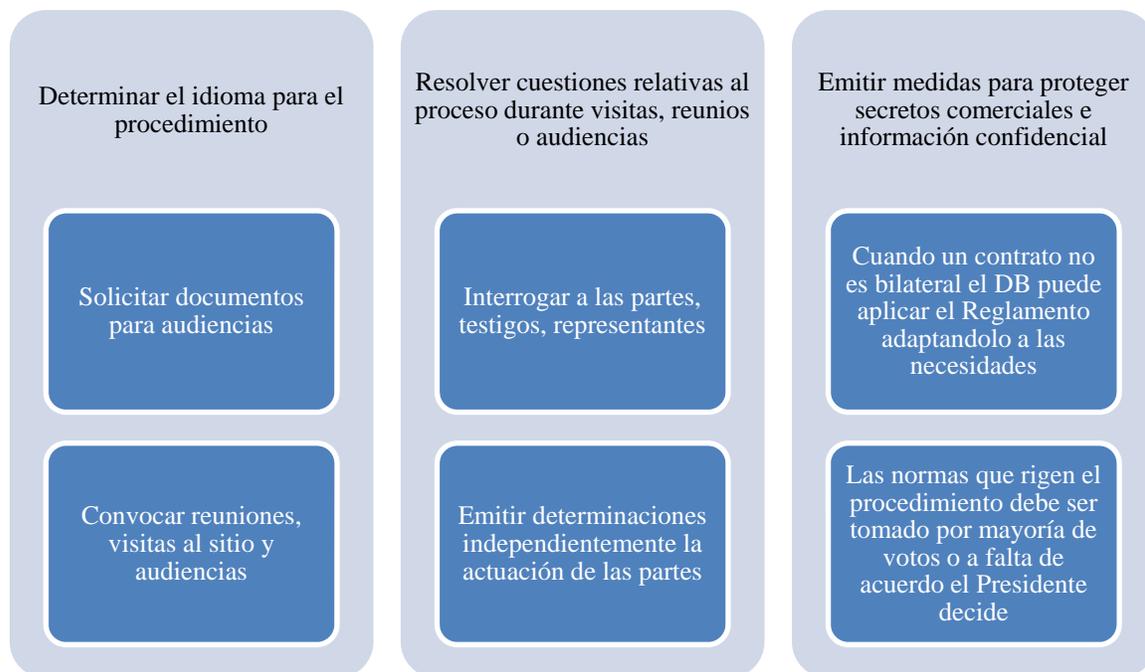
...el Procurador General del Estado es el representante judicial del Estado y que dicha autoridad mantiene esa capacidad en el caso de juicios o reclamos en los que intervengan las entidades del sector público en el exterior. Eso no quiere decir, que el Procurador General del Estado tenga la facultad para instruir a las Empresas Públicas respecto su gestión, menos aun cuando la misma está relacionada a un proceso que se ventila en el Ecuador, como es el caso de las controversias en conocimiento de la Junta Combinada de Disputas...

En virtud de lo manifestado, esta Procuraduría General del Estado se abstiene de atender su solicitud por no ser de su competencia..."

En virtud las citadas normas, el pronunciamiento del Procurador General del Estado, se colige que al ser un mecanismo de solución de controversias, no es competencia de la Procuraduría en calidad de representante judicial del Estado ejercer patrocinio y representación en la Junta Combinada de Disputas. Si tiene que pronunciarse y actuar en dicha calidad en un eventual proceso de arbitraje internacional derivado de las controversias, a efectos de que sea resuelta definitivamente mediante arbitraje conforme a lo dispuesto en la Sección 30.4 del Contrato EPC. Por otra parte, tampoco se considera procedente que el Procurador General del Estado autorice la transacción que se realiza entre las partes al momento de acoger una Determinación, debido a que se trata de un tema de ejecución contractual y tiene que ser una decisión de la máxima autoridad de la Empresa Pública.

3.2.Facultades de la Junta Combinada de Disputas en el Contrato EPC

El artículo 15 del Reglamento relativo a los *Dispute Boards* determina cuáles son las facultades de los miembros del DB, a más de los que implícitamente hemos señalado en otros acápite. El Reglamento se aplica en todo lo que no exista una norma expresa establecida por las partes o en ausencia de acuerdo entre las partes y establece las siguientes facultades:



3.2.1. Análisis de la pertinencia de la asistencia informal para la prevención de conflictos

El artículo 16 del Reglamento relativo a los *Dispute Boards* establece que dentro de las facultades del DB se encuentra la de brindar asistencia informal para la prevención de controversias y éstas surgen de las reuniones y visitas al sitio⁶² que realizan las DB con las partes, y de lo que pueden evidenciar pueden emitir asistencia informal o remitir sus observaciones en una materia en específica, lo que se traduce en brindar ayuda informal a las partes. Esta asistencia puede ser brindada por iniciativa propia o por requerimiento de las partes, esta asistencia informal evidentemente se trata de desacuerdos existentes entre las partes, pero que no han sido notificados como una controversia formalmente, para el efecto si es que una parte solicitó esta asistencia informal tiene que brindar toda la asistencia y entregar la información relacionada con el tema a la brevedad posible a los miembros del DB y a la otra parte, antes de la fecha prevista para la reunión periódica o de a visita al sitio para que brinde asistencia informal que ha sido requerida. Esta asistencia puede ser brindada de algunas maneras tales como conversaciones entre la JCD y las partes; o, en reuniones separadas entre el DB y una de las partes previo consentimiento de la otra parte. También pueden ser

⁶² Véase en Peter H. J Chapman, “Dispute Boards o major infrastructure projects”.

brindadas opiniones informales expresadas, 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 y siempre va a ser bienvenida por las partes como un valioso criterio profesional. Es por ello que en el informe de las visitas al sitio también se podrían incluir estas asistencias informales en temas específicos y el propósito tiene lógica tomando en consideración que los miembros de la JCD son expertos en la rama académica a la que pertenecen y normalmente tienen experiencia en la materia objeto del Contrato; por lo tanto, en base a su experticia pueden emitir opiniones que sin ser vinculantes pueden ayudar a las partes a facilitar la elección de un camino. Por lo que, es pertinente que un agente externo preste asistencia informal a las partes en temas que podrían convertirse en posibles controversias.

3.2.2. Análisis crítico del rol de la asistencia informal para resolver conflictos

El artículo 16 del Reglamento relativo a los *Dispute Boards* establece que cuando se solicita al DB que emita una Determinación acerca de un desacuerdo sobre el cual ha prestado asistencia informal, este no queda vinculado por las opiniones que vertió informalmente y de la manera en la que haya sido expresada mientras prestaba esta asistencia informal.

Por lo expuesto, es importante analizar críticamente si es que esta facultad de la JCD de brindar asistencia informal a las partes es pertinente o no. Lo primero que se debe señalar es que al momento en que un miembro se manifiesta sobre algún tema del objeto del contrato está manifestando su opinión personal sobre un tema específico y lo realiza bajo los procedimientos que este estime pertinente⁶³, lo cual implica *per se* que está tomando una posición personal respecto de la materia que se está tratando. Por tanto, se puede señalar que si se somete este tema como controversia, al conocer de antemano cuál es la posición del mismo a pesar de que las Reglas de la CCI ordenan que debe mantener imparcialidad y que no debe ser considerada la opinión que se haya

⁶³Véase, Christopher Koch, The new Dispute Board Rules of the ICC, ASA Bulletin, 2005, 75, visto el 15 de septiembre de 2014 en <http://landoltandkoch.com/wp-content/uploads/2010/12/The-New-Dispute-Board-Rules-of-the-ICC.pdf>

emitido en asistencia informal, no es ilógico pensar que va a seguir la misma línea de pensamiento, en especial si se trata de temas técnicos. Por otra parte, esto puede dejar en desventaja a la otra parte que no coincida con el criterio técnico, legal o económico del miembro de la JCD que se pronunció en asistencia informal. Por lo que se considera que esta función es contradictoria con la naturaleza de resolver controversias, debido a que, si la JCD se manifiesta sobre un tema el mismo ya no debería ser sometido a conocimiento del mismo panel técnico como controversia.

3.3. Ventajas y desventajas de la Junta Combinada de Disputas en el Contrato EPC

En esta sección se analizará las ventajas y desventajas de la aplicación de este mecanismo de solución de controversias.

FACTOR	VENTAJAS	DESVENTAJAS
Nombramiento desde la firma del contrato	El Contrato, estableció esto para que los miembros tengan pleno conocimiento de todos los problemas y controversias surgidas entre las partes y resolverlas de manera temprana. Por lo que, se requiere que se establezca la JCD desde la suscripción del contrato principal	CCS no conformó la JCD desde la firma del Contrato principal y es una desventaja porque la JCD no toma conocimiento desde el principio del Proyecto y al momento de constituirse la JCD tiene que conocer todos los antecedentes que en el presente caso fueron casi de 2 o 3 años.
Miembros técnicos especializados	Su aporte técnico es de gran valor, cuando se trata de la materia de su dominio. Si no es su especialidad puede pedir un criterio externo técnico especializado	Al ser expertos en un determinado tema pueden conocer otros temas que no son de su experticia y esto puede generar que emitan determinaciones con falencias
Incentivo	La JCD es una figura que alienta a las partes a resolver sus problemas de manera amigable acudiendo a su ayuda. La JCD debe verificar que las partes siempre hayan dialogado primero antes de acudir a ellos.	Es que las partes, quieran elevar todo a Disputa y eviten el dialogo mutuo. Esta figura puede desgastar la relación mutua y hacer que todo se eleve a conocimiento de la JCD, eliminando el acercamiento directo entre las partes.
Asistencia informal	Es un aporte técnico, económico y legal importante, porque busca prevenir una controversia	Puede ser que se pierda la parcialidad al emitir un criterio que luego va a ser sometido a su resolución. Por ejemplo si se pronuncia en una materia técnica es
Transparencia	Como los miembros de la JCD están vinculados desde el inicio de la ejecución del Contrato tienen pleno conocimiento de lo que sucede y las partes ya no	Lo que resulta ser una ventaja también puede ser una desventaja, en el sentido de que si los miembros de la JCD ya tienen conocimiento del contrato al

	pueden ocultar información importante	momento en que exista una controversia no tomar en consideración lo que señalan las partes sino lo que ellos personalmente consideran
Asistencia permanente	Es una ventaja que la JCD sea un panel técnico al que las partes pueden acudir en cualquier momento y obtener solución de sus controversias de forma expedita	Que las partes, no quieran tomar decisiones propias y responsabilizarse por las mismas, así que acudirán a un tercero para evitar responsabilidades
Herramienta contractual práctica	La JCD bien utilizada puede ser una excelente herramienta de solución de controversias y evitar el arbitraje o procesos judiciales	Sino es bien utilizada se vuelve una instancia previa al arbitraje que se cumple por formalismo, sin que resuelva conflictos y representa un gasto oneroso
Consenso	Es importante porque la JCD al poder emitir Decisiones y Recomendaciones permite que las partes lleguen a acuerdos con mayor facilidad y tengan acercamientos directos	Que las partes lleguen a consensos superficiales para luego acudir definitivamente al arbitraje
Expedito	Es un mecanismo que permite tomar decisiones en tiempo real dependiendo de la necesidad de las partes	Puede perder este factor cuándo se trata de temas complejos que requieren de mucha explicación técnico o acudir a expertos técnicos ajenos a las partes y a la JCD
Independencia Técnica	Al ser expertos en determinadas materias, los miembros de la JCD van a intervenir en algunos temas dando soporte y guía con la experiencia internacional que cuentan, lo que es una retroalimentación considerable para las partes	Esta intervención técnica fundamentalmente podría ser vista como una intervención excesiva que pondría en duda la capacidad técnica y competencia del contratista y las responsabilidades que ello conlleva
Idioma	Es una ventaja que los miembros de la JCD hablen el idioma oficial establecido por las partes debido a que al ser normalmente de distintas nacionalidades como en este caso chinos y ecuatorianos, pueden facilitar el entendimiento de las partes, que de acuerdo a mi experiencia personal en este contrato ha sido de entendimiento del idioma y la traducción	Una desventaja es que los miembros de la JCD pueden no tener como lengua materna el castellano y no entender con claridad los temas que se exponen en el contrato y dificultar el entendimiento entre las partes.
Economía	El costo de la JCD y su funcionamiento es mucho más bajo ⁶⁴ que el del arbitraje, por lo que si se evita es un ahorro considerable para el Estado	Si es que este mecanismo no es tomado en serio y se utiliza solo como un paso previo al arbitraje, se traduce en que los costos solo se incrementen.
Cooperación	La JCD facilita la interacción de las partes y por ende la cooperación que debe existir entre las mismas, porque les	La Cooperación deja de ser una ventaja cuándo una de las partes tiene una meta fija que no le permite modificar su

⁶⁴Juan Eduardo Figueroa Valdés, “El Arbitraje en los Contratos de Concesión de Obras Públicas en Chile. Incorporación de los ‘Dispute Boards o Paneles Técnicos o de Expertos”.

	ayuda a encontrar caminos para trabajar en conjunto.	conducta por alguna restricción y debe mantenerse firme sin cooperar
Determinaciones	La JCD tiene la ventaja comparativa frente a otros tipos de DB que puede emitir tanto Recomendaciones o Decisiones de acuerdo se estime pertinente	Que las partes manipulen información para que la JCD emita Decisiones en temas que solo ameritarían una Recomendación

3.4. Breves citas en casos históricos internacionales

Se pretende analizar la causa y resultado del uso de un *Dispute Board* en otros proyectos internacionales y verificar cuales son las características similares por las que se adoptó este mecanismo de solución de controversias en otros casos y países. Pero la característica principal de los dos casos sometidos a estudio, es que tienen una trascendencia política y económica de alto impacto, cómo ya se señaló en el primer capítulo COCASINCLAIR EP pretende cambiar la matriz energética del país y está considerado como el proyecto emblemático de los sectores estratégicos y del Gobierno Nacional.

3.4.1. Análisis comparativo del Contrato EPC con el caso de China: Proyecto Hidroeléctrico Ertan

El Proyecto Ertan es un proyecto hidroeléctrico situado en la provincia de Sichuan de la República de China estuvo en fase de planificación por alrededor de 40 años y pudo ser ejecutado con un costo aproximado de dos billones de dólares, lo que incluía construir la represa que contenga al río *Yallo*, con 6 unidades que producían 550 MW cada una construidas en una casa de máquinas subterránea. Su fuente de financiamiento provino del Banco Mundial, entidad que garantizó la ejecución de las etapas preliminares de este proyecto. El mismo Banco Mundial es el que con la influencia de los abogados incluyó un *Dispute Review Board* como un procedimiento previo al arbitraje, sin perjuicio de lo dispuesto en el modelo de contrato del Libro 4to de la FIDIC. El interés del Banco Mundial era contar con asistencia especializada⁶⁵ en la

⁶⁵ Véase *Harry L Arkin, Pre-Arbitration Dispute Resolution: What is it, Where is it, and Why? Journal on the Section of Business Law*, Vol. No. 8,373

negociación y administración del contrato para ejecutar este proyecto que tomó nueve⁶⁶ años aproximadamente. Es así que el *DB* llevó a cabo su misión y realizó 20 visitas al sitio⁶⁷ en este contrato multilateral en el que participó una firma de ingeniería china, otra de diseño china, una firma italiana que se encargó de construir la represa⁶⁸, una firma alemana para la perforación y otras tres firmas internacionales para dar soporte contractual, así como otros subcontratistas y proveedores, en el que el *Dispute Review Board* constituido por un sueco, un inglés y un colombiano, conoció 40 controversias. Este *DB* tuvo un gran éxito debido a que todas las recomendaciones que emitió, ya que fueron aceptadas o arregladas entre las partes; y, cuando faltaba 6 meses para que el Proyecto se acabe, no existía ninguna controversia pendiente y no acudieron a arbitraje. Este fue el primer *DB* que se utilizó en China, teniendo un éxito rotundo.

En comparación con el Proyecto COCA CODO SINCLAIR, es importante destacar que el *DB* en el Proyecto Ertan se constituyó de manera temprana por lo que su misión de ayudar a solventar las controversias fue prestada desde el primer día; al contrario que en el caso de estudio, que se constituyó varios años después cuándo estaban pendientes 10 controversias aproximadamente. Por lo que se evidencia que la temprana conformación da ventajas comparativas, y permite resolver los conflictos en etapas tempranas y no cuando ya se encuentran las desavenencias en un estado avanzado. Es importante este ejemplo internacional, porque demuestra que a pesar de su inmensa magnitud pudo salir adelante con la asistencia del *DB* y cumplieron con el objetivo de resolver de forma temprana los conflictos y no acudir a resolverlos en arbitraje.

3.4.2. Análisis comparativo del Contrato EPC con el caso de África: Proyecto de la Presa Katse

Este caso también es relevante de analizar, debido a que se trata de la construcción de una presa de arco que contiene agua para riego y que después de a través un túnel de 5 km produce energía eléctrica, características similares a la del Proyecto COCA

⁶⁶ Véase Andrew Verstein, *Ex tempore Contracting*, 1906 visto el 16 de septiembre de 2014 en World Wide Web <http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3534&context=wmlr>

⁶⁷ *Ibíd.*

⁶⁸ Es la 6ta represa más grande del mundo, cfr. The Dispute Resolution Board Foundation, Forum

CODO SINCLAIR. Este proyecto se encuentra ubicado en Lesotho, al Sur de África, y su duración fue de 5 años aproximadamente, con un costo de USD. \$ 2.500 millones de dólares, fue desarrollado bajo el esquema del modelo de contrato del libro 4to de FIDIC, conteniendo como mecanismo de solución de controversias un *Dispute Review Board* y los contratistas fueron asociaciones internacionales de compañías con asociados nacionales. El DB estuvo compuesto por personas seleccionadas en conjunto por las partes, y las visitas al sitio fueron alrededor de 6; emitieron 12 recomendaciones que finalmente no fueron vinculantes y obligatorias, de las cuales solamente 1 controversia fue a arbitraje y la misma fue ratificada por los árbitros. Este caso de análisis también tiene una experiencia exitosa en proyectos de gran escala y relacionado con el caso de COCA CODO SINCLAIR, en el que se han remitido 12 a la JCD y se ha presentado 8 desacuerdos, y hasta ahora no se ha elevado ninguna controversia a arbitraje.

Capítulo IV Conclusiones y Recomendaciones

4.1. Conclusiones

1. El *Dispute Board* es un mecanismo de solución de controversias que está siendo utilizado por la industria de la ingeniería debido a que reporta la ventaja de conocer las controversias que surgen entre las partes contractuales de manera expedita e inmediata. Los miembros adquieren el conocimiento técnico en tiempo real de lo que sucede durante la ejecución del objeto del Contrato que haya previsto este mecanismo. Sin embargo de lo señalado, es necesario que las partes contractuales por mutuo acuerdo adquieran el compromiso de acoger este mecanismo de solución de controversias y cooperar de manera permanente para que funcione apropiadamente. Se requiere que las partes tengan la capacidad suficiente y un amplio margen de acción para poder negociar y acoger las Determinaciones que emita el *DB*, caso contrario, se convertirá en un paso anterior al Arbitraje y perdería toda su utilidad.
2. Este mecanismo alternativo de Solución de Controversias, es de naturaleza contractual. Por lo que, se requiere el concurso de las voluntades para establecerlo y fijar las normas de aplicación. Es indispensable que se establezca con claridad cómo se va a conformar el *DB*, qué plazos tiene para sus procedimientos, temporalidad de las visitas y en sí todos los elementos que requieren ser regulados para su correcto funcionamiento. Esto es indispensable para que el *DB* en el ejercicio de sus funciones no se encuentre ante un vacío legal durante su operación y se dedique de lleno a los temas de fondo técnico, legal y económico del Contrato.
3. Se concluye que el carácter obligatorio de la Determinación que emita el *DB*, es el que va a fijar su naturaleza jurídica. La obligatoriedad de la Determinación no está relacionada con la ejecutividad de la misma, ya que, en sí el contenido es el que constituye una obligación para las partes, sin embargo, su ejecución puede

estar ligada a la voluntad de las partes. Es por ello, que el Reglamento relativo a los *DB* de la *CCI*, establece que si una Recomendación Obligatoria o una Decisión no es cumplida, cualquiera de las partes puede someter a arbitraje o aun juez ordinario, dicho Determinación para que disponga su ejecución. Consiguientemente, las Determinaciones emitidas por el *DB* pueden ser obligatorias en su contenido y su ejecución depende de la voluntad de las partes o de la orden de autoridad competente.

4. Se debe considerara que el factor de éxito del *DB* es que el proceso de selección que realicen las partes, sea adecuado y que los candidatos elegidos cuenten con experiencia en la materia técnica del Contrato que más prevalezca. Por ejemplo, si es un Contrato de construcción, se debería considerar un ingeniero civil, un experto en diseño y un abogado, en el caso de que esté conformado por tres miembros, lo cuales lo recomendable para contar con criterios en diversas materias y tomar decisiones más adecuadas a las necesidades de las partes y para la ejecución del objeto contractual.
5. El uso del *DB* varia si es que se aplica en un contrato de derecho público o de derecho privado, en atención a que en el último existe mayor facultad de las partes de negociar todos los temas que requieran, siendo el límite su voluntad. Mientras que en un contrato de derecho público las partes deben someterse al principio de legalidad y tienen facultades de negociación dentro del ámbito de sus atribuciones. Se debe considerar que la Administración Pública para el uso de este mecanismo de solución de controversias debe aplicar principios constitucionales, legales y aplicar actos motivados, bajo el criterio del principio de juridicidad. A pesar de lo señalado, se considera que para la efectiva aplicación de este mecanismo en la administración pública se requiere de normas que regulen su funcionamiento y un procedimiento claro, caso contrario, se creará un vacío legal que dificultará el uso de este mecanismo de solución de controversias. De la experiencia de su funcionamiento en el Contrato EPC considero que se requieren normas procesales y de contratación pública que lo regulen a detalle.

6. Las audiencias para presentar una controversia entre las partes a los miembros de un *DB*, requieren ser preparadas y desarrolladas en detalle. Tomando en consideración todos los factores técnicos, legales y económicos aplicables. El detalle de cada tema debe ser explicado con claridad a los miembros del *DB*, para dar todos los elementos de juicio sobre el origen, motivación y consecuencias de las controversias. Lo expuesto es de gran utilidad para formar su criterio, el que se encuentra actualizado con la información constante que reciben del avance de la ejecución del objeto del Contrato. Por lo expuesto, se busca brindar todas las herramientas necesarias de conocimiento para que los citados miembros puedan actuar inteligenciados del tema y emitir actos motivados, debidamente sustentados acorde a las necesidades contractuales y de las partes.
7. El *DB* es un mecanismo de solución de controversias contractual, por lo que, en los Contratos que celebre la administración pública y que se sujeten a este mecanismo alternativo de solución de controversias, la Procuraduría General del Estado no es competente para intervenir como parte o para ejercer la representación legal del Estado, debido a que, no se trata de un proceso arbitral o judicial. Lo que supone que tampoco deba autorizar su utilización en el Contrato y de acuerdo a lo señalado por el señor Procurador General del Estado tampoco tiene la facultad de autorizar los acuerdos que lleguen las partes en aplicación de las Determinaciones del *DB*. .
8. En el Ecuador, en el Contrato EPC se utilizó la figura de una Junta Combinada de Disputas para resolver los conflictos entre la Empresa Pública COCASINCLAIR y Sinohydro Corporation, contenida en la cláusula de solución de controversias. Sin embargo de lo señalado, no existe una norma jurídica específica dentro del ordenamiento jurídico que regule esta materia y se ha creado un vacío legal en su aplicación. A pesar de los límites señalados, la actuación de la administración pública tiene que ser realizada bajo los principios de legalidad, juridicidad y eficiencia.

9. .A pesar de que el Reglamento relativo a los *DB*, prevé la asistencia informal a las partes por parte de los miembros del *DB*, en temas controvertidos, no se considera apropiado el ejercicio de esta función, debido a que la imparcialidad que deben tener los miembros del *DB* al momento de resolver se puede ver afectada y emitir criterios anticipados sobre materia controvertida.

4.2.Recomendaciones

1. Se recomienda que se reforme la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, para que incluya como un mecanismo de solución de controversias de los contratos que regula al *Dispute Board* y regule en que casos se puede y debe aplicar el *Dispute Boards*, estableciendo la cuantía de aplicación y facultando a los administradores de contrato a actuar bajo los principios de legalidad, juridicidad y eficiencia.
2. Se recomienda que se reforme la Ley de Arbitraje y Mediación y se incluya la figura jurídica del *Dispute Board*, como un mecanismo alternativo de solución de controversias, con la remisión a las Reglas relativas a los *Dispute Board* de la Cámara de Comercio Internacional.
3. Se recomienda que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establezca qué materias pueden estar sujeta al conocimiento de los *Dispute Board* tomando en consideración que sólo pueden conocer sobre materias que no estén reservadas a la jurisdicción ordinaria y que se trate de bienes jurídico transigibles.
4. Se recomienda que en el uso del *DB*, no se permita la asistencia informal por parte de los miembros y que se establezca una prohibición expresa en la cláusula contractual para el efecto, debido a que, los miembros al momento de asistir informalmente a las partes da a conocer su criterio sobre un hecho no controvertido y el momento en que las partes quieran acudir al *DB* para

solucionar el conflicto, ya sabrán cuál es la postura de los miembros porque al momento de brindar asistencia informal ya la dieron a conocer y se vulnera el principio de imparcialidad.

5. Se recomienda que para la selección de los miembros del *DB* se considere principalmente el idioma de las partes y el idioma oficial establecido en el Contrato, que sean profesionales con amplia experiencia en la materia y si es que está conformado por 3 miembros el Presidente sea un abogado, debido a que, se requiere que los miembros puedan comunicarse efectivamente, conozcan sobre el objeto del contrato y los temas técnicos relacionados para que su actuación derive en una ayuda para las partes y si es que el *DB* está conformado de 3 miembros se hace necesario contar con la visión de un abogado que sepa sobre las normas que rigen al contrato, el sistema jurídico al que pertenece y cómo interpretar las normas contractuales.

Bibliografía

- Arkin, Harry L *Pre-Arbitration Dispute Resolution: What is it, Where is it, and Why?* *Journal on the Section of Business Law*, Vol. No. 8. Edición electrónica.
- Bailón Valdvinos, Rosalío, *Teoría General del proceso y derecho procesal*, México, Limusa, 2004. Edición electrónica.
- Cairns, David J. A, y Madalena, Ignacio, “Dispute resolution, international Chamber of Commerce International commercial arbitration; Procedure”, *International Arbitration Law Review*, Sweet and Maxwell, Volumen No. 8, 2005. Edición electrónica
- Cámara de Comercio Internacional, Reglamento Relativo a los Dispute Boards, París, 2012.
- Chapman, Peter H. J, “Dispute board’s o major infrastructure projects”, <http://www.icevirtuallibrary.com/docserver/fulltext/mpal162-007.pdf?expires=1360940130&id=id&accname=guest&checksum=F88C50B87EB12E0FFBEB9347E0CEA62B>.
- Chern, Cyril, *Chern on Dispute Boards*, Reino Unido, segunda edición, 2011. Edición electrónica
- International Commercial Mediation Dispute Resolution Guide, Reino Unido, 2008. Edición electrónica.
- Cheung, Sai-On “Critical factors affecting the use of alternative dispute resolution processes in construction, *International Journal of Project Management*, Vol. 17, Inglaterra, 1998. Edición electrónica.
- Chiovenda, Giuseppe, *Curso de derecho procesal civil*, trad. por Enrique Figueroa Alfonso, México, Editorial Pedagógica Iberoamericana, 1994.
- Constitución de la República del Ecuador
- Contrato entre la compañía Hidroeléctrica Coca Codo Sinclair S.A. COCASINCLAIR y Sinohydro Corporation para el desarrollo de ingeniería, provisionamiento de equipos, materiales, construcción de obras civiles, montaje de equipos y puesta en marcha del Proyecto Hidroeléctrico Coca Codo Sinclair en Ecuador.
- Davis, Michael E, *Dispute Resolution in International Long-Term Construction and Infrastructure Projects: The Private Finance Initiative*, <http://heinonline.org>.
- Dispute adjudication board rules for use in independently administered Dispute Board Matters, www.dbfederation.org
- Dorgan, Carroll S, *The ICC’S NEW DISPUTE BOARD RULES*, en *The International Construction Law Review*, Volume 22, January-October 2005, Londres, 2005. Edición electrónica
- Figueroa Valdés, 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” en *Gaceta Jurídica* de la Asociación Nacional de Magistrados del Poder Judicial de Chile, <http://www.fihsabogados.cl/publicaciones/docs/004%20ARBITRAJE.%20EL%20ARBITRAJE%20EN%20LOS%20CONTRATO%20DE%20CONCESION%20DE%20OBRAS%20PUBLICAS%20EN%20CHILE.pdf>

- Genton, Pierre M., *ADR in Business: Practice and Issues Across Countries and Cultures*, volumen II, The Netherlands, Kluwer Law International, Holanda. Edición electrónica
- Gravatá Nicoli, Pedro Augusto y Vaz, Gilberto José Los *Dispute Boards* y los contratos administrativos: ¿Son los DB's una buena solución para Disputas sujetas a normas de orden público?, *Dispute Boards en Latinoamérica: experiencias y retos*, Biblioteca del Arbitraje, volumen 23, Perú, 2004. Edición electrónica
- Jiménez Figueres, Dyalá, y Caivano, Roque J., Funcionamiento de los 'dispute boards' de la CCI y su encuadre en el derecho argentino, revista internacional de Arbitraje, No. 6, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda/Comité Colombiano de Arbitraje/Legis, 2007. Edición electrónica
- Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador. Edición electrónica
- Kantor, Mark, "*Negotiated settlement of public infrastructure Disputes*", *New Directions in International Economic Law*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2011. Edición electrónica
- Koch, Christopher, "The new Dispute Board Rules of the ICC", *ASA Bulletin*, 2005, <http://landoltandkoch.com/wp-content/uploads/2010/12/The-New-Dispute-Board-Rules-of-the-ICC.pdf>
- Kratzsch, Susan, "ICC Dispute Resolution Rules: ICC Dispute Board and ICC Pre-Arbitral Referees", *Construction Law Journal*, Londres, Sweet and Maxwell, 2010. Edición electrónica
- Ley Orgánica de Empresas Públicas.
- Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.
- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.
- Laorden Mengual, Pablo "Las Dispute Boards como medio de Resolución de Controversias", en la Revista Tecniberia, Revista de la Ingeniería española, No. 29, España, enero/febrero de 2011. Edición electrónica.
- McMillan, Daniel D. y Rubin, Rober A, "*Dispute Review Boards: Key Issues, Recent Case Law, and Standard Agreements*", *the Construction Lawyer*, <http://heinonline.org>.
- Macho Gómez, Carolina, Los ADR [ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION EN EL COMERCIO INTERNACIONAL], Doctoranda en Derecho Internacional Privado, Universidad de Cantabria, España. Edición electrónica.
- Owen, Gwyn, y Totterdill, and Brian, *Dispute Boards: Procedures and Practice*, Londres, 2008. Edición electrónica
- Pásara, Luis, et al., *El funcionamiento de la justicia del Estado*, Quito, Ministerio de Justicia, 2011.
- Ragnar, Harbst, y Mahnken, Volker, "*ICC Dispute Board Rules: the Civil Law Perspective*", en *Arbitration an international journal*, v. 72 N° 4, 2006. Edición electrónica.
- Reglamento relativo a los *Dispute Boards*, de la Cámara de Comercio Internacional.
- Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.
- Reglamento de *Dispute Boards* del Tribunal Arbitral de las Ingenierías del Centro de Ingenieros de Argentina.
- Stipanowich, Thomas J. "*ADR and the "Vanishing Trial": The Growth and Impact of "Alternative Dispute Resolution"*", *Journal of Empirical Legal Studies*, Volume 1, Issue 3, Estados Unidos, 2004. Edición electrónica.

- The Dispute Board Federation Code of professional Conduct for dispute board members, visto el 20 de diciembre de 2012, disponible en www.dbfederation.org.
- Totterdill, Brian, FIDIC Users' Guide: A Practical Guide to the 1999 Red and Yellow Books - Incorporating changes and additions to the 2005 MDB Harmonised Edition, Londres, 2005. Edición electrónica.
- Verstein, Andrew *Ex tempore Contracting*, en World Wide Web <http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3534&context=wml>
- Witker Velásquez, Jorge, y Larios Velasco, Rogelio, Metodología Jurídica, México, 2002.
- Wöss W, Herfried en el Panel de Adjudicación de Desavenencias “Una retrospectiva”, Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, México, 2006. Edición electrónica.
- Wolrich, Peter M., “*Resolution of Disputes by ICC Dispute Boards*”, *Contemporary issues in International Arbitration and Mediation*, Boston, Martinus Nijhoff publishers, 2011. Edición Electrónica
- Zagrebelsky, Gustavo, El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia (traducción de Marina Gascón), Madrid, Trotta, novena edición, 2009.