

## Implementar los dispute boards en España, ¿por qué no?

Belén Alandete

Asociada senior del área de Derecho procesal de BROSETA

Diario La Ley, Nº 9821, Sección Tribuna, 30 de Marzo de 2021, Wolters Kluwer

### ÍNDICE

Normativa comentada

Comentarios

Los conflictos del sector de la construcción e ingeniería son especialmente complejos por diversos factores ya por todos conocidos: las implicaciones técnicas que los envuelven, su carácter multiparte al ser varios los agentes intervinientes, la dificultad de acceder a la prueba tras haber transcurrido varios años desde que aquél tuvo lugar, son solo algunos de ellos. Ello se traduce en ocasiones en resoluciones (judiciales o arbitrales) que terminan imponiendo una responsabilidad salomónica que a nadie convence, o en su caso, llegan ya demasiado tarde para que ofrezcan una solución realmente efectiva a las partes implicadas.

En tiempos de pandemia como los actuales, con un colapso judicial endémico con visos de empeorar por la alta litigiosidad que se espera derivada de la Covid-19, existe un consenso generalizado en la necesidad de apostar por medios alternativos a la jurisdicción para la resolución de los conflictos (MASC). Mucho se está hablando del arbitraje y de la mediación. Incluso recientemente se ha presentado el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia que no solo pretende potenciar el uso de estas herramientas con el fin de promover un mayor número de acuerdos extrajudiciales, sino que además los convierte en requisitos de procedibilidad. En dicho proyecto se incorporan métodos alternativos ampliamente popularizados a nivel internacional como la opinión de experto independiente, o la oferta vinculante confidencial, además de la mediación y la conciliación propiamente dicha. Si bien el catálogo es abierto al incorporar como cláusula de cierre **«cualquier otro tipo de actividad negocial no tipificada legalmente pero que cumpla lo previsto en el apartado anterior [que lo acordado no sea contrario a la ley, a la buena fe ni al orden público] y permita dejar constancia de la recepción por la parte requerida de la propuesta de negociación, así como de su fecha, contenido e identidad de la parte proponente»**

Así pues, al margen de la oportunidad y la corrección del Anteproyecto, que bien merece un capítulo aparte y que seguramente se vea modificado hasta su redacción final, tenemos un momento idóneo para implementar en España de una forma más generalizada los MASC, y con mayor razón a los sectores de gran especialización técnica como la construcción o la ingeniería, o el tecnológico. Más si cabe cuando el legislador se está planteando establecer como requisito previo haber acudido a ellos para la admisión de la demanda en la jurisdicción civil, cuestión ésta que, por otro lado, se podría eludir estableciendo el arbitraje como método de resolución de controversias.

La primera fórmula que viene a la mente, sin duda, es la mediación, pues efectivamente desde que se aprobó la Ley 5/2012, de 6 de julio (LA LEY 12142/2012), se ha dado a las partes la seguridad jurídica necesaria para poder optar por esta vía, con cuestiones, por ejemplo, como la interrupción de la prescripción entretanto se desarrolla ese proceso, la posibilidad de interponer declinatoria cuando está prevista en el contrato esta vía y no obstante se acude al Juzgado, o la posibilidad de que el acuerdo alcanzado pueda tener fuerza ejecutiva al ser elevado a documento público. Y así se ratifica en el Anteproyecto de Ley que está en tramitación.

Sin embargo, pese a que la mediación puede constituir un efectivo medio de resolución de conflictos, en un sector con un elevado componente técnico cabría plantearse otras opciones que permitan alcanzar soluciones de una forma más rápida, incluso que el propio arbitraje, y desde luego con menor coste, e igual de efectivas. Y es que en este ámbito, tan técnico, en el que cualquier problema que pueda surgir en la obra puede conllevar su paralización, con las implicaciones económicas que eso suele conllevar (las temidas penalizaciones, entre otras) quizás se deba plantear la opción de implementar mecanismos que entren en funcionamiento incluso antes de que surja el conflicto.

El Ministerio de Justicia recoge en el Anteproyecto de Ley la figura del experto independiente que, sin duda, puede ser una forma efectiva de resolver la controversia en este sector, y más si cabe, cuando dota de fuerza de cosa juzgada al acuerdo alcanzado a través de él. Es algo a tener en cuenta en los contratos que ya están en vigor. Ahora bien, esta figura pudiera no ser suficiente pues el experto inicia su actividad una vez el conflicto ya ha surgido, por lo que en este artículo proponemos implementar un método que comience su labor antes incluso de que aquél nazca.

### **Dispute Boards ¿por qué no?**

Nos referimos a los denominados en la cultura anglosajona «*dispute boards*» o juntas de resolución de conflictos, que cuentan con una amplia trayectoria internacional, y se encuentran debidamente sistematizados en los contratos FIDIC (1) , así como en el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, CCI), entre otros.

Durante el desarrollo de un proyecto u obra son muchas las cuestiones técnicas que pueden surgir en el día a día: deficiencias de proyecto que se deben subsanar, retrasos en la entrega de material o defectos de calidad de éste, mala ejecución de algunos elementos, que a su vez puede comportar nuevos problemas o retrasos del resto de la obra, desavenencias con la obra a certificar, imprevistos que requieren prorrogar los plazos de la obra, etc. La casuística es muy amplia y diversa. En ocasiones, el contrato entre promotor y constructor otorga al criterio del director de obra carácter dirimente en las cuestiones técnicas, si bien, no definitivo al poder acudir las partes al arbitraje o a la jurisdicción en caso de discrepancia con el técnico. Ahora bien, se ha constatado que esta atribución al director de obra no es la mejor solución, pues si bien él es el que mejor conoce el proyecto, así como el desarrollo y estado de la obra, lamentablemente no es un tercero imparcial, pues él es quien controla los tiempos de ejecución, acepta el material y decide y vigila la ejecución. Si además, es también el redactor del proyecto, y el origen del conflicto reside en un defecto o mala previsión del mismo, es más que probable que él mismo tenga cierta responsabilidad en la disputa. Si a ello se añade que suele ser el promotor el que se haga cargo de sus honorarios, la discusión está servida. De hecho, el origen de los *dispute boards* se sitúa precisamente en un intento de superar las deficiencias que presentaba esta figura del director de obra que internacionalmente es conocida como *Engineer*.

Parece interesante instaurar la aplicación de los *dispute boards* en contratos de ejecución de obra en España, importando así unas herramientas que a nivel internacional han funcionado

Por eso nos parece tan interesante la aplicación de los *dispute boards* en contratos de ejecución de obra en España, importando así unas herramientas que a nivel internacional y, por tanto, en contratos mucho más complejos y de mayor presupuesto, han resultado tan eficaces. Este sistema consiste en que las partes acuerdan al inicio del proyecto designar a un comité de uno o tres miembros —compuesto en ese caso normalmente por dos técnicos y un jurista—, que conociendo en profundidad el proyecto siguen de cerca y con periodicidad la ejecución de la obra, incluyendo visitas a pie de obra. De tal forma que, cuando las partes les someten alguna discrepancia para su resolución, están capacitados para ofrecer una solución a las partes de forma rápida e imparcial. Esa solución puede ser una mera recomendación, o puede

tener fuerza vinculante para las partes, según cuál haya sido el compromiso adquirido en el contrato. Lo bien cierto es que las partes suelen atender de buena fe la solución propuesta por ese panel, evitado así la contienda arbitral o judicial.

Y en caso de que alguna de ellas la impugne en el plazo establecido (2) , es indudable que, si bien no tiene fuerza vinculante, el árbitro o juez tendrá en mucha consideración el criterio del comité de expertos. De hecho, a nivel internacional se ha constatado que las pocas disputas que llegan a contienda, suelen confirmar la opinión de esos comités.

Y es que el valor de estas juntas reside en su independencia, profesionalidad, así como en su conocimiento profundo de la obra desde sus inicios, teniendo como objetivo final la correcta consecución del proyecto, y no así los intereses de las partes. Por otro lado, los honorarios de estos expertos corren a cargo de todas las partes, lo que garantiza su imparcialidad.

Su designación puede establecerse por las propias partes de común acuerdo, o podría ser factible dejar su designación a los colegios profesionales o a las cortes de arbitrajes que contemplaran este mecanismo de resolución de conflictos. En efecto, animo a las instituciones arbitrales existentes en nuestro país a contemplar procedimientos similares al previsto en el Reglamento de la CCI desde 2004 (3) . Un procedimiento reglado como el de la CCI al que

las partes pueden acudir simplifica, sin duda, el procedimiento, garantizándose igualmente la contradicción e igualdad entre ellas durante la tramitación de una disputa concreta.

Algunos pensarán que los *dispute boards* son un mecanismo demasiado sofisticado, reservadas solo para megaobras como la construcción del canal de Panamá —en la que efectivamente se han empleado—, y que resultan excesivamente costosas para los proyectos que se desarrollan en España. Sin embargo, discrepo. Pese a que a priori la solución pueda parecer cara, en cómputo global no lo será, pues el ahorro de tiempo, la mayor facilidad para acceder al objeto de análisis (al estudiarse prácticamente en el mismo momento en que ha surgido el problema, y no años después), y la posibilidad de dirimir la cuestión con la opinión de un solo experto independiente (o un panel de 3, si la obra lo requiere), evitará costes judiciales o arbitrales, periciales y de letrados años después. Y lo que es más importante, evitará erosionar irremediablemente la relación comercial con las partes implicadas, favoreciendo con ello la realización conjunta de futuros proyectos. Los datos de la *Dispute Board Federation* (4) así parecen indicarlo, pues constatan que el 99% de las disputas sometidas a estas juntas se resuelven satisfactoriamente en menos de 90 días, con un coste de tan solo el 2 % de la cantidad controvertida.

El esfuerzo que hay que hacer para implementar estos *dispute boards* en España no parece que deba ser excesivo, ni se reputa complicado, pues el principio de la autonomía de las partes y la fuerza vinculante de los contratos presentan el marco jurídico suficiente para que este mecanismo pueda desarrollarse en España. Sin duda ayudaría que las instituciones arbitrales o de mediación del país así se lo propusieran y las dieran a conocer, contribuyendo con ello a otorgar seguridad jurídica a los operadores jurídicos animándolos a incorporarlos a los contratos en los que intervengan. Y podría ser ahora un buen momento para hacerlo, a la vista del propósito del legislador de convertir los métodos alternativos de resolución de conflictos en métodos «adecuados» de resolución de conflictos, eliminando con ello, o cuanto menos diluyendo, su carácter esencial de voluntariedad, al exigir su uso con carácter previo a la interposición de una demanda civil.

Sin perjuicio de todo ello, los *dispute boards* presentan elementos muy interesantes para las empresas a la hora de enfrentarse a proyectos complejos en los que se sabe ya de antemano que presentará numerosos y variados puntos de fricción entre las partes, y en los que es habitual que puedan darse retrasos, imprevistos, y aumentos de obra que irán minando la buena relación. Si no se les da una solución rápida, se puede producir un efecto de bola de nieve, acumulando unos problemas tras otros, frente a los cuales la jurisdicción o el arbitraje pueden llegar tarde y dar una solución que queda ya fuera de todo lugar, o cuanto menos, no habrán evitado unos elevados costes. Es bueno plantearse la contención del problema desde el inicio, y para ello, los *dispute boards*, deberían merecer toda nuestra atención.

---

(1) La FIDIC (*International Federation of Consulting Engineers*, en inglés) es una federación de ingenieros consultores que lleva décadas generando y mejorando distintos modelos de contratos, los cuales hoy en día son los más utilizados a nivel internacional. Sus contratos se identifican por colores, siendo el más usado el libro rojo dedicado a los contratos de obra, seguido del contrato de proyecto y obra (libro amarillo), y del contrato llave en mano (libro gris).

---

(2) El plazo es de 28 días según la regulación de la FIDIC y del Banco Mundial, y de 30 días según el Reglamento de la CCI.

---

(3) Cámara de Comercio Internacional (CCI), ICC Publicación 829 (que contiene los reglamentos de la CCI para los Dispute Board, Las cláusulas estándar de la CCI y el modelo de acuerdo con los miembros del Dispute Board) Todos estos documentos pueden ser encontrados en la página web: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/dispute-boards/>

---

(4) Vid. Cyril Chern, basado en estadísticas de la Dispute Board Federation. <https://dbfederation.org/>

---