



**LA IMPORTANCIA DE IMPLEMENTAR
DISPUTE BOARDS COMO MEDIO ALTERNATIVO
DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS
EN LA EJECUCIÓN DE CONTRATOS
DE OBRA EN COLOMBIA***

***THE IMPORTANCE OF IMPLEMENTING
DISPUTE BOARDS AS A MEANS
OF ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION
IN THE EXECUTION OF CONSTRUCTION
CONTRACTS IN COLOMBIA***

INÉS VERÓNICA LÓPEZ OSPINA**

*Fecha de recepción: 5 de Septiembre de 2016
Fecha de aceptación: 27 de Septiembre de 2016
Disponible en línea: 30 de Noviembre de 2016*

RESUMEN

A pesar de lo beneficiosos que pueden llegar a ser el arbitraje y la amigable composición en Colombia, en los contratos de obra o construcción, es necesario adoptar un mecanismo rápido y poco costoso que permita a las partes adelantarse al surgimiento de situaciones que puedan dar lugar a conflictos entre ellas. De este modo, los *dispute boards* son un mecanismo interesante para cumplir con este propósito y para hallar la solución adecuada a las controver-

* Finalista del Concurso para estudiantes de pregrado de la Universidad del Rosario: “Premio German Cavellier al Mejor Ensayo”, otorgado por la Asociación Cavellier del Derecho; Bogotá, 2015.

** Egresada de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario de Bogotá, Colombia. Abogada Junior de la firma de abogados Baker & Mckenzie Bogotá.

sias que se presenten en esta materia. Su utilización permitiría evitar los daños y perjuicios que produciría un retardo en la entrega de la obra como consecuencia de la falta de resolución oportuna de conflictos que surjan dentro de la misma; lo que a su vez permitirá un mayor flujo de capital en el país, generando confianza en todos aquellos interesados en celebrar contratos para la construcción de obras, ya sea con el Estado o entre particulares.

Palabras clave: Medio alternativo de solución de conflictos; contratos de obra; dispute boards; Colombia.

ABSTRACT

Despite the benefits of arbitration and amicable composition in Colombia, in the construction contracts, it is necessary to adopt a fast and inexpensive mechanism that allows the parties to anticipate the emergence of situations that may lead to conflicts between them. Thus, the dispute boards are an interesting mechanism to fulfill this purpose and find the best solution for disputes that arise in this matter. Implementing dispute boards would avoid damages that may result in a delay in the delivery of the construction work, due to the lack of a timely resolution of the disputes arising within it; which in turn will also mean a greater flow of capital in the country, generating confidence in all those interested in construction contracts, either with the State or between private parties.

Key words: Means of alternative dispute resolution; construction contracts; dispute boards; Colombia.

I. INTRODUCCIÓN

A propósito de los recientes escándalos en materia de contratación en Colombia, se hace necesario adoptar en el país un método alternativo de solución de conflictos que permita no solo resolver los problemas que surjan durante la ejecución de los contratos de obra, sino que también proporcione soluciones a los interrogantes que se susciten con anterioridad, incluso, al momento de su celebración; esto debido a que la práctica ha demostrado que las disputas y los conflictos son inevitables en el mundo de la construcción¹.

1 Charles Molineaux, *Moving Towards a Construction Lex Mercatoria*. Artículo basado en un estudio entregado a la Conferencia en Arbitramento Internacional: Boston, 1996.

El colapso del edificio Space en Medellín² o el desplome del puente peatonal de la carrera 11 con 103 al norte de Bogotá³ son ejemplos de la falta de planeación y de la necesidad de conformar cuerpos colegiados especializados, distintos a los tribunales de arbitramento o a la amigable composición, que en virtud de su conocimiento y experiencia en el campo de la planeación, contratación y ejecución de obras, logren dar una asistencia permanente a las partes interesadas en la realización de las mismas, para así ayudar a solventar las discrepancias cuando estas se presenten.

Las desavenencias más frecuentes que pueden acontecer durante la ejecución de este tipo de contrato son la demora en la entrega de la obra y los defectos que puedan encontrarse con posterioridad en la misma⁴. Ambas resultan igualmente graves y costosas tanto para el Estado colombiano como para los particulares interesados en su realización. Tales desavenencias obedecen principalmente a *“problemas técnicos, aunque no faltan los problemas derivados de la interpretación de los contratos y de la ley aplicable a los mismos. Las técnicas y tecnologías involucradas en los contratos de construcción son difíciles de entender y son sujeto de cambios que en la gran mayoría de los casos dan lugar a argumentaciones y conflictos entre las partes”*⁵.

Con el fin de que los costos de la ejecución del contrato no aumenten de manera significativa, se propone el siguiente tema de estudio como una opción de mediación que permita hacer posible que las partes se adelanten a aquellos inconvenientes que pueden surgir durante la ejecución de los contratos de obra. En últimas, lo que estas persiguen es evitar o disminuir la aparición de posibles daños y perjuicios, especialmente en los casos en que las partes enfrentadas sostengan relaciones comerciales que deseen seguir manteniendo, como sucede

- 2 Medellín I, *“Así cayó El Space, un capítulo triste de la Ingeniería Nacional”*, en El Tiempo; Bogotá, 23 de septiembre de 2014. Recuperado el 20 de abril de 2015 en la URL: <http://www.eltiempo.com/colombia/medellin/en-vivo-demolicion-del-space/14578595>
- 3 Redacción Bogotá, *“Se desploma puente al Norte de Bogotá”*, en El Espectador; Bogotá, 1º de febrero de 2015. Recuperado el 20 de abril de 2015 en la URL: <http://www.elespectador.com/noticias/bogota/se-desploma-puente-al-norte-de-bogota-articulo-541393>
- 4 Hernández García, Roberto, *“Dispute Boards (Paneles de Solución de Controversias) en Latinoamérica: Retos y perspectivas de un fascinante medio de solución de controversias”*, en *“Dispute Boards en Latinoamérica: Experiencias y retos”*, Coordinador: García Hernández, Roberto. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, 2014, pp. 23–33. Recuperado el día 14 de abril de 2015, de la URL: <http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/vol23.pdf>
- 5 Rodríguez Fernández, Maximiliano, *“Resolución de Disputas en el Contrato Internacional de Construcción: la labor del Engineer y de los Dispute Boards”*, REVISTA@ e-Mercatoria, Volumen 5, Número 2; Bogotá, 2006. Pág. 2.

con el acuerdo de *joint venture*. De ser así, las partes preferirán renegociar los términos del contrato de obra antes que negarse a su celebración o a darlo por terminado.

De esta forma, el presente trabajo tiene como finalidad demostrar la importancia de los *dispute boards* como método alternativo de solución de conflictos durante la preparación, celebración y ejecución de contratos de obra o construcción en el país; cuya aplicación resulta fundamental no solo en el sector público sino también en el privado.

II. INTRODUCCIÓN A LOS DISPUTE BOARDS: CONCEPTO, CLASES Y CARACTERÍSTICAS GENERALES

Los *dispute boards* fueron creados inicialmente para resolver las controversias acontecidas en el marco de grandes proyectos de infraestructura en países desarrollados. Gracias a la evolución que han presentado a lo largo de los años, actualmente se utilizan en todo tipo de proyectos y cuestiones comerciales que necesiten de un proceso de mediación ágil y especializado que les permita resolver las disputas que se puedan llegar a presentar en desarrollo de los contratos⁶.

En este sentido, Cyril Chern⁷, en su libro “*Chern on Dispute Boards, Practice and Procedure*”, define este método como un “‘*job-site*’ *adjudication process*”⁸. En una traducción al español, esto podría significar que los *dispute boards* deben ser entendidos como un proceso de adjudicación realizado desde el sitio de trabajo.

Esta definición es acertada en la medida en que una de las tareas principales de los panelistas del *dispute board* es realizar visitas al sitio de la obra, las cua-

6 *The Dispute Board Federation*, Consultado el día 14 de abril de 2015, en la URL: <http://www.dbfederation.org/about-us.asp>

7 “*Dr. Chern es el Secretario de la Dispute Board Federation (DBF) en Ginebra, y es también abogado en la Crown Office Chambers en Londres, así como un ingeniero estructural capacitado y un Arquitecto Colegiado. Fue uno de los primeros individuos en doble calificarse para participar en el uso de asociaciones público-privadas (PPP) como una forma de avanzar en el desarrollo de grandes proyectos de infraestructura en todo el mundo. Su especialidad es el uso de los Dispute Boards en las APP y ha escrito 6 libros sobre cuestiones jurídicas relativas a la construcción y desarrollo de infraestructura*”. -El texto original fue traducido del inglés al español- Consultado el día 20 de abril de 2015 en la URL: <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/dispute-board-federation-dispute-boards-practice-dr-cyril-chern>

8 Cyril Chern, *Chern on Dispute Boards, Practice and Procedure*. Primera edición, Editorial: Blackwell Publishing; United States, 2008. Pág. 2.

les “*deben ser lo suficientemente frecuentes con el fin de que el DB se mantenga informado de la ejecución del contrato y de cualquier desacuerdo*”⁹, para a partir de estas emitir las determinaciones respectivas.

Empero, de ella no se puede concluir que los miembros del *dispute board* se encuentren reunidos de forma indefinida en el sitio de la obra, ya que a pesar de que este funge como un órgano permanente sus integrantes solo se reunirán en el sitio donde la misma está siendo ejecutada, entre otros casos, cuando deban realizar las visitas periódicas respectivas o cuando las partes los convoquen para que se pronuncien frente algún asunto en específico.

La *Cámara de Comercio Internacional (CCI)* presenta una definición mucho más sencilla de lo que debe entenderse por *dispute board*, al manifestar: “... *son aquellos órganos permanentes, compuestos por uno o tres miembros, que normalmente se establecen al comienzo de un contrato para ayudar a las partes a resolver las desavenencias y controversias que pudieran surgir posteriormente durante su ejecución*”¹⁰.

Como se puede apreciar, los *dispute boards* son cuerpos colegiados o comités permanentes que se utilizan en el desarrollo de contratos de obra a mediano o largo plazo y cuyos pronunciamientos pueden tener el carácter de decisiones o de recomendaciones, según el tipo de panel que las partes hayan decidido componer.

Así las cosas, si las partes resuelven conformar un ***Dispute Review Board (DrB)***, las determinaciones que este emita “*serán ‘Recomendaciones’ que guardan relación con las disputas que le han sido planteadas y constituye un método consensual para resolver las disputas*”¹¹. Sin embargo, si las partes no objetan las determinaciones emitidas por el *DrB* dentro del plazo estipulado para ello, se entenderá que se obligan a cumplir tales determinaciones, al adquirir un carácter vinculante¹².

Por otro lado, si las partes deciden establecer un ***Dispute Adjudication Board (DaB)***, se entiende que este “*emite ‘decisiones’ que guardan relación*

9 Rodríguez Fernández, *Ob. cit.*, pág. 14.

10 Cámara de Comercio Internacional de París (ICC); “*Reglamento Relativo a los Dispute Boards*”. Editorial: Imprimerie Port Royal, Francia, 2013; p. 01. Recuperado el día 12 de abril de 2015, de la URL: <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Dispute-Boards/Dispute-Boards-Rules/ICC-Dispute-Board-Rules-in-several-languages/>

11 Rodríguez Fernández, *Ob. cit.*, pág. 11.

12 *Ibidem*.

*con cualquier disputa que le sea planteada y constituye una opción menos consensual de resolución de disputas. En virtud del acuerdo entre las partes, la decisión deberá ser cumplida desde el momento de su recepción. Cuando una de las partes exprese su desacuerdo con la decisión dentro del plazo establecido, esta puede someter la disputa al arbitraje, si existe acuerdo para ello*¹³.

También es posible que las partes pacten la conformación de un **Combined Dispute Board (CDB)**, cuyos pronunciamientos tendrán carácter de recomendaciones en un primer momento, sin que nada impida que puedan así mismo emitir decisiones vinculantes si las partes lo demandan y no surge oposición alguna al respecto¹⁴. Estos deben ser entendidos como un híbrido entre los *DaB* y los *DrB*, constituyéndose en una solución intermedia para las controversias que se presenten, al tener un doble enfoque: consensual y vinculante¹⁵.

III. IMPLEMENTACIÓN DE LOS DISPUTE BOARDS EN COLOMBIA. - PREOCUPACIONES

A pesar de lo provechoso que puede llegar a ser la implementación de un *dispute board* en el país surgen una serie de preocupaciones de fundamental importancia.

Lo primero que se observa es la necesidad de regular en Colombia su adopción como método alternativo de solución de conflictos, pues podrían confundirse con la amigable composición. En efecto, los terceros elegidos en calidad de amigables componedores procuran obtener la solución del conflicto y celebrar el arreglo en nombre de las partes, quienes los han facultado previamente para ello y cuya decisión tendrá el carácter de transacción, lo que en últimas hace que sus decisiones deban ser realmente acatadas por las partes¹⁶. Esto sucede igual en los *dispute boards*.

Tal confusión ocurre debido a que en Colombia fue necesario disfrazar a estos últimos con el ropaje de la amigable composición con el propósito de que la decisión tuviera igualmente una calidad de transacción y así poder hacer exigible a las partes su cumplimiento.

13 Ídem.

14 Cámara de Comercio Internacional de París (ICC), *Ob cit.*, pág. 17.

15 *Ibidem*, pág. 13.

16 Julio Benetti Salgar, *El Arbitraje en el Derecho Colombiano*. Segunda edición, Editorial: Temis, Bogotá D.C., 2001. Pág. 17.

Al ser Colombia un país en el que no es raro que las partes de un contrato o de una relación comercial, y especialmente el Estado, se abstengan de cumplir con lo que estipularon al inicio de su relación contractual existe el miedo de que el incumplimiento de las decisiones tomadas por el *dispute board* no genere consecuencias legales para los implicados. Sin embargo, la preocupación va más allá en el caso de las recomendaciones emitidas, pues a pesar de llegar a ser provechosas, por el simple hecho de no ser vinculantes son desconocidas por las partes intervinientes del contrato de obra. En cualquier caso, la falta de coercibilidad de las determinaciones emitidas por el *dispute board* producirá que no tenga sentido conformarlo en Colombia.

En ese mismo orden de ideas, también son preocupantes los problemas de corrupción que se viven en el país, pues a pesar de que los miembros del panel deben cumplir con un deber de independencia e imparcialidad, y deben actuar conforme a su ética y moral profesional, nada asegura que actúen de conformidad con la dignidad del cargo para el cual fueron nombrados. Así, en caso de decidir adoptar y regular los *dispute boards* en Colombia, se considera necesario elegir para el cargo a personas que demuestren comportamientos intachables en sus actuaciones profesionales.

IV. CONCLUSIONES

A continuación se revelan las conclusiones que llevan a considerar como favorable su incorporación en el ordenamiento jurídico colombiano.

De esta manera, lo primero que debe decirse es que en la medida en que “*la actividad de la construcción reviste operaciones complejas que involucran a múltiples actores y se hace necesaria la intervención de personal altamente capacitado y especializado*”¹⁷, en Colombia es fundamental la conformación de órganos colegiados que cumplan con los estándares de experticia requeridos para la ejecución de los contratos de obra.

Es evidente que el arbitraje y la amigable composición se han quedado cortos en el país, ya que en la mayoría de los casos éstos están compuestos por abogados que a pesar de ser expertos en el campo jurídico, poco o nada saben sobre temas técnicos o de ingeniería. En pocas palabras, esto significa que sus determinaciones frente a la ejecución de la obra pueden llegar a ser imprecisas y, quizá, poco viables para el desarrollo de la misma.

17 Hernández García, *Ob. cit.*, págs. 23-33.

Sin embargo, a pesar de que los árbitros o amigables componedores pueden ser peritos en materia de ejecución de obras y construcción, a diferencia de los *dispute boards*, aquellos no ofrecen la asistencia necesaria durante las fases previas a la conclusión de la obra, como por ejemplo puede ocurrir con las visitas que sus miembros deben realizar al lugar donde se está realizando la construcción, a pesar de que no se haya configurado controversia alguna.

El propósito de tales visitas es precisamente “... *mantener bien informados a los miembros de DB de las actividades y eventos que suceden en el sitio de las obras y, en segundo, de evitar obstrucciones al desarrollo de las obras*”¹⁸. Con ellas se pretende evitar el surgimiento de conflictos entre las partes, al ser posible prever los errores en materia de redacción y celebración del contrato o del diseño y ejecución de la obra.

Lo anterior demuestra que, a diferencia de los tribunales de arbitramento y la amigable composición, los *dispute boards* se convierten en el mecanismo ideal para prevenir la materialización de daños que se traducirán en aumento de costos y demora en la entrega de la obra, estando lejos de ser tan solo órganos competentes para solucionar los conflictos que pueden surgir en el marco de un contrato o de una relación comercial.

Esto es precisamente lo que para Cyril Chern, diferencia a los *dispute boards* de cualquier otro método alternativo de solución de conflictos, en la medida en que según él: “*the Dispute Board is appointed at the commencement of a project BEFORE any dispute arise*”¹⁹. Es decir, lo beneficioso de este proceso es que el *dispute board* es nombrado y conformado al inicio del proyecto cuando aún no ha surgido disputa o controversia alguna, siendo posible preverla y prevenirla.

De igual forma, asumiendo que el árbitro nombrado para resolver las disputas corresponda con un perfil especializado en el campo de la construcción, el arbitraje sigue siendo en muchos casos improductivo y poco conveniente, toda vez que con el paso del tiempo y la magnitud de las controversias “*el proceso arbitral se ha convertido en uno lento y cada vez más costoso para las partes y por ende engorroso*”²⁰.

Asimismo, y como se ha pretendido hacer ver en este escrito, es provecho para el país adoptar este método alternativo de solución de conflictos toda vez

18 Rodríguez Fernández, *Ob. cit.*, pág. 14.

19 Chern, *Ob. cit.*, pág. 2.

20 *Ibidem*, pág. 3.

que “... el objetivo principal de la constitución de Dispute Boards es la obtención de decisiones que sean acordes con las necesidades del proyecto y no de las partes. El propósito de la figura es el de garantizar la adecuada y oportuna resolución de los conflictos que surjan entre las partes durante la ejecución del proyecto”²¹.

Luego, los *dispute boards* son útiles en la medida en que se harán presentes en la totalidad del desarrollo de la obra, lo que significa que conocerán de manera detallada el proyecto y a las partes, con sus fortalezas y sus debilidades. Conocimiento que será totalmente relevante al momento en que el panel deba resolver la disputa.

En último lugar, la conformación de los *dispute boards* en Colombia permitirá que los particulares y el Estado contraigan un mayor número de obligaciones, lo que producirá que exista un mayor flujo de capital en el país debido a que su gestión se constituye en un proceso ágil que otorga confianza a las partes que deseen celebrar un contrato o estén interesadas en iniciar una relación comercial.

De lo anterior es posible concluir que, si bien ya nada puede hacerse respecto al desplome del puente de la calle 100 en Bogotá o frente al colapso del edificio Space en Medellín, si el órgano facultado por las partes para prever y solucionar las disputas que surgieron entre ellas hubiera tenido la connotación de *dispute board*, con total seguridad hubiese sido posible evitar su suceso, toda vez que sus miembros, al realizar las respectivas visitas periódicas y al ser sujetos especializados en cada una de las áreas que compone el contrato y ejecución de una construcción de tal magnitud, los hubieran previsto con antelación, al emitir las determinaciones necesarias para su prevención y solución.

BIBLIOGRAFÍA

I. LIBROS Y ARTÍCULOS CONSULTADOS

Benetti Salgar, Julio; “*El Arbitraje en el Derecho Colombiano*”. Segunda edición, Editorial: Temis, Bogotá D.C., 2001.

Escudero Alzate, María Cristina; “*Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos*”. Duodécima edición. Editorial: Leyer, Bogotá D.C., s.f.

Chern, Cyril; “*Chern on Dispute Boards, Practice and Procedure*”. Primera edición, Editorial: Blackwell Publishing; United States, 2008.

21 Rodríguez Fernández, Ob. cit., pág. 15.

Rodríguez Fernández, Maximiliano: “*Resolución de Disputas en el Contrato Internacional de Construcción: la labor del Engineer y de los Dispute Boards*”, REVISTA *e-Mercatoria*, Volumen 5, Número 2; Bogotá, 2006.

Molineaux, Charles; “*Moving Towards a Construction Lex Mercatoria*”. Artículo basado en un estudio entregado a la Conferencia en Arbitramento Internacional: Boston, 1996.

II. LIBROS, ARTÍCULOS Y REGLAMENTOS CONSULTADOS A TRAVÉS DE MEDIOS ELECTRÓNICOS.

Cámara de comercio Internacional de París (ICC); “*Reglamento Relativo a los Dispute Boards*”. Editorial: Imprimerie Port Royal, Francia, 2013.

Recuperado el día 12 de abril de 2015, de la URL:

<http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Dispute-Boards/Dispute-Boards-Rules/ICC-Dispute-Board-Rules-in-several-languages/>

Hernández García, Roberto; “*Dispute Boards (Paneles de Solución de Controversias) en Latinoamérica: Retos y perspectivas de un fascinante medio de solución de controversias*”, en “*Dispute Boards en Latinoamérica: Experiencias y retos*”, Coordinador: García Hernández, Roberto. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, 2014.

Recuperado el día 14 de abril de 2015, de la URL: <http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/vol23.pdf>

The Dispute Board Federation, Consultado el día 14 de abril de 2015, en la URL: <http://www.dbfederation.org/about-us.asp>

Hernandez García, Roberto; “*El Dispute Board permite un importante flujo de contraprestaciones*”. Entrevista realizada la Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, 2013.

Recuperado el día 17 de abril de 2015, en la URL: <http://puntoedu.pucp.edu.pe/entrevistas/el-dispute-board-permite-un-importante-flujo-de-contraprestaciones/>

Dajer Barguil, Gustavo Antonio; “*La Amigable Composición*”. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá D.C., 2002.

Consultado el día 19 de abril de 2015, en la URL: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-25.pdf>

Medellín I, “*Así cayó El Space, un capítulo triste de la Ingeniería Nacional*”, en *El Tiempo*; Bogotá, 23 de septiembre de 2014.

Recuperado el 20 de abril de 2015 en la URL: <http://www.eltiempo.com/colombia/medellin/en-vivo-demolicion-del-space/14578595>

Redacción Bogotá, “*Se desploma puente al Norte de Bogotá*”, en *El Espectador*; Bogotá, 1 de febrero de 2015. Recuperado el 20 de abril de 2015 en la URL: <http://www.elespectador.com/noticias/bogota/se-desploma-puente-al-norte-de-bogota-articulo-541393>

Biografía del Dr. Cyril Chern. Consultado el día 20 de abril de 2015 en la URL: <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/dispute-board-federation-dispute-boards-practice-dr-cyril-chern>