

Dispute boards en América Latina: resolución de controversias de infraestructura

*Dispute boards in Latin America:
resolution of infrastructure disputes*

JUAN PABLO GÓMEZ MORENO*

Recibido / Received: 24/06/2023

Aceptado / Accepted: 10/08/2023

DOI: <https://doi.org/10.18272/ulr.v10i2.3023>

Citación:

Gómez Moreno, J.P. “Las dispute boards en América Latina: ventajas, retos y mejores prácticas para contribuir a la resolución eficiente de controversias de infraestructura en la región”. *USFQ Law Review* vol. 10, no. 2, octubre de 2023, <https://doi.org/10.18272/ulr.v10i2.3023>

* Universidad de los Andes, consultor independiente y profesor de la Facultad de Derecho, Bogotá 111711, Colombia. Correo electrónico: jp.gomez1102@gmail.com, ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-8224-3852>

RESUMEN

Los proyectos de infraestructura son esenciales para el desarrollo de las sociedades, ya que tienen un impacto directo en el acceso a varios derechos básicos como la libre locomoción, la salud pública, el acceso al agua y a la electricidad. La construcción es una industria clave para la ejecución de estos proyectos, pero su complejidad a menudo genera desacuerdos entre los actores principales, lo que puede resultar en altos índices de litigiosidad y costos en tiempo y dinero. Por esta razón, los métodos alternativos de solución de controversias han ganado importancia en la región. Entre ellos, las mesas de solución de conflictos se han destacado como una alternativa exitosa. Sin embargo, su implementación en América Latina ha sido lenta y hay desafíos que deben abordarse para mejorar su eficacia.

Este artículo examina las características de las *dispute boards* y destaca sus beneficios en la gestión de conflictos en proyectos de infraestructura. También se analizan los factores críticos y los desafíos para su implementación en la región. Finalmente, se proponen algunas prácticas para mejorar la aplicación de estos instrumentos en América Latina, haciendo hincapié en que requieren de un mayor compromiso de actores clave, como las agencias reguladoras, para implementarlas y mejorar su eficiencia.

PALABRAS CLAVE

Resolución de disputas; proyectos de infraestructura; métodos alternativos de solución de controversias; mesas de solución de conflictos; América Latina

ABSTRACT

Infrastructure projects are essential for the development of societies, as they have a direct impact on access to several basic rights. Construction is a key industry for the implementation of these projects, but its complexity often generates disagreements among main actors, which can result in high levels of litigation and costs in time and money. For this, alternative dispute resolution methods have gained momentum in the region. Among them, dispute resolution boards have stood out as a successful alternative. However, their implementation in Latin America has been slow and there are challenges that must be addressed to improve their effectiveness.

This article examines the characteristics of these alternative mechanisms and highlights their benefits in managing conflicts in infrastructure projects. The critical factors and challenges for their implementation in the region are also analyzed. Lastly, this research presents some best practices for the application of these

instruments, which are a promising alternative for the efficient resolution of disputes in infrastructure projects in Latin America. However, proper execution of these contractual tools requires greater commitment from key actors—such as regulatory agencies—to implement them and improve their effectiveness.

KEY WORDS

Dispute resolution; infrastructure projects; alternative dispute resolution; dispute boards; Latin America

1. INTRODUCCIÓN

En todo el mundo, los proyectos de infraestructura resultan de vital importancia para el desarrollo de una sociedad más justa.¹ Estas iniciativas recogen obras de construcción y mejoramiento de una diversidad de componentes como carreteras, puentes e instalaciones. La industria protagonista para la correcta ejecución de estos proyectos es la construcción. Por su naturaleza compleja e incierta, es común que en estas obras ocurra una multiplicidad de desacuerdos entre los principales actores, lo cual conduce a altos índices de litigiosidad.² Ante las demoras y costos inherentes a los procedimientos convencionales de solución de disputas, como es el caso de la justicia ordinaria, los métodos alternativos de solución de controversias (en adelante MASC) han ganado mucho peso en los últimos años.³ Este es el caso de mecanismos como el arbitraje, que se convirtió en una salida óptima para estas disputas.⁴

El arbitraje, sin embargo, tiene sus propias limitaciones. Si bien el arbitraje también es un MASC, no deja de ser adversarial y requiere un análisis minucioso por parte de los árbitros. Esto implica importantes costos en tiempo y dinero, lo que, en materia de proyectos de infraestructura, supone pérdidas representativas.⁵ Lo anterior ha llevado a que se introduzcan nuevas alternativas como las *dispute boards* (en adelante DB). La experiencia comparada en varios países demuestra que esta salida ha sido muy exitosa para la gestión del conflicto,⁶ por lo que su debida implementación en América Latina se beneficiaría de revisar las lecciones aprendidas y mejores prácticas en otras jurisdicciones.

Esta investigación busca contextualizar el funcionamiento de las DB y sus principales características, con el objeto de resaltar sus ventajas y proponerlas como una alternativa para mejorar la resolución eficiente de controversias de infraestructura en la región. Para cumplir este objetivo, este artículo se divide en seis secciones. La sección II expone qué son y cómo funcionan las DB, así como algunas breves consideraciones sobre su historia y la forma en que han evolucionado en el tiempo. La sección III trata los principales beneficios de las DB y de qué manera pueden contribuir a gestionar los aspectos críticos de las disputas surgidas en un proyecto de infraestructura. La sección IV plantea

-
- 1 Sophie Sturup, y Nicholas Low, "Sustainable Development and Mega Infrastructure: An Overview of the Issues", *Journal of Mega Infrastructure & Sustainable Development* 1, n.º 1 (julio 2019): 8-26, <https://doi.org/10.1080/24724718.2019.1591744>.
 - 2 Kathleen M. J. Harmon "Resolution of Construction Disputes: A Review of Current Methodologies", *Leadership and Management in Engineering* 3, n.º 4 (octubre 2003), 187-201. [https://doi.org/10.1061/\(ASCE\)1532-6748\(2003\)3:4\(187\)](https://doi.org/10.1061/(ASCE)1532-6748(2003)3:4(187)).
 - 3 Chia Kuang Lee, Tak Wing Yiu, y Sai On Cheung. "Selection and use of alternative dispute resolution (ADR) in construction projects: past and future research", *International Journal of Project Management* 34, n.º 3 (abril 2016): 494-507. <https://doi.org/10.1016/j.ijproman.2015.12.008>.
 - 4 Walter Matli, "Private justice in a global economy: from litigation to arbitration", *International Organization* 55, n.º 4 (julio 2001): 919-47, <https://doi.org/10.1162/002081801317193646>.
 - 5 Amit Moza, y Virendra Kumar Paul, "Review of the effectiveness of arbitration", *Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction* 9, n.º 1 (julio 2017): 03716002, [https://doi.org/10.1061/\(ASCE\)LA.1943-4170.0000204](https://doi.org/10.1061/(ASCE)LA.1943-4170.0000204).
 - 6 Gwyn Owen, y Brian Totterdill, *Dispute boards: procedure and practice* (Londres: ICE Publishing, 2007), 1-3.

mejores prácticas para la implementación del mecanismo. Por último, la sección V presenta algunos retos críticos de las DB en el contexto de América Latina.

2. QUÉ SON Y CÓMO FUNCIONAN LAS *DISPUTE BOARDS*

2.1. NOCIÓN E HISTORIA

Las DB son paneles conformados por expertos, cuyo propósito es resolver los conflictos que surjan con ocasión de un proyecto. A través de una DB, las partes de un contrato acuerdan dar a terceros la potestad de asesorarlas respecto de las desavenencias entre ellas durante la ejecución del proyecto, así como adjudicar estas disputas. Es necesario aclarar que, tratándose de una figura que viene de jurisdicciones anglosajonas, las DB se conocen bajo muchos nombres distintos en países hispanohablantes, por ejemplo, también son llamadas juntas, mesas o paneles técnicos o de resolución de conflictos.

La Cámara de Comercio Internacional (en adelante CCI), que ha desarrollado materiales prácticos sobre la operación de este mecanismo, define a las DB como órganos permanentes que ayudan a las partes a evitar o resolver cualquier conflicto que pudiera surgir durante la ejecución de un contrato de construcción.⁷ Por su parte, la doctrina se refiere a ellas como una junta de adjudicación de disputas en el sitio de la obra (*on site*), que está vigente durante la construcción de la misma y cuya función es hacer visitas periódicas para involucrarse activamente en la concepción y el desarrollo del proyecto.⁸

Las DB no son una figura reciente, sino que llevan casi cincuenta años de operación en todo el mundo. En Estados Unidos, la literatura indica que la primera DB se constituyó para la construcción del túnel Eisenhower en 1975.⁹ Igualmente, durante los noventa, el Banco Mundial (en adelante BM) las incorporó en su *Standard Bidding Document Procurement of Works* para proyectos de construcción, un documento elaborado para proyectos financiados por la banca multilateral.¹⁰ En Reino Unido, el Institute of Civil Engineers (ICE) incluyó desde 1989 la figura de un experto técnico a cargo de resolver conflictos suscitados durante la ejecución de la obra.

7 Cyril Chern, *Chern on Dispute Boards* (Londres: CRC Press, 2015), 1-32.

8 Gustavo Paredes, "Jugando a las vencidas: Dispute boards vs. árbitro de emergencia", *Derecho & Sociedad*, n.º 55 (octubre 2020): 255-64, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/23246>.

9 Jesse Grove, y Richard Appuhn, "Comparative Experience with Dispute Boards in the United States and Abroad Alternative Dispute Resolution", *Construction Lawyer* 32, n.º 3 (2012): 6-16, <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/conlaw32&div=28&cid=&page=>.

10 Nicholas Gould, y Robbie McCrea, "Dispute Boards: Trends, Observations, Developments and Procedures", en *Construction Arbitration and Alternative Dispute Resolution: Theory and Practice Around the World*, ed. Renato Nazzini (Nueva York: Routledge, 2021).

Es fundamental resaltar que las DB son criaturas del contrato. Esto quiere decir que, por lo general, las particularidades sobre su funcionamiento dependerán de las estipulaciones de las partes en el acuerdo privado que las regule.¹¹ Para regular estos aspectos existen diversas organizaciones que han desarrollado modelos y mejores prácticas contractuales en los que se detallan características y términos de funcionamiento de una DB. Por ejemplo, en 2004, la CCI estableció por primera vez un reglamento de DB, cuya versión más reciente fue aprobada en 2015.¹² Por su parte, la International Federation of Consulting Engineers (en adelante FIDIC) incorpora la figura de las DB en varios de sus contratos modelo.¹³

2.2. DIFERENCIAS ENTRE LAS *DISPUTE BOARDS* Y OTROS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

A diferencia del arbitraje, que implica un importante nivel de detalle y esfuerzo —tanto de las partes como de los adjudicadores—, las DB han sido calificadas como una forma de justicia aproximada o *rough justice*.¹⁴ Esto no quiere decir que la forma de justicia que puede ofrecer este órgano sea necesariamente deficiente o de menor calidad, pero sí indica que, en la ponderación entre eficiencia y precisión, prevalece el primer criterio. Esta filosofía se alinea con la industria de la ingeniería y construcción, en la que se anticipa, desde el expediente técnico, que la obra tendrá falencias inevitables y comunes.¹⁵

Una diferencia clave entre las DB y otras formas de solución de conflictos es el alcance de sus actividades. Mientras que, por ejemplo, la labor central de los árbitros es resolver la disputa, las DB tienen esta misma función y otra de acción preventiva (*dispute avoidance*) y consultiva.¹⁶ Aunque los árbitros también pueden fomentar la solución amistosa de la controversia e invitar a las partes a fórmulas de arreglo,¹⁷ esta no es su actividad principal, como sí lo es la labor propia de las DB.

A partir de estas características autores como Chapman describen las DB como un proceso de toma de decisiones que resulta inevitable para la industria de la construcción y que está hecho a la medida de estos proyectos.¹⁸ En

11 Nael G. Bunni, “Dispute Boards-Do’s and Don’ts”, *Construction Law International* 1, n.º 3 (2006): 10-4.

12 Christopher Koch, “ICC’s new dispute board rules”, *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 15, n.º 4 (otoño 2004): 10-34, <http://www.landoltandkoch.com/medias/icc-db-rules-icbul-15-2-04-off-print-english.pdf>.

13 Design Build y Turnkey Project, Libro Naranja, Libros Amarillo y Rojo, por dar algunos ejemplos.

14 Anthony Houghton, “Should Dispute Boards (Also) Be Made Mandatory?”, *Asian Dispute Review* 16, n.º 4 (diciembre 2014): 196-201, <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Asian+Dispute+Review/16.4/ADR2014047>.

15 Mohan Kumaraswamy, “Conflicts, Claims and Disputes in Construction”, *Engineering Construction and Architectural Management* 4, n.º 2 (febrero 1997): 95-111, <https://onlinelibrary.wiley.com/journal/1365232x>.

16 Sarwono Hardjomuljadi, “Use of dispute avoidance and adjudication boards”, *Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction* 12, n.º 4 (agosto 2020): 03720004, [https://doi.org/10.1061/\(ASCE\)LA.1943-4170.0000431](https://doi.org/10.1061/(ASCE)LA.1943-4170.0000431).

17 Laura García, “Mediación o conciliación: una decisión de política judicial”, *Revista Fronesis* 20, n.º 1 (enero 2013): 104-18.

18 Peter Chapman, “Dispute boards on major infrastructure projects”, *Management, Procurement and Law* 162, n.º 1 (mayo 2009): 7-16, <https://doi.org/10.1680/mpal.2009.162.1.7>.

particular, en un contexto en que los tiempos son de absoluta importancia y la gestión del conflicto debe ser rápida, las DB suponen una alternativa de gran ayuda para estas controversias.

2.3. CONSTITUCIÓN DE LAS *DISPUTE BOARDS* Y DESARROLLO DE LA CONTROVERSIA

La DB se suele acordar a través de un contrato entre tres partes. Al ser un mecanismo contractual, la constitución de una DB dependerá de la implementación de un procedimiento que está previsto en el contrato. Es usual, como ocurre en las disposiciones de la CCI y la FIDIC, que cada una de las partes nombre a un experto y la otra lo confirme.¹⁹ En las DB, es usual que la selección de los integrantes deba ser acordada por ambas partes y no haya recusación de los integrantes.²⁰ Si alguna de las partes se opone al nombramiento, se puede recurrir a una tercera entidad nominadora, como la CCI o la FIDIC.²¹

El plazo de funcionamiento de una DB varía según los términos acordados por las partes, pero comúnmente el término para resolver una reclamación o solicitud formal ante la DB suele ser de noventa días.²² Es importante considerar la relación de las partes con instituciones administradoras del procedimiento. A manera de ejemplo, existen centros que tienen listas de adjudicatadores, dependiendo de la región de la obra y la experiencia internacional que se requiera, entre otros factores.²³

También hay entidades que administran el procedimiento de la DB y tienen un reglamento que regula las distintas etapas para el desarrollo de la controversia.²⁴ Cada modelo contractual o reglamento de DB tiene sus propias etapas y tiempos. Lo primero suele ser la notificación de la reclamación de una parte a la otra.²⁵ Es fundamental que esta comunicación se remita oportunamente, pues puede haber lugar a una caducidad o prescripción del reclamo.²⁶ La otra parte puede atender la reclamación sin objetarla o someterla a la DB para su

19 Issaka Ndekugri, et al., "Best practice in the training, appointment, and remuneration of members of dispute boards for large infrastructure projects", *Journal of Management in Engineering* 30, n.º 2 (marzo 2014): 185-93, [https://doi.org/10.1061/\(ASCE\)ME.1943-5479.0000195](https://doi.org/10.1061/(ASCE)ME.1943-5479.0000195).

20 David Proaño, y Marco Guevara, "Las virtudes de los dispute boards y su aplicación en Ecuador", *USFQ Law Review* 6, n.º 1 (septiembre 2019), <https://doi.org/10.18272/lr.v6i1.1372>.

21 Juan Figueroa, "Dispute boards: la visión de las partes y su coexistencia con los contratos administrativos. Experiencias en Chile", en *Dispute Boards en Latinoamérica: Experiencias y retos*, ed. Roberto Hernández García (Arequipa: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2014), 129.

22 Lukas Klee, y Daniel Novy, "Construction dispute boards", *Czech & Central European Yearbook of Arbitration* 4 (marzo 2014): 171-83, <https://ssrn.com/abstract=2404839>.

23 Fadia Fitriyanti, y Emil Adly, "Lessons learned in the use of dispute boards to the settlement of construction service disputes" *Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction* 14, n.º 1 (octubre 2021): 04521041, [http://dx.doi.org/10.1061/\(ASCE\)LA.1943-4170.0000508](http://dx.doi.org/10.1061/(ASCE)LA.1943-4170.0000508).

24 Bates y Torres-Fowler, "Dispute Boards: A Different Approach to Dispute Resolution".

25 Owen y Totterdill, *Dispute boards: procedures and practice*.

26 Anton van Langelaar, "Dispute Boards-The New FIDIC Second Edition 2017 DB Provisions", *Civil Engineering*, n.º 1 (enero-febrero 2018): 20-7.

decisión. Entre las partes y los miembros de la DB pueden tratar de avenir las controversias de forma amistosa, sin necesidad de acudir a una solución totalmente heterocompositiva.

En caso de que una solución amistosa no tenga éxito, los expertos de la DB tienen la facultad de pedir todo el material que consideren necesario para resolver el asunto.²⁷ Esto incluye soportes documentales y discusiones con personal de la obra o incluso la práctica de pruebas. Luego, la DB emite una recomendación o decisión, dependiendo de las facultades que le hayan otorgado las partes y el alcance de la solicitud correspondiente.²⁸ La parte no conforme con la decisión puede iniciar una controversia formal, como un arbitraje o un proceso judicial, pero la decisión de la DB debe cumplirse desde un principio, ya que tiene el alcance de un compromiso contractual. Suele pactarse que la DB sea una condición precedente para acceder a otras instancias como el arbitraje.²⁹

2.4. MARGEN DE ACCIÓN DE LAS *DISPUTE BOARDS*

El enfoque principal de las DB es autocompositivo, es decir, buscar que las partes resuelvan sus diferencias *motu proprio*.³⁰ Las DB representan un caso excepcional en cuanto a su nivel de éxito para resolver disputas. Según los datos disponibles, un noventa y ocho por ciento de los asuntos que son originalmente planteados a la DB son solucionados sin recurrir a instancias posteriores.³¹ Es fundamental tener presente que las DB no aconsejan a las partes salvo que sean requeridas para ello ni dan indicaciones sobre cómo actuar. Toda vez que estos asuntos, de ser elevados a una reclamación formal, deban ser resueltos posteriormente por la DB, asesorar a las partes informalmente en una instancia precedente generaría un conflicto de interés.

A su vez, puede haber diferentes tipos de DB. Esto cambiará según la función de la DB sea, por ejemplo, resolver definitivamente las disputas entre las partes (conocidas como *adjudicatory boards*, en adelante DAB) o aconsejar a las partes sobre formas de resolver sus conflictos (conocidas como *review boards*, en adelante DRB). A pesar de la extensa literatura sobre el tema,³² este artículo

27 Karen Gidwani, "Alternatives to the dispute Board-Project mediation", en *The FIDIC Contracts Conference 2007* (5 de octubre de 2007), <https://www.fenwick-elliott.co.uk/file/41/download?token=oi60wJ-Y>.

28 Toshihiko Omoto, "Dispute boards, resolution and avoidance of disputes in construction contracts", en *Proceeding of TC302 Symposium Osaka 2011: International Symposium on Backwards Problem in Geotechnical Engineering and Monitoring of Geo-Construction* (julio 2011).

29 Nguyen Thi Hoa, y Tran Hoang Tu Linh, "Alternative dispute resolution and the application of the multitered dispute resolution clause in the international construction sector," *Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction* 15, n.º 1 (noviembre 2022): 04522049, <https://ssrn.com/abstract=4382698>.

30 Verónica Castro-Jiménez, "Generalidades de los mecanismos alternativos de solución de controversias", *Revista de Investigaciones Universidad del Quindío* 33, n.º 2 (julio 2021): 213-18, <https://doi.org/10.33975/riuq.vol33nS2.453>.

31 Guillaume Hess, y Randall Walker, "Dispute boards-A globally growing popularity, but limited use in the Middle East", *JD Supra* (septiembre 2022), <https://www.jdsupra.com/legalnews/dispute-boards-a-globally-growing-2893008/>.

32 Tarek S. El-Sewafy, Ahmed F. Waly, y Ola D. El-Monayeri, "Framework for the successful implementation of dispute boards in construction projects", *Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction* 14, n.º 1 (diciembre 2021), [https://doi.org/10.1061/\(ASCE\)LA.1943-4170.0000520](https://doi.org/10.1061/(ASCE)LA.1943-4170.0000520).

no se ocupará de las distintas modalidades de DB y sus diferencias, sino que se enfocará en las DAB, que suelen ser el mecanismo más común.

3. BENEFICIOS DE LAS *DISPUTE BOARDS* EN LOS PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA

En el ámbito de la gestión de proyectos, se ha reconocido la importancia de los tres aspectos críticos de una obra: alcance, tiempo y costos.³³ Sin embargo, la evolución de la doctrina y la práctica ha llevado a la inclusión de otros factores relevantes como los riesgos, la calidad de los trabajos, entre otros. En este contexto, las DB son útiles para asegurar el éxito de los proyectos de ingeniería y construcción, ya que sirven para abordar precisamente las aristas clave de este tipo de obras.³⁴

Para una adecuada gestión y solución de disputas, es fundamental que los miembros de las DB posean un sólido conocimiento técnico de la obra y puedan realizar un análisis completo de factores como las variaciones en el alcance del proyecto, los estudios del cronograma y los retrasos o cambios en el mismo.³⁵ Las DB son de gran importancia, ya que una particularidad de la industria de la construcción es que requiere la coordinación de un gran movimiento de personas y materiales en medio de cierto nivel de caos y con conocimientos limitados sobre los hechos presentes y futuros.³⁶

Las DB ofrecen varios valores agregados a un proyecto de infraestructura y sus principales actores. FIDIC ha afirmado que las DB promueven la resolución expedita de las diferencias de criterio en campo y con información en tiempo real, lo que previene mecanismos de resolución más desgastantes y permite a las partes ahorrar tiempo y costos. A manera de ejemplo, los contratos FIDIC ofrecen ventajas como la reducción de la incertidumbre de las partes en relación con los aspectos técnicos y las obligaciones contractuales, la estabilidad financiera, entre otras.³⁷ Estos modelos se han convertido en instrumentos comunes³⁸ y, de hecho, varios Estados y sus entidades públicas los han adoptado en contratos modelo.

33 Daniel Cuentas Pino, e Irene Nuviola Lapieza, “El alma, corazón y vida de los dispute boards: reflexiones acerca de su regulación en Latinoamérica y el Perú”, *Advocatus* 42 (marzo 2022): 225-39, <https://doi.org/10.26439/advocatus2022.n042.5755>.

34 Grove y Appuhn, “Comparative experience with dispute boards in the United States and abroad”, 6-16.

35 James Zack, “Practical dispute management”, *Cost Engineering* 37, n.º 12 (diciembre 1995): 55.

36 Caso Blake Construction c. CJ Coakley, District of Columbia Court of Appeals, Judge Kern, 27 de mayo de 1981.

37 Toby Shnookal, y Donald Charrett, “Standard form contracting: the role for FIDIC contracts domestically and internationally”, en *Society of Construction Law Australia Conference* (2010), <https://mtecc.com.au/standard-form-contracting-the-role-for-fidic-contracts-domestically-and-internationally>.

38 Axel-Volkmar Jaeger, y Götz-Sebastian Hök, *FIDIC: A guide for practitioners* (Heidelberg: Springer, 2010).

3.1. MENORES TIEMPOS Y COSTOS

Las estadísticas muestran que es rentable para las partes incurrir en costos para cubrir la operación de una DB.³⁹ De hecho, gran parte de los casos que se someten a estos órganos no son elevados a un arbitraje o a un proceso judicial. Además de las decisiones tomadas por estas mesas, un porcentaje mínimo es modificado por otras instancias, como el caso de un tribunal arbitral.⁴⁰ Esto disuade a las partes de promover una mayor litigiosidad y preservar sus buenas relaciones en proyectos a largo plazo.

Aunque el costo de una DB dependerá del valor del contrato, generalmente es marginal en comparación con otros MASC. Según la Dispute Resolution Board Foundation (en adelante DRBF), un proyecto con pocas controversias generará un costo de aproximadamente el 0,05 % de la obra, en casos con disputas que deben ser atendidas por el órgano el costo estará alrededor del 0,25 %.⁴¹ La primera experiencia del BM en este sentido se dio en Honduras en 1980, donde los casos llevados ante estas entidades fueron resueltos exitosamente por las DB.⁴²

En contraste, un procedimiento arbitral puede implicar, en la base, honorarios de abogados y peritos, así como de los propios árbitros.⁴³ Adicionalmente, las partes suelen incurrir en costos administrativos propios de la gestión del procedimiento.⁴⁴ Encima de esto, deben considerarse los costos de tiempo del equipo de cada una de las partes que deben dedicarse a la controversia, así como eventuales costos por conceptos secundarios, como documentos, trámites, viajes, alojamiento y comida, entre otros.⁴⁵

La contratación de una DB opera como un seguro, ya que las partes pagan una prima para lograr la reducción de costos en caso de un conflicto. De esta manera, con las DB no solo se pueden prevenir disputas costosas, sino que también se reducen las ineficiencias causadas por una controversia formal.

39 Graham Easton, "The future for dispute boards in Australia and New Zealand", en *12th Annual DRBF Conference* (Sydney, Australia, 3-5 de mayo de 2012), <https://www.disputeboard.org/wp-content/uploads/2016/02/117b-graham-easton.pdf>.

40 Thomas J. Stipanowich, y Véronique Fraser, "The international task force on mixed mode dispute resolution: exploring the interplay between mediation, evaluation and arbitration in commercial cases", *Fordham International Law Journal* 40, n.º 3 (2017): 839.

41 Dispute Resolution Board Foundation, "Dispute boards: counting the cost", *DRBF Forum* 19, n.º 1 (abril-mayo 2015): 1-3, <https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2020/06/Dispute-Boards-Counting-the-Costs-DRBF-Forum-2015.pdf>.

42 Vaz, Gilberto José, and Pedro Augusto Gravatá. "Los Dispute Boards y Los Contratos Administrativos: ¿Son Los DB's Una Buena Solución Para Disputas Sujetas a Normas de Orden Público?" En *Dispute Boards En Latinoamérica: Experiencias y Retos*, 99-121. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2014.

43 James Wiesel, "Cost-effective construction arbitration", *The Construction Lawyer* 31, n.º 2 (primavera 2011): 15-22, https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/arbitrationlawCost_effective_Construction_Arbitration_By_James_Wiesel_Construction_LawyerSpring2011.pdf.

44 Christopher Drahozal, "Arbitration costs and forum accessibility: empirical evidence." *University of Michigan Journal of Law Reform* 41, n.º 4 (2008): 813, <https://repository.law.umich.edu/mjlr/vol41/iss4/3>.

45 Ibid.

Por otra parte, la agilidad de las decisiones de las DB también es uno de sus aspectos diferenciales. Con esto, las partes pueden evitarse largos y costosos litigios. Según Podetti, la ventaja más importante de las DB es la seguridad para las partes de que la resolución de las disputas que pudieran surgir será rápida.⁴⁶ Debido a que las DB se realizan durante el transcurso del proyecto, se pueden resolver prontamente los problemas antes de que escalen, a diferencia de otros MASC que, por lo general, acaban con el pleito después de concluido el proyecto.

Al estudiar la eficiencia en la solución de disputas de construcción, se ha concluido que, a mayor tiempo que tarde la resolución de un litigio, las partes incurren en un mayor costo.⁴⁷ Esto quiere decir que, como regla general, un procedimiento más corto será más favorable para las partes en términos de recursos gastados.

Para terminar, se debe tener en cuenta que, en proyectos con algún interés público —la mayoría de proyectos de esta naturaleza en América Latina—⁴⁸ tanto las entidades públicas involucradas como los contratistas tienen un fuerte interés en terminar la obra sin retrasos ni sobrecostos. Para las entidades públicas, la culminación de estas obras es fundamental para el acceso a servicios públicos,⁴⁹ mientras que, para los contratistas, la rápida ejecución del proyecto es importante para evitar impactos reputacionales, recibir la contraprestación pactada y avanzar en nuevos negocios.⁵⁰

3.2. MAYOR CALIDAD Y EFICACIA

Además de los beneficios en términos de tiempo y costo, las DB también ofrecen ventajas en términos de calidad y eficacia. En primer lugar, las DB pueden mejorar sustancialmente la solución de disputas desde un punto de vista técnico. Los miembros de la DB realizan visitas a la obra, lo cual es una parte fundamental de sus actividades. Es de gran relevancia que, a través de estas visitas, los miembros puedan conocer el proyecto de primera mano.⁵¹

46 Humberto Podetti, *El contrato de construcción* (Buenos Aires: Astrea, 2004), 432.

47 Sai-On Cheung, Henry Suen, y Tsun-lp Lam, "Fundamentals of alternative dispute resolution processes in construction", *Journal of Construction Engineering and Management* 128, n.º 5 (octubre 2002): 409-17, [https://doi.org/10.1061/\(ASCE\)0733-9364\(2002\)128:5\(409\)](https://doi.org/10.1061/(ASCE)0733-9364(2002)128:5(409)).

48 Jordan Schwartz, Luis Andres, y Georgeta Dragoiu, "Crisis in Latin America: infrastructure investment, employment and the expectations of stimulus", *Journal of Infrastructure Development* 1, n.º 2 (julio 2009): 111-31, <https://doi.org/10.1596/1813-9450-5009>.

49 Antonio Estache, Foster Vivien, y Quentin Wodon, *Cómo considerar la pobreza en las reformas de infraestructura: lecciones de la experiencia en América Latina* (Bogotá: Banco Mundial, 2004).

50 Albert Chan, David Scott, y Edmond Lam, "Framework of success criteria for design/build projects", *Journal of Management in Engineering* 18, n.º 3 (junio 2002): 120-8, [https://doi.org/10.1061/\(ASCE\)0742-597X\(2002\)18:3\(120\)](https://doi.org/10.1061/(ASCE)0742-597X(2002)18:3(120)).

51 Filip De Ly, y Paul-A. Gélinas, eds. *Dispute prevention and settlement through expert determination and dispute boards* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2016).

De hecho, para que los adjudicadores en otros MASC puedan acceder a este conocimiento, a menudo es necesario recurrir a herramientas auxiliares, como las inspecciones o visitas. Estos recursos consisten en que el juez o los miembros del tribunal acudan al sitio para conocer el proyecto. Sin embargo, este mecanismo tiene un alcance limitado, ya que generalmente se trata de una visita única y con una interacción mínima.

En este sentido, la primera visita que realizan los miembros de la DB al proyecto es crucial. Durante esta visita establecen un vínculo esencial con las partes y la obra. Además, esta visita suele ser cuidadosamente coordinada por las partes y los expertos, de manera que puedan enfocarse en los aspectos críticos del proyecto y las controversias que pudieran derivarse de los mismos.

Es común que las partes y los miembros de la DB se reúnan antes de la visita.⁵² Esto les permite escuchar las consideraciones de las partes y conocerlas de antemano. Durante esta etapa también se puede acceder a documentación clave, como el cronograma de la obra, lo que permite conocer el progreso del proyecto.

Además, las visitas suelen ser periódicas y repetidas, generalmente cada dos o cuatro meses. Esto significa que no se limitan a un solo momento, sino que permiten a los expertos observar progresivamente el avance de la obra. Esta relación a largo plazo con la obra y las partes fortalece la posición de los miembros de la DB para tomar decisiones fundamentadas.

3.3. PREVENCIÓN Y DEESCALACIÓN DE CONFLICTOS

Es fundamental que la DB pueda establecer una relación continua con las partes para gestionar de manera más efectiva las disputas. Por ejemplo, pueden mantener una comunicación constante con los actores del proyecto a través de medios informales, como llamadas telefónicas y videoconferencias.⁵³ A diferencia de los escenarios de controversia formal, esta comunicación evita la escalación del conflicto, ya que las comunicaciones escritas suelen ser utilizadas posteriormente como pruebas contra las partes.

Debido a sus características únicas, las DB también actúan *de facto* como supervisores de la obra. Aunque no tienen el poder de dar instrucciones específicas a las partes,⁵⁴ son percibidos como observadores de la ejecución del

52 Nicholas Gould. "Establishing dispute boards-Selecting, nominating and appointing board members." *Society of Construction International Conference in Singapore*, vol. 16 (Singapur: diciembre 2006).

53 Donald Charrett, *The application of contracts in engineering and construction projects* (Londres: Informa Law from Routledge, 2018), 249-58.

54 Gustavo Paredes, "Dispute boards y arbitraje en construcción: ¿compiten o se complementan?", en *Dispute boards en Latinoamérica: Experiencias y retos*, coordinado por Roberto Hernández García (Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2013): 79-85.

proyecto. Esto puede contribuir de manera intangible a la prevención de conflictos y, sobre todo, a evitar comportamientos que suelen causarlos. Las partes son conscientes de que los miembros de la DB pueden conocer sus acciones durante el desarrollo de la obra y, por lo tanto, evitan conductas inapropiadas.

En psicología social esto se conoce como reactividad psicológica.⁵⁵ Este fenómeno, conocido como el efecto Hawthorne, dispone que, las personas tienden a modificar su comportamiento cuando tienen la impresión o el conocimiento de que están siendo observadas.⁵⁶ Dado que los miembros de la DB deben tener habilidades de conciliación, ser independientes e imparciales y no deben tener un interés previo contrario a ninguna de las partes, su presencia puede tener una influencia positiva en los conflictos existentes.

Esto también fomenta que las partes trabajen con una filosofía de *open book*, es decir, que sean transparentes con la información y no intenten ocultarla para aprovechar las asimetrías de acceso a la misma.⁵⁷

En el caso de mecanismos como el arbitraje es común que las partes acumulen reclamaciones mientras esperan para activar este MASC. Esto implica que los conflictos y las cuantías se incrementan y suman, alcanzando niveles significativos, por lo que posteriormente resulta muy difícil llegar a un acuerdo o buscar una solución amistosa. Las DB, por el contrario, pueden prevenir el efecto de bola de nieve del arbitraje.

Además, las DB tienen un margen de acción muy interesante en la identificación y notificación de posibles controversias, incluso antes de que las partes las presenten formalmente. Por ejemplo, el artículo 16 del Reglamento de la CCI respecto de las DB establece lo siguiente:

Si en cualquier momento, en particular durante las reuniones o visitas al sitio, el DB estima que puede haber un potencial Desacuerdo entre las Partes, el DB puede plantearse a las Partes con el fin de alentarlas a evitar el Desacuerdo por sí mismas, sin mayor participación del DB.⁵⁸

Otra cláusula relevante es la 20.5 del Libro de Oro de FIDIC que aborda la prevención de controversias y establece lo siguiente:

55 Benjamin D. Rosenberg, y Jason T. Siegel, "A 50-year review of psychological reactance theory: do not read this article", *Motivation Science* 4, n.o 4 (diciembre 2018): 281-300, <https://doi.org/10.1037/mot0000091>.

56 Philip Sedgwick, y Nan Greenwood, "Understanding the Hawthorne effect" *BMJ* 351 (septiembre 2015): h4672, <https://doi.org/10.1136/bmj.h4672>.

57 Peter McDermott, Malik Khalfan, y Will Swan. "Trust in construction projects", *Journal of Financial Management of Property and Construction* 10, n.o 1 (marzo 2005): 19-31, <http://alliancecontractingelectroniclawjournal.com/wp-content/uploads/2017/04/McDermott-P.-Khalfan-M.-and-Swan-W.-2005-%E2%80%98Trust-in-Construction-Projects%E2%80%99.pdf>.

58 Reglamento de la CCI Relativo a los Dispute Boards, Cámara de Comercio Internacional, 1 de octubre de 2015, artículo 16.

Si en cualquier momento las Partes así lo acuerdan, pueden presentar conjuntamente un asunto al DAB por escrito con una solicitud de asistencia y/o discutir informalmente y tratar de resolver cualquier desacuerdo que pueda haber surgido entre las Partes durante la ejecución del Contrato. Tal asistencia informal puede tener lugar durante cualquier reunión, visita a la Obra o de otra manera [...]. Las Partes no estarán obligadas a actuar de acuerdo con ningún consejo dado durante tales reuniones informales y el DAB no tiene una posición vinculante en ningún proceso de resolución de disputas y decisión por cualquier punto de vista dado durante el proceso informal de asistencia.⁵⁹

Las DB son de particular importancia en contratos de mediana y larga duración. Esto se debe a que, aunque las disputas surgen durante toda la ejecución del proyecto, resolverlas mediante otros mecanismos puede llevar a la paralización de la obra. En proyectos de construcción esto puede ser extremadamente grave debido a los costos asociados con dichas interrupciones.⁶⁰ Las DB permiten gestionar estas controversias a medida que surgen, sin causar la suspensión de las actividades o minimizando sus efectos.

Para que esta ventaja se materialice, es fundamental establecer que el inicio de procedimientos formales de disputa ante la DB no suspenderá las obligaciones contractuales de las partes.⁶¹ Es común que, frente a un conflicto, una o ambas partes suspendan la ejecución de sus actividades. Desde el punto de vista jurídico, en contratos de obra, esto suele respaldarse mediante reglas como la *exceptio non adimpleti contractus*, común en las jurisdicciones de derecho civil.⁶² Según esta las partes argumentan que su incumplimiento estaría justificado por el incumplimiento recíproco del otro contratante.⁶³

De conformidad con lo anterior, una de las principales premisas de las DB debe ser prevenir, en la mayor medida posible, la interrupción de la ruta crítica del proyecto.⁶⁴ Esto implica que los miembros de la DB deben actuar de manera proactiva y tomar medidas oportunas para abordar y resolver las disputas a fin de mantener el flujo continuo de la obra. Al hacerlo, se evitan retrasos significativos y se minimizan los impactos económicos y operativos negativos asociados con la paralización de la obra.

⁵⁹ Ibid, artículo 20.5.

⁶⁰ Ming Sun, y Xianhai Meng, "Taxonomy for change causes and effects in construction projects," *International Journal of Project Management* 27, n.o 6 (agosto 2009): 560-72, <http://dx.doi.org/10.1016/j.ijproman.2008.10.005>.

⁶¹ Patrick Lane, y Michael Watson. "Effectiveness of dispute adjudication boards, South Africa", *Proceedings of the Institution of Civil Engineers-Management, Procurement and Law* 163, n.º 4 (noviembre 2010): 171-7, <https://doi.org/10.1680/mpal.2010.163.4.171>.

⁶² Salwa A. Fawzy, et al., "Civil law context for understanding employer's payment obligations under common law FIDIC", *Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction* 11, n.o 1 (noviembre 2018): 06518006, [http://dx.doi.org/10.1061/\(ASCE\)LA.1943-4170.0000285](http://dx.doi.org/10.1061/(ASCE)LA.1943-4170.0000285).

⁶³ Ibid.

⁶⁴ Anton van Langelaar, "Dispute boards-dispute avoidance role, part 1", *Civil Engineering* 23, n.º 1 (enero 2015): 69-74, <https://hdl.handle.net/10520/EJC166166>.

3.4. IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA

Otro aspecto relevante es el carácter de los miembros de la DB como expertos verdaderamente imparciales e independientes. Esto se refleja, por lo menos, en dos aspectos. En primer lugar, como se indicó antes, la designación de los miembros de la DB se basa en el acuerdo de las partes. En segundo lugar, usualmente las reglas aplicables a estos procedimientos indican que los miembros de las DB deben ser profesionales independientes e imparciales.⁶⁵

4. MEJORES PRÁCTICAS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS DB

En esta sección se presenta una serie de prácticas que pueden ayudar a la efectiva implementación de las DB en un proyecto real, pues no basta solamente con incluir la cláusula dentro del acuerdo. También es necesario verificar que este mecanismo haya sido incorporado de manera correcta al contrato y que su implementación verdaderamente ayude a las partes a resolver sus controversias en lugar de agravarlas.

4.1. ASEGURAR LA CAPACIDAD DECISORIA Y EL PODER VINCULANTE DE LAS DB

Se recomienda que las DB sean DAB, lo que implica que las decisiones que tomen sean vinculantes.⁶⁶ Esto se hace para salvaguardar el contrato, la obra y los intereses de las partes involucradas, priorizando la ejecución de los trabajos. La DRB, por el contrario, se encarga de emitir recomendaciones a las partes basadas en su opinión profesional sobre cómo debería resolverse la disputa. Estas recomendaciones carecen de fuerza vinculante, aunque las partes pueden decidir adoptarlas o ignorarlas si lo estiman conveniente.⁶⁷

Por lo que es de vital importancia definir en el contrato, desde el primer momento, cuál será ese poder decisorio de la DB y hasta qué punto podrán vincular sus decisiones a las partes para evitar un panel de expertos con mayores o menores facultades de las que se deseaban.

65 Anton van Langelaar, "Dispute boards-an introduction", *Civil Engineering* 22, n.º 7 (2014): 72-3, <https://hdl.handle.net/10520/EJC157377>.

66 Oana Ruxandra Gherghina, "Comparative study between FIDIC dispute adjudication and negotiation as alternative dispute resolution methods", *Conferința Internațională de Drept, Studii Europene și Relații Internaționale V* (2017): 252-60, <https://www.cceol.com/search/article-detail?id=825057>.

67 Chapman, "Dispute boards on major infrastructure projects", 7-16.

4.2. GARANTIZAR LA PERMANENCIA DE LOS ADJUDICADORES

Es crucial que las DB sean permanentes o *standing boards*, es decir, que estén en vigencia desde el inicio hasta la finalización del contrato.⁶⁸ En contraposición, también existe la opción de que el órgano sea *ad hoc*, es decir, designado en un momento específico del proyecto. La permanencia de la DB permite familiarizarse con el proyecto y las partes desde el principio, facilitando la prevención y resolución de controversias. Además, al conocer previamente las reclamaciones y detalles del proyecto, los miembros de la DB pueden brindar soluciones más rápidas. En contraste, si la DB se forma hacia el final de la obra, es probable que las discusiones sean similares a las que se presentarían en un arbitraje.

4.3. LOGRAR QUE LAS PARTES TENGAN CONOCIMIENTO DEL MECANISMO

Es esencial que las partes involucradas en un contrato con una DB comprendan adecuadamente este mecanismo. En ocasiones, las partes pueden encontrarse inmersas en un contrato que incluye una DB sin tener pleno conocimiento de sus implicaciones, lo que puede llevar a cometer errores que tengan consecuencias graves. También se pueden presentar situaciones en las que las DB queden excluidas de los contratos marco debido al desconocimiento de su existencia. Por lo tanto, es de vital importancia que los asesores que participan en la negociación y redacción de estos contratos estén familiarizados con las DB.

4.4. CONSOLIDAR UN PANEL DE ESPECIALISTAS

Los miembros de la DB deben tener un conocimiento profundo de los contratos principales del proyecto en cuestión y estar al tanto de las comunicaciones entre las partes. Esto no implica que tengan acceso a todos los documentos, pero deben estar informados sobre los aspectos clave de la ejecución. Esta atención continua al proyecto justifica la remuneración de la DB, que no solo se basa en la resolución de controversias, sino también en el seguimiento constante del proyecto.

La selección de los miembros de la DB depende del tipo de proyecto. En algunos casos, se puede contar con una lista de especialistas. La composición de la DB puede ser mixta, con miembros permanentes y otros llamados según el tipo de controversia. La experiencia es un factor crucial en la selección de los integrantes, ya que las habilidades y los conocimientos específicos de ingenieros, arquitectos y abogados varían según el proyecto.

⁶⁸ David Entwisle, "Dispute boards in context", tesis, Robert Gordon University, 2010.

Las decisiones de la DB suelen tener una excelente calidad técnica, ya que los miembros son seleccionados de una lista de profesionales expertos. Una ventaja importante es contar con profesionales técnicos y jurídicos en la DB. Si bien los abogados pueden tener experiencia en controversias técnicas, normalmente carecerán del detalle y la experiencia práctica de otras disciplinas. Por otro lado, es importante que los ingenieros también tengan cierta exposición a escenarios de solución de conflictos, como haber actuado en calidad de expertos.

Las habilidades blandas también son fundamentales para los miembros de una DB.⁶⁹ Estas habilidades incluyen la comunicación asertiva, la negociación y el liderazgo, ya que una de las funciones fundamentales de la DB es gestionar adecuadamente los intereses contrapuestos de las partes.⁷⁰ Si bien una DB de un solo miembro puede reducir costos, se recomienda que la DB esté conformada por un panel de tres miembros.⁷¹ Esta estructura amplía la capacidad de la DB para dialogar con las partes y abordar el conflicto desde diferentes perspectivas.

El enfoque particular de los miembros de la DB para resolver disputas es una de las principales ventajas de este mecanismo. En el caso de los miembros técnicos, como ingenieros o arquitectos, las listas de posibles integrantes de la DB suelen estar conformadas por profesionales con experiencia en el campo y que han participado en diversas obras.⁷² Esto implica que pueden ofrecer un enfoque práctico para resolver las disputas, priorizando la no interferencia en la ejecución de los trabajos. Además, sus experiencias pasadas pueden servir como punto de referencia para proponer soluciones no contempladas por las partes.

4.5. CONFORMAR *DISPUTE BOARDS* FLEXIBLES SEGÚN

LA NATURALEZA DE LA OBRA

Las DB son herramientas altamente flexibles que se adaptan a la naturaleza y dinámica de cada proyecto. Reconociendo que no todos los proyectos son iguales, es fundamental considerar las particularidades de cada obra al estructurar y operar una DB. Esta adaptabilidad garantiza una mejor gestión de las disputas y una mayor eficiencia en la resolución de conflictos.

En ciertos proyectos, especialmente aquellos con actividades que requieren una ejecución acelerada, es esencial que la DB esté diseñada para operar en sincronía con el ritmo del proyecto. Esto implica establecer plazos ajustados y mecanismos de toma de decisiones ágiles, de modo que las disputas se resuelvan de

69 Issaka Ndekugri, et al. "Best practice", 185-93.

70 Ibid.

71 Brennan Ong, y Paula Gerber, "Dispute boards: is there a role for lawyers?", *Construction Law International* 5, n.º 4 (2010): 7-12, <https://ssrn.com/abstract=1932553>.

72 Chern, Chern on dispute boards.

manera oportuna sin retrasar la ejecución.⁷³ La agilidad en la estructuración y operación de la DB contribuye a mantener la continuidad de los trabajos y a minimizar el impacto negativo en los plazos y costos del proyecto.

Por otra parte, en busca de optimizar los costos asociados a las DB, se pueden explorar alternativas que permitan una mayor eficiencia financiera. Una opción es reducir el número de miembros de la DB, incluso llegando a designar un único miembro.⁷⁴ Esta configuración puede resultar especialmente adecuada en proyectos más pequeños o de menor complejidad, en que una sola persona con experiencia y conocimientos técnicos suficientes pueda desempeñar el rol de manera eficaz.

Otra estrategia para controlar los costos es establecer acuerdos específicos sobre los honorarios y las retribuciones de la DB. En lugar de basar la remuneración en una tarifa por hora o día trabajado, las partes pueden acordar costos fijos por disputas atendidas o por entregables específicos. Esto puede incluir visitas al proyecto, análisis de documentos, emisión de informes y otros aspectos relevantes para la resolución de las disputas. Establecer una estructura de costos clara y predecible permite a las partes planificar y presupuestar de manera más efectiva, evitando sorpresas financieras y facilitando la transparencia.

En este contexto, resulta valioso el enfoque proporcionado por la Cámara de Comercio Internacional (en adelante CCI), que sugiere la posibilidad de acordar un valor fijo mensual para la operación de la DB, así como un valor adicional que se asignaría a hitos específicos o tareas adicionales relacionadas con el proyecto.⁷⁵ Esta estructura brinda flexibilidad y equilibrio, ya que los costos están vinculados a las necesidades concretas de cada etapa de la obra.

5. LA EXPERIENCIA DE LAS DB EN AMÉRICA LATINA

5.1. HISTORIA Y DESARROLLO DE LA FIGURA EN LA REGIÓN

El paradigma del arbitraje marcó un importante cambio en la resolución de disputas derivadas de los grandes contratos de infraestructura en América Latina. Durante el siglo XX se observó un movimiento hacia el arbitraje como mecanismo preferido para la solución de controversias en estos contratos.⁷⁶ Como resultado, varios Estados de la región introdujeron modificaciones legislativas críticas que favorecían este enfoque.

⁷³ Owen y Totterdill, *Dispute boards: procedures and practice*.

⁷⁴ Chapman, "Dispute boards on major infrastructure projects", 7-16.

⁷⁵ Reglamento de la CCI Relativo a los Dispute Boards, arts. 29-31.

⁷⁶ Walter, "Private justice", 919-47.

Un ejemplo destacado de estas modificaciones fue la Ley de Arbitraje en Perú, que estableció la obligatoriedad de resolver las disputas de contratación estatal a través del arbitraje. Este cambio legislativo reflejó la creciente aceptación y el reconocimiento del arbitraje como un mecanismo eficiente y confiable para resolver controversias en el ámbito de la construcción y la infraestructura.⁷⁷

En América Latina, las DB existen ya desde el siglo pasado, pues la primera se integró para la construcción de la hidroeléctrica El Cajón en Honduras.⁷⁸ Esto quiere decir que las DB se han usado en la industria de la construcción de la región desde hace más de cuarenta años. Sin perjuicio de esto, la positivización de las DB en las jurisdicciones latinoamericanas es común desde hace apenas una década. Los países de la región donde las DBs ya se regulan y funcionan con normalidad incluyen a Panamá, Honduras, Perú, Ecuador, Chile, Brasil y Costa Rica.⁷⁹

En estas jurisdicciones, las DB han operado exitosamente durante varios años y se han convertido en el mecanismo preferido para megaproyectos de infraestructura. Sin embargo, en otras jurisdicciones, como Colombia, se sigue el modelo francés de amigable componedor, que presenta desafíos debido a las diferencias en las cualidades y los efectos jurídicos de ambas figuras.⁸⁰ La amigable composición está prevista en la ley colombiana y consiste en un MASC mediante el cual las partes de una controversia designan a un tercero para resolver de manera definitiva esta disputa.

La doctrina ha criticado la amigable composición porque considera que desnaturaliza las DB en la medida que las partes suelen disfrazar las DB como amigables componedores para asegurar que las decisiones del panel tengan vinculatoriedad o simplemente desisten de su uso para utilizar un mecanismo cuyos efectos estén soportados en la ley. Además, conceptos de entidades estatales colombianas han llegado a recomendar la sustitución de las DB por amigables componedores, ya que las primeras no son un MASC contemplado en la ley.⁸¹

El ejemplo que se suele citar en esta discusión es el de la Agencia Nacional de Infraestructura (en adelante ANI) en Colombia, que en 2010 intentó reemplazar los MASC tradicionales por el uso de DB. En el proyecto Ruta del Sol,

77 Mario Castillo Freyre, y Rita Sabroso Minaya, "Arbitraje obligatorio y de derecho en la contratación pública", *Revista Oficial del Poder Judicial* 5, n.º 5 (diciembre 2009): 237-52, <https://doi.org/10.35292/ropj.v5i5.220>.

78 Juan Eduardo Figueroa, "Los dispute boards o paneles técnicos en los contratos internacionales de construcción", *Gaceta Jurídica* 364 (octubre 2010): 9-17.

79 Cuentas y Nuviala, "El alma de las dispute boards", 225-39.

80 Tatiana Oñate, y Francisco Ternera Barrios, "El contrato sui generis de amigable composición: una alternativa para la solución de controversias en los proyectos de infraestructura", *Derecho Público*, n.º 35 (julio 2015): 3-23, <http://dx.doi.org/10.15425/redepub.35.2015.03>.

81 Mónica Paola Burgos, y José David Lemus Gutiérrez, "Implementación de los dispute boards en los contratos de infraestructura vial", tesis de grado, Universidad Externado de Colombia, 2019. <https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/932079a-c41e-4c59-aade-2a1f715684e1/content>.

una de las obras de infraestructura vial más grandes de los últimos años en el país, se incluyeron en los distintos contratos de concesión cláusulas que disponían expresamente que las partes se comprometían a constituir un “panel de expertos” para resolver sus disputas.⁸²

A pesar de esto, la Contraloría —ente de control encargado de fiscalizar el uso de recursos públicos— y Colombia Compra Eficiente —agencia de contratación estatal— emitieron dos conceptos negando la posibilidad de implementar los paneles de expertos puesto que no estaban contemplados en la ley y, por tanto, no se les podía considerar un MASC. Esto forzó a la ANI a desistir de las DB e incorporar la amigable composición en los contratos de concesión de la referencia, práctica que ha continuado a través de los años.⁸³

El ejemplo de Colombia demuestra que, a pesar de la tendencia hacia la regulación y formalización de las DB en América Latina, aún queda trabajo por hacer en ciertos países donde hay una escasez de disposiciones normativas que regulen las DB. Esta falta de reconocimiento oficial limita el alcance de las DB en casos en los que, por ejemplo, una de las partes contratantes es una entidad pública. Entre otras razones, esto es así debido al principio de legalidad, de acuerdo con el cual, a diferencia de los particulares, las autoridades solo pueden hacer lo que está expresamente reconocido en la ley.⁸⁴

Contrario al caso de Colombia, recientemente, Costa Rica incluyó las DB en su Ley General de Contratación Pública después de un largo proceso que tomó casi una década.⁸⁵ Esta incorporación demuestra el reconocimiento gradual de las DB como un mecanismo oficial de solución de controversias en la región. Previamente, Chile había sido el Estado pionero en la región al introducir los “paneles técnicos” en los contratos públicos de construcción mediante la Ley 20.410 que modificó la regulación de las concesiones.⁸⁶ Igualmente, Brasil introdujo en 2018 los “comités de prevención y solución de disputas” a través de una norma municipal de São Paulo para contratos administrativos.⁸⁷

Aunque el reconocimiento legal de las DB varía en la región, ya se han utilizado con éxito en algunos de los proyectos más destacados. En las Olimpiadas de Río de Janeiro en Brasil, las DB desempeñaron un papel fundamental en la resolución de disputas y en el seguimiento constante del proyecto, asegurando

82 Contrato de Concesión 001, 2010, p. 107; Contrato de Concesión 002, 2010, p. 110; y Contrato de Concesión 007, 2010, p. 116. Disponibles en: <https://www.ani.gov.co/documento-de-contratacion/contrato-de-concesion-no-001-del-2010-sector-2pdf-1870>; <https://www.ani.gov.co/documento-de-contratacion/contrato-de-concesion-no-002-del-2010-sector-1pdf-1726>; https://www.ani.gov.co/sites/default/files/contrato_de_concesion_007-2010_con_apendices.pdf.

83 Burgos y Lemus, “Implementación de dispute boards en los contratos de infraestructura vial”.

84 Juan Carlos Cassagne, y Eduardo García de Enterría, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa* (Madrid: Marcial Pons, 2009).

85 Artículo 117, Ley 9986, Ley General de Contratación Pública, Asamblea Legislativa de Costa Rica, de 27 de mayo de 2021.

86 Cuentas y Nuviala, “El alma, corazón y vida de las dispute Boards”, 225-39.

87 *Ibid.*, 231.

su ejecución exitosa.⁸⁸ Durante este proyecto, el Comité Olímpico decidió tomar las DB como referente para la solución de disputas asociadas a la obra, aspirando, de acuerdo con las cifras de la DRBF, a la reducción de un 44 % a un 13 % en los atrasos en la ejecución de los proyectos.⁸⁹ Este mecanismo ya se había usado en 2012 en los Juegos Olímpicos de Londres y su implementación exitosa llevó a que la experiencia fuera replicada en América Latina.⁹⁰

De igual forma, en las obras del canal de Panamá, las DB se utilizaron de manera efectiva para resolver y prevenir conflictos durante la etapa de ampliación del canal, lo que contribuyó al éxito de esta importante obra de infraestructura.⁹¹ Este proyecto implicaba un nivel de gasto de quinientos veinte millones de dólares y el uso de las DB en esta obra fue valorado positivamente, dado que permitió a los inversionistas extranjeros recurrir a una fórmula de arreglo distinta a los litigios tradicionales.⁹² Vale resaltar esta experiencia debido a que ilustró a todo el mundo el uso de DB en proyectos de alta complejidad.

Asimismo, durante la construcción de la hidroeléctrica Cheves en Perú, las DB jugaron un papel crucial al brindar un enfoque práctico y especializado en la resolución de disputas relacionadas con la construcción y operación de la hidroeléctrica.⁹³ También es de resaltar el caso de los Juegos Panamericanos 2019 en Lima. Con el objeto de que este evento se realizara correctamente, el compromiso del país anfitrión era poner a disposición de los participantes veintiuna instalaciones deportivas, con una inversión de infraestructura de mil doscientos millones de dólares.⁹⁴ Para cumplir con este compromiso, la comisión organizadora estableció como modelo contractual el contrato NEC3 de la ICE. Este contrato remite a los reglamentos de la CCI para la administración de disputas ante una DB. De esta forma, el uso de las DB en este proyecto se ha considerado fundamental para la gestión de conflictos, priorizando tiempos y costos.⁹⁵

Estos ejemplos destacan la capacidad de las DB para abordar de manera efectiva los desafíos y conflictos en proyectos de gran envergadura en América

88 Dante Figueroa, "Dispute boards for infrastructure projects in Latin America: a new kid on the block," *Dispute Resolution International* 11, n.º 2 (octubre 2017): 151-74, <https://fidic.org/content/dispute-boards-infrastructure-projects-latin-america-new-kid-block>.

89 Nicolás Frías, y Macarena Letelier, "Dispute boards: nuevo mecanismo de resolución de conflictos", *Reformas a la Justicia Pontificia Universidad Católica de Chile* (5 de marzo de 2016), <https://reformasalajusticia.uc.cl/opinion/36-columna-de-opinion-publicada-en-el-diario-la-tercera-el-25-de-enero-de-2016-por-nicolas-frias-y-macarena-letelier>.

90 Peter Rosher, "The application of dispute boards in the field of satellite projects", *International Business Law Journal*, n.º 2 (2016): 119-35.

91 Marcia Carla Pereira Ribeiro, y Caroline Sampaio de Almeida, "Análise crítica das cláusulas dispute board: eficiência e casos práticos", *Novos Estudos Jurídicos* 18, n.º 2 (agosto, 2013): 224-39, <https://doi.org/10.14210/nej.v18n2.p224-239>.

92 La Vanguardia, "El Canal de Panamá valora positivamente la mediación de los mandatarios en el litigio", *La Vanguardia* (enero 2014), <https://www.lavanguardia.com/economia/20140105/54397812821/canal-de-panama-valora-mediacion-de-martinel-li-y-pastor-en-litigio-con-gupc.html>.

93 Miguel Ángel Sipán Velásquez, "La eficacia de la Junta de Resolución de Disputas en el Sistema de Solución de Conflictos de las Contrataciones del Estado", tesis de grado, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2018.

94 Cuentas y Nuviala, "El alma, corazón y vida de los dispute boards".

95 Ibid.

Latina. Aunque todavía existen obstáculos normativos y de reconocimiento en la región, la experiencia exitosa de las DB en proyectos emblemáticos demuestra su valor y la necesidad de promover su implementación en la resolución de controversias en el campo de la construcción e infraestructura en América Latina.

5.2. EL RETO DE LA POSITIVIZACIÓN DE LAS *DISPUTE BOARDS*

En algunos países de América Latina, como Costa Rica y Perú, las DB están reguladas expresamente por la ley.⁹⁶ Esto implica que gozan de un reconocimiento formal en el sistema jurídico interno y están disponibles para las autoridades públicas. En muchos casos, esto permite que las DB se incluyan en contratos proforma de autoridades de infraestructura y otros instrumentos similares. En otros Estados se están discutiendo modificaciones a la regulación con el objetivo de incorporar expresamente las DB en el marco de la contratación estatal. A manera de ejemplo, en Panamá se revisó recientemente la Ley 22 de 2006, precisamente con el objetivo de regular en mayor detalle las DB.⁹⁷

Es relevante destacar que la capacidad del Estado para acceder a mecanismos como las DB debe estar establecida en la ley. En la región, muchos países cuentan con regulaciones estrictas en materia de contratación estatal y gasto público. Las entidades encargadas de supervisar el uso de fondos públicos, como las contralorías, podrían cuestionar el pago de honorarios a los miembros de una DB. Sin embargo, es importante aclarar que, en principio, las DB no representan costos inmediatos, al igual que los arbitrajes o procedimientos judiciales, ya que su función principal es la prevención de conflictos y no la resolución definitiva de disputas.

La concepción de la administración pública como entidad autoritaria y policíva, que surge del desarrollo francés de conceptos como el acto administrativo y la conceptualización del contrato estatal con cláusulas excepcionales y poderes exorbitantes,⁹⁸ puede dificultar la amplia adopción de figuras como las DB en ausencia de una comprensión adecuada por parte de las autoridades. Sin embargo, esta percepción puede ser superada mediante la ley misma que, al reconocer las DB como mecanismo válido y deseable de solución de disputas, permite conjurar las objeciones por parte de los reguladores.

En consecuencia, resulta fundamental promover la inclusión de las DB en la agenda legislativa y buscar que estos mecanismos sean reconocidos

⁹⁶ Ibid., 225-39.

⁹⁷ Francisco Lorenzo Hernández González, "La problemática del restablecimiento del equilibrio económico en la contratación pública internacional: la crisis de la ampliación del Canal de Panamá", *Revista de Administración Pública* 194 (mayo 2014): 475-508, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4792842>.

⁹⁸ Eduardo García Enterría Martínez-Carande, "La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)", *Revista de Administración Pública* 38 (1962): 159-208.

formalmente en el sistema jurídico. Por otra parte, además de la incorporación de las DB en la ley, también es fundamental capacitar a entidades públicas y funcionarios en el uso de estos MASC, explicando que su aplicación —especialmente en el contexto de la prevención y gestión efectiva de disputas— no representa un conflicto con la ley o con el cuidado de los recursos públicos. Por ejemplo, en el caso de Costa Rica, la Contraloría se ha manifestado sobre la compatibilidad de este MASC con la contratación pública. Esto muestra un claro contraste con jurisdicciones como Colombia, donde la reacción de las entidades públicas a las DB fue la opuesta.

Si las DB se prevén en la ley, también es relevante que los reguladores consideren el margen de acción que desean otorgar a las entidades públicas contratantes. Por ejemplo, se pueden establecer limitaciones en diferentes aspectos, como los requisitos previos para pactar una DB, la duración del contrato o su cuantía. Lo habitual es establecer un umbral de materialidad que justifique la creación de este órgano, ya que para algunos casos con cuantías bajas podría resultar irrelevante. Este criterio de cuantía se utiliza, por ejemplo, en los proyectos financiados por la Banca Multilateral de Desarrollo bajo los contratos FIDIC.⁹⁹

Estos aspectos se alinean con los principios generales de contratación en los diversos Estados de la región. Por lo tanto, un paso fundamental para impulsar adecuadamente la aplicación de las DB será interpretar estos casos en armonía con todo el sistema jurídico y, en particular, con estos parámetros que promueven cada vez más la eficiencia y el cuidado de los recursos públicos, entre otros aspectos.

Esto se alinea con los beneficios de las DB en la prevención de la parálisis de las obras y con los valores de rango legal e incluso constitucional, como el interés público. Por ejemplo, se deben considerar proyectos críticos para la provisión de servicios básicos. Esto es parte natural del desarrollo de la industria, en la que cada vez más se buscan formas de optimizar los recursos y gestionar eficientemente las controversias, como lo promueve la filosofía de la construcción *lean*.¹⁰⁰

Otros aspectos que se pueden definir son la estructura y el funcionamiento de las DB. Es común acordar el número de miembros de la DB, la periodicidad de las visitas a la obra, los mecanismos de selección de los expertos y otros aspectos relevantes para su operatividad. Si bien no todos estos detalles deben reposar en la regulación, las buenas prácticas de algunas entidades de la región incluyen el desarrollo de contratos modelo que permitan a las entidades públicas contratantes asegurar una mayor predictibilidad al usar una DB.

99 Philip R. Wood, *Project finance, securitisations, subordinated debt* (Londres: Sweet & Maxwell, 2007).

100 Miguel David Rojas López, Mariana Henao-Grajales, y María Elena Valencia-Corrales, "Lean construction-LC bajo pensamiento Lean", *Revista Ingenierías: Universidad de Medellín* 16, n.º 30 (enero 2017): 115-28, <http://dx.doi.org/10.22395/rium.v16n30a6>.

5.3. ADOPCIÓN DE LAS DB EN PROYECTOS PEQUEÑOS Y MEDIANOS

Adicionalmente, las DB pueden ser utilizadas como una herramienta de democratización en el ámbito de la resolución de disputas en la industria de la construcción. Aunque tradicionalmente se han asociado con proyectos de gran envergadura, es importante reconocer que también pueden ser implementadas en proyectos de menor escala.¹⁰¹ Al hacerlo, se promueve un acceso más equitativo a mecanismos de resolución de conflictos efectivos, independientemente del tamaño del proyecto o la capacidad financiera de las partes involucradas.

La práctica recomendada, por ejemplo, es considerar la implementación de DB en proyectos de más de seis meses.¹⁰² Al considerar la duración mínima recomendada de seis meses para la aplicación de las DB, se busca evitar que la constitución de una mesa de expertos se convierta en un proceso burocrático y costoso. Esta condición permite que el mecanismo sea ágil y viable, incluso en proyectos de menor magnitud. Al establecer este umbral, se garantiza que las DB se utilicen de manera eficiente y se enfoquen en resolver disputas que tengan un impacto significativo en la ejecución del proyecto.

Además, al evaluar la previsibilidad de conflictos entre las partes, se debe tener en cuenta que los contratos de construcción suelen ser propensos a disputas debido a la complejidad de las obras y la interacción entre múltiples actores. Por ejemplo, el reporte del año 2020 de la CCI reveló que las disputas asociadas con construcción e ingeniería representaban el treinta y ocho por ciento de la totalidad de controversias,¹⁰³ mientras que el reporte del 2021 de la London Court of International Arbitration expone que este tipo de disputas están dentro de las cinco más arbitradas.¹⁰⁴ Por lo tanto, la utilización de las DB adquiere mayor relevancia en proyectos en los que se espera un mayor grado de complejidad y diversidad de intereses.

La estructura del proyecto es un factor determinante para determinar la idoneidad de las DB. En proyectos lineales o de naturaleza sencilla, en los que no se requiere una interacción significativa entre múltiples partes o actividades, las disputas pueden ser resueltas de manera más eficiente a través de otros mecanismos. Sin embargo, en proyectos que involucran una secuencia de actividades interdependientes, múltiples contratos o partes interesadas, y una mayor duración, las DB se convierten en una herramienta valiosa para prevenir y gestionar eficazmente los conflictos.

101 Munachiso Ogu-Jude, "Are dispute boards the future of dispute resolution in the international construction industry?", *Transnational Litigation/Arbitration, Private International Law & Conflict of Laws Ejournal* 7, n.º 32 (julio 2020), <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3630343>.

102 Irene Nuviala Lapieza, "Los dispute boards como mecanismo de resolución de conflictos en los contratos internacionales de ingeniería y construcción: un análisis desde la perspectiva del derecho transnacional", tesis doctoral, Universidad de Zaragoza, 2021, p. 33, <https://zaguan.unizar.es/record/106186/files/TESIS-2021-158.pdf>.

103 Dispute Resolution Statistics, International Chamber of Commerce, 2020, p. 17.

104 Annual Casework Report, London Court of International Arbitration, 2021, pp. 8-11.

En conclusión, la adopción de las DB en proyectos de menor escala contribuye a la democratización de los mecanismos de resolución de disputas en la industria de la construcción. Establecer una duración mínima del proyecto y evaluar la previsibilidad de conflictos en función de la complejidad y estructura del proyecto son aspectos clave para maximizar la efectividad de las DB y asegurar su adecuación en cada caso particular.

5.4. EL ROL DE LOS FUNCIONARIOS

El rol de los funcionarios en relación con los proyectos de infraestructura y su interacción con las DB es un aspecto crucial a tener en cuenta. Como se ha mencionado anteriormente, los funcionarios a menudo enfrentan temores y reticencias al tomar decisiones en estos proyectos debido a las responsabilidades y consecuencias que pueden conllevar.¹⁰⁵

A diferencia de las partes privadas involucradas, cuyo interés principal suele ser la pérdida de recursos monetarios, los funcionarios tienen en juego el interés general y la responsabilidad del Estado, así como su propia responsabilidad. La adopción de medidas como reconocimientos económicos o el ejercicio de poderes exorbitantes sobre el contrato puede generar preocupación y precaución en los funcionarios, ya que estas acciones están sujetas a un mayor escrutinio y pueden acarrear consecuencias legales y disciplinarias.

Además, en proyectos de infraestructura, las cuantías suelen ser significativas y las reclamaciones presentadas pueden ser complejas y desafiantes. Esta complejidad expone a los funcionarios a decisiones difíciles que pueden tener un impacto sustancial en el desarrollo y éxito del proyecto. A esto se suma la rigurosa supervisión de la actividad pública y el control del gasto en muchos países de la región, lo que amplifica las preocupaciones y la presión sobre los funcionarios.¹⁰⁶

En este contexto, las DB pueden desempeñar un papel fundamental para mitigar estos problemas y brindar apoyo a los funcionarios. A diferencia del arbitraje, en el que las decisiones se toman en un escenario *ex post* y los funcionarios pueden estar expuestos a mayor riesgo y responsabilidad, las DB permiten tomar medidas *ex ante*, es decir, antes de que surjan las disputas o durante su desarrollo. Esto incluye la prevención de conflictos y un mejor entendimiento de las disputas a medida que se van desarrollando.

La participación de expertos reconocidos en las DB proporciona a los funcionarios una base sólida para comprender mejor las medidas que deben tomar

105 Segismundo Royo-Villanova, "La responsabilidad de la administración pública", *Revista de Administración Pública* 19 (1956): 11-58.

106 María Yokir Reyna Zambrano, "El control a la gestión en la administración pública: una mirada a las legislaciones de Ecuador y Perú", *Revista San Gregorio* 19 (diciembre, 2017): 154-167, <https://doi.org/10.36097/rsan.v4i19.537>.

y les permite aproximarse a las disputas de manera razonable y proporcional. Esto no solo contribuye a una mejor gestión de los proyectos, sino que también brinda un acompañamiento directo y asesoramiento experto a los funcionarios, lo que puede fortalecer su capacidad para enfrentar y resolver los desafíos que surgen en la implementación de los proyectos de infraestructura.

Es esencial promover activamente la capacitación de los funcionarios y sus respectivas entidades en relación con las DB. Esto les permitirá comprender el funcionamiento de estos mecanismos, conocer las mejores prácticas y lecciones aprendidas de otras jurisdicciones y casos de estudio y utilizar estratégicamente las DB para una gestión más eficiente de los megaproyectos de infraestructura. La capacitación también contribuirá a fomentar la confianza y la aceptación de las DB entre los funcionarios, al proporcionarles herramientas necesarias para abordar las disputas de manera efectiva, en línea con el marco legal y los objetivos de interés público.

En resumen, el rol de los funcionarios en relación con las DB es de vital importancia. Estos mecanismos les brindan la oportunidad de tomar medidas anticipadas y razonables en la gestión de disputas, proporcionándoles un respaldo experto y una mayor confianza en la toma de decisiones. Sin embargo, para maximizar los beneficios de las DB, es esencial invertir en la capacitación y formación de los funcionarios, asegurándose de que comprendan plenamente el potencial de estas herramientas y puedan aprovecharlas de manera efectiva en la gestión de los proyectos de infraestructura en América Latina.

6. CONCLUSIONES

Este artículo ha discutido los beneficios de las DB como mecanismo de solución de controversias en proyectos de infraestructura. Estos órganos son de gran utilidad para la gestión de las disputas en términos generales. En principio, la experiencia de los miembros de las DB y su cercanía con las obras, la documentación y las partes sirven para prevenir estos problemas. Además, si estos asuntos llegan a surgir, las DB pueden contribuir a desescalar el conflicto o tramitarlo de la forma más eficiente. Finalmente, una vez que las controversias han escalado, las DB ofrecen un foro alternativo para gestionarlas.

En América Latina, las DB han tenido un desarrollo lento pero exitoso en varios proyectos relevantes. En tal medida, la regulación de esta cuestión resulta fundamental para que el mecanismo pueda continuar su desarrollo y, sobre todo, para que el uso de las DB se vuelva más regular y legítimo en este tipo de proyectos. Esto puede ser de gran ayuda para el control del gasto público y

la prevalencia del interés general, aunque la implementación de las DB puede enfrentarse a dificultades significativas debido a las particularidades regulatorias de la región.

A pesar de todo lo anterior, la efectiva implementación de las DB también está sujeta a una serie de retos regulatorios. Una pregunta interesante es: ¿qué sucede con la estructura de los DB en el escenario de un proyecto multiparte y multicontrato? Este es un caso común con megaproyectos, en los que frecuentemente concurren una variedad de contratistas con acuerdos que tienen un objeto y alcance distintos. Por otra parte, existe una buena cantidad de doctrina que discute las dificultades de ejecución de las decisiones emitidas por las DB.

Con respecto al problema de la ejecución, las decisiones emitidas por la DB no implican siempre un componente jurisdiccional. Esto quiere decir que los miembros y el órgano como tal no tienen los mismos poderes de un juez o un árbitro y que, por tanto, su decisión no tiene efectos de cosa juzgada.

A diferencia de lo que ocurre con el arbitraje, en el que —en muchos países— los árbitros detentan temporalmente funciones jurisdiccionales, en las DB la fuente de la vinculatoriedad de las decisiones es meramente contractual. Esto quiere decir que las partes ejecutan las medidas indicadas por la DB porque así lo acordaron en el contrato y, en caso de incumplimiento, la parte que incumpla se verá sometida a medidas como una indemnización de perjuicios.

Esto, aunque otorga a las partes cierto nivel de protección, supone también un gran reto de las DB. Los laudos y las decisiones judiciales son ejecutables por la vía directa, lo cual implica que, una vez emitidos, la parte vencedora puede acudir directamente a otra autoridad para que haga efectivo el cumplimiento. Por el contrario, las decisiones de las DB son meramente exigibles contractualmente y, por lo tanto, su ejecutabilidad es limitada. Esto resulta problemático en la medida en que será necesario enfrentar dificultades como los costos y tiempos de un procedimiento adicional.

Desde el ángulo regulatorio, una pregunta que también debe hacerse el Estado es si debe plantear la obligatoriedad de las DB en contratos estatales o si, por el contrario, resulta más estratégico hacer de este mecanismo un recurso meramente potestativo. En jurisdicciones como Costa Rica, por ejemplo, el legislador adoptó la primera alternativa y, consecuentemente, las DB son el mecanismo predeterminado. Esto no quiere decir que las DB pierdan su naturaleza contractual o que las autoridades deban asumir la carga de diseñar, desde cero, las cláusulas que prevén las DB y sus términos específicos.

Por último, un punto a considerar es la interacción de las DB con otros MASC. Para empezar, por la naturaleza de estos proyectos, es probable que, como resultado de contratos distintas con DB independientes, resulten decisiones que caigan en conflicto entre sí y que, a diferencia de una sentencia o un laudo, no tengan reglas claras de jerarquía. Por otra parte, también es usual que las DB hagan parte de cláusulas escalonadas de solución de disputas, lo que da lugar a dudas sobre cómo opera esta instancia con respecto a mecanismos adicionales como el arbitraje o los recursos ante los jueces domésticos.

En esta misma línea, las DB no están exentas de las discusiones vigentes sobre la transformación de los MASC en el contexto de las disputas contemporáneas, en las que se consideran aspectos que van más allá del proyecto mismo. Esto incluye, por ejemplo, el relacionamiento con distintos *stakeholders*, incluidos el medioambiente y las comunidades locales, que resultan fundamentales en este tipo de megaobras y que, por tanto, deben ser considerados al momento en que las DB pueden asistir a las partes en la gestión de estos temas.