

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Estudios Sociales y Globales

Maestría Profesional en Relaciones Internacionales

La función de los *dispute boards* como mecanismos de solución de conflictos en obras de infraestructura estatal que promueven la inversión extranjera

Juan Pablo Jácome Carrera

Tutor: Jaime Vintimilla Saldaña

Quito, 2020



Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo, Juan Pablo Jácome Carrera, autor de la tesis titulada “La función de los *Dispute boards* como mecanismos de solución de conflictos en obras de infraestructura estatal, que promueven la inversión extranjera”, mediante el presente documento de constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, y que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magister en Relaciones Internacionales de 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 utilizar 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 virtuales, electrónico, digital, óptico, como usos en la red y en el internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de tercero respecto a los derechos del autor de la obra antes referido, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaria General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Quito, 2020

Firma: _____

Resumen

Los *dispute boards*, también conocidos como *juntas de controversias*, han tenido un éxito progresivo internacionalmente en los últimos años. El Banco Mundial, los bancos de desarrollo, el sistema FIDIC y el sistema ICC ahora los están utilizando. Estos métodos alternativos de solución de conflictos y otros procedimientos contenciosos pueden tener un efecto preventivo al evitar que se arraiguen los litigios y lleguen a etapas de resolución avanzadas y costosas. En este sentido, los paneles de disputas son de naturaleza preventiva y, a menudo, se describen como una forma de evitar los litigios en lugar de resolverlos. Evitar las disputas, identificando y discutiendo problemas a lo largo del proyecto, es sin duda una forma de llegar a un acuerdo a tiempo.

Su uso constante se refleja en proyectos de edificación a gran escala y proyectos emblemáticos como la construcción del “Eurotunnel” o los escenarios de los Juegos Olímpicos de Londres 2012, donde se logró evitar la mayoría de las disputas. Su éxito fue tal que también se lo utilizó en los contratos de construcción relacionados con los Juegos Olímpicos de Río en 2016.

Palabras claves: métodos alternativos de solución de conflictos, dispute board, arbitraje, inversión, inversión extranjera, obras infraestructura estatal

Dedicatoria

El presente trabajo investigativo ha sido una muestra de mi compromiso por ser mejor cada día. Para mí este solo es un escalón, no es la meta; la meta está trazada y tendré que subir más escalones, el camino es largo. Dedico esta tesis a mis padres por ser la base fundamental de lo que soy hoy como persona, por hacer de mí un árbol sólido bien plantado, sus raíces fuertes, con total seguridad y optimismo, Sé que la responsabilidad y el compromiso de mis padres, al darme todo, se reflejará en su orgullo cuando pueda cumplir todos mis propósitos.

También quiero dedicar esta tesis a mi hermana, por ser la luz de mis ojos, un ser pequeño, pero con un corazón gigante que me ama como nadie, sus detalles y gestos —para su corta edad— son admirables, sé que en un futuro llegará mucho más lejos que yo; esa es mi aspiración. Finalmente lo dedico a Dios por darme vida y permitirme compartir con mi familia todos los días.

Agradecimiento

Al finalizar un trabajo tan laborioso y lleno de dificultades como la elaboración de una tesis, es necesario y fundamental agradecer a las personas que lo hicieron posible, primero a mi padre por ser mi orgullo, mi ejemplo, un papá único que ama a su familia y no la cambiaría por nada, tan dedicado y responsable en sus actividades porque todo lo que soy se lo debo a él.

De mi padre, por formarme con bases sólidas y valores inquebrantables, con principios íntegros, haciendo de mí un hombre justo, responsable, honesto, firme, seguro y, sobre todo, trabajador, puedo decir con la frente en alto y siendo muy honesto que tengo el mejor papá del mundo.

Mi madre, una mujer dulce, sencilla, humilde, que ha sacado nuestro hogar adelante, por su entereza y dedicación, por ser arriesgada para los negocios, porque mi lado dulce y tierno proviene de ella, una mujer sin vicios y una verdadera dama, mujer que en estos tiempos casi no existe. A ella un agradecimiento especial por enseñarme que los hombres no deben ser machistas, por enseñarme a desenvolverme por mí mismo. De ella aprendí a hacer todos los quehaceres domésticos, un día me dijo que un hombre que sepa hacer todo eso es un hombre completo. Gracias, mamá; gracias, papá; gracias, hermana; los amo a los tres.

Tabla de contenidos

Lista de abreviaturas.....	13
Introducción.....	15
Capítulo primero.....	21
Los <i>dispute boards</i> como parte de los MASC o ADR.....	21
1. Fundamentación teórica.....	21
2. Proyectos de ingeniería y construcción con ADRS.....	23
3. Qué son los MASC o ADR.....	29
3.1. Métodos alternativos de solución de conflictos.....	29
3.2. Arbitraje.....	30
3.3. Consentimiento al arbitraje.....	30
3.4. Tipos de arbitraje.....	30
3.4.1. Arbitraje internacional.....	31
3.5. Mediación.....	31
3.6. Conciliación.....	32
3.7. Negociación.....	32
3.8. Evaluación neutral temprana (ENE).....	32
3.9. <i>Dispute boards</i>	33
4. Nacimiento de los <i>dispute boards</i> (naturaleza y definición).....	34
4.1. Cómo son las audiencias de <i>dispute boards</i>	38
4.1.1. Ventajas y desventajas de los DB.....	39
5. Los DB en América Latina.....	40
6. Cuáles son los costos de los DB.....	41
Capítulo segundo.....	43
Los ISDS (el arbitraje de diferencias Estado-inversor).....	43
1. Inversión, inversionista.....	49
1.1. ¿Qué es una inversión?.....	49
1.2. Índice de inversión extranjera.....	49
2. Problemas contractuales de las inversiones locales.....	51
3. Tratados bilaterales de inversión.....	54
4. Resumen de las entrevistas realizadas.....	56
Conclusiones.....	59
Bibliografía.....	63

Lista de abreviaturas

ACR	Acuerdos Comerciales Regionales
ADR	Alternative Dispute Resolutions
ALC	Acuerdos de Libre Comercio
CIADI	Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados
DB	Dispute Board
DRB	Dispute Review Board
FIDIC	International Federation of Consulting Engineers
ICC	Cámara de Comercio Internacional
ICE	Institute for Civil Engineers
ICSID	International Convention on the Settlement of Investment Disputes
ISDS	El arbitraje de diferencias estado-inversor
LAM	Ley de Mediación y Arbitraje
MASC	Métodos alternativos de solución de controversias
TBI	Tratados Bilaterales de Inversión

Introducción

Los primeros usos de los procesos alternativos de resolución de disputas (ADR) comenzaron experimentalmente en la década de 1970 como un remedio potencial para deshabilitar los atrasos judiciales y como técnicas de resolución para disputas ambientales y de recursos naturales. En 1985, el Fiscal General de Estados Unidos emitió un orden reconociendo la necesidad de ADR para reducir el tiempo y los gastos de los litigios civiles. Unos pocos años después, el Departamento de Justicia volvió a reconocer los beneficios de ADR en el Testimonio del Congreso de su Fiscal General Adjunto, Oficina de Asesoría Jurídica, quien apoyó la primera legislación ADR promulgada por el Congreso en 1990.

La resolución alternativa de disputas (ADR) se convierte en sinónimo de diferentes técnicas como alternativa al procedimiento judicial largo y costoso. La resolución alternativa de disputas se hizo popular a mediados de la década de 1990. Al principio, fue visto como una herramienta para la reducción de los atrasos de la Corte. Con el papel decreciente de las cámaras de comercio nacionales, como promotores de los tribunales de arbitraje, también el arbitraje se hizo cada vez menos popular entre las pequeñas y medianas empresas. Estos procesos fueron aún más radicales en los países ex-socialistas / comunistas sin pequeñas y medianas empresas desarrolladas.

Entonces, el nuevo milenio con la infraestructura desarrollada también ha traído nuevas ideas sobre el desarrollo de la sociedad. La resolución alternativa de disputas ahora se presenta como un procedimiento que es más rápido y más barato que el procedimiento judicial. Para evitar los aspectos negativos del arbitraje, se introdujeron más elementos del procedimiento judicial; como el papel de los expertos, medidas provisionales etc.

La resolución alternativa de disputas (ADR) consiste en una variedad de enfoques para la intervención temprana y resolución de disputas. Muchos de estos enfoques incluyen el uso de un individuo neutral como mediador que puede ayudar a las partes en disputa a resolver sus desacuerdos. En los ADR aumenta las oportunidades de las partes para resolver disputas antes o durante el uso de formal procedimientos administrativos y litigios (que pueden ser muy costosos y llevar mucho tiempo).

Para hacer más popular la resolución alternativa de disputas, se promovió como un procedimiento en el que las partes pueden elegir su propio juez, elaborar su propia ley e incluso vender el riesgo de la posible decisión.

Hablando ya de inversión, y de como esta se correlaciona con los procesos de ADR, “la ley de inversiones extranjeras y seguridad nacional en Estados Unidos: Opinión pública y formulación de la política exterior” (*Foreign Investment and National Security Act in the United States: Public Opinion and Foreign Policy*), ha inspirado la creación de nuevas leyes en otros países, encaminadas a través de un largo camino ha logrado desarrollar su objetivo principal: la protección de los inversionistas, bajo el llamado estándar internacional mínimo de tratamiento. En términos generales, este proceso de cambio, esta transformación de la ley base para inversionistas, ha experimentado dos cambios importantes para el reconocimiento de inversiones mundiales: el primero, el tratamiento justo y equitativo que debe recibir un inversionista; y el segundo, el problemático tema de la expropiación o nacionalización de propiedades extranjeras.

Cabe preguntarse cómo los países anfitriones de la inversión han perdido o ganado en relación con la inversión recibida. Como primer punto se consideró que los inversionistas no estaban sujetos a la ley de los países de acogida porque sus propiedades no podían ser expropiadas o nacionalizadas. El segundo punto es analizar cómo el estándar internacional mínimo prohíbe a los países que invocan la legislación nacional para eludir sus obligaciones internacionales.

En general, se aceptaba que los países no podían expropiar o nacionalizar propiedades extranjeras, a menos que se pagara una indemnización. Esta opinión ha sido acordada en virtud de la ley de inversión extranjera moderna mencionada, pero también vale destacar la falta de una directriz sobre el estándar de compensación, el derecho internacional, los derechos humanos, los principios de equidad, justicia y no discriminación del derecho internacional público que son los fundamentos de la protección a extranjeros.

Además, en la práctica, ha habido una tendencia a desgastar la idea de protección de inversiones en el derecho internacional consuetudinario mediante los tratados bilaterales de inversión (TBI), los acuerdos comerciales regionales (ACR) y los acuerdos de libre comercio (ALC).

Hay cuatro principios fundamentales de protección de la inversión extranjera bajo la ley de inversión extranjera moderna: las protecciones disponibles para extranjeros, inversionistas extranjeros en derecho internacional consuetudinario; la noción de protección diplomática; el derecho internacional de los derechos humanos, y la responsabilidad del Estado.

El Régimen Ecuatoriano de Inversión Extranjera dispone que, en principio, los conflictos o controversias que se generen en las inversiones del exterior se someterán a la legislación ecuatoriana y a la jurisdicción de sus tribunales y normas arbitrales. Esto es, salvo que existan tratados o convenios internacionales vigentes que resulten aplicables a la situación en conflicto concreta o cuando las partes lo estipulen en sus contratos, el arbitraje.

El objetivo de esta investigación es determinar si los *dispute boards* (en adelante DB) pueden atraer o inhibir inversiones en un país determinado y en qué condiciones, considerando que los tipos de DB pueden ser efectivos y dependen también de la confiabilidad de la justicia, que se encuentra en el limbo en nuestro país, esta concepción es adoptada por nacionales e internacionales debido a la inseguridad jurídica evidente en los últimos años. Las empresas necesitan tener seguridad en el aparataje judicial para salvaguardar su inversión.

Cuando un país es cuestionado por actos de corrupción los inversionistas lo piensan muy bien antes de invertir su dinero; y si países así son anfitriones, la idea de invertir se vuelve dudosa para cualquier empresa extranjera. Por ello es importante señalar cuáles son las ventajas de su utilización y si sería conveniente su aplicación en contratos de ejecución de construcción de infraestructuras que celebre un determinado Estado.

Este estudio se justifica por las disputas que se plantean entre los inversionistas y los Estados receptores, que usualmente generan altos costos tanto para los Estados de acogida como para los inversores directos. Parte de estos costos surge de la necesidad de financiar la participación de representantes, árbitros y expertos en calidad de veedores del cumplimiento estricto de lo estipulado en el contrato inicial, cuando hay problemas respecto de los plazos o inconvenientes antes de que fenezca el contrato; y, en casos de muchos años de litigio, cuando no se encuentra a un acuerdo satisfactorio. En esos casos seguir un proceso legal o recurrir a un arbitraje es costoso para ambas partes, lo que afecta a inversores y a gobiernos.

Es totalmente necesario reducir tales costos para que inversionistas e inversores no pierdan dinero. El arbitraje se usa como un medio para lograr una rápida y eficiente resolución de disputas; sin embargo, ese mecanismo está siendo cuestionado, no solo por los gobiernos sino también por los inversionistas, porque implica malgastar grandes sumas de tiempo y dinero. Estos mecanismos surgieron como resultado para que las partes gestionen disputas importantes de esquemas de privatización, para la concesión de contratos o de servicios públicos, o para la exploración y explotación de recursos naturales. Esto generó un debate político dentro y fuera del Estado y cierta insatisfacción con el arbitraje en conflictos de inversiones.

Así que como medida paliativa se propone que los DB podrían ser la solución al problema de costos, ya que son un panel o una junta de expertos que resuelve el problema antes de que suceda y son más económicos que el arbitraje. Para entender cómo funcionan o qué son los DB usaremos como fuente de investigación principal el Reglamento Relativo a los DB, emitido por la Cámara de Comercio Internacional, ya que es la norma internacional más utilizada en contratos a mediano y largo plazo.

Esta tesis pretende determinar cuál es la naturaleza de los DB, su funcionamiento, su composición, factores externos, ventajas, desventajas, normas jurídicas aplicables, principios, procesos de aplicación y, principalmente, conocer si estos métodos ayudan a reducir costos iniciales o no, promoviendo así la inversión extranjera en nuestro país.

En esta investigación no me ocuparé de estudiar la economía del país, definir qué son las inversiones y su funcionamiento, el análisis de los costos de producción, definir al inversionista y su relación con el estado; no me ocuparé de examinar las inversiones extranjeras, no profundizaré en los límites de la administración pública referente a los procesos de asuntos internaciones. Me enfocaré exclusivamente en estudiar cómo funcionan los DB, cuáles son sus costos, cómo se conforman, cómo son las audiencias, cuáles son los resultados, objetivos, beneficios, desventajas, formación, y la socialización de los mismos. De esta forma conoceremos si los DB podrían promover las inversiones extranjeras en el Ecuador al reducir los costos iniciales para quienes quieran invertir.

En el primer capítulo se realizará un análisis que busca describir de dónde vienen los DB y para qué sirven, explicando que estos forman parte de los ADR, se busca indagar en cuáles son los principales actores que intervienen y como es el proceso desde cuando se pactan estos métodos hasta cuando se los resuelve. Se presentarán

elementos sustanciales que pretenden clarificar los contenidos centrales de esta problemática. Complementariamente, se realizará una breve descripción de los procesos que intervienen en los métodos alternativos de solución de conflictos, además de ello se estudiará cómo funcionan los ADR en los planos regional, local e internacional. En este contexto se realizará una reseña de la normativa internacional y la del Ecuador frente a los ADR, analizando el carácter de las instituciones y organismos establecidos por el estado ecuatoriano, determinando cuál fue su funcionamiento, en la década pasada.

El segundo capítulo presenta una sistematización de los ISDS (el arbitraje de diferencias Estado-inversor, tanto en el contexto internacional, como local además de ello, este estudio tiene como finalidad hallar un mecanismo para remediar problemas en materia de tratados bilaterales de inversión (TBIS), específicamente en materia de inversiones extranjeras, por medio de la propagación de relaciones económicas. Para esto, es fundamental tener claro cómo se resolverán futuros conflictos y de qué forma se manejarán las controversias en materias comerciales.

Este estudio aplica varios métodos, principalmente cualitativos, basados en entrevistas a expertos y en la revisión de documentos que presentan testimonios de negociaciones de los propios actores que firmaron contratos estatales con empresas multinacionales en el país.

Se parte del método cualitativo, basado en la recolección de datos y fuentes académicas impresas que hayan discutido sobre los DB. Las fuentes son bibliográficas, publicaciones y entrevistas con actores directos encargados de las negociaciones de contratos de inversión con el Estado ecuatoriano, aprovisionamiento de equipos, materiales, construcción de obras civiles y otros contratos estatales, citando como ejemplos, Coca Codo Sinclair S. A. COCASINCLAIR y Sinohydro Corporation.

Se presentan entrevistas a los principales actores en la negociación del contrato de Coca Codo Sinclair, a trabajadores de la Procuraduría General del Estado y a representantes del proyecto Coca Codo Sinclair, entre otros; quienes aportan la parte empírica a la investigación, además de su experiencia en los procesos de negociación, con información relevante de los tratados bilaterales de inversión que tiene el Estado ecuatoriano, y que por confidencialidad no serán relevados los datos de contratantes.

Con base en las entrevistas se pretende identificar cuán importantes son los mecanismos alternativos de solución de conflictos en un contrato de inversión extranjera, cuán relevante es el nivel de seguridad que se le da al inversor para solucionar las desavenencias de una forma sucinta.

Para finalizar se presentarán las conclusiones más relevantes que se derivan del trabajo, sistematizando el funcionamiento y los resultados del estudio de los DP, ello nos permitirá determinar los retos y desafíos que enfrenta hoy el Ecuador en materia de ADR y concluiremos con interrogante principal de la investigación: si al usar los DP, u otros métodos alternativos para solucionar controversias pueden lograr que inversionistas extranjeros les parezca atractiva la idea de invertir en el Ecuador.

Capítulo primero

Los *dispute boards* como parte de los MASC o ADR

1. Fundamentación teórica

Los MASC son en la actualidad numerosos y diversos en su planeamiento, operatividad y eficacia. Desde la negociación, pura y simple, pasando por la negociación dirigida o asistida, la negociación automática y la negociación estructurada, los buenos oficios, la expertise, la mediación, la conciliación, el proceso simulado y acordado o miniterial (Quiroga, Gorjón Gómez y Sánchez García, 2011).

Estos métodos incorporan elementos de organicidad preestablecida o no, como los DB en el marco de la ejecución de los contratos de ingeniería civil y de construcción en el seno de la CCI; o el ingeniero decisor en el marco del FIDIC. Para finalizar con el arbitraje en sus variadas formas y manifestaciones, los métodos alternativos de solución de conflictos proliferan hoy en día para encontrar las vías de arreglo de cualquier controversia surgida en las más diversas relaciones, y no solo las de carácter económico, jurídico o contractual.

Si se añaden las posibles combinaciones entre ellos y su uso escalonado, podremos valorar la variedad y la utilidad de los MASC en la hora presente.

Los ADR —conocidos también como métodos alternativos de resolución de controversias, diferencias o conflictos— por sus siglas en inglés Alternative Dispute Resolution, también se conocen como métodos alternos de solución de conflictos (MASC), han ganado presencia y terreno en la última década en todos los ámbitos judiciales, estos son alternativos ya que proponen un cambio en la aplicación de la justicia tradicional normal, y esta propia justicia los reconoce y les da fuerza ejecutiva, son regulados en cuanto al ámbito de su aplicación y sus límites (Quiroga y Gómez 2011).

La tendencia mundial prevaeciente apela a métodos alternos de solución de conflictos, los cuales han demostrado efectividad en el ámbito legal, económico y social, por ello se están normalizando las regulaciones que el proceso debe tener dependiendo del caso y los límites. Es importante tomar en cuenta que cada país mantiene diferencias para cada ámbito y los tratados internacionales empiezan a ser una herramienta de alargamiento, por lo que existen límites, uno de los más importantes es los TDR contractuales que delimitan y a la vez permiten incurrir en cambios que son realmente la base sobre lo que se debe centrar los acuerdos de los conflictos.

La génesis de los ADR se retrotrae a 1906, en un artículo de quien luego sería decano de la Facultad de Derecho de Harvard, Roscoe Pound (1906), denominado *Las causas del descontento de la gente común con la administración de justicia* (The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice). Se pueden buscar referencias prácticas en los años 70 en Estados Unidos con la mediación en conflictos laborales. A nivel institucional, en el marco de las relaciones internacionales o de la jurisdicción que se podría considerar del derecho internacional público, por ejemplo, los Estados Unidos, a través de su entonces presidente Theodore Roosevelt, actuaron de mediadores en la guerra ruso-japonesa de 1905; el Vaticano medió con éxito en el conflicto del Beagle entre Chile y Argentina en 1978, concluyendo tratados que se cumplieron. Para entender en mejor forma un ejemplo natural de arbitraje internacional:

... con decisiones plenamente obligatorias para las partes y ejecutables en cumplimiento de la Convención ICSID: International Convention on the Settlement of Investment Disputes (Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados), que entró en vigor en 1966 auspiciada por el Banco Mundial y de la que actualmente son parte alrededor de 153 países. Dentro del marco del Convenio se creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). De acuerdo con sus normas de arbitraje, un laudo arbitral es de obligado cumplimiento, y la parte que quiera ejecutarlo, si fuese necesario, podrá pedir la ejecución de las obligaciones pecuniarias en cualquier Estado miembro, y este deberá ejecutar el laudo como si fuese una decisión de un tribunal interno de ese Estado (Quiroga y Gómez 2011).

El párrafo anterior describe el papel del CIADI, organismo especializado con más de cincuenta años de funcionamiento, reconocido en 153 países. Sus laudos arbitrales son de obligatorio cumplimiento; esta característica es crucial porque cualquier discrepancia conlleva obligaciones económicas para el Estado garante del contrato, por lo general financiado con préstamos, que también incluyen marcos referenciales.

2. Proyectos de ingeniería y construcción con ADRS

Los ADR dan continuo seguimiento a todo el proceso que un proyecto y sus conflictos conlleva, a fin de acomodar soluciones que mengüen el perjuicio generado, sea por la paralización de las obras, por retrasos en la entrega de abonos, multas sobre los informes presentados, entre tantas posibles situaciones de conflicto. Se trata de dar una atención ágil y oportuna a tales procesos.

Con los ADR se persigue ante todo una resolución ágil, rápida y eficaz de las desavenencias entre las partes que perjudique lo menos posible el transcurso de las obras y contribuya a fortalecer las relaciones comerciales entre las partes que intervienen en la ejecución de un proyecto de construcción, entre ellas, generalmente, un Estado (Hernández Rodríguez 2014).

Así, en este tipo de contratos la resolución de conflictos se facilita como un proceso paulatino: una vez surgido un inconveniente técnico o jurídico entre las partes, estas deben tratar de llegar a un acuerdo que convenga a ambas partes, recurriendo a cualquier modalidad de ADR o varias de ellas, como requisito *sine qua non* antes de recurrir al arbitraje. Recurrir a los ADR es cada vez más habitual en los contratos internacionales de construcción.

La mediación la negociación, el arbitraje han sido, desde hace varias décadas, los métodos predilectos para zanjar problemas. Por ejemplo el peso de sentencia del laudo arbitral, unido a la elasticidad del procedimiento, la posibilidad de seleccionar árbitros especialistas y, sobre todo, el establecimiento de un foro neutral, han sido algunas de las ventajas recaladas por las empresas que recurren a este mecanismo.

Estadísticamente, el sector de la ingeniería y de la construcción, junto al sector energético, han sido líderes en cuanto al número de arbitrajes, pues la disputa es consustancial a estos proyectos según Horna Marquina y Barrios Cárdenas (2016). Con la excepción de algunos concursos promovidos por entidades estatales, los modelos contractuales que se utilizan en el mercado incorporan cláusulas de arbitraje. Incluso la legislación de algunos Estados, como Perú o México, exige hoy en día que las disputas derivadas de sus proyectos energéticos y de contratación pública sean sometidas a arbitraje. Lo mismo ocurre en los contratos de obras cuyos proyectos son financiados por bancos multilaterales o entidades de financiaciones pública o público-privada. La característica de incorporar al arbitraje se presenta por parte de una multiplicidad de

Estados como un elemento atractivo para la inversión extranjera, sin limitación geográfica.

El arbitraje ha evolucionado, del mismo modo que han evolucionado las técnicas de resolución de conflictos (Alternative Dispute Resolution, ADR). El arbitraje convive bien con otros mecanismos ADR. Tiene la virtud de poder pactarse como último recurso, sin que su existencia o incluso su puesta en marcha impidan explorar vías paralelas de solución al conflicto, como la mediación y, por supuesto, la negociación. Así, por ejemplo, en los modelos FIDIC, las disputas se resuelven de manera escalonada (Gonzalo Quiroga, Bazaga Fernández, y otros 2015).

El procedimiento de arbitraje facilita escenarios de negociación y da seguridad tanto a los Estados como a los inversionistas, permitiéndoles confiar y reducir las dudas sobre el cumplimiento contractual.

La cláusula de resolución de controversias, que se añade a los contratos para permitir que se establezcan los DB, prevé que antes del arbitraje se aplique algún método ADR para buscar una solución amigable y evitar la confrontación.

Es de esperar que los métodos ADR, como recurso previo al arbitraje, ganen cada vez más relevancia en los próximos años. Presentan tres ventajas principales frente al arbitraje: (i) suelen ser más baratos; (ii) exigen menos tiempo; y (iii), en la medida en que evitan la abierta confrontación de las partes en un litigio, pueden contribuir a la solución (2015).

Algunos DB tienen un procedimiento que establece un panel con un tercero neutral, quien trata de facilitar la solución de la controversia, y un directivo o ejecutivo de cada parte. Normalmente, los directivos de las partes no han estado directamente involucrados en la controversia, pero tienen poder suficiente para, llegado el caso, alcanzar un acuerdo en nombre de la parte a la que representan.

También son conocidas como mesas, con integrantes de ambas partes, cuya función es atender y solucionar las frecuentes controversias, sobre todo pequeñas y medianas, que suelen plantearse en los contratos con un plazo de ejecución prolongado, principalmente, en el sector de la construcción.

Aunque la decisión de los DB no impide a cualquiera de las partes que no esté de acuerdo con dicha decisión acudir más tarde al arbitraje o a la vía judicial (Estudio Mario Castillo Freyre 2014), cumplen la función de preservar la relación de las partes sin un contencioso que quizá la deterioraría irremisiblemente para llevar a buen fin la ejecución del contrato” (Hernández Rodríguez Marzo 2014).

Los Dispute Review Boards (DRB) o Comités de Resolución de Litigios (CRL) son un ADR, de origen norteamericano, que ha sido adoptado por algunas condiciones generales y contratos tipo de ciertas organizaciones de profesionales como la FIDIC e instituciones como el Banco Mundial (2014).

La práctica del Banco Mundial y de otras instituciones financieras es tener normados los contratos. En el caso de controversias el banco también da soporte y todas las garantías a la inversión realizada. Si fuese por la vía regular, las dilataciones de los procesos o las controversias ocasionan pérdidas, además del posible desprestigio que podría afectar en otras inversiones o contratos.

En el caso de la construcción, al momento en Ecuador existen varios proyectos que atraviesan por procesos que son reconocidos a nivel internacional como fallidos y que inician reconversiones litigiosas en unos casos; y, en otros, compensaciones a modalidad de paliativos. Por lo que se requiere una herramienta de solución a mano de expertos en el ámbito, como lo explica Hernández Rodríguez (2014): “La gran difusión de la que, hasta ahora, están siendo objeto tales documentos en el tráfico mercantil internacional explica la presencia cada vez más frecuente de este mecanismo de resolución no jurisdiccional de litigios en el ámbito de la construcción internacional”.

La medida que muestra la acogida que tiene el método DB es que en la documentación de las transacciones mercantiles cada vez se está incluyendo más a este mecanismo en caso de controversia. Lo que implica que la imagen de los DB ha mejorado con base en los resultados extrajudiciales. Un ejemplo es la actividad en la construcción internacional.

Aunque en la práctica los DRB (Dispute Review Boards), presentan importantes diferencias, todos ellos responden a las siguientes directrices básicas y generales: a) Son órganos integrados generalmente por tres miembros y, más excepcionalmente, dependiendo de las características del proyecto —dimensión, duración y complejidad técnica—, por uno sólo (Dispute Review Expert). En cualquier caso, ha de tratarse de personas cualificadas e independientes cuya remuneración corre a cargo del cliente y del contratista a partes iguales. Los DRB pueden quedar constituidos durante la fase de negociación del contrato, o una vez que éste se ha firmado, pero, siempre, antes de que se inicie la ejecución de las obras, pues una de sus principales características es la de estar presentes durante toda la realización del proyecto. b) Su función principal es la de resolver todos aquellos litigios que surjan entre las partes relacionadas con el contrato y con la ejecución de las obras, tales como la interpretación de las cláusulas contractuales, los retrasos, las modificaciones, las certificaciones de pago etc. (Gonzalo Quiroga, Bazaga Fernández, y otros 2015).

Los miembros representantes que forman parte de los DRB son expertos consultores certificados, cuya certificación demuestra la independencia que poseen frente a los conflictos. Los costos de contratación son asumidos por sus clientes a quienes deben dedicar tiempo completo, asegurar su presencia en la totalidad del proceso, haciendo las respectivas inspecciones y resolviendo lo que en el camino se vaya presentando.

Estos expertos deben aconsejar al contratista y al Estado; mantenerse informados sobre el desarrollo de los trabajos, realizar visitas y mantener reuniones a pie de obra en los momentos más cruciales de la construcción, con los representantes del cliente, del contratista y con los ingenieros. En estas reuniones se supervisan y se discuten —entre otros aspectos— el estado de las obras ejecutadas desde que se realizó la última visita; el estado de los presupuestos; los posibles litigios surgidos entre las partes y las soluciones propuestas.

Como se ha indicado a lo largo de estas páginas, los contratos internacionales de construcción son contratos esencialmente complejos, no sólo por su objeto sino por el gran número de personas que intervienen en su preparación y ejecución, y por su larga duración [...] tal y como queda reflejado en la propia evolución de los contratos tipo más utilizados en este sector: las condiciones FIDIC que se hayan introducido con carácter previo al arbitraje comercial internacional, procedimientos alternativos de resolución de litigios... (Hernández Rodríguez 2014).

Los DB a diferencia del arbitraje que nace como una necesidad del comercio internacional y es promovido por las empresas privadas se originan como una necesidad de los Estados para gestionar las controversias en sus contratos de obras públicas, con lo cual sus aportes para un eficiente manejo de los recursos públicos están comprobados.

Los DB ofrecen, en primer lugar, una función preventiva del conflicto, debido a que los encargados de atender las probables controversias, denominados *adjudicadores*, conocen la obra desde su inicio y la acompañan durante toda su ejecución. Esto les permite estar en contacto con las partes, absolviendo sus dudas o consultas, las cuales sin esta posibilidad probablemente hubieran terminado en controversia.

La gran ventaja que esto consigue es que, como ya se dijo, el adjudicador conoce la obra desde su inicio y está permanentemente informado de su ejecución, es decir, conoce la obra de manera vivencial y constante, a diferencia de un árbitro, que debe conocer sobre la obra una vez generada la controversia (González-Vargas Ibáñez 2012).

El consultor tiene alto grado de imparcialidad al ser independiente y su experticia en el seguimiento de todo el proceso de ejecución, al estar presente de manera continua, hace que las soluciones que aplique sean reales e informadas. Esto presenta ventajas claras frente a una entidad con personas colocadas de forma súbita para analizar expedientes del proceso a fin de arbitrar sobre la discrepancia. Por ello, los DB surgen como un mecanismo efectivo.

Este conocimiento sostenido y profundo permite al adjudicador resolver la controversia en menor tiempo, lo cual se condice con el interés de la entrega de la obra en el tiempo requerido por el propietario y el pago oportuno al contratista. Es preciso señalar que este sistema no busca ser una competencia al arbitraje, que se viene desarrollando de forma continua y notable en nuestro país, sino más bien un aliado, una especie de filtro previo que desincentive arbitrar lo que no sea necesario y que pueda resolverse (Estudio Mario Castillo Freyre 2014).

Para el normal desarrollo de una obra de construcción, es necesario tomar en cuenta que fue planificada con tiempos de entrega precisos, por etapas. Por ello a fin de cumplir con todos los pagos con su contratista a tiempo, para que el proceso no se retrase, siempre es necesario seleccionar cuál será el mecanismo de solución de conflictos.

Estas desavenencias son normalmente de carácter técnico, y por esa razón sus miembros son personas con esos conocimientos: ingenieros, arquitectos, etc. Normalmente las juntas son órganos permanentes, que se establecen al inicio del proyecto para resolver cualquier conflicto relativo a su ejecución, hasta su terminación (Virgós Soriano y Gual Grau 2008).

Si la mayor parte de discrepancias en una construcción son de carácter técnico, es necesario que los expertos tengan esos conocimientos, es decir, para cada una de las etapas deben existir expertos que puedan dar soluciones para que la obra llegue a una ejecución exitosa hasta la terminación del contrato.

La Junta de los DB emite recomendaciones o, preferiblemente, decisiones que se deben cumplir. Si las partes están en desacuerdo con el contenido de las decisiones pueden llevar esta cuestión a arbitraje al final. Una diferencia fundamental con otras formas de ADR es que las juntas de solución de conflictos se constituyen desde el principio y no cuando surge una disputa. Forman parte del proyecto y conocen su desarrollo. Aunque suponen un coste añadido, permiten una fluidez mucho mayor en la consecución del proyecto (Virgós Soriano y Gual Grau 2008).

Cada vez que se requiere, o cuando se haya establecido previamente, se emitirán recomendaciones por parte de la junta de los DB. Estas recomendaciones son analizadas

por las partes y, en caso de estar en desacuerdo, se procederá a reabrir los procesos con otros mecanismos de arbitraje. En el caso del mecanismo de DB no se requiere incorporar más personas que el equipo que inició la implementación de la obra, ya que conocen claramente todo el proceso.

Los expertos no son jueces ni están obligados a seguir sus reglas o las de los árbitros y normalmente pueden hacer sus propias investigaciones. El procedimiento que suelen seguir es sencillo: se comienza con una solicitud y cada parte presenta por escrito las razones por las cuales piensa que su opinión sobre la ejecución del contrato es la correcta. A continuación, se celebra una vista o audiencia ante la Junta en la que las partes presentan sus opiniones (Virgós Soriano y Gual Grau 2008).

Vale recordar que el criterio de los consultores expertos en realidad es una recomendación, planteada desde afuera, del equipo de trabajo, a fin de mantener objetividad en sus recomendaciones. Son las partes involucradas quienes aceptan o no las propuestas y dan aplicación directa.

... recurrir a expertos externos no es habitual, puesto que los miembros de la Junta lo suelen ser. Normalmente no hay transcripciones y los miembros de la Junta deliberan y adoptan su decisión o recomendación en un plazo breve de tiempo. Estos datos explican el auge de las cláusulas mixtas de ADR y Arbitraje, que dan lugar a un sistema escalonado de solución de disputas, en dos o más etapas: primero, mediación u otra fórmula de ADR; segundo, arbitraje (Galán 2010).

La junta delibera y adopta recomendaciones en un plazo de tiempo determinado que, por lo general, es breve. En algunos casos incluso pueden recomendar soluciones a conflictos de manera mixta, utilizando las DB y el arbitraje, sea por etapas o paralelamente.

3. Qué son los MASC o ADR

3.1. Métodos alternativos de solución de conflictos

Las resoluciones alternativas de disputas son conocidas normalmente como ADR.¹ Y en los países europeos es un deber fundamental del Estado es brindar a todos sus ciudadanos las herramientas necesarias para solucionar sus disputas. Un ejemplo claro es Turquía, en donde para cualquier disputa que surja de una relación legal entre las partes interesadas se utilizan los ADR antes de acudir a los tribunales estatales, ya que los ADR son los recursos iniciales y esenciales². Esto se repite en algunos países, principalmente europeos, en donde las partes implementan los ADR sin un acuerdo antes del conflicto, ya que en estos países se garantizan y precautelan estos métodos como primera instancia.

Los ADR han surgido como una opción para proporcionar eficiencia de costos y tiempo, en comparación con los procedimientos judiciales ante los tribunales estatales, para evitar las desventajas de estos últimos. Un ADR apunta a una resolución más simple y rápida que las disputas, sin menoscabar la soberanía judicial del Estado.

La principal diferencia entre los procedimientos ante los tribunales estatales y el ADR es que, por regla general, el ADR, no es vinculante para las partes involucradas, a menos que el ADR mismo decida lo contrario en sus cláusulas, como en la mediación y en el arbitraje, ya que en nuestra legislación el acta de mediación tiene peso de sentencia ejecutoriada de última instancia, según el artículo 47 de la Ley de Mediación y Arbitraje; y el laudo que se emite al final del arbitraje tiene el mismo peso, según el artículo 32 de la misma ley.

Los procedimientos en ADR no están limitados en número y tipo; cada país puede elegir un método de ADR o crear un método de ADR teniendo en cuenta sus circunstancias y dinámicas sociales y económicas. Algunos ejemplos de ello son el arbitraje, la conciliación, la mediación, el *mooting*, la evaluación neutral temprana

¹ ADR son métodos alternativos en los que una tercera parte independiente, objetiva e imparcial proporciona a las partes una solución, o una salida, a la disputa que sea legal y que se pueda llegar a un acuerdo sobre esa disputa; reuniéndolas y comunicándose entre sí (González-Varas Ibáñez 2012).

² González-Varas Ibáñez, Santiago, coord. 2012. Derecho administrativo en Iberoamérica. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública

(ENE), el método de determinación de hechos y *Med-Arb*, todos estos son métodos de resolución de disputas ampliamente utilizados.

3.2. Arbitraje

El arbitraje es una forma ampliamente utilizada de ADR, es un método de resolución de altercados en el que las disputas que surgen entre las partes son resueltas por los árbitros designados por las mismas partes en lugar de recurrir a las instancias legales del Estado. Normalmente se pacta arbitraje en contratos, tanto públicos como privados, como método alternativo de solución de conflictos y el producto final del arbitraje es un laudo arbitral que tiene peso de sentencia.

Entre los métodos alternativos de resolución de disputas, el arbitraje se define como un medio jurisdiccional para resolver disputas, debido al poder otorgado a los árbitros para decidir un caso y emitir un laudo. A diferencia de la mediación y de las negociaciones, las partes no tienen nada que decir sobre la solución encontrada por el tribunal arbitral, que se impone de manera final y vinculante.

3.3. Consentimiento al arbitraje

La principal característica del arbitraje es su naturaleza consensual. Una disputa puede ser zanjada por el árbitro solo si ambas partes lo han acordado. Dicho acuerdo generalmente toma la forma de una cláusula de arbitraje incorporada en el contrato, antes de que se produzca una disputa; una vez surgida, las partes pueden acordar someterla a un tribunal arbitral.

3.4. Tipos de arbitraje

El arbitraje puede ser nacional o internacional. Generalmente, los arbitrajes son internacionales cuando las partes son de diferentes nacionalidades y cuando intereses comerciales internacionales están en juego; esta definición puede variar dependiendo de la ley que rige el acuerdo entre las partes que intervienen.

Hay diferentes tipos de arbitrajes dependiendo del tema o problema en disputa, por ejemplo, arbitrajes comerciales, de construcción, inversionista-Estado o de inversión (ISDS), etc. Los procedimientos arbitrales pueden clasificarse como arbitrajes

institucionales y arbitrajes ad-hoc, la mayoría de los procedimientos arbitrales son administrados por instituciones arbitrales.

3.4.1. Arbitraje internacional

Un medio alternativo para resolver una disputa por parte de personas imparciales sin proceder a un juicio en el tribunal. A veces se prefiere como un medio para resolver un asunto con el fin de evitar el gasto, el retraso y la agravación de los litigios. No hay descubrimiento y hay reglas simplificadas de evidencia en el arbitraje. El árbitro, o los árbitros, es seleccionado directamente por las partes o es elegido de acuerdo con los términos de un contrato en el que las partes han acordado utilizar un árbitro designado por un tribunal o un árbitro de la Asociación Americana de Arbitraje.

Si no hay contrato, normalmente cada parte elige un árbitro y los dos árbitros seleccionan un tercero para formar el panel. Cuando las partes se someten al arbitraje, acuerdan estar obligadas a cumplir con la decisión de los árbitros. La decisión de los árbitros se da después de un procedimiento informal en el que cada parte presenta evidencias y testigos. Las audiencias de arbitraje generalmente duran unas pocas horas y las opiniones no son públicas. Tradicionalmente, el arbitraje se ha utilizado durante mucho tiempo en la construcción y la regulación de valores, pero ahora está ganando popularidad en otras disputas comerciales.

Algunos procedimientos de arbitraje son obligatorios, otros procedimientos de arbitraje se incorporan a los contratos en caso de una disputa. Las parejas que firman acuerdos de cohabitación o acuerdos de divorcio a menudo incluyen una cláusula que acuerda ir al arbitraje si surge alguna disputa, evitando así la demora, los gastos y la formalidad del litigio, las empresas pueden solicitar el arbitraje de disputas por razones de relaciones públicas, a fin de evitar la publicidad negativa de un juicio.

3.5. Mediación

La mediación es una forma amplia de ADR, es un método en el que el mediador proporciona una mejor comunicación entre las partes que sostienen una disputa. El mediador guía y dirige a las partes para que puedan encontrar una solución justa a su inconveniente; facilita, ayuda y coadyuva con sus recomendaciones para hallar una

salida eficaz al conflicto; el acta que emite el mediador luego de las reuniones es una decisión vinculante, como si fuese un árbitro o un juez.

El mediador puede hacer tantas preguntas como considere, que estarán encaminadas a facilitar una mejor comunicación entre las partes. En caso de que no se llegue a un acuerdo al final del proceso de mediación, la información y los documentos obtenidos de las deliberaciones no se pueden utilizar como evidencia en una posible demanda futura, ya que la mediación es totalmente confidencial.

3.6. Conciliación

La conciliación es una forma de ADR en la que una tercera parte imparcial ofrece diferentes ofertas de solución que se ajustan, según las circunstancias, a las necesidades de la disputa y que tienen como objetivo proporcionar a las partes un acuerdo después de las negociaciones y las deliberaciones.

En la conciliación, lo esencial es que las propias partes lleguen a la resolución de la disputa. La opción de la conciliación como método de mediación siempre se basará en el derecho y la rectitud, tomando en cuenta la historia de la disputa. El método de la conciliación es menos flexible que el método de mediación y se basa principalmente en las disposiciones de la ley.

3.7. Negociación

La negociación es un tipo de ADR al que generalmente se hace referencia inicialmente en caso de una disputa y cubre todos los métodos de ADR. Este tipo de ADR tiene como objetivo que las partes resuelvan la disputa entre ellas, negociando y deliberando entre sí, con la asistencia de sus abogados en caso de ser necesario, sin la intervención de un tercero. La negociación es un tipo de ADR en el que cada parte trata de obtener un beneficio para sí misma al final del proceso, al persuadir a la otra parte para que actúe de la manera que el primero desea.

3.8. Evaluación neutral temprana (ENE)

La evaluación neutral temprana es un método que se utiliza generalmente al principio de la disputa. La ENE permite que las partes involucradas tomen una decisión con respecto al procedimiento necesario para resolver la disputa, a través de la provisión

de información por parte de un tercero, experimentado y objetivo, a las partes en la disputa.

Método de investigación: la investigación de los hechos es un método que tiene como objetivo determinar y aclarar la disputa. Incluso si no se puede resolver con este método, tiene su propia función complementaria para los otros métodos alternativos de resolución de disputas, como el arbitraje, la mediación, etc. Cuando las partes tienen una actitud intransigente, el investigador se convierte en parte de la disputa y prepara un informe exhaustivo que indica las perspectivas negativas en la disputa para las partes. En este método, generalmente, como investigador, se nombra un abogado con experiencia en el campo legal con el que se relaciona la disputa.

Med-Arb: el método Med-Arb es una combinación de mediación y arbitraje, que tiene como objetivo resolver la disputa a través del arbitraje cuando la disputa entre las partes no se puede resolver a través de la mediación. Este método se aplica cuando se busca la resolución rápida de la disputa.

3.9. *Dispute boards*

Las juntas de resolución de disputas (DRB), normalmente se establecen al inicio de un contrato y permanecen en su lugar durante toda su duración. Compuestas por uno o tres miembros que conocen a fondo el contrato y su desarrollo, la junta de disputas ayuda informalmente a las partes, si así lo desean, a resolver los desacuerdos que surjan en el curso del contrato y hace recomendaciones o decisiones con respecto a las disputas que le remitan las partes.

Las juntas de disputas, también conocidas como juntas de revisión de disputas, se han convertido en un mecanismo estándar de resolución para disputas contractuales que surgen en el curso de contratos cuya ejecución requiere un mediano o largo plazo; la función principal de una junta de disputas es ayudar a las partes a evitarlas, si es posible, facilitando y mejorando la comunicación y alentando la resolución de las cuestiones contenciosas en el nivel de trabajo, antes de que se conviertan en un altercado mayor; o para ayudar a resolver un problema de manera rápida y rentable, sin la necesidad de arbitraje o litigio.

Los miembros de una junta de disputas deben tener experiencia relevante en el tipo de proyecto que se está llevando a cabo y un conocimiento profundo de los temas contractuales. Deben ser respetados por su experiencia, deben ser independientes e imparciales. La principal ventaja de una junta de disputas permanente, en oposición a

una junta nombrada cuando surgen disputas, es decir, sobre una base *ad hoc*, es que siempre que surja una disputa los miembros de la junta tendrán un alto grado de conocimiento y familiaridad con el proyecto, su contexto contractual y su progreso, lo que permite a la junta ayudar a las partes informalmente, proporcionando recomendaciones o, si es necesario, tomando una decisión en un período de tiempo relativamente corto.

Los DB como mecanismos de solución de conflictos responden a las necesidades de la construcción de grandes obras de infraestructura. El uso de los (DB) como una variante de la alternativa convencional de mecanismos de resolución de conflictos, como mediación y arbitraje, está aumentando su prevalencia en Latinoamérica.

Esto es una respuesta a la crítica de que el arbitraje ha adoptado las mismas cualidades negativas de las disputas judiciales, que se volvieron muy ineficientes en términos de costos y tiempo. Las deficiencias del arbitraje son especialmente evidentes en proyectos de construcción, particularmente cuando protegen empresas de infraestructura de gran escala, en las que las numerosas actividades, circunstancias imprevistas y limitaciones de tiempo exigen una toma de decisiones rápida y eficiente, que anticipe los problemas en lugar de reaccionar ante ellos.

La estructura de los DB contribuye a su éxito, ya que están diseñados para ser receptivos, convenientes y amigables. En América Latina, los DB no nacieron de la legislación, sino que son entidades contractuales acordadas por ambas partes. Los DB son vistos típicamente como la etapa preliminar para el arbitraje, o como un mecanismo utilizado para evitarlo por completo. A diferencia del arbitraje, los DB, generalmente están compuestos por uno a tres expertos en la materia, tienen la tarea de monitorear el progreso de un proyecto y participar en el diálogo regular y no solicitado, identificando y resolviendo problemas antes de que se manifiesten.

4. Nacimiento de los *dispute boards* (naturaleza y definición)

La Cámara de Comercio Internacional (ICC) define a una junta de disputas como: “un cuerpo permanente compuesto por uno o tres miembros establecido a partir de la firma o de la ejecución de un contrato a largo plazo, se utilizan para ayudar a las partes a evitar o superar cualquier desacuerdo o disputa que surja durante la implementación del contrato”. Aunque se utilizan comúnmente en proyectos de construcción, los DB también son efectivos en otras áreas, como investigación y

desarrollo, propiedad intelectual, producción compartida y acuerdos de accionistas. La Federación de la Junta de Disputas se refiere a ellos como:

...paneles, comités o consejos para la resolución de conflictos, cuyos miembros son nombrados al inicio del contrato y quienes acompañan el contrato hasta el final de su ejecución y que puede, de acuerdo con el caso, hacer recomendaciones (en el caso de Adjudicación de Disputas Tableros-DAB), o puede tener ambas funciones (Tableros de disputas combinadas-CDB) según el caso, en función de las facultades que se le otorguen por las partes (Estudio Mario Castillo Freyre 2014; Horna Marquina y Barrios Cárdenas 2016).

Otros definen a los DB como una junta de profesionales imparciales formada al inicio de un proyecto para monitorear y seguir el progreso de la construcción, evitar disputas y asistir en la resolución de altercados por la duración del proyecto. Sin embargo, podemos definir a los DB como un panel de expertos independientes, normalmente con uno o tres miembros, generalmente ingenieros o arquitectos, que posean experiencia legal contractual —aunque a veces los abogados participan como expertos con experiencia en el área en proyectos similares— designada por acuerdo de las partes, cuya función principal es resolver o dar su opinión en términos breves sobre cualquier pregunta o reclamación sometida a su decisión.

Los DB evolucionaron para satisfacer la necesidad que enfrenta la industria de la construcción, para resolver las disputas que se generan en su desarrollo de manera inmediata, informal, rentable e imparcial. El concepto de DB se originó en los EE. UU., donde se ha utilizado durante más de cuarenta años como medio para evitar y resolver disputas en obras de ingeniería civil; en particular las que surgen durante la construcción de presas, inversiones estatales, proyectos de gestión del agua y contratos para la construcción subterránea, etc.

El primer uso reportado fue en la Boundary Dam en el estado de Washington en la década de 1960, cuando se pidió a la Junta Consultiva Conjunta Técnica que tomara decisiones sobre los conflictos que se generen en la ejecución de dicha obra. La idea funcionó bien y, en 1972, el Comité Nacional de Tecnología de Túneles, que trata de aplicar las mejores prácticas de contratación, usó dicho método.

Esto llevó a una publicación, en 1974, titulada *Better Contracting for Underground Construction*, en la que se destacaron las consecuencias indeseables de reclamaciones, disputas y litigios. Como resultado de la publicación este estudio, se estableció en 1975 un DB para el túnel Eisenhower en Colorado, EE. UU. Los beneficios del enfoque de los DB fueron reconocidos y apreciados por las partes

contratantes y *The Eisenhower* se convirtió en un ejemplo que se siguió con entusiasmo en todo Estados Unidos.

La *International Federation of Consulting Engineers* (FIDIC) con sede en Ginebra que representa las organizaciones consultoras y mejor conocida como FIDIC, publica varias formas de contrato que son de uso generalizado para la contratación internacional. Los formularios de la FIDIC adoptan la forma estándar de contrato, publicada por el Instituto de Ingenieros Civiles del Reino Unido.

Tanto el *Institute for Civil Engineers* (ICE) como los formularios de la FIDIC originalmente facultaron a los ingenieros para actuar de manera casi judicial al resolver las controversias que surgieran entre las partes contratantes. A medida que crecieron las dudas sobre la independencia del agente frente a los propietarios, el ingeniero para determinar las disputas de manera justa (porque el poder del ingeniero para decidir las extensiones financieras y del programa fue restringido aún más por el empleador, y dado que los costos para la resolución de reclamos por arbitraje o tribunales aumentaron) desarrolló un sistema barato y oportuno de resolución de disputas en grandes proyectos de infraestructura, especialmente cuando participaban partes de diferentes nacionalidades.

En 1980 se utilizó un DB en un proyecto internacional realizado en Honduras que incluía la represa El Cajón y la estación hidroeléctrica. Este proyecto, financiado en parte por el Banco Mundial, involucró un contratista italiano, un ingeniero suizo y un propietario: la compañía de electricidad de Honduras, que nunca antes se había embarcado en un proyecto de esa dimensión, mucho menos empleando contratistas internacionales.

El Banco Mundial, ansioso por ver que el proyecto se complete a tiempo y hacer un presupuesto, formuló una base de datos al estilo de los EE. UU. para ayudar a superar posibles problemas. El DB de El Cajón tuvo éxito y comenzó el uso de tales dispositivos en grandes proyectos internacionales

Varios países en vías de desarrollo consideran válida la eventualidad de acudir al arbitraje internacional como un mecanismo ágil y eficaz que da garantías al inversionista con lo que se estimula el flujo comercial.

La redacción de las cláusulas del arbitraje, como leyes internas que promueven la inversión extranjera, exigen cláusulas que deben ser minuciosas, estableciendo reglas para su aplicación y en algunos casos son mal interpretadas, generando debates sobre sus contenidos.

Se deben contemplar, por ejemplo, aspectos como las inversiones abarcadas, el procedimiento a seguir, criterios de designación de árbitros, entre otros asuntos, pues de lo contrario la generalizada vaguedad encontrada en varias de esas disposiciones genera dificultad en su aplicación. Por ejemplo, si se establece en la norma que todas las materias relativas a inversiones podrán someterse al arbitraje internacional (González-Varas Ibáñez, 2012).

Es decir, se busca sustituir la decisión del ingeniero en obra. De este modo los DB integran un sistema de resolución de conflictos en el sector de la construcción que responde mejor a las exigencias de tiempo y costos en el manejo de conflictos; y que complementa a los mecanismos tradicionales de solución de conflictos, ambos con una sola finalidad, pero con diferentes procedimientos y formas. Según Horna Marquina y Barrios Cárdenas (2016): “los DB, destacados en gran mayoría por su menor costo, un uso mayor de ellos puede contribuir a que este mecanismo no se confunda con otras figuras utilizadas para solución de controversias”.

Los DB como mecanismo de resolución de conflictos son una herramienta claramente comprobada, que es utilizada en la generalidad de casos porque tiene una diferencia en los costos que favorece a los implicados de manera directa, procurando cumplir con un mismo objetivo. A diferencia del arbitraje, la mediación u otras herramientas, los DB tienen gran acogida. Este mecanismo definitivamente tiene sus propias particularidades y eficiencia cuya medida es en el ámbito social, ya que soluciona situaciones de un colectivo, que ayuda a las partes a administrar de mejor manera sus contratos. A decir de Mario Castillo Freyre (2014): “Ciertamente los DB no son instrumentos de mediación, ni conciliadores, ni árbitros, ni asesores técnicos, ni asesores legales, ni auditores”.

Su función es preventiva, de seguimiento y con una decisión al final de la disputa; se trata en esencia de un panel de expertos seleccionados previamente por la voluntad de las partes que celebran un contrato. El DB establece una instancia técnica e independiente, que conoce y resuelve los conflictos que pueden generarse entre las partes y brinda una asistencia informal en los temas de su experticia, evitando que surjan y escalen conflictos y buscando establecer procedimientos claros para la solución de controversias. Esto puede coadyuvar a que las reglas de juego pactadas u ofrecidas sean creíbles por quienes deben tomar decisiones de inversión.

En las controversias que surjan entre contratantes particulares también conocidos como personas de derecho privado por negocios asociados con la inversión extranjera

que se dé en otros países, por lo general, se aplica el acuerdo o pacto “interpartes”. Estos acuerdos personales se pueden establecer antes de la firma de los contratos para garantizar el cumplimiento de los mismos con la ayuda de los DB.

4.1. Cómo son las audiencias de *dispute boards*

Cuando cualquiera de las partes considera que se debe someter una disputa a DB, esa parte generalmente, aunque no siempre, el contratista inicia el proceso por medio de una solicitud. Una audiencia ante un DB es mucho menos formal que una audiencia de arbitraje o una acción en un tribunal; es similar a una reunión de sitio, aunque hay muchas variaciones. Cada parte presenta documentos de posición o pruebas a la otra parte de cuál fue el incumplimiento al DB algunos días antes de la fecha de la audiencia.

Estos documentos de posición no son “alegatos” legales. El objetivo es que cada parte documente su propia comprensión de las cuestiones en disputa, de hecho y en el derecho contractual, es decir, antecedentes simples y fallos en el ordenamiento legal vigente y exponer las razones por las que considera que sus opiniones son correctas. Se puede proporcionar un paquete de documentos de “confianza” de respaldo, preferiblemente acordados por las partes; y, si surge la necesidad, se puede proporcionar más información.

En tales casos, una decisión sobre el principio puede ser la primera etapa en lo que puede convertirse en un proceso de dos etapas, aumentando el tiempo de resolución. Esto a menudo alienta a las partes a resolver el problema por sí mismos, sin mayor implicación del DB; sin embargo, es sensato que el DB tenga una idea de cómo se resolverá el problema y en cuánto tiempo. Ambas partes deben estar presentes a lo largo de las audiencias y el DB no debe recibir información confidencial sobre una disputa por parte de la adjudicación de la otra parte, por DB o por otros medios.

Al comienzo de la audiencia, cada parte deberá presentar su documento de posición al DB, posiblemente aceptando ciertos hechos contenidos en el documento de la otra parte. El DB luego planteará las preguntas iniciales y podría pedirle a una parte que responda a puntos particulares, por lo general, a cada una de las partes se le da la oportunidad de presentar un breve documento de refutación, pero la audiencia no deberá ser una confrontación.

Se puede llamar a testigos de los hechos, pero el interrogatorio en general es a través del DB; el uso de testigos expertos es inusual ya que los miembros del DB son generalmente profesionales de la construcción, que aportan una amplia experiencia al proyecto. Sin embargo, los expertos del proyecto no desconocen los procedimientos de DB y pueden, en ciertas circunstancias, agregar valor al mismo.

4.1.1. Ventajas y desventajas de los DB

Para Paula Gerber de la Universidad de Monash, Australia, los DB no son beneficios y dice que:

Aunque las tasas de éxito reportadas de los DB son alentadoras, el proceso no es una panacea y los beneficios que se pueden derivar de los DB dependen en gran medida de una planificación e implementación cuidadosa. Los abogados de la construcción están bien equipados para garantizar que se implementen los procesos necesarios, redactar los arreglos contractuales apropiados para un DB y ayudar con cualquier inconveniente que se pueda presentar en un DB (Horna Marquina y Barrios Cárdenas 2016).

Si bien es cierto que todavía hay abogados que están comprometidos con la batalla en la corte, no deberían ser autorizados en un DB por tener conflictos de interés o por no estar plenamente comprometidos con la resolución de conflictos. Los abogados de la construcción que apoyan la filosofía de los DB están bien situados para ayudar a sus clientes a evitar y gestionar los conflictos de forma proactiva, en lugar de resolver de manera reactiva las disputas a través de procesos costosos como hacen muchos abogados litigantes.

Una de las limitaciones de los DB radica en que carecen de poderes para exigir la asistencia de testigos a una audiencia, lo que significa que los testimonios brindados se consideran informales, sin un interrogatorio, sueltos, sin juramento y ambiguos.

Por otra parte, las decisiones emitidas por el DB tienen naturaleza contractual y no tienen validez ante el poder judicial, mientras que las decisiones arbitrales, además de ser finales, son vinculantes y tienen validez ante los tribunales judiciales.

En casos específicos, el objetivo principal del DB puede ser desvirtuado si se utiliza como prueba para evaluar un caso que se encuentra bajo análisis, antes de someterse a la disputa arbitral. En esta situación, el mecanismo se considera como una etapa más, a menudo ineficiente e innecesaria, ya que no se logra una efectiva resolución de la controversia entre las partes y desencadena un arbitraje o procedimiento judicial.

Otra de las desventajas para el uso de este mecanismo se refiere a la imparcialidad. Se realizó una investigación, cuyos participantes, basados en sus experiencias con todas las formas de DB, respondieron diversos cuestionamientos relativos al uso, la formación, la especificación y la operación de este mecanismo, en cuanto a la imparcialidad, solo el 15% de los encuestados dijo nunca haber presenciado ninguna parcialidad, mientras que el 40% respondió haber percibido cierta parcialidad de los miembros del DB (Pereira y Sampaio 2013, 224-39).

Existen algunas ventajas que presenta el uso de los DB, entre de las cuales están inmediatez, ya que los miembros de la junta poseen acceso a información fidedigna, directa y en tiempo real, lo que a su vez les permite generar acciones en el menor tiempo posible y con sustentos firmes; celeridad, ya que el tiempo requerido para una resolución es reducido, generalmente no supera los noventa días, evitando que la obra se paralice o suspenda. Para entender los beneficios de aplicar este tipo de mecanismo para la resolución de conflictos en el área de construcción enfocados en el Estado, se debe partir de lo siguiente: los proyectos del Estado generalmente se conocen como proyectos de asociación público-privada (APP), que consisten en un esquema de trabajo en el cual el Estado contrata a una empresa particular para ejecutar la construcción de obras cuya infraestructura funcionará al servicio de la población.

Un punto de conflicto frecuente en este tipo de contrataciones es el tipo de ganancia que obtiene cada una de las partes con el proyecto. La empresa privada que ejecuta la obra recibe una remuneración económica, mientras que el Estado obtiene un rédito social ya que con la obra cubrirá las necesidades de la población.

5. Los DB en América Latina

El examen de estudios de caso en varios países de América Latina presenta una imagen de la adopción inconsistente de DB en toda la región, pero también de una tendencia general hacia su protección. Los líderes de esta tendencia son países como Perú, Chile, Brasil y Honduras que tienen consagrados a los DB en su legislación local y nacional, y han tenido éxito en su utilización en importantes proyectos de infraestructura. Hay expectativa respecto de que los DB continuarán desempeñando un papel importante en la región, debido a la necesidad y planificación, por parte de los Estados, de proyectos de obras públicas a gran escala.

Un ejemplo de ello es el Proyecto de Hidroeléctrica en Honduras, conocido como uno de los proyectos pioneros en la adopción de DB. Dicho proyecto, realizado entre 1982 y 1986, se valió de dicho mecanismo en su modalidad de dispute review

board (DRB), a pesar de que no se lo previó al inicio del contrato. El proyecto fue financiado en parte por el Banco Mundial, incentivado principalmente por los esfuerzos de un estadounidense, Al Matthews, que posteriormente fue nombrado presidente del panel de la DB, afirmando que un DRB permitiría superar los posibles y previsibles problemas, sea por el gran tamaño del proyecto o por la diversa nacionalidad de las partes involucradas: un contratista italiano y un ingeniero suizo, la contratista Compañía de Electricidad de Honduras, que nunca había ejecutado un proyecto de gran tamaño ni participado en contratos internacionales.

Otro ejemplo es la construcción del tercer juego de esclusas o de tramos en el Canal de Panamá. Debido a que se han llevado a cabo varios proyectos en este país, su experiencia con ese sistema ha llevado a la necesidad de que el inversor extranjero pueda resolver una disputa sin recurrir a la fórmula tradicional de litigio judicial, adoptando así una política favorable al uso de mecanismos de resolución alternativa de controversias en contratos internacionales de infraestructura pública de gran escala, entre los cuales se destaca la expansión del Canal Panamá. Se trata del proyecto y de la construcción del tercer juego de esclusas, cuya obra fue estimada en USD 5250 millones, a ser gastados entre 2007 y 2014.

6. Cuáles son los costos de los DB

En comparación con los costos probables del arbitraje, los DB parecen ofrecer un ahorro significativo; se ha estimado que, en los DB de tres personas, los costos varían entre el 0,05 % y el 0,3 % del costo total del proyecto de inversión³. Para Claramente, cuanto más grande sea el proyecto, más fácil será justificar el gasto de una base de datos, pero también es viable conformar DB de una sola persona para los proyectos más pequeños, a costos muy modestos.

Es habitual que las partes contratantes compartan el costo de manera equitativa, ya que algunos usuarios ven el costo de los DB como una prima de seguro contra procedimientos de resolución más costosos. En los proyectos de contratos múltiples y cuando se utiliza el mismo DB para todos los contratos, no es raro que el empleador o propietario designe el DB en consulta y con el acuerdo de una asociación de contratistas locales o una institución profesional con asistencia de varias instituciones profesionales;

³ Michael T. Kamprath The Use of Dispute Resolution Boards for Construction Contracts. The Urban Lawyer; Chicago 2014. Vol. 46, pp810 Published By: American Bar Association

evitando de esta manera que el DB se establezca antes de que se adjudique el primero de una serie de contratos.

El pago por las operaciones de rutina del DB puede ser realizado en su totalidad por el empleador o propietario, la razón es que estos costos del proyecto son elevados, en cualquier caso, sin embargo, los costos de las actividades del DB en relación con las referencias formales se dividen en porciones iguales entre las partes, lo que evita el uso excesivo del DB de contratistas que no tienen la obligación de pagar los procedimientos.⁴

Uno de los aspectos más significativos al considerar el costo de un DB es la diferencia significativa en cuanto a tiempo, ya que en la preparación de una disputa para una audiencia de DB y en la recopilación de la gran cantidad de documentos para un juicio, para presentarlos ante un árbitro o un juez, los costos nunca se recuperan en su totalidad, pero en los DB el tiempo es menor y la necesidad de arbitraje o litigio es mínima. Con un DB proactivo, entusiasta y bien informado se logrará mucho más y habrá mejores resultados que en cualquier litigio infructuoso que se utilice para resolver un conflicto⁵.

⁴ La investigación realizada por la Dispute Resolution Board Foundation (DRBF) ha demostrado que los costos de un DB se compensan con los precios de oferta más bajos que se sabe que se producen cuando los contratistas preparan ofertas para los contratos de DB, particularmente cuando trabajan en el extranjero. Obviamente, un licitador incluirá los costos de DB en su oferta, pero no debería necesitar inflar sus precios para cubrir dicho costo.

⁵ Michael T. Kamprath The Use of Dispute Resolution Boards for Construction Contracts. The Urban Lawyer; Chicago 2014. Vol. 46, pp810 Published By: American Bar Association

Capítulo segundo

Los ISDS (el arbitraje de diferencias Estado-inversor)

Los *Investor-State Dispute Settlement* conocidos como (ISDS por sus siglas en inglés) están incluidos en miles de tratados internacionales. Este mecanismo permite a los inversores extranjeros demandar a los Gobiernos ante tribunales internacionales si consideran que los cambios introducidos por estos en las políticas públicas —incluso los concebidos para proteger el medioambiente o la salud— afectan sus ganancias. Estas demandas evitan las cortes nacionales y son escuchadas por tres abogados privados que tienen el poder de decidir qué es más importante, si los beneficios privados o el interés público.

El ISDS es un mecanismo incluido en muchos acuerdos comerciales y de inversión para solucionar controversias. La resolución de estas controversias con los inversionistas se basa en un arbitraje y no en los tribunales públicos. Según los acuerdos en los que se incluyen los mecanismos de ISDS, una empresa de un Estado signatario que invierte en otro Estado signatario puede argumentar que las nuevas leyes o regulaciones podrían afectar negativamente las utilidades esperadas o la inversión potencial y solicitar compensación en un tribunal arbitral vinculante. Las corporaciones normalmente solicitan compensaciones que pueden alcanzar montos de millones o miles de millones de dólares.

El sistema dispone que solamente las compañías puedan demandar a los Estados y no a la inversa. “Hay muchos países en este mundo que quieren inversión extranjera”, dice Gary Hufbauer (2016), del Instituto Peterson de Economía Internacional. Realmente quieren que las grandes empresas multinacionales vengan y establezcan una planta o una oficina en su país, pero estos países reconocen que sus prácticas judiciales pueden hacer menos atractivo invertir allí; entonces, lo que los gobiernos de estos países quieren decir es: “nos damos cuenta de que no podemos reformar nuestro sistema judicial, pero podemos tener esta superposición de un acuerdo internacional para que las empresas no tengan que preocuparse por cómo funcionan los tribunales de ese país”.

Vale la pena detenerse por un momento y pensar que los acuerdos ISDS están ahí porque los países en desarrollo quieren sistemas ISDS, pero pueden tener sistemas

judiciales corruptos o gobiernos locales impredecibles y ello dificulta atraer la inversión extranjera necesaria para elevar su economía.

La mejor solución sería limpiar los sistemas judiciales y asegurarse de que los reguladores locales no fueran comprados por empresas nacionales. Pero la mejor solución a menudo no es posible, por ello, estos países utilizan los ISDS como mejor opción.

En ese sentido, el Centro de Estudios Estratégicos e Internacionales (Investor–State Dispute Settlement: Review of Developments in 2017”; junio 2018, NN. UU. James X. Zhan, Director de la División de Inversión y Emprendimiento de UNCTAD) señala que “los países con el mayor número de reclamos de ISDS son Argentina y Venezuela”, países que sabemos que tienen sistemas legales bastante débiles. En ausencia de ISDS, podría ser mucho más difícil para las empresas extranjeras invertir en esos países. Según este razonamiento nos preguntamos: ¿qué pasará con Ecuador? ¿Cuándo decidirán invertir las empresas extranjeras en el país? Como veremos a lo largo de este estudio, el sistema judicial ecuatoriano es débil, poco confiable y precario.

En primer lugar, haciendo una comparación con los sistemas judiciales débiles y el descontento social por la justicia tradicional y los métodos alternativos de solución de conflictos discutidos con anterioridad y, específicamente, los DB; al respecto Mario Castillo los define como:

... una herramienta de gran utilidad y práctica para satisfacer a las necesidades urgentes que se les presentan a las partes que desarrollan un proyecto”, “han llegado a creer que el arbitraje, la mediación y los DB, por ser mecanismos parecidos, son excluyentes,(...)” (Estudio Mario Castillo Freyre 2014).

El primer concepto que se usará es de Darío Dueñas Sihua (2013) quien, refiriéndose a la prevención de conflictos en Perú, es muy explícito y nos da una clara orientación para analizar desde otra perspectiva los DB. Establece que los DB ofrecen excelentes ventajas de prevención y resolución de conflictos en el sector de la construcción, ya que es un método ágil y rápido. Por lo que conjeturamos que al Perú le beneficiaría enormemente. Pues, del conjunto de ventajas que hemos mencionado, hay dos que nos parecen más importantes que las demás, por lo que conviene optar por este mecanismo:

... La reducción de costos a diferencia de otros métodos y la familiaridad de los adjudicadores sobre la ejecución de la obra como consecuencia de lo anterior, en los

proyectos de construcción es importante que las partes puedan contar con métodos para obtener resoluciones obligatorias para resolver sus diferencias sobre bases provisionales, de modo que la ejecución del proyecto pueda continuar mientras las partes esperan el resultado de un proceso arbitral o de litigación [...]. Por otro lado, dentro de las preocupaciones se encuentran aquellas de poder contar con los elementos probatorios adecuados, que éstos no sean destruidos o no se encuentren disponibles para una inspección o verificación posterior... (Dueñas Sihua 2013).

En este contexto, Dueñas resalta la importancia de las juntas de disputas que de forma normativa, están debidamente reglamentadas en todos sus procesos dentro del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos puesto al servicio de la ciudadanía por la Pontificia Universidad Católica del Perú; reitera que es necesario contar con los mecanismos adecuados que evidencien los problemas de forma fehaciente al momento de la inspección, refiriéndose a los proyectos de construcción que han obtenido grandes ventajas con el mecanismo de DB.

El concepto de Andrea Karina Escobar Muñoz (2014) en su estudio de estos métodos relata que:

... en el área la construcción, en los últimos años se ha posicionado el mecanismo de resolución de controversias denominado DB, ya que los usuarios de este sector especialmente en proyectos internacionales de construcción, han visto esta herramienta de gran utilidad y práctica para satisfacer a las necesidades urgentes que se les presentan a las partes que desarrollan un proyecto. (Estudio Mario Castillo Freyre 2014).

Así, se puede concluir que los DB son útiles para ahorrar costos y que el país o la empresa que construya estos proyectos no tendrá ninguna objeción para trabajar con estos inversionistas.

En el ámbito de la construcción, los DB han dado muy buenos resultados, pues al resolver situaciones específicas de conflicto el método se ha ido perfeccionando a través de su uso, ganando efectividad dentro del mercado al que va dirigido. Teniendo en cuenta que la construcción es uno de los sectores que presenta mayor conflicto con cualquier Estado, especialmente cuando las constructoras son internacionales. Estos conflictos pueden ser muy costosos, pero pueden evitarse con el procedimiento de DB lo que significa un ahorro para las empresas.

... existe una creciente percepción en los negocios internacionales, especialmente en la industria de la construcción, y en la comunidad legal que al menos dos de los beneficios del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias (esto es, el tiempo de duración y el costo) frente a la litigación, se han visto erosionados, hasta el punto que nuevas soluciones resultan necesarias... (Estudio Mario Castillo Freyre 2014).

Si se considera que los negocios internacionales se basan en la confiabilidad, no solo en el procedimiento para las adjudicaciones y sus términos de referencia, sino también previendo formas de solución a los conflictos, que no perjudiquen a las partes y que generen el menor riesgo posible; se logra disminuir costos y tiempo. En los negocios, las multas que corren al incumplir con las entregas de obras o fallas en las inspecciones hacen que los costos aumenten cada día, por lo que un buen método de resolución solidifica esa confianza.

... las divergencias nacidas durante la ejecución de un contrato tienen su mejor entorno para ser resueltas durante la vida del mismo contrato que las originó. No hay razón alguna para que ello no sea posible, como sea la voluntad de una de las partes de no resolverla o la lentitud del árbitro o juez designado por las partes. Y ambos son elementos que las partes pueden evitar si programan cuidadosamente durante el período de gestión del contrato, el procedimiento adecuado, no sólo en cuanto a privilegiar el acuerdo recíproco y cuando él no puede alcanzarse, le ecuanimidad de un tercero, sino también en colocar como condición ineludible, el tiempo de resolución congruente con los plazos de vida del contrato (Estudio Mario Castillo Freyre 2014).

Es una realidad ineludible que todas las soluciones implementadas durante la ejecución del contrato, que pueden generar nuevos plazos, montos u otras tantas situaciones que se presentan, son mucho más factibles de solucionar en un mínimo tiempo si se lo hace dentro del período de gestión, ya que una de las grandes ventajas es que los implicados tienen un acercamiento usual y alcanzan a implementar modificaciones ampliatorias a los términos de referencia del contrato, que se convierten en documentos que forman parte del mismo, evitan una ruptura general y solucionan diversas situaciones.

La característica más común de los DB, en los contratos internacionales de construcción, es: i) el panel lo conforman tres miembros, en que cada parte elige a un miembro, y las partes, previa consulta, con los miembros elegidos, seleccionan al tercer integrante, que actuará como presidente del panel (Estudio Mario Castillo Freyre 2014, 22).

En el procedimiento de aplicación del método de los DB en el sector de la construcción se expone a tres miembros participantes; y cada una de las partes que se encuentran en disputa debe tener conocimiento de quiénes son los miembros, pues son consultados con anterioridad sobre sus respectivas acreditaciones, además de considerar quién será el presidente que dirija el proceso y que aplique las normas reglamentarias, tomando en cuenta el buen juicio de cada uno de los miembros y la actuación de sus representados.

Existen muchos países latinoamericanos que confían en estos métodos, y han dado pasos agigantados para la aplicación de los DB. Un claro ejemplo de ello surge del análisis de su aplicación en Chile, existen experiencias de los DB en los sectores extractivo y energético, rubros en donde nacieron los DB y que más se desarrollaron en ese país. Iniciaron cuando el Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago de Chile suscribió, en septiembre de 2014, un Convenio de Cooperación con la Cámara Chilena de la Construcción, con el propósito de avanzar en la implementación y socialización de los DB. De esta manera ha evolucionado el proceso de los DB en ese país.

Son varios los países que han institucionalizado el sistema de DB, esto significa que cuentan con un reglamento y un ente administrador de tales servicios. Por nombrar algunas, la American Arbitration Association tiene reglas sobre estos mecanismos desde el año 2000; *según el International Centre for ADR la Cámara de Comercio Internacional tiene un reglamento DB y ofrece el servicio desde el año 2004.*

Si se toma en cuenta que la Cámara de Comercio Internacional ya cuenta con un reglamento DB, que hace más de quince años está brindando servicio a sus socios, y que muchos países tienen implementado todo un sistema con esta metodología; se puede asumir que existe toda la experiencia necesaria para que cualquier país lo implemente. Ya que el funcionamiento de la herramienta en sí misma deja precedentes que sirven para los casos subsecuentes.

La Japan International Cooperation tiene su reglamento propio desde el año 2012 y recientemente, en mayo de 2014, el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica de Perú elaboró un Reglamento de DB. Asimismo, a nivel gremial existe una Federación Internacional de DB y una fundación mundial de promoción de los DB, llamada Dispute Resolution Board Foundation, con quien el CAM Santiago firmó un convenio de colaboración en octubre de 2014, transformándose así en el primer país sudamericano en suscribir un convenio con esta institución (Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago 2016).

Existen una federación internacional y una fundación a nivel mundial que promocionan el sistema de DB, a través del tiempo se generan instancias regionales o nacionales que se siguen y se seguirán implementando para normalizar los procesos contractuales, sobre todo los internacionales. Por ello es que se sabe que las asesorías se encaminarán a que todos los países las tomen en cuenta como un mecanismo ágil.

Es importante señalar que la solución por medio de los DB, conocidos en español como junta de resolución de disputas, paneles técnicos de expertos o simplemente paneles técnicos, están inspirados por los principios de equidad, buena fe y

bilateralidad de la audiencia, con ellos se garantiza a las partes la misma oportunidad para exponer sus posiciones y que serán oídas en el momento que así se establezca. El panel actuará como un puente para generar un entendimiento entre las partes, resolviendo sus diferencias en forma temprana. Es usual que los proyectos de construcción internacionales contengan en los contratos estipulaciones que consagran dicho mecanismo como instancia pre arbitral.

Así, por ejemplo, existen numerosos proyectos importantes en que los DB han sido empleados; a saber: el Aeropuerto de Hong Kong; el proyecto hidroeléctrico de Ertan en China; el proyecto del Túnel para el tren bajo el canal de la Mancha en Gran Bretaña; el túnel de Eisenhower en Colorado, Estados Unidos; la autopista de Mount Baker Ridge en Washington; el túnel de Chambers Creek en Washington, el proyecto de la Central Hidroeléctrica el Cajón, en Honduras (Estudio Mario Castillo Freyre 2014).

Los ejemplos mencionados anteriormente tienen gran trascendencia, tanto por el monto de inversión involucrado como por el hecho de que se trata de contratos para hacer mega obras de infraestructura trascendentes a nivel internacional, ya que atraviesan zonas, regiones e incluso varios países. Cada uno de estos proyectos emblemáticos, en cuyos procesos contractuales se utilizan los DB, en relación al tiempo que se tarda en la construcción de los mismos, con relación al tiempo que toma resolver conflictos, se verificaría un ahorro de tiempo; considerando también los costos que esas disputas, que hubiesen generado, sería interesante ponerlo en una balanza, y ver el resultado.

En forma más reciente, el mecanismo de los paneles técnicos también ha sido incorporado en los Estados Unidos en otro tipo de obras de construcción, por ejemplo, autopistas, edificios públicos, y otras tales como American Telephone & Telegraph, The Hawaiian Department of Transportation y el Fondo Monetario Internacional. Estos son algunos ejemplos de los más emblemáticos, o interesantes, que pudiéramos estudiar (Jenkins y Stebbings, Kluwer Law International 26 de octubre de 2006).

En cumplimiento de sus funciones, los miembros de los DB deben realizar visitas regulares al proyecto que están supervisando, para ver si se cumplen los planes de trabajo previamente programados por los constructores; su presencia también puede estar sujeta a la petición de cada una de las partes. La frecuencia de las visitas al área de trabajo será definida según la naturaleza del proyecto y el nivel de riesgo de disputas en proceso o potenciales.

Además de las visitas de campo, otra manera de mantener bien informados a los integrantes del DB acerca del desarrollo del proyecto es mediante informes escritos

regulares, minutas de reuniones y/o documentos relevantes elaborados por el contratista o por el empleador. En conclusión, la importancia de mantener a los miembros de los DB informados radica en permitir una política preventiva y una visión amplia de posibles problemas y dificultades que puedan presentarse y elaborar recomendaciones para resolver conflictos antes de que se transformen en disputas.

Completando la versión de las funciones de los DB, según Gray Chicchón y Bravo Venegas (*Dispute boards en Latinoamérica: Experiencias y retos Estudio Mario Castillo Freyre Coordinador: Roberto Hernández García Primera edición, junio 2014*), el motivo que argumenta la existencia de los DB es que este mecanismo, a diferencia del arbitraje, se acopla a la naturaleza que acompaña la ejecución de una obra, es decir, se adapta a las exigencias naturales de conflictividad y de reclamación durante la etapa constructiva.

1. Inversión, inversionista

1.1. ¿Qué es una inversión?

Según Economipedia (2019), “una inversión es una actividad que consiste en dedicar recursos con el objetivo de obtener un beneficio de cualquier tipo”. También se puede decir que una inversión es un activo monetario que se compra con la idea de que proporcionará ingresos en el futuro o que luego se venderá a un precio más alto por una ganancia.

El término *inversión* puede referirse a cualquier mecanismo utilizado para generar ingresos futuros, esto incluye la compra de bonos, acciones o propiedades inmobiliarias; además, un edificio construido u otra instalación utilizada para producir bienes puede considerarse una inversión. La producción de bienes necesarios para producir otros bienes también puede considerarse una inversión.

1.2. Índice de inversión extranjera

Para explicarlo, si bien la cantidad de capital de Estados Unidos colocada en América Latina supera solo en un pequeño margen la cantidad colocada en Europa, existe una gran diferencia en el carácter de las inversiones respectivas. Alrededor de dos tercios de la inversión en Europa es en forma de títulos valores. Apenas un tercio de la

inversión en América Latina es de ese tipo, el resto es una inversión directa en propiedades. Y no solo los valores forman una pequeña parte del total de la inversión latinoamericana, sino que la mayoría de ellos han sido emitidos directamente por los gobiernos o están respaldados por una garantía del gobierno⁶.

Según el Departamento de Comercio de EE. UU., el 98 % de los bonos latinoamericanos en poder de los inversionistas en Estados Unidos son de esta descripción, y solo el 2 % ha sido emitido a crédito de empresas privadas. Por otro lado, el 20 % de los valores europeos ofrecidos para suscripción pública en Estados Unidos ha sido emitido por corporaciones privadas sin ninguna garantía del gobierno.

Hay una nueva tendencia hacia inversiones con mayor enfoque en la producción, junto con las preocupaciones en los países desarrollados acerca de mantener la producción en casa y una fijación en el impacto del comercio global (reflejado en eventos como Brexit y Donald Trump como presidente).

En América Latina y el Caribe las entradas de inversión extranjera por países receptores fueron mínimas, por ejemplo, en Ecuador de 2005 a 2009 el monto fue de USD 465 millones y ha ido subiendo paulatinamente en incrementos pequeños hasta que en 2015 hubo un aumento hasta USD 1323 millones porque se firmaron TBI (tratados bilaterales de inversión) y ascendió hasta USD 1408 millones en 2018 (CEPAL 2019). La CEPAL (2019) dice que la inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe se concentró en países como Brasil y México, seguidos de Argentina, Colombia y Panamá, pero en Ecuador casi no ha habido inversión extranjera en los últimos años.

Las entradas de inversión extranjera directa (IED) en América Latina y el Caribe por primera vez en cinco años fueron superiores a las del año anterior y alcanzaron un monto de USD 184 287 millones (CEPAL 2019). Si bien Ecuador no es el último país de la región, se encuentra dentro de los tres países que menos ha recibido inversión extranjera. Esto se debe a la desconfianza que existe en el sistema judicial y público ecuatoriano.

En América Latina y el Caribe en 2018 (CEPAL 2019) entre las empresas con más anuncios de inversión extranjera directa no se registran empresas ecuatorianas, los tres países de toda la región con menos anuncios de IED son Bolivia, Paraguay y

⁶ M. Dini y G. Stumpo (coords.), "Mipymes en América Latina: un frágil desempeño y nuevos desafíos para las políticas de fomento", Documentos de Proyectos (LC/TS.2018/75), Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2018

Ecuador. Por su parte, Perú —debido su ley de inversión extranjera y al tener un centro de arbitraje y ser un productor diario de arbitrajes— es uno de los países con mayores anuncios de inversión y es un punto atractivo para arbitrajes incluso de otros países.

Al ofrecer métodos alternativos de resolución de conflictos, como los DB, existe mayor predisposición por parte de las empresas extranjeras para invertir en países con altos niveles de riesgo como Ecuador.

2. Problemas contractuales de las inversiones locales

Lo que se busca en este título es demostrar, inseguridad jurídica que existe en el país para lo cual, se ha revisado varios libros de autores ecuatorianos y extranjeros donde hablan de los temas más polémicos de corrupción en el país, para lo cual usaremos el famoso libro *An Economic and Jurimetric Analysis of Official Corruption in the Courts: A Governance-based Approach*, un estudio de algunos de los casos emblemáticos de corrupción a nivel mundial, pero antes de ello veremos el lugar que ocupa el Ecuador en el ranking de corrupción, nuestro país ocupa el puesto 114 de 180 países en la índice percepción de corrupción de la organización Transparency International (2019), entidad que se encarga de estudiar la corrupción a nivel mundial, siendo el número 38 de 100 el país menos corrupto y 93 de 180 como el más corrupto. (<https://www.transparency.org/cpi2019?/news/feature/cpi-2019>). Por ello, la confianza de los inversionistas se ve mermada, piensan mucho antes de poner en riesgo su dinero los futuros inversionistas. También el libro de Zavier Zavala Egas del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo titulado *Corrupción política: El caso del Ecuador* nos explica cómo la corrupción es vista desde la opinión pública, además de que según el autor se han planteado en el Ecuador algunas reformas de todo tipo a efectos de luchar contra la corrupción y remozar un marco jurídico y conceptual que ya no funciona. Por ejemplo, la independencia de la Función Judicial se encuentra garantizada en la Constitución, mas su inmensa politización generaba una tremenda inseguridad jurídica, es recién ahora que se está provocando un proceso de real despolitización de la administración de justicia con la aprobación y futura integración de un Consejo Nacional de la Judicatura, autónomo y profesional que gobierne, administre y juzgue a la Función Judicial:

La administración de justicia es un botín político, se la acosa y persigue para procurar impunidad o para perseguir a rivales de turno. Su politización es real, la sumisión de los jueces a los diputados genera un control absoluto de la clase política en la justicia y, cuando no les obedecen simplemente ponen en marcha los engranajes del juicio político y los destituyen. Adicionalmente, el que por contactos y relaciones accede a la Corte Suprema de Justicia, coloca en las Cortes Superiores y en las Judicaturas inferiores a sus amigos, compadres y coidearios ejerciendo sus influencias verticalmente, provocando cadenas de mando corruptas y grupos cerrados de poder. (Zavala Egas, 2006).

Por su parte será utilizado también el libro de Jhonny B. Tarira Torres titulado “La Corrupción Interpretación Filosófica y Psicopedagógica. Un análisis de la realidad Educativa Ecuatoriana” en cuyo libro nos explica como por injerencia se obtienen beneficios mediante la utilización de la influencia otorgada por cargos públicos o por la fortuna privada del particular que genera el enriquecimiento ilícito del funcionario. La corrupción, como alguien dijo, es el matrimonio entre un corruptor y un corrupto y el ánimo de lucro, que es propio de las actividades de la empresa privada y perfectamente legítimo, no valida el uso de mecanismos truculentos para obtener réditos inmorales a costa de la administración pública:

Otra forma en que se demuestra la injerencia de la corrupción política, es el hecho de que los magistrados de las Cortes de Justicia, son nombrados por el Congreso Nacional, y si los nombramientos se realizan mediante este sistema , ya sabemos que los magistrados estarán siempre en deuda con el partido político que hizo posible su nombramiento , por consiguiente sus fallos estarán siempre con el riesgo de ser parcializados (como así ocurre) . Esto trae consigo funestas consecuencias para el sistema judicial del país.

En el país son pocos los ciudadanos que creen en la justicia, siempre lo que cuenta al momento de iniciar un proceso judicial son las influencias que se tienen o la posición económica que ostentan los implicados. (Tarira Torres 2014).

También el libro de Juan J. Paz y Miño Cepeda titulado *La corrupción: Más allá de la moralina. Ecuador: ¿Y la corrupción contra el fisco?* en el que nos cuenta como en el ultimo gobierno se han desatado actos de corrupción que han dejado en nombre del país por los suelos, ante el mundo:

Frente a esta escandalosa corrupción privada, en medio de la galopante “descorreización” del Estado y de la sociedad que se vive en estos nuevos tiempos, los medios de comunicación de mayor impacto en la colectividad no han prestado sus espacios para denunciar, analizar u opinar sobre esas realidades detectadas por el SRI. Ha importado y es magnificada, en cambio, la corrupción pública que, sin duda, genera más motivos políticos y con mociona a la sociedad por involucrar incluso a funcionarios de alto nivel , como ha sido el escándalo de Odebrecht , cuyo monto llega a los U \$ 33,5 millones en pagos , una cifra que , a su vez , se queda corta frente a los montos de los

fraudes al fisco por evasión y elusión tributarias del sector privado. (Paz y Miño Cepeda 2014).

Según *An Economic and Jurimetric Analysis of Official Corruption in the Courts: A Governance-based Approach*. Los jueces y los fiscales a menudo están mal capacitados o han sido nombrados con base en sus conexiones con el gobierno en el poder, estos funcionarios judiciales generalmente tienen poca seguridad personal en el desempeño de sus funciones, no es raro encontrar esta situación de servidores públicos socavados tanto en la región Sierra como en la región Costa.

En un caso emblemático por confidencialidad no se revelarán datos un juez fue penalizado por no haber ordenado la detención previa al juicio y, como señaló uno de los encuestados, el factor de intimidación fue muy poderoso. En otro caso muy famoso en el país el presidente de la República de ese tiempo, Gustavo Noboa, solicitó públicamente y logró que se iniciaran procedimientos contra ocho jueces que habían ordenado medidas cautelares distintas a la detención preventiva que el Presidente consideró inapropiadas.

El Alcalde de Guayaquil solicitó públicamente la remoción de varios jueces por los mismos motivos en el año 2001; estos casos y otro más son un claro ejemplo de cómo el Estado, los políticos y las demás autoridades creen que pueden disponer de la justicia a beneficio de uno o de un tercero; de hecho, un número indeterminado de jueces ecuatorianos se han colocado en procedimientos disciplinarios y otros han sido procesados.

El libro *An Economic and Jurimetric Analysis of Official Corruption in the Courts: A Governance-based Approach* devela que:

En las muestras de casos descritos anteriormente, el 95 por ciento de los casos de abuso discrecional consistió en violaciones de procedimientos por parte de jueces (por ejemplo, tiempos procesales o reglas de descubrimiento) o fallos de jueces fundados en leyes derogadas o en la aplicación de leyes incorrectas al caso. Por ejemplo, encontramos que el 72 por ciento de todos los archivos de casos estaban sujetos a abuso de discreción sustantiva o procesal en Argentina. Este mismo tipo de prácticas judiciales abusivas ocurrió en 82 y 93 por ciento de los casos muestreados en Ecuador y Venezuela, respectivamente.

Se puede afirmar que en este tipo de entornos institucionales en los que el abuso de la discreción es la norma, es más probable y más difícil detectar el abuso de un cargo público para beneficio privado (González-Varas Ibáñez 2012, 224-39).

Es un hecho que durante cualquier proyecto de construcción pueden ocurrir cambios extraordinarios e inesperados al momento de suscribir el contrato de obra, por

causas imputables a terceros o de fuerza mayor. Estos imprevistos pueden generar un desequilibrio económico dentro de la planificación inicial del proyecto y las partes contratantes se ven obligadas a recurrir a mecanismos para la resolución de conflictos. Es en este escenario donde los DB protegen la inversión del proyecto mediante la prevención de conflictos y con la resolución de los desequilibrios económicos sin la necesidad de arbitrajes que implican gastos mayores.

Cabe reiterar que la construcción de grandes obras requiere de un mecanismo especial de solución de conflictos, en la medida en que se trata de proyectos cuya ejecución exige un período de tiempo prolongado. En este escenario existen muchas posibilidades de que surjan discrepancias. Los DB son el mecanismo que anticipa este tipo de situaciones, que dejan de ser una sorpresa, y preparan a los actores involucrados para enfrentar esos problemas.

Cuando se realiza una construcción normalmente se pueden presentar reclamos, como un derecho del contratista; algunos autores señalan que uno de los motivos de conflicto en las obras se refiere al diseño, ya que los cambios que se introducen en el mismo producen impactos en el costo y en el plazo de entrega del proyecto.

Cuando la entidad contratante y el constructor inician una obra, examinan los posibles riesgos que se pueden presentar; esto exige establecer cláusulas en el contrato que faciliten resolver las disputas acudiendo a mecanismos especiales extrajudiciales de resolución de conflictos, como los DB.

3. Tratados bilaterales de inversión

Los tratados bilaterales de inversión (o BIT) son acuerdos internacionales que establecen los términos y las condiciones para la inversión privada por parte de personas naturales y empresas de un Estado en otro.

La primera generación de estos tratados correspondió a los tratados de “amistad, comercio y navegación” (FCN, por sus siglas en inglés), que requerían que el Estado anfitrión trate las inversiones extranjeras al mismo nivel que las inversiones de cualquier otro Estado. Los FCN también establecieron los términos de intercambio y envío entre las partes, y los derechos de los extranjeros para realizar negocios y poseer propiedades en el Estado anfitrión.

La segunda generación de estos tratados son los tratados bilaterales de inversión (TBI), que establecen estándares de conducta procesables que se aplican a los gobiernos

en su tratamiento de los inversores de otros Estados, que incluyen lo siguiente: tratamiento justo y equitativo (lo que a menudo significa tratamiento nacional o tratamiento de la nación más favorecida); protección de la expropiación; libre transferencia de medios y plena protección y seguridad. La característica distintiva de muchos TBI es que permiten un mecanismo alternativo de resolución de conflictos, por el cual un inversionista cuyos derechos bajo el TBI han sido violados podría recurrir al arbitraje internacional que a menudo cuenta con el auspicio del CIADI (Centro Internacional para la Liquidación de Inversiones) en lugar de demandar al Estado anfitrión ante sus propios tribunales.⁷

¿Cómo pueden los DB proteger las inversiones en las grandes obras de infraestructura y atraer más inversiones?

Como lo demuestran los estudios de casos de contratos de construcción del CAT en Estados Unidos, la integración de los DB en los contratos de obras de infraestructura de gran magnitud puede generar una protección de la inversión a realizarse. Sin embargo, mediante datos estadísticos significativos que comparan contratos con y sin DB, se muestra que no existe diferencia al analizar el presupuesto global.⁸

Cuando el Estado realiza una obra de construcción, como un bien público, una de las razones para controlar el proyecto es que el financiamiento proviene de un fondo público, por ello es necesario proteger y garantizar el correcto uso de dichos fondos. En los contratos administrativos o públicos es la entidad estatal quien deberá actuar con base en el principio de legalidad, lo que significa que el proveedor deberá acogerse a la normativa establecida en las bases del proceso de selección y al contrato que se suscriba.

⁷ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones . IBRD 39525 14 de noviembre de 2018 https://icsid.worldbank.org/sp/Documents/ICSID_Primer_SPANISH%201.16.19.pdf

⁸ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe, 2019 (LC/PUB.2019/16-P), Santiago, 2019.

4. Resumen de las entrevistas realizadas

Para este análisis se utilizan los elementos obtenidos de las entrevistas realizadas a personas que trabajan o trabajaron en la Procuraduría General del Estado.⁹

El costo de mantener un DB es a menudo criticado, sin embargo, como hemos visto anteriormente, la relación precio-efectividad es positiva, puesto que las juntas de controversias tienen una función de prevención de controversias. Los costos del arbitraje comercial, que todos sabemos que son relevantes, en la mayoría de los casos se evitarán porque como veremos a continuación a veces se puede usar como en el **proyecto hidroeléctrico 1**. En este proyecto la financiación de un panel de controversias fue efectuada, a pesar del alto costo que esto implicó, y debido a la confidencialidad no se podía adelantar un criterio positivo o negativo que esto produjo para los intereses del estado, se pudiese haber evitado varios contratiempos que tuvieron en el cumplimiento de este contrato de infraestructura estatal, pero conociendo los altos costos del arbitraje, también un futuro incumplimiento de contrato, o en su defecto lo que no estaba previsto en el trabajo, el estado pudiese haber resultado de mejor manera el problema suscitado en este proyecto hidroeléctrico.

Poniendo como ejemplo en el país, para el **proyecto 2**, el informante 2 manifiesta que si un contrato estatal le cuesta al país USD 10 millones y este contrato tiene conflictos, podemos imaginar que el arbitraje costará USD 1 millón; la mediación, USD 500. 000; y los DB, USD 250. 000. Esto muestra que, según el criterio del informante, el costo de utilizar DB para resolver un conflicto es significativamente menor que con otros métodos de resolución de conflictos.

Otro ejemplo muy costoso es el **proyecto 3** en el sector de telecomunicaciones, donde los costos ascienden a cientos de millones de dólares por proyecto. El costo de fabricación de una red submarina de alta tecnología varía entre USD 10 y 50 millones, y el costo de su funcionamiento asciende a USD 5 millones, según el informante 1.

Si se registra un problema en este ejemplo, la empresa concesionaria se ahorraría millones de dólares si contara con un método que prevea soluciones antes de que surjan problemas. De esto se deduce que cualquier inconveniente dentro una junta de disputas

⁹ Por motivos de confidencialidad y seguridad jurídica no se darán los nombres de los informantes, ni datos adicionales sobre los proyectos de infraestructura estatal que se desarrollen de aquí en adelante.

se puede dominar con relativa facilidad si las partes son diligentes en sus puntos fuertes según el informante 1.

Las formas de planificar los DB son varias y las reglas aplicables evidencian que este sistema está desarrollando e incrementando su reputación. Los DB son atractivos no solo para la resolución de disputas, sino también para la prevención de disputas según el informante 1.

También existen oportunidades significativas para los DB en áreas comerciales, por lo tanto, es necesario que los consejos de administración llamen la atención de sus clientes y motiven a los mismos a usar este método de resolución de conflictos previo al arbitraje, lo que podría ser muy beneficioso.

Para el **proyecto 3** de inversión que se dio en el país, hubiese sido beneficioso tener una cláusula de DB en lugar de que el Estado tuviese que pagar miles de dólares por retraso de obras, malos manejos del contrato y problemas relacionados con la administración del proyecto.

Encontramos malas noticias y buenas, de acuerdo a estas entrevistas; la mala noticia es que ADR, como se practica actualmente, con demasiada frecuencia muta en un sistema judicial privado que se ve y cuesta como el litigio que se supone que debe evitar. En muchas empresas, los procedimientos de ADR ahora generalmente incluyen una gran cantidad de exceso de equipaje en forma de mociones, escritos, descubrimientos, declaraciones, jueces, abogados, reporteros de la corte, testigos expertos, publicidad y premios por daños más allá de lo razonable (y más allá de los límites contractuales).

La buena noticia es que varias compañías han aprendido a usar ADR de manera efectiva, y esas compañías están cosechando los beneficios predichos de ADR: costos más bajos, resoluciones de disputas más rápidas y resultados que preservan y a veces incluso mejoran las relaciones.

En Chevron, por ejemplo, noticia publica de conocimiento general la mediación basada en ADR de una disputa costó \$ 25,000, mientras que la mediación a través de un abogado externo habría costado aproximadamente \$ 700,000 e ir a la corte hasta \$ 2.5 millones en un período de tres a cinco años. Un DP hubiese costado la mitad de lo que costo la mediación. En la filial estadounidense de Toyota, hay Juntas de Arbitraje de Inversión, creada para facilitar la disputa entre la compañía y sus concesionarios sobre la asignación de automóviles y créditos de ventas, esto ha provocado una disminución constante en el número de casos de litigio.

La diferencia entre el éxito y el fracaso radica principalmente en el nivel de compromiso. Las empresas que otorgan a ADR la máxima prioridad, incluso en los casos en que están seguras de tener razón, se están dando cuenta de enormes ahorros de tiempo, dinero y relaciones. Por el contrario, las compañías que dejan que los viejos hábitos litigiosos se introduzcan en el proceso también podrían volver a los tribunales.

El uso de DRB en construcción de proyectos de infraestructura es un método beneficioso en la prevención y resolución de disputas, los DRB se utilizan principalmente en proyectos a gran escala y tiene más ventajas que otros métodos como el arbitraje, la litigación normal y mediación; en términos de costo y tiempo son mejores, pero en eficacia no tanto. Además, se puede decir que los DRB reduce la tensión, minimiza los impactos económicos políticos nacionales y promueven la confianza mutua entre las partes durante el proceso del proyecto.

Con base en estos resultados, el DRB tiene contribuciones notables en el inicio y la culminación de los proyectos. Sin embargo, fue identificado que la selección de DRB miembros causaron problemas entre las partes y los costos del DRB no son tan económicos como se esperaba. Aunque su contribución en el éxito del proyecto es notable, pero; la falta de conocimientos de los DRB, la falta de confianza hacia miembros de la DRB y varios errores durante la aplicación son importantes factores que impiden la propagación de DRB implementación. En este contexto, ellas partes deben ser conscientes de lo positivo y dimensiones negativas de DRB y es importante proporcionar confianza en la DRB sistema y miembros. Para asegurar una mayor confianza hacia los DRB, el carácter de los miembros de DRB su experiencia y su conocimiento es vital.

Conclusiones

Los DB pueden promover y proteger las inversiones ya que, como es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, subsana el inconveniente de pagar cuantiosas sumas de dinero al momento de resolver un conflicto, aunque también son costos, pero si presentan un ahorro significativo, en comparación con otros medios alternativos de solución de conflictos y la justicia tradicional. También considerado cierta inseguridad jurídica que puede existir en cualquier país, es mejor tener un panel de expertos en la materia, personas probas elegidas por los propios contratistas y contratado para resolver su confito.

Los DB generan más confianza al momento de hacer una inversión en el país, ya que inhiben la posibilidad de que se genere un conflicto entre el inversionista y el Estado. Debido a que la tarea de los Adjudicadores o junta de disputas consiste en ofrecer una cobertura ininterrumpida de prevención y solución de controversias a lo largo de la ejecución de la obra, intentando no paralizar el desarrollo de la misma y mostrándose disponibles en todo momento. Lo que se busca es que las mismas partes administren su contrato, teniendo un seguimiento técnico de lo que ocurre en la obra; por ello, si bien el DB es un mecanismo alternativo de resolución de controversias debe ser considerado como una herramienta de *management* dentro del contrato, y es que va ayudar a mantener una certeza en el alcance precio plazo del contrato, por ofrecer ese acompañamiento en todo momento, sin dejar que cualquier conflicto escale. Los inversionistas ahora tienen clara la idea de que las controversias no se evitan, se gestionan. Por ello, las partes deben a comenzar a cuidar su contrato, determinando los riesgos y oportunidades aplicando los DB. El trabajo más importante del DB va ser recoger la información y generar indicadores diariamente, que den cuenta de las desviaciones que se producen en la etapa de la ejecución del contrato, lo que va asegurar las obligaciones y los compromisos adquiridos por las partes durante el desarrollo de la obra

Los DB pueden frenar un conflicto, pero respecto a ellos existen criterios positivos y negativos y son cuestionados por tiempo de ejecución y por su capacidad de mantenerse imparciales, pero a la vez son elogiados por su nivel preventivo ante los conflictos, son aclamados por su eficiencia y celeridad. La mayoría de los abogados, y

por lo tanto las compañías a las que sirven, todavía ven la ADR como la alternativa más que como el método principal o preferido para resolver disputas. Dichas empresas ven el procedimiento como una forma de resolver disputas periféricas menos importantes, simplemente lo abandonan cuando no logran obtener el resultado que desean. Debido a que pocas compañías se han comprometido seriamente con ADR como un sistema distinto, y debido a que hay muy pocas reglas que lo gobiernen, el procedimiento a menudo puede convertirse en un litigio similar. Cuando eso sucede, el costo de ADR comienza a acercarse al costo del litigio que se supone que debe reemplazar y es ahí donde la idea de usar los DP flaquea.

Para reducir el tiempo, los ADR permiten que las partes estipulen o acuerden ciertos hechos y virtualmente eliminen escritos, descubrimientos y la dependencia infinita de testimonios de expertos y contra testimonios. Pero las partes contendientes a menudo desperdician cantidades prodigiosas de tiempo, dinero y energía volviendo casi automáticamente a los hábitos de litigio. Persiguen el descubrimiento, presentan mociones y dependen excesivamente de testigos expertos, exactamente como lo harían en una demanda.

Hay que aclarar que no nacen de la legislación, sino que son entidades acordadas, interpartes, por contratistas tanto privados como públicos, por inversionistas y también por Estados, observemos que una Junta de Resolución de Disputas no es la cura absoluta para todas las disputas en la industria de la construcción. Actualmente, los DRB generalmente solo se usan para proyectos masivos, pero hay excepciones. Han sido particularmente útiles para proyectos de infraestructura vial y otros no tan grandes, así como también para otros proyectos que combinan recursos públicos y privados, una estructura de proyecto que se conoce comúnmente como proyecto P3. Esto significa que el contratista promedio o sub especialidad puede no terminar en un proyecto que sea lo suficientemente grande como para garantizar tener un DRB en su lugar. Hacen su aparición típicamente en la etapa preliminar previo al arbitraje o como mecanismo utilizado para evitarlo por completo. Los DB generalmente están compuestos por uno a tres expertos en la materia y tienen la tarea de monitorear el progreso de un proyecto resolviendo problemas antes de que aparezcan.

Las juntas de disputas, o DB, pueden definirse como un método de resolución intermedia de disputas, establecido desde el inicio del proyecto y que permanece en su lugar hasta el final. Los miembros de los DB tienen experiencia en el campo y conocen la solicitud de las partes, proporcionan recomendaciones o decisiones rápidas en caso de

una disputa. Son profesionales reconocidos, expertos en la industria en la que se implementa este método, seleccionados conjuntamente por las partes y establecidos en forma de panel al inicio del proyecto.

En ausencia de recomendaciones, las decisiones de los DB tienen un efecto vinculante para las partes hasta que sean anuladas por un tribunal arbitral o un tribunal de justicia. La disputa no siempre llegará a esta etapa del litigio, también puede ofrecer medidas provisionales hasta que se tome una decisión final, o puede ser definitiva si no ha sido objetada por alguna de las partes.

Una de las limitaciones radica en que los DB carecen de fuerza de cumplimiento para exigir la asistencia de testigos a una audiencia, lo que significa que los testimonios brindados se consideran informales. Por otra parte, las decisiones emitidas en DB tienen naturaleza contractual y no tienen validez ante el poder judicial del país en el que se hagan, mientras que las decisiones arbitrales, además de ser finales, están dotadas de aplicación, es decir, son vinculantes, por lo tanto, su validez es cuestionada ante los tribunales judiciales.

Los líderes de esta tendencia han tenido éxito en su utilización para importantes proyectos de infraestructura. Hay buena expectativa de que los DB continuarán desempeñando un papel importante en estas regiones, motivados por la necesidad de crear más proyectos de obras públicas a gran escala, limitaciones de costos y éxitos anteriores.

Existen muchos tipos de tablero de disputas, a menudo diseñados para adaptarse a un proyecto individual. Estoy usando el término aquí para incluir juntas de revisión de disputas (DRB) y juntas de adjudicación de disputas (DAB). Las ventajas incluyen:

Experiencia. Los miembros de la junta de disputas habrán sido seleccionados por su conocimiento y experiencia al principio y antes de que surja una disputa. Al participar durante el proyecto, también lo comprenderán mejor, lo que les facilitará la resolución de cualquier disputa que surja.

Confidencialidad.

Flexibilidad. Las partes pueden acordar el procedimiento por adelantado y pueden acordar cambios a ese procedimiento durante el curso del proyecto.

Prevención de disputas. La existencia del tablero de disputas en sí mismo puede actuar como un incentivo para que las partes negocien y lleguen a un acuerdo, en lugar de que se vea que hacen reclamos frívolos.

Mantener una relación. El proceso es semiconsensual y las partes tienen interés en hacerlo funcionar.

Inevitablemente, también hay desventajas en el uso de un tablero de disputas y los más comúnmente citados son:

Costo. El costo de establecer y mantener el tablero de disputas durante la duración del proyecto.

Cumplimiento. Las posibles dificultades para hacer cumplir una decisión del tablero de disputas. A menudo, el arbitraje es el método de elección de resolución de disputas y si las partes seleccionan los tribunales, el TCC aún no ha desarrollado un procedimiento similar al que desarrolló para hacer cumplir la decisión de los jueces (aunque es discutible que principios similares se apliquen si cualquier fiesta apareció antes).

Naturaleza vinculante de la decisión. Dependiendo de la naturaleza de la junta, la decisión puede no ser vinculante para las partes.

Sin embargo, a fin de cuentas, creo que las ventajas son mayores que las desventajas. Por ejemplo, el costo de mantener el tablero de disputas puede compensar los costos en que incurrirían las partes si estuvieran regularmente en disputa.

Los DB no están reconocidos en la Ley de Mediación y Arbitraje ecuatoriana; a pesar de que son favorables y aportan con una solución efectiva y ágil. Considero que se deberían incorporar en nuestra legislación para que se dé mayor importancia a su implementación y posterior aplicación.

Bibliografía

- CEPAL. 2019. *World Investment Report 2019*. Ginebra.
- De Almagro, Ignacio, y Lukas Klee. 2017. *Los contratos internacionales de construcción*. Madrid: Wolters Kluwer.
- Dueñas Sihua, Darío. 2013. *Los Dispute Boards: ¿Un mecanismo alternativo verdaderamente ventajoso para el Perú? A propósito de la ley 30225*.
- Escobar, Andrea Karina. 2014. *Dispute boards como mecanismo alternativo de solución de controversias contractuales en obras de infraestructura*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Estudio Mario Castillo Freyre. 2014. *DB en Latinoamérica: Experiencias y retos*. Vol. 23. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Galán, Ignacio. 2010. *Cuadernos de derecho para ingenieros arbitraje*. Madrid: La Ley.
- García Villalengua, Leticia. 2010. “Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI: Tomo II Arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos”. Tesis, Universidad Complutense de Madrid.
- Genton, Pierre M. 2010 *ADR in Business: Practice and Issues Across Countries and Cultures*. Países Bajos: Kluwer Law International, Holanda. Edición electrónica
- González-Varas Ibáñez, Santiago, coord. 2012. *Derecho administrativo en Iberoamérica*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Gonzalo Quiroga, Marta, Isabel Bazaga Fernández, Rafael Gil Nieves, Enrique Navarro Contreras, Paulino Fajardo Martos, y Armando Castanedo Abay. 2015. “Métodos alternativos de solución de conflictos: Perspectiva multidisciplinar”. *Ciencias Jurídicas y Sociales*: 362.
- Gonzalo Quiroga, Marta, y Francisco Javier Gorjón Gómez. 2011. *Métodos alternos de solución de conflictos: Herramientas de paz y modernización de la justicia*. Madrid: Universidad rey Juan Carlos III.
- Gravatá Nicoli, Pedro Augusto y Gilberto José Vaz. 2004. *Los Dispute Boards y los contratos administrativos: ¿Son los DB una buena solución para disputas sujetas a normas de orden público? Dispute Boards en Latinoamérica: experiencias y retos*. Perú: Biblioteca del Arbitraje. Edición electrónica.

- Guzman-Barron Sobrevilla, César. 2017. *Arbitraje comercial nacional e internacional*. Lima: Universidad Católica del Perú.
- Hernández Rodríguez, Aurora. 2014. “Los contratos internacionales de construcción: Llave en mano”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*: 161-235.
- Horna Marquina, Arturo, y Hever Barrios Cárdenas. 2016. “Incorporación de los DB en la solución de controversias durante la ejecución de obras públicas en el marco de la ley de contrataciones del Estado”. Tesis de abogacía, National University of Trujillo.
- Jiménez Figueres, Dyalá, y Roque J. Caivano. “Funcionamiento de los dispute boards de la CCI y su encuadre en el derecho argentino”. *Revista Internacional de Arbitraje* pag 60.
- Kantor, Mark. 2011. “Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador”. En *New Directions in International Economic Law*. Leiden-Boston: Library of Congress.
- Koch, Christopher. 2005. “The new Dispute Board Rules of the ICC”. *ASA Bulletin*. <http://landoltandkoch.com/wp-content/uploads/2010/12/The-New-Dispute-Board-Rulesof-the-ICC.pdf>.
- Kratzsch, Susan. 2010. “ICC Dispute Resolution Rules: ICC Dispute Board and ICC PreArbitral Referees”. En *Construction Law Journal*. Londres: Sweet and Maxwell.
- Laorden Mengual, Pablo. 2011. “Los Dispute Boards como medio de Resolución de Controversias”. *Revista Tecniberia. Revista de la Ingeniería Española* 29 (enero/febrero).
- López, José Francisco. s. f. “Inversión”. *Economipedia*. Accedido 20 de diciembre de 2019. <https://economipedia.com/definiciones/inversion.html>.
- Macho Gómez, Carolina. “Los ADR en el comercio internacional”. Doctoranda en Derecho Internacional Privado, Universidad de Cantabria, España.
- McMillan, Daniel D., y Rober A. Rubin. 2006 “Dispute Review Boards: Key Issues, Recent Case Law, and Standard Agreements”. *The Construction Lawyer*. <http://heinonline.org>.
- Miranda&Asociados Abogados. 2010. “Solución de conflictos en materia de inversión extranjera”. *Boletín Informativo* de 17 de mayo: 21.
- Owen, Gwyn, y Brian Totterdill. 2008. *Dispute Boards: Procedures and Practice*. Londres: s. e.

- Pásara, Luis, et al. 2011. *El funcionamiento de la justicia del Estado*. Quito: Ministerio de Justicia.
- Paz y Miño Cepeda, Juan J. 2018. “Ecuador: ¿Y la corrupción contra el fisco?”. En ALAI 531. *La corrupción: Más allá de la moralina*. <https://www.alainet.org/sites/default/files/alai531.pdf>.
- Peláez Sanz, Francisco José, y Miquel Griñó Tomas. 2009. *El arbitraje internacional: cuestiones de actualidad*. Barcelona.
- Ragnar, Harbst, y, Volker Mahnken. 2006. “ICC Dispute Board Rules: the Civil Law Perspective”. *Arbitration an International Journal* 72, N.º 4 2006.
- 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.
- Reglamento relativo a los Dispute Boards, de la Cámara de Comercio Internacional.
- Stipanowich, Thomas J. 2004. “ADR and the “Vanishing Trial”: The Growth and Impact of “Alternative Dispute Resolution”. *Journal of Empirical Legal Studies* I, N.º 3.
- Totterdill, Brian. 2005. *FIDIC Users' Guide: A Practical Guide to the 1999 Red and Yellow Books - Incorporating changes and additions to the 2005 MDB Harmonised Edition*. Londres: FIDIC.
- Transparency International. 2018. “Ecuador”. *Corruption Perceptions Index 2018*. Accedido 20 de diciembre de 2019. <https://www.transparency.org/country/ECU#>.
- UNCTAD. 2019. *World Investment Report 2019*. Ginebra.
- Valverde, Jeanpierre, y Nadine Márquez. 2017. “Revisar o no revisar, he ahí el dilema: breves reflexiones sobre la impugnabilidad de las decisiones de los disputes boards en la vía adbitral”. *Themis Revista de Derecho*: 117-132.
- Verstein, Andrew. s. f. *Ex tempore Contracting*. <http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3534&context=wml>.
- Virgós Soriano, Miguel, y Cristián Gual Grau. 2008. *La mediación como alternativa*. Madrid.
- Witker Velásquez, Jorge, y Rogelio Larios Velasco. 2002. *Metodología jurídica*. Ciudad de México: s. e.
- Wolrich, Peter M. 2011. “Resolution of Disputes by ICC Dispute Boards”. En *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*. Boston: Martinus Nijhoff.

- Wöss W, Herfried. 2006. “Una retrospectiva”. *Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio*. Ciudad de México.
- Zagrebelsky, Gustavo, El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia (traducción de Marina Gascón), Madrid, Trotta, novena edición, 2009.
- Zavier Zavala Egas. s. f. “Corrupción política: El caso del Ecuador”. Accedido 29 de junio de 2020. <http://old.clad.org/documentos/otros-documentos/corrupcion-politica-el-caso-del-ecuador>.