

LAS VIRTUDES DE LOS *DISPUTE BOARDS* Y SU APLICACIÓN EN ECUADOR

DAVID EDUARDO PROAÑO ALCÍVAR

Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador.
Correo electrónico: david.proano.alcivar@estud.usfq.edu.ec

MARCO MATEO GUEVARA RUALES

Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador.
Correo electrónico: mguevarar@estud.usfq.edu.ec

Recibido / Received: 26/02/2019

Aceptado / Accepted: 26/03/2019

DOI: 10.18272/lr.v6i1.1372

CITACIÓN

Proaño Alcívar, D. E., y M. M. Guevara Ruales. «Las Virtudes De Los Dispute Boards Y Su aplicación En Ecuador». USFQ Law Review, Vol. 6, n.º 1, agosto de 2019, p. 14, doi:10.18272/lr.v6i1.1372.

RESUMEN

Una forma novedosa de abordar los conflictos es los *dispute boards*. Estos, constituyen un mecanismo que trata al conflicto de manera integral, ya que trabaja con él desde su etapa más temprana hasta el momento más álgido de una relación, logrando resolver los problemas antes de llegar a una etapa contenciosa. Los *dispute boards* gozan de muchas ventajas frente a otros mecanismos como el arbitraje o la instancia judicial, por lo que fueron utilizados en una ocasión en Ecuador: en la hidroeléctrica Coca-Codo Sinclair, caso en que se evidencia la utilidad relativa de la institución mencionada.

PALABRAS CLAVE

métodos alternativos de solución de controversias; *dispute boards*; prevención; conflicto; Coca-Codo Sinclair

The virtues of dispute boards and their application in Ecuador

ABSTRACT

Dispute boards are a novel way of dealing with conflicts. It is a mechanism that deals with the conflict in an integral way, since it works with it from its earliest stage to the most critical moment of a relationship, managing to solve problems before reaching a contentious stage. The dispute boards enjoy many advantages over other mechanisms such as arbitration or court, which is why they have been used on one occasion in Ecuador: at the Coca-Codo Sinclair hydroelectric plant, in which case a relative utility of the institution is evidenced.

KEYWORDS

alternative methods of dispute solution; dispute boards; prevention; conflict; Coca-Codo Sinclair

1. INTRODUCCIÓN

Al conflicto se lo ha entendido de forma limitada, reduciendo su comprensión y manejo a la aplicación del derecho. Sin embargo, es importante comprender que este fenómeno tiene otras dimensiones y elementos que no se resuelven en una instancia jurisdiccional, puesto que esta no siempre complace las necesidades de las personas. Por lo antes dicho, se han creado otros medios para abordar el conflicto, entre los que destacan los mecanismos alternativos de solución de conflictos (en adelante MASC), medios distintos a la jurisdicción estatal para zanjar las controversias.

El objeto de estudio del presente artículo es trabajar sobre las características muy particulares de un mecanismo que constituye una suerte de comité, para la supervisión de la ejecución de un contrato, al que se ha denominado *dispute board* (en adelante DB). Los DB constituyen un cambio en la aproximación del conflicto, ya que trabajan con mayor cercanía a las partes y al negocio en cuestión, pudiendo prevenir las controversias y ser el foro para resolverlas¹. El presente trabajo tiene por objetivo profundizar en este peculiar MASC, presentar un caso práctico en Ecuador y, sobre todo, las ventajas que puede tener este novedoso mecanismo, evidenciando la necesidad del reconocimiento de esta institución.

2. EL CONFLICTO

Es necesario entender la materia sobre la cual trabajan los MASC, esto es, el conflicto. Según el libro *Social Conflict: Escalation, Stalemate and Settlement* de los profesores Rubin, Pruitt y Kim, el conflicto se define como “una convergencia de aspiraciones simultáneamente incompatibles”². En esta definición, es posible distinguir dos elementos: (i) la convergencia de aspiraciones o intereses que aparecen en un mismo momento; y, (ii) la incompatibilidad o la imposibilidad de suplir las necesidades óptimamente de forma conjunta.

La forma como se trate este fenómeno tendrá repercusiones en la relación que tengan las partes, tanto en un ámbito contractual como interpersonal. Por ese motivo, surgen mecanismos alternativos de solución de controversias que abordan los conflictos desde perspectivas más completas, tomando en consideración el origen de los problemas en las relaciones de las personas³.

1 Cfr. Gould, Nicholas; Fenwick, Elliott. “An overview of the CI Arb Dispute Board Rules”. *Construction Law Contracts and Disputes* (2015), p. 2.

2 Pruitt, Dean; Rubin, Jeffrey; y Kim, Sung Hee. *Social Conflict: Escalation, Stalemate, and Settlement*. Nueva York: McGraw Hill, 1995, p. 5.

3 Cfr. Entelman, Remo. “El conflicto: dilema para abogados”. *La Ley: Resolución de Conflictos Suplemento* (1997), p. 8.

3. LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Los MASC son formas diferentes a la justicia ordinaria de poner fin a las controversias. La importancia de los MASC es su capacidad de solucionar los problemas de una forma más ágil, eficiente y económica, otorgando el protagonismo a las mismas partes. Además, abordan el conflicto de manera más profunda e integral. Incluso, ayudan al cultivo de la paz por parte de los propios afectados⁴.

Su importancia ha quedado plasmada en la legislación ecuatoriana. El artículo 190 de la Constitución de la República, reconoce el “arbitraje, la mediación y otros medios alternativos para la solución de conflictos”⁵; una cláusula abierta que permite utilizar un sinnúmero de métodos como son los DB. Con respecto a las leyes infraconstitucionales, los MASC son promovidos en diferentes materias. Por ejemplo: en conflictos con respecto a la contratación⁶ y funciones de los servidores públicos⁷, en cualquier control o problema de la economía popular y solidaria⁸, como solución en tema de deportes y cualquier otra actividad física⁹, como primera opción de solución de controversias en algunos distritos metropolitanos¹⁰ e incluso se los reconoce como parte de la función judicial y como un servicio público a la comunidad¹¹.

4. LOS DISPUTE BOARDS

Uno de estos mecanismos alternativos son los DB. Según Sam Luttrell, miembro del Instituto de Árbitros Australiano, los DB son una “instancia de revisión de los conflictos que llegan a surgir entre las partes contratantes”¹². Es una institución con una naturaleza distinta a cualquier otro MASC¹³, la cual ha sido creada para que los que la integran den sus opiniones como expertos en la materia objeto del contrato ante cualquier inconveniente. Además, trata los conflictos que surjan en la ejecución del negocio¹⁴. Estas observaciones o resoluciones versan en la mayor parte de casos en cuestiones técnicas más que legales¹⁵.

En ese sentido, la Cámara de Comercio Internacional (en adelante CCI), determina tres funciones principales de los DB. En primer lugar, una vez percibido

4 Cfr. Leles da Silva, Mariella. *Métodos alternativos de resolución de conflictos*. Montevideo: Universidad de la República de Uruguay, 2014, p. 18

5 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 190. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

6 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación. Artículo 104. Registro Oficial No. 395 Suplemento de 4 agosto de 2008.

7 Ley Orgánica del Servicio Público. Artículo 51. J. Registro Oficial No. 294 Suplemento de 6 de octubre de 2010.

8 Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria. Disposición primera. Registro Oficial No. 444 de 10 de mayo de 2011.

9 Ley del Deporte, Educación Física y Recreación. Artículo 162. Registro Oficial No. 255 Suplemento de 10 de agosto de 2010.

10 Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito. Artículo Innumerado Segundo del Capítulo XIV del cuerpo legal. Registro Oficial No. 226 de 31 de diciembre de 1997.

11 Código Orgánico de la Función Judicial. Artículo 17. Registro Oficial No. 544 Suplemento de 9 de marzo de 2009.

12 Traducción libre. Luttrell, Sam. *An Introduction to Dispute Boards*. Sidney: Chartered Institute of Arbitrators, 2014, p. 1.

13 Cfr. McMillan, Daniel D. y Rubin, Robert A. “Dispute review boards: key issues, recent case law, and standard agreements”. *Construction Lawyer*, Vol. 25, No. 2 (2005), p. 14.

14 Cfr. Gould, Nicholas. *The New CI Arb Dispute Board Rules*. Londres: Fenwick Elliott, 2015, p. 6.

15 Cfr. McMillan, Daniel D. y Rubin, Robert A. “Dispute review boards...”. *Óp. cit.*, p. 20.

un potencial conflicto, los DB alertan a las partes y les motivan a encontrar una solución por su cuenta, sin ulterior intervención. Si esto no da resultado o si la controversia escala, el DB puede asistir de manera informal a las partes para que estas lleguen a un acuerdo que ponga fin a la controversia. Finalmente, y en caso de que las partes no hayan llegado a un acuerdo, el DB puede zanjar la disputa mediante la emisión de una recomendación o decisión¹⁶, dependiendo el caso.

El carácter de obligatoriedad de estas decisiones dependerá enteramente de las partes. Es posible pactar que las decisiones sean de carácter obligatorio para las partes del contrato¹⁷. Así, en el caso de incumplir con la recomendación, se le daría el mismo tratamiento que a un incumplimiento contractual¹⁸, equivalente a inobservar el contrato principal. También, las partes podrían pactar un régimen en el cual las decisiones del DB no sean vinculantes, sino solo opiniones de expertos que las partes podrán ignorar¹⁹.

Los DB están generalmente compuestos por tres miembros²⁰. Cada parte escoge a uno y entre los dos eligen al tercero quien suele ser el que preside el comité²¹. El número de integrantes puede variar según la dimensión del negocio que se trate²². Los tres integrantes actúan de manera imparcial e independiente. Además, deben contar con un nivel de conocimiento técnico adecuado para revisar y comprender el negocio en cuestión, lo que implica que no es necesaria la profesión de abogado para formar parte de un DB²³.

Asimismo, esta experticia va de la mano con la necesidad de los integrantes de mantenerse informados en todo momento del estado de la ejecución del contrato²⁴. Los miembros del DB deben asegurarse de entender integralmente el contrato, aunque las partes no les provean todo lo necesario²⁵. Se requerirá que realicen revisiones y visitas constantes para verificar el cumplimiento y funcionamiento del negocio²⁶.

16 Cfr. Cámara de Comercio Internacional. *Dispute Boards Rules*. París: Cámara de Comercio Internacional, 2015.

17 Cfr. FIDIC Condition of Contract for works of civil engineers construction. (1987), cláusula 67.; Cfr. Jones, Doug. "Dispute Boards: The Australian Experience - Part 1". *Construction Law International*, Vol. 7, No. 2 (2012), p. 13.

18 Cfr. Lenz, Claus H. "Dispute Boards: Scope, Tasks and Authority". *Construction Law International*, No. 2 (2007), p. 15.

19 Cfr. McMillan, Daniel D. y Rubin, Robert A. "Dispute review boards...". *Óp. cit.*, p. 16; Cfr. Bovarnick Mastin, Deborah. "Government construction headaches: dispute review boards to the rescue". *Public Lawyer*, Vol. 23, No. 2 (2015), p. 7.

20 Cfr. Gould, Nicholas y Fenwick, Elliott. "An Overview of the CI Arb ...". *Óp. cit.*, p. 10.

21 Cfr. McMillan, Daniel D y Rubin, Robert A. "Dispute review boards...". *Óp. cit.*, p. 14.

22 Cfr. Jones, Doug. "Dispute Boards: The Australian Experience...". *Óp. cit.*, p. 11.

23 Cfr. Gould, Nicholas y Fenwick, Elliott. "An Overview of the CI Arb ...". *Óp. cit.*, p. 11.

24 Cfr. Hernández García, Roberto. *Dispute boards en Latinoamérica: Experiencias y retos*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2014, p. 30; Cfr. Chapman, Peter. "The Use of Dispute Boards on Major Infrastructure". *The Turkish Commercial Law Review*, Vol. 1, Issue 3 (2015), p. 227.

25 Cfr. Figueroa Valdés, Juan. *Los dispute boards o paneles técnicos de los contratos internacionales de construcción*. Santiago: The Civil Law Perspective, 2007, p. 8.

26 *Ibid.*

4.1. CAMBIO EN EL PARADIGMA DEL MANEJO DEL CONFLICTO

Los DB se diferencian de los demás métodos alternativos por la forma en la que permiten el manejo del conflicto. Los DB, además de ayudar a la resolución de controversias, previenen la aparición de problemas entre las partes de un contrato²⁷, puesto que están constantemente revisando el cumplimiento y funcionamiento del negocio²⁸. De esta manera, podrán hacer recomendaciones acertadas y dar una respuesta temprana a los conflictos, impidiendo mayores altercados tanto para el negocio como para las partes²⁹.

4.2. TIPOS DE *DISPUTE BOARDS*

Se puede distinguir tres tipos de DB según la obligatoriedad de sus resoluciones. En primer lugar, los *dispute review boards* son DB que revisan las cuestiones en disputa y emiten resoluciones no obligatorias, también denominadas recomendaciones interinas, las cuales están dirigidas a las partes, quienes decidirán seguir o no la recomendación³⁰. En segundo lugar, los *dispute adjudication boards* revisan los asuntos en disputa y emiten resoluciones vinculantes que las partes deben acatar³¹. Finalmente, el *combined dispute board* (en adelante CDB), que es una suerte de DB híbrido que se encarga de revisar la disputa y emitir, en primera instancia, una recomendación no vinculante para las partes y, en caso de que alguna de las partes lo solicite y la otra no se oponga, el CDB tiene la facultad de hacer que su recomendación se torne vinculante³².

Cabe mencionar que el protagonismo de las partes es fundamental y estas pueden generar un sinnúmero de variaciones del DB³³. Estas alteraciones pueden ser relativas a los requisitos para ser parte del DB, al marco temporal para la emisión de recomendaciones o resoluciones, a los principios aplicables y al efecto de las recomendaciones o resoluciones que emitan los DB³⁴.

5. *DISPUTE BOARDS* EN ECUADOR

Nuestra legislación no reconoce explícitamente a los DB, lo que puede generar reticencia de utilizar esta institución en Ecuador, tanto en el sector público como en el privado, lo que puede deberse a varios factores como: (i) al poco uso que

27 Cfr. Figueroa, Dante. "Dispute boards for infrastructure projects in Latin America: A new kid on the block". *Dispute Resolution International*, Vol. 11, No. 2 (2017), p. 154.

28 Cfr. Dueñas, Darío. *Los dispute boards: ¿Un mecanismo alternativo verdaderamente ventajoso para el Perú? A propósito de la ley 30225*. Arequipa: Universidad Católica San Pablo, 2015, p. 10.

29 Cfr. Escobar Muñoz, Andrea Karina. *Dispute boards como mecanismo alternativo de solución de controversias contractuales en obras de infraestructura*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2014. p. 47.; Figueroa Valdés, Juan. *Los dispute boards o paneles técnicos...* *Op. cit.*, p. 9.

30 Cfr. Gould, Nicholas y Fenwick, Elliott. "An overview of the CI Arb...". *Op. cit.*, p. 3.

31 Cfr. Figueroa, Dante. "Dispute boards for Infrastructure...". *Op. cit.*, p. 156

32 Cfr. Gould, Nicholas; Lockwood, Christina; y King, Claire. *Dispute Boards Rules*. Londres: King's College London, 2013, p. 7

33 Cfr. Lenz, Claus H. "Dispute Boards: Scope, Tasks and Authority". *Op. cit.*, p. 14.

34 Cfr. Figueroa Valdés, Juan. *Los dispute boards o paneles...* *Op. cit.*, p. 10.

se le ha dado en Ecuador; (ii) el tiempo de existencia de esta figura; y, (iii) a lo novedoso o extraño que resulta este mecanismo. Sin embargo, sí existió un caso en que se usó los DB en Ecuador, el caso Coca-Codo Sinclair, del que se hablará a continuación.

5.1. CASO COCA-CODO SINCLAIR

En Ecuador, se creó un DB el 9 de octubre de 2009 con el Contrato para el Desarrollo de Ingeniería³⁵ entre la compañía pública hidroeléctrica Coca-Codo Sinclair S.A. y la empresa extranjera Synohidro S.A. Esta empresa daría sus servicios para la construcción de la represa hidroeléctrica ubicada en la Amazonía ecuatoriana, brindando servicios de ingeniería conceptual básica y detallada. En este contrato se incorporó una cláusula para la creación de la Junta Combinada de Disputas (en adelante JCD) o DB para prevenir y resolver de forma ágil³⁶ las controversias que surgieran a lo largo del tiempo.

Todo comenzó en el momento en que Coca-Codo Sinclair S.A. publicó una citación internacional buscando ayuda técnica y experimentada, además de fondos para la elaboración de uno de los proyectos emblemáticos del país. Esta convocatoria la respondió Exibank de China, quien contribuyó con el financiamiento y puso a Sinohydro como especialista en el tema³⁷. Dada la magnitud del capital que se requiere y los problemas que se pueden producir por la complejidad de la obra, se necesitaba de un mecanismo para resolver los conflictos que surgieran entre las dos empresas lo antes posible. Por esta razón, en el artículo 30 del contrato³⁸ se incluyó tres formas de resolver los conflictos de forma escalonada: (i) la negociación; (ii) la junta combinada de disputas, lo que atañe a este artículo; y, (iii) el arbitraje en la CCI³⁹. El contrato regula las dinámicas que se debe seguir.

En caso de controversias, el procedimiento comienza con la negociación, dando diez días para poder llegar a un acuerdo⁴⁰, plazo que es completamente prorrogable⁴¹. Caso contrario, se procedería a convocar a la JCD para que, en un lapso no mayor a cuarenta y cinco días, investigue el problema en concreto, convoque a las partes para que expongan sus argumentos y analice las pruebas para dar recomendaciones a las partes⁴². El cumplimiento de estas decisiones en este contrato fue facultativo⁴³. Si alguna de las partes incumplía o no estaba de acuerdo con la resolución del JCD, el tema litigioso se resolvería por medio

35 Cfr. Contrato para el Desarrollo de Ingeniería Compañía Hidroeléctrica Coca-Codo Sinclair S.A. "COCASINCLAIR". SYNOHIDRO Cía. Notaría Segunda, 2009, p. 1.

36 *Id.* Art. 30.3

37 Cfr. El Universo. "Contrato de proyecto Coca-Codo Sinclair se firmará esta semana". *El Universo*, 5 de septiembre de 2009, p. 2.

38 Cfr. Contrato para el Desarrollo de Ingeniería Compañía Hidroeléctrica Coca-Codo Sinclair S.A. *Eiusdem*, artículo 30.

39 Cfr. Escobar Muñoz, Andrea Karina. *Dispute boards como mecanismo alternativo...* *Óp. cit.*, p.55.

40 Cfr. Contrato para el Desarrollo de Ingeniería Compañía Hidroeléctrica Coca-Codo Sinclair S.A. *Eiusdem*, artículo. 30.2.

41 *Eiusdem*, art. 30.3.5

42 *Eiusdem*, art. 30.3.1.

43 *Eiusdem*, art. 30.3.6.

de arbitraje en la CCI⁴⁴. Cabe recalcar que el conflicto nunca escaló a tal grado para zanjar una controversia.

5.2. LA JUNTA COMBINADA DE DISPUTAS O JCD

La JCD fue el órgano colegiado encargado de vigilar el cumplimiento del contrato, facultado para encontrar posibles problemas, emitir comunicados a las partes y, si la etapa de negociación fallaba, ser el foro en donde se resolvieran las controversias. Para su conformación, cada parte escogió a uno de los tres representantes. Los dos miembros eligieron al tercer integrante que es el presidente o *Chairman* de la junta, aquel que dirigiría el proceso en las audiencias, lideraría las visitas, etcétera⁴⁵. Los elegidos debían cumplir con requisitos puntuales establecidos por las partes, los cuales eran: (i) ser personas de alta preparación; (ii) imparciales y sin relación con las dos empresas; (iii) hablar español; (iv) disposición de tiempo; y, (v) ser de nacionalidades distintas a la de las partes, para garantizar su imparcialidad⁴⁶. A continuación, se expondrá su funcionamiento y cómo operó en la realidad.

5.2.1. COMPETENCIAS

Como atribuciones, se les otorgó las de realizar visitas a la presa al menos tres veces al año con el fin de mantenerse informados, manejar las disputas no resueltas en la fase de negociación, convocar reuniones de trabajo para resolver las controversias, determinar el idioma en que se va a proceder, emitir medidas para garantizar la confidencialidad y, por último, emitir recomendaciones una vez que se haya escuchado a las partes⁴⁷. Cabe mencionar que las opiniones podían ser emitidas a título personal o como cuerpo colegiado.

Ya en la práctica, se mantuvo el idioma español, se hicieron las tres visitas anuales y tuvieron reuniones de trabajo ordinarias y extraordinarias. Se convocó a una audiencia en 2013, en que se dieron cinco dictámenes, no existieron problemas de confidencialidad ni se emitieron opiniones a título personal⁴⁸.

Es importante mencionar que las personas encargadas de ir a las reuniones o audiencias convocadas por la JCD fueron los gerentes de las respectivas empresas. En ningún momento se requirió de la comparecencia del Procurador General del Estado, ya que este “no es un asunto de su jurisdicción o que obligue a la voluntad del Estado, sino que es un simple negocio efectuado por una empresa pública y otra privada”⁴⁹.

44 *Eiusdem*, art. 30.8.6

45 Cfr. CCI. *Dispute Boards Rules*. *Óp. cit.*, p. 7.

46 Cfr. Contrato para el Desarrollo de Ingeniería Compañía Hidroeléctrica Coca-Codo Sinclair S.A. *Eiusdem*, Artículo. 30.3.2.

47 Cfr. CCI. *Dispute Boards Rules*. *Óp. cit.*, 2015.

48 Cfr. Araujo, Alberto. “Una junta analizará seis reclamos de Sinohydro en Coca-Codo Sinclair”. *El Comercio*. s/f, p. 10.

49 Procuraduría General del Estado. Oficio No. 13626. 20 de julio de 2013.

5.2.2. PROCESO DE SOLUCIÓN DE DISPUTAS

Una vez que se hubiera agotado la posibilidad de negociar, una o ambas partes, podrían presentar una solicitud ante la JCD. Una vez recibido el reclamo, la JCD se dispondría a conocer el problema. Nunca podría comenzar sin que ambas partes hayan dado sus opiniones por escrito⁵⁰, lo que tenía un plazo de quince días desde el reclamo, con posibilidad de prórroga⁵¹.

Conocido el inconveniente, la JCD convocaría reuniones para establecer la fecha de la primera audiencia y pedir información adicional a las partes⁵². Llegado el día señalado, se instauraría la audiencia para que expusieran sus argumentos y la ausencia de una de las partes se tomaría como un acto de mala fe. Al final, se daría un dictamen por medio de recomendaciones⁵³. Sin embargo, no se estableció sanción alguna por incumplimiento más allá de daños y perjuicios, los cuales se determinarían, posteriormente, en arbitraje. La opinión emitida por la JCD podía ser aceptada de forma expresa o tácita⁵⁴. Todo este proceso duraría cuarenta y cinco días, con posibilidad de ser prorrogado⁵⁵.

En el caso en concreto, la última vez que se convocó a audiencia fue el 31 de marzo del 2013⁵⁶ sobre temas laborales, técnicos y la posibilidad de postergar la entrega. Se emitieron cinco directrices, las cuales fueron: (i) optimizar el campamento de trabajadores; (ii) incorporación de un sistema de potabilización; (iii) chequeos médicos periódicos con un nutricionista; (iv) mejorar el sistema de remuneraciones, horas extras y el pago de las plantillas retrasadas; y, (v) que se aplazara la entrega de la obra para inicios de 2017 debido a problemas en la construcción, crecidas irregulares del río e insuficiente personal⁵⁷. Esta audiencia previno muchos problemas futuros entre los trabajadores y los empleadores que pudieron paralizar por completo la obra.

Sin embargo, no todo es color de rosas en la ejecución de este contrato ya que los problemas y las irregularidades que rodean esta obra se han ido manifestando a lo largo de los años y, principalmente, en sus etapas finales. En estas etapas se evidencia un sobreprecio de la construcción⁵⁸, retrasos operativos⁵⁹, accidentes⁶⁰ y desfases en la entrega⁶¹; problemas que la JCD no pudo evitar.

50 Cfr. CCI. *Dispute Boards Rules*. *Óp. cit.*, p. 18.

51 Cfr. Contrato para el Desarrollo de Ingeniería Compañía Hidroeléctrica Coca-Codo Sinclair S.A. *Eiusdem*, artículo. 30.3.

52 Cfr. CCI. *Dispute Boards Rules*. *Óp. cit.*, p. 12.

53 Cfr. Contrato para el Desarrollo de Ingeniería Compañía Hidroeléctrica Coca-Codo Sinclair S.A. *Eiusdem*, artículo. 30.3.

54 *Eiusdem*, art. 30.3.6

55 *Eiusdem*, art. 30.3.1

56 Cfr. Araujo, Alberto. "Una junta analizará seis reclamos...". *Óp. cit.*, p. 13.

57 *Ibid.*

58 Cfr. El Comercio. "Perjuicio por USD 112, millones en Coca-Codo". *El Comercio*. 19 de mayo de 2017, p. 8.

59 Cfr. Aranjo, Alberto. "Synohidro continuará un año monitoreando el Coca-Codo". *El Comercio*. 14 de abril de 2016, p. 2.

60 Cfr. Maisanche, Fabián. "Trabajos en el Coca-Codo Sinclair se reanudan". *El Comercio*. 16 de diciembre de 2014, p. 3.

61 Cfr. Aranjo, Alberto. "Cuatro hidroeléctricas empezarán a generar energía entre febrero y abril". *El Comercio*. 10 de enero de 2016, p. 8.

El caso Coca-Codo Sinclair es un pionero en el tema de los DB en Ecuador, por lo que, en cierta medida, fue de utilidad en la obra. Se resolvieron algunos problemas laborales, técnicos y contractuales, lo que ha prevenido muchos otros más, sin perjuicio de los fallos que ha tenido la hidroeléctrica. En fin, es un mecanismo innovador en Ecuador que requiere tiempo y muchos otros casos para que llegue a perfeccionarse. Es posible que en los siguientes años se llegue a mejorar la aplicación, o se la deje en desuso.

6. VENTAJAS

Ahora bien, para que un MASC sea implementado es necesario que este goce de algún distintivo, algo que sea beneficioso para las partes que lo utilizan. En el caso de los DB, su atractivo radica principalmente en: (i) celeridad; (ii) inmediatez; (iii) continuidad de la ejecución del contrato; (iv); revisión de la ejecución; (v) confidencialidad; (vi) experticia; (vii) bajos costos; y, la mejor carta de presentación; (viii) una excelente experiencia en la práctica.

6.1. CELERIDAD

Constituyen un mecanismo rápido para resolver los conflictos que se presentan entre las partes, debido a que sus miembros tienen la posibilidad de conocer la obra en su totalidad, familiarizarse con su ejecución, avance, reprogramaciones, etc. de forma expedita⁶². Este procedimiento permite dar una ágil respuesta a diferentes situaciones que se puedan presentar entre las partes. Como se expuso en el caso de Coca-Codo, el proceso entero dura un lapso de cuarenta y cinco días, tiempo ínfimo si se compara con el que se requiere para un proceso arbitral o judicial.

6.2. INMEDIATEZ

Asimismo, la inmediatez o cercanía de los DB es muy importante para tener una respuesta rápida y dar legitimidad a las decisiones tomadas, puesto que los miembros pueden conocer casi por completo cualquier problemática que surja en la obra⁶³. Esto supone una ventaja frente a cualquier otra forma de zanjar controversias; los jueces, árbitros o mediadores conocen únicamente lo que las partes someten a su conocimiento, desconociendo del negocio en la realidad.

6.3. CONTINUIDAD DE LA EJECUCIÓN

Una característica y función muy importante de los DB es que permiten la continuidad de la ejecución contractual. Aun cuando el DB esté conociendo una disputa, las partes están obligadas a continuar cumpliendo las obligaciones que han

62 Cfr. Peñate Guzmán, Carlos "Las mesas de resolución de disputas como mecanismo que viabiliza la continuidad en los proyectos de construcción: la experiencia en El Salvador". *Dispute Boards en Latinoamérica: Experiencias y retos*. Vol. 23 (2014), p. 90.

63 Cfr. Gould, Nicholas; Lockwood, Christina y King, Claire. *Dispute Boards Rules*. Óp. cit., p. 34.

adquirido⁶⁴. Las reuniones o audiencias que convoque el DB tienen efectos no suspensivos sobre el contrato. Esto resulta verdaderamente útil ya que evidencia que se trata de un mecanismo de solución de conflictos que pretende hacer efectiva la ejecución de lo pactado más allá de las controversias que puedan surgir⁶⁵.

6.4. VERIFICACIÓN DE CUMPLIMIENTO

En el mismo sentido, los DB constituyen una suerte de verificación del cumplimiento de las obligaciones contractuales⁶⁶. Pese a que ya haya existido una controversia resuelta en el foro de este MASC, el DB sigue manteniendo sus obligaciones, verificando que el actuar de las partes se adecue a lo pactado, con lo cual se evita el surgimiento de controversias y excusas para un incumplimiento. Esto constituye una diferencia sustancial con otros MASC, dado que mecanismos como el arbitraje y la mediación se agotan con la emisión de la decisión o acuerdo, pero no verifican la efectividad de su decisión.

6.5. CONFIDENCIALIDAD

Uno de los grandes beneficios de los DB es su confidencialidad. Los conflictos se resuelven ante el conocimiento exclusivo de las partes involucradas⁶⁷. Todo registro de las visitas, reuniones o audiencias realizadas por el DB será de conocimiento exclusivo de los interesados del negocio, al menos, al tratarse de un contrato entre privados. Esto supone una ventaja frente a los procesos judiciales, ya que todas las audiencias, en el ámbito judicial, son públicas, salvo aquellas que la ley determine como reservadas.

6.6. EXPERTICIA EN LA OBRA QUE SE VA A REALIZAR

Otra ventaja que tienen los DB sobre otros MASC es la experticia de aquellos que lo conforman⁶⁸. Generalmente, los mediadores, árbitros y jueces son profesionales del Derecho y suelen ignorar tecnicismos propios de otras ramas del saber. En cambio, la regla general en los DB es que los miembros que lo conforman sean ingenieros, arquitectos, entre otros; personas que conocen los detalles de la ejecución del contrato, más que las cuestiones legales. Esto otorga a los expertos una mayor comprensión del objeto de la materia del negocio.

64 Cfr. Chapman, Peter. "The use of dispute boards on major infrastructure". *Óp. cit.*, p. 229.

65 Cfr. Peñate Guzmán, Carlos "Las mesas de resolución de disputas...". *Óp. cit.*, p. 92.

66 *Ibid.*

67 Cfr. Gould, Nicholas; Lockwood, Christina y King, Claire. *Dispute Boards Rules*. *Óp. cit.*, p. 12.

68 *Id.*, p. 93

6.7. BAJOS COSTOS

A primera vista, un DB representa un gasto para las compañías que lo utilicen. La realidad es que el costo es ínfimo en comparación a la cuantía del negocio y al precio que puede suponer un proceso arbitral o judicial⁶⁹. Los costos pueden variar dependiendo de la obra, lo que puede oscilar entre los USD 100 000 a los USD 200 000 en total⁷⁰, lo que, generalmente, en proyectos de construcción significa el 0,1 % o 0,2 % de la cuantía del contrato. Tal vez parezca un porcentaje muy significativo; sin embargo, estos números son alcanzados apenas después de años de operación del DB⁷¹.

6.8. LA EXPERIENCIA DEL USO DE LOS DB

Por último, la mejor carta de presentación que tienen los DB es su eficacia en los casos en que se han utilizado⁷². Desde sus inicios en la industria de construcción⁷³, los DB han logrado impedir que las controversias lleguen a instancias arbitrales y judiciales a niveles impresionantes. Un estudio de la Universidad de Washington que analizó veinte DB en Estados Unidos, concluyó que solo cuatro de ellos llegaron a presentar un reclamo ante el DB y ninguno escaló tanto como para ir a arbitraje⁷⁴.

En una investigación realizada por Doug Jones, en la cual se analizaron 1434 DB, se registraron 1860 quejas ante este órgano, que logró resolver exitosamente 1718 de estos requerimientos. Además, solo cincuenta y dos de estos problemas llegaron a arbitraje⁷⁵, lo que supone un número realmente bajo. En otro estudio, realizado por The American Society of Civil Engineers, se analizaron 166 proyectos, en los cuales los DB resolvieron 208 de 225 controversias que aparecieron a lo largo de la ejecución de las obras⁷⁶. Todo lo antes mencionado es clara muestra de lo beneficiosa que puede resultar la implementación de los DB en los contratos, teniendo ventajas claras que no es posible conseguir todas en otro MASC.

69 Cfr. Chapman, Peter. "The Use of Dispute Boards on Major Infrastructure" *Óp. cit.*, p. 228; McDavid, Janet L. "Using alternative dispute resolution in antitrust cases". *Antitrust*, Vol. 4, No. 2, (1990), pp. 25-26.

70 Cfr. Bovarnick Mastin, Deborah. "Government construction headaches...". *Óp. cit.*, p. 6.

71 Cfr. Jones, Doug. "Dispute Boards: The Australian Experience...". *Óp. cit.*, p. 14.

72 Como dato anecdótico, en la construcción del Miami International Airport North Terminal existió un DB que logró impedir que se llegara a arbitraje y, además, esta obra ganó el galardón *Gold Award from the Construction Owners Association of America*, por una ejemplar administración del contrato, lo que es testimonio viviente de lo versátil de los DB. (Cfr. Bovarnick Mastin, Deborah. "Government construction headaches...". *Óp. cit.*, p. 6.)

73 El caso más antiguo registrado en este ensayo es la construcción del túnel Eisenhower en Estados Unidos en los años 1975 a 1979. Cfr. Bovarnick Mastin, Deborah. "Government construction headaches...". (*Óp. cit.*, p. 3; Jones, Doug. "Dispute boards: The Australian experience...". *Óp. cit.*, p. 9.)

74 Cfr. Bovarnick Mastin, Deborah. "Government construction headaches...". *Óp. cit.*, p. 4.

75 Cfr. Jones, Doug. "Dispute boards: The Australian experience...". *Óp. cit.*, pp. 11-15.

76 Cfr. Grove, Jesse; y Appuhn, Richard. "Comparative experience with dispute boards in the United States and Abroad". *Construction Lawyer*, Vol. 32, No. 3 (2012), p. 8.

7. CONCLUSIÓN

Los DB son métodos alternativos a la justicia ordinaria para resolver los conflictos. Sin embargo, no se limitan a solucionar controversias, sino que la grandeza de este método es su capacidad de prevenirlo o tratarlos en sus etapas iniciales para que no lleguen a escalar y convertirse en serios problemas. En Ecuador, se produjo un caso pionero en el tema: la construcción de la represa Coca-Codo Sinclair. Esto se debe a las estipulaciones que agregaron los representantes de Exibank y Sinohydro en el contrato, lo que ayudó a su continuidad, produciendo un cumplimiento considerable.

Claro está que los DB tienen mucho que afrontar en su funcionamiento. A su vez, están llenos de ventajas que les dan un atractivo para aquellos que quieran emprender un gran negocio, gozan de celeridad, inmediatez, continuidad de la ejecución del contrato, revisión de la ejecución, confidencialidad, bajos costos, entre otras. Además, la práctica evidencia lo útil y eficientes que han resultado, al evitar y resolver la mayor parte de problemas que han surgido en varios contratos.

Por lo expuesto, su uso debe ir en aumento en la República del Ecuador. Para esto, se puede optar por una regulación legal o simplemente que se establezca de forma contractual sobre la base de las reglas de la CCI, tal como se realizó en el caso de Coca-Codo Sinclair. Por ello, es fundamental la publicación y enseñanza de esta novedosa figura; con el fin de que no se tenga dudas de su aplicabilidad dentro del país, tanto para las grandes obras del sector público como para los negocios entre privados.

Es posible que se dé un escenario en que se lo use de forma masiva, en casi todo contrato de tracto sucesivo, como también puede que llegue a entrar en decadencia o desuso. Solo con el pasar del tiempo se podrá observar la evolución y aplicación de este mecanismo tan novedoso y versátil del manejo del conflicto en relaciones contractuales.