



**CARLOS LOPEZ Y ANTONIO IRIBARREN CIC®-CEIC®**  
Perito Experto y Socio Fundador de QDR

Copyright © 2015 Asesorías, Consultorías y Servicios QDR

## **DISPUTE BOARDS: REFLEXIONES NECESARIAS DE INGENIEROS EXPERTOS EN LA MATERIA**

4 Julio 2023



Minería



Infraestructura



Energía



Oil & Gas

Este documento busca motivar la reflexión, concordar y definir una propuesta de los autores para el actuar<sup>1</sup> de ingenieros y abogados en su rol como miembros de los Disputes Boards (DBs), a ojos de una conveniente flexibilidad: probablemente no haya consenso entre los pareceres, pero provocar la discusión nos llevará hacia una definición común de esta frontera y un mejor aclaramiento terminológico.

### PROPÓSITO

Hacer reflexionar a los actores en la industria de la Construcción respecto la necesidad de una clara definición del actuar de los ingenieros y abogados en su rol como miembros de los DBs, para intentar una definición común y un mejor aclaramiento terminológico.

### DEFINICIONES

Algunas palabras/conceptos para reconocer y analizar de forma previa, a fin de aclarar terminológicamente/vocabulario común Latinoamericano, como condición sine qua non para que sea posible nivelar conceptos ad-hoc a los DBs en contratos de los proyectos de construcción:

- **Proyecto, Contrato**

No es lo mismo proyecto que contrato: un proyecto es un emprendimiento y un contrato es un acuerdo legal (razón por la cual, los proyectos no tienen DBs, ni Claims, ni Arbitrajes): la sumatoria de todos los contratos, corresponde al proyecto.

- o Proyecto según AACEi, es un emprendimiento temporal con un objetivo específico que debe cumplirse dentro del tiempo prescrito y limitaciones monetarias y que ha sido asignado para su definición o ejecución.

- o Contrato según AACEi, es un

acuerdo legal entre dos o más partes, que pueden ser de varios tipos: son la parte formal-legal de un Proyecto en la relación con sus Contratistas (razón por la cual, solo los Contratos pueden ser sujetos de DBs/Claims/Arbitrajes).

- **Mandante, Contratista**

- o Quien manda a ejecutar un encargo, se denomina Mandante. Puede adquirir diferentes nombres según usos y costumbres locales: Propietario, Dueño, Cliente, Contratante, Entidad, Concedente. Según la AACE, *Owner* es la entidad, organismo o autoridad pública, corporación, asociación, empresa o persona con quien el contratista ha celebrado el acuerdo y para quien se proporcionará el trabajo.

- o Quien es mandado para ejecutar un encargo, es el Contratista. Según la AACE, *Contractor* es: 1) una entidad comercial que celebra contratos para proporcionar bienes o servicios a otra parte, 2) persona u organización que asume la responsabilidad de la ejecución de un contrato. Uno que acepta proporcionar materiales o realizar servicios a un precio específico.

- **Concepto DBs**

- o DRBF define: Es una junta de profesionales imparciales formada al comienzo del contrato, para seguir el avance de la construcción, fomentar el evitar ("avoidance") disputas y ayudar en la resolución de disputas durante la duración del contrato. DRBF 2022 Londres: fomentar la resolución de disputas con sentido común en todo el mundo.

<sup>1</sup> NOTA: Pese a no estar directamente correlacionados con los DBs, aplicable en el Perú los arquitectos están facultados para integrar Juntas de Resolución de Disputas (JRD) por la Ley de Contrataciones del Estado.

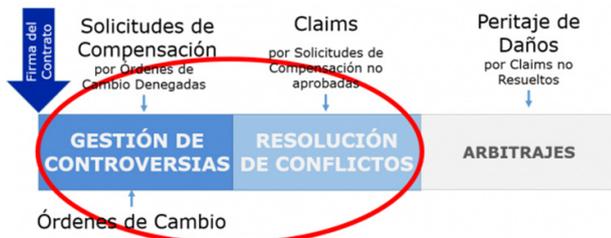
- o ICC define: es un órgano permanente que típicamente se establece con la firma o el inicio de la ejecución de un contrato a mediano o largo plazo, para ayudar a las partes a evitar o resolver cualquier desacuerdo o desavenencia que pudiera surgir durante la aplicación del contrato.
- o De acuerdo con las funciones y responsabilidades que se le asigne puede ser un DRB (Dispute Review Board), DAB (Dispute Adjudication Board) o CBD (Combined dispute Board)
- **Evitar, prevenir y sus diferencias**
  - o Evitar garantiza que contemporáneamente al momento de la disputa, el contrato no entre en un estado inseguro.
  - o Prevenir garantiza que al menos una de las condiciones necesarias para causar daño en el desempeño futuro del contrato nunca se produzca, se atrase.

La línea de tiempo es:

detectar => evitar => eliminar =>prevenir

- **Camino que sigue una "desviación" hasta llegar a Arbitraje**  
Conceptual y cronológicamente, el camino que sigue una "disputa" hasta llegar a Arbitraje/Juicio, normalmente es el siguiente:
  - o Una vez iniciados los trabajos después de la firma del contrato, se generan las Solicitudes de Órdenes de Cambio
  - o Solicitudes de Órdenes de Cambio denegadas, normalmente se transforman en Solicitudes de Compensación
  - o Solicitudes de Compensación que no logran converger a una definición en que las partes reconocen estar de acuerdo y no se aprueban (en el ámbito de los Administradores de Contrato del Mandante / Contratista), escalan a los niveles facultados, transformándose en Claims y
  - o Claims que no se resuelven, devienen en mecanismos de solución de controversias (MARC) tales como conciliación, mediación, DBs, Arbitrajes o Juicios, que requieren Peritajes, particularmente de Cuantificación de Daños.
- **Disputas, controversias, conflictos, desacuerdos, desavenencias**
  - o **Disputa:** es un desacuerdo entre el mandante y el contratista, que se genera durante la ejecución del contrato, respecto a algún concepto que se vuelve controversial: asume el carácter de Controversia al interior del contrato, o Conflicto en el nivel facultado superior del contrato. Puede adquirir diferentes nombres según usos y costumbres locales: Disputa, Controversia, Conflicto, Desavenencias, Des-

acuerdos. Según la AACE, Dispute es un desacuerdo entre el Owner y el contratista en cuanto a una cuestión de hecho o de interpretación del contrato que no puede resolverse a satisfacción mutua de las partes (ovalado rojo).



- o **Controversia:** Discusión reiterada entre los Administradores de Contrato<sup>2</sup> de las partes -o gerentes de proyecto según uso y costumbre local- (no confundir con Administrador Contractual<sup>3</sup>), que defienden opiniones disimiles/contrarias respecto de algún concepto controversial: el kit 1 de mecanismos -técnicas, herramientas, metodologías- para cuantificar, discutir y concordar, son los mismos para ambas partes.
- o **Conflicto:** Concepto controversial que luego de ser gestionado, no se ha resuelto, se mantiene como tal y "sube" al nivel facultado superior del contrato: kit 2 de mecanismos -técnicas, herramientas, metodologías- para cuantificar, discutir y concordar, son los mismos para

ambas partes.

- o **Desacuerdos<sup>4</sup>:** significa toda diferencia entre las Partes derivada del Contrato o relacionada con el mismo que todavía no se haya convertido en una Desavenencia, incluyendo los Desacuerdos sujetos a prevención en virtud del Artículo 16 del Reglamento o a asistencia informal conforme al Artículo 17 del Reglamento Relativo a los DBs de la ICC 2015.
- o **Desavenencias<sup>5</sup>:** significa todo Desacuerdo que se somete formalmente a un dispute Board para una Conclusión<sup>6</sup> según los términos del Contrato y de acuerdo con el Artículo 18 del Reglamento Relativo a los DBs de la ICC 2015.
- **Delay: Atraso, Retraso, Demora** Asociado a una actividad/entregable de un proyecto/contrato.
  - o Atraso es el EFECTO de la desviación: una actividad se atrasa, cuando se extiende más allá del plazo programado.
  - o Retraso es la CAUSA de la desviación: una actividad se retrasa cuando se inicia después de la fecha programada.
  - o Demora es el PERÍODO DE ESPERA entre la causa y el efecto, para tomar una decisión.

<sup>2</sup> <https://www.clapec.org/2022/articulos/vocabulario-comun-latam/>: es la máxima autoridad a cargo de contrato, es la persona nombrada y empoderada por la organización, para planear, programar, ejecutar, controlar y coordinar los recursos, liderar y llevar a cabo el trabajo definido, e implementar los cambios aprobados para alcanzar los objetivos del contrato, proporcionando la dirección general del trabajo del contrato: la gestión por el resultado del Negocio queda en manos de una sola persona, de principio a fin.

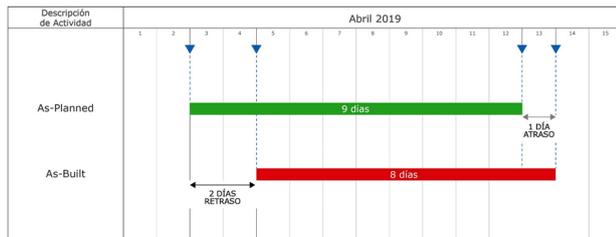
<sup>3</sup> <https://www.clapec.org/2022/articulos/vocabulario-comun-latam/>: es el encargado de formar el contrato -crear el contrato, desde la paquetización del proyecto, coadyuvando la redacción del texto del contrato, licitarlo y adjudicar el contrato-; coordinar la administración contractual -preparar correspondencia, revisar estados de pago / valorizaciones, modificaciones de contratos, seguimiento del cumplimiento de las obligaciones contractuales y preparar la documentación para el análisis de Claims-, para asegurar el cumplimiento de los compromisos adquiridos en el contrato y durante su desarrollo; cerrar los contratos asegurando que se cumplan las políticas, normas y procedimientos de la organización.

<sup>4</sup> Art 2, letra iii) Definiciones del Reglamento Relativo a los DBs de la ICC 2015.

<sup>5</sup> Art 2, letra iv) Definiciones del Reglamento Relativo a los DBs de la ICC 2015.

<sup>6</sup> Art 2, letra ii) Definiciones del Reglamento Relativo a los DBs de la ICC 2015: una Recomendación o una Decisión emitida por escrito por el DB según se describe en el Reglamento.

DELAY: ATRASO, RETRASO



— RETRASO: 2 días (CAUSA)  
 — ATRASO: 1 días (EFECTO)

## EL CONTEXTO

Para ponernos en contexto, transcribimos ciertos conceptos que han sido vertidos por algunos miembros de DBs:

- *El DB no se regula por un marco legal sino por el contrato y los procedimientos, ya sea las reglas de procedimiento, por ejemplo, en FIDIC o de la ICC: en estos la función preventiva de los DB es la principal.*
- *La DB que tiene como la característica de ser preventiva, consultiva y decisoria<sup>7</sup> hace necesario que el experto tenga la capacidad de detectar problemas potenciales, para evitar escenario de crisis en la obra, trabajando desde instancias tempranas, realizando una participación proactiva con la asistencia informal del desacuerdo, absolviendo consulta de las partes, en el mismo lugar de las obras en forma contemporánea.*
- *El miembro del DB, forma parte de un panel que hace que este mecanismo actúe también como un engranaje dentro del sistema del desarrollo de la obra, donde la acción decisoria del DB es, o debe ser, solo residual, cuando no consiguió*
- *prevenir el desacuerdo.*
- *Está empezando a nacer y a desarrollarse una masa crítica de profesionales en toda Latinoamérica que está empezando a pensar diferente, que está empezando a actuar diferente, que está empezando a hablar de otras cosas: se habla de otra manera, hay una cultura y un comportamiento distinto<sup>8</sup>.*
- *No debemos ver las cosas tan egoístamente: debemos crear una nueva cultura de desarrollo de proyectos en que las partes se pueden comunicar mejor, ver que la forma de mirar las cosas en la relación contractual es a través de una colaboración real, a través de una preocupación de que salgan las cosas.*
- *Imprescindible las habilidades blandas<sup>9</sup>: parte del beneficio de este mecanismo también es escoger a profesionales especializados, no solo en conocimiento técnico del desarrollo en proyecto<sup>10</sup> infraestructura sino también, esas habilidades blandas que nos permitan hacer uso de la prevención<sup>11</sup>, de acercar a las partes.*
- *La función preventiva implica mucho más tiempo y mucho más esfuerzo<sup>12</sup> que el que el emitir una decisión: es trabajar con las partes, con sus dudas, con sus prejuicios, con sus intereses, con sus deseos, con sus metas y tratar de juntarlas. No es fácil porque claramente tenemos a personas, seres humanos, que tienen sus propios*

<sup>7</sup> Según el ingeniero que efectúa esta aseveración, fue inferido de los Art 16 y 17 del Reglamento Relativo a los DBs de la ICC 2015.

<sup>8</sup> La aseveración "empieza a haber una cultura diferente de hablar en Latam", de ninguna manera se puede "imputar" exclusivamente a la aparición de los DBs.

<sup>9</sup> ¿Cuál es la fuente de esa aseveración de "imprescindible las habilidades blandas"?

<sup>10</sup> A los miembros de los DBs, lo que importa en primer lugar es el cumplimiento del Contrato. Su involucramiento con el Proyecto es en relación con las connotaciones contractuales que puedan surgir durante su ejecución: No existe relación ninguna entre prevenir y acompañar el proyecto.

<sup>11</sup> Las habilidades blandas tienen como fin lograr la confianza de las partes en los miembros, base probable para NEGOCIAR la disputa y entonces evitar que contemporáneamente al momento de la disputa, el contrato no entre en un estado inseguro.

<sup>12</sup> Es claro para quienes somos expertos y entendemos el tema prevención.

*objetivos personales y empresariales.*

- *Las mejores prácticas en el uso de las DB en los proyectos de inversión pública<sup>13</sup> como variable de eficiencia en la gestión<sup>14</sup>, pero siempre bajo un enfoque preventivo.*
  - *Cultivar una cultura diferente de prevención, una cultura quizás de un acompañamiento permanente en estos mecanismos alternativos de solución de controversias: hay una injerencia activa de las partes al escoger a quienes o qué profesionales participan en el acompañamiento directo del proyecto<sup>15</sup>.*
  - *Hay que capacitarnos para saber qué es, cómo se entiende, cuáles son sus alcances, qué es lo que puede hacer y qué es lo que no puede hacer y en cómo sacar el provecho de la figura DB. Hay muchos actores que tienen una idea errónea de lo que es el DB: algunos sostienen que en Latinoamérica tenemos la mala práctica de siempre buscar la naturaleza jurídica de las cosas.*
  - *La regulación FIDIC 2017 con la incorporación de los "Dispute Avoidance Adjudication Boards" (DAAB), innova dándole un enfoque principalmente preventivo a la gestión del proyecto, a la gestión del contrato<sup>16</sup>.*
  - *Las partes sienten muchas veces que el DB les abre los ojos y que les permite ver como un tercero... el real único tercero neutral de la obra es el DB, es el único que no tiene ninguna relación de dependencia o parcialidad hacia las*
- partes y por lo tanto su verdadera vocación, su verdadero interés es el de prevenir la resolución en la prevención de disputas: es un gran trabajo de colaboración que requiere mucha apertura del DAB y de las partes para lograr el objetivo común del proyecto.*
- *La gama de actuación de DB varía entre el 70-80% de su labor preventiva: se requieren fuertes habilidades personales no basta con ser un estupendo ingeniero o un gran abogado con muchos años de experiencia, no importa cuántos proyectos hayas vivido.*
  - *Tenemos que estar enfocados en trabajar no en la cantidad de casos que ganamos sino en la cantidad de controversias que prevenimos y ese es un enfoque totalmente diferente.*
  - *Probablemente en Latinoamérica se de preferencia a las solicitudes de decisiones de comisiones formales frente a la acción preventiva.*
  - *Los miembros de las DB son denominados Adjudicadores<sup>17</sup>.*
  - *Más allá de su perfil técnico, los que integran un DB deben fortalecer sus habilidades en la prevención del conflicto, teniendo en cuenta que los miembros del DB administran las relaciones entre las partes y realizan la coordinación externa e interna con las partes y los compañeros del mismo panel, los expertos del DB tienen como misión hacer entender a las partes que los desacuerdos provienen casi siempre del contrato.*

<sup>13</sup> Para los CONTRATOS de los Proyectos de inversión pública.

<sup>14</sup> Interesante sería conocer como los DBs aportan a la eficiencia en la gestión de los "Proyectos" de Inversión Pública: los proyectos NO son sujetos de DBs, Claims o Arbitrajes.

<sup>15</sup> Cuál es el alcance del "acompañamiento directo del proyecto": los proyectos NO son sujetos de DBs, Claims o Arbitrajes.

<sup>16</sup> Avoidance significa EVITAR, que es distinto de PREVENIR: un enfoque más de evitar pareciera ser lo correcto, pero nunca a la GESTION del proyecto.

<sup>17</sup> Adjudicadores se asocia a las Juntas de Resolución de Disputas (JRD) aplicables en el Perú, que NO es lo mismo que DB. Según DRBF, son denominados MIEMBROS del DB.

## **PENSAMIENTO ESTRATÉGICO**

El hacer reflexionar a los actores en la industria de la Construcción respecto de una clara definición del actuar de los ingenieros y abogados en su rol como miembros en los DBs, descansa en una lógica de indagar, razonar, contextualizar y generar una hipótesis, basado en lo siguiente:

- “Una definición común de este actuar y nivelar conceptos, cosa que no ocurre”.
- “Está ocurriendo un desorden en cuanto a los roles de los Abogados en los DBs de contratos en construcción, qué esperaríamos que no ocurrieran”.
- “No está ocurriendo la existencia de una definición del actuar de los Ingenieros y Abogados en su rol como miembros de los DBs que se esperaba que existiera”.
- “Los actores relevantes para que pase lo que se desea que pase, son los Ingenieros en los DBs de Contratos de Construcción”.
  - o Premisas Básicas: Como Ingenieros de Contratos y Peritajes para las demandas en Arbitrajes de Construcción-, se busca concordar objetivos y metas respecto del actuar de los Ingenieros y Abogados en su rol como miembros de los DBs, operando vía Procesos, teniendo presente que se puede continuamente aprender y perfeccionarse, a través del feedback y evaluación.
  - o Aclaración de Expectativas: Este documento pretende generar una percepción compartida del problema por parte de los Ingenieros y Abogados, un acuerdo acerca de los medios para resolverlo y sensibilización de los profesionales involucrados.

## **ALGUNOS ASPECTOS IMPORTANTES**

En todo proyecto hay Contratos más

complicados que otros (cambios de alcance, desacuerdos entre Mandante y Contratista, situaciones imprevistas, participación de muchos stakeholders externos, etc.) y estos rara vez se resuelven entre técnicos de terreno/sitio. El escenario de intervención decisoria del DB tiene lugar cuando la génesis de un concepto controversial del contrato traspasó el contexto de una cuantificación objetiva por las partes, cuando concluyó la vía de la aplicación de mecanismos ad-hoc a cada caso y se definió que las instancias de negociación entre ellas -respecto situaciones objetivas en la ejecución de la obra- están agotadas.

En nuestra opinión, la preparación de los DBs exige tomar una “radiografía” de la situación del contrato y requiere un trabajo metódico, riguroso y de alta calidad, ejecutado por profesionales especialistas y probadamente expertos.

### • **Comentarios sobre el mal uso de conceptos asociados a los DBs**

Aun cuando exista una gran diversidad de términos en el “universo gramatical” que muchos especialistas utilizan, es deseable adoptar un léxico que vaya de la mano con el entorno contratos de proyectos en Latino América y que, a la vez, concuerde con lo que realmente se quiere expresar de acuerdo a situaciones puntuales en los DB.

#### o **Prevención, “acompañamiento del proyecto”**

¿Cuál es el alcance del “acompañamiento directo del proyecto”? Los proyectos NO son sujetos de DBs, Claims o Arbitrajes. Para los miembros de los DBs, lo que importa en primer lugar es el cumplimiento del Contrato (para eso son contratados, para ser miembros de un DB para un CONTRATO). Su involucramiento con el Proyecto es en relación con las connotaciones contractuales que puedan surgir

- durante su ejecución: No existe relación ninguna entre prevenir y acompañar el proyecto.
- o **Empieza a haber una cultura diferente de hablar en Latam**  
Absolutamente de acuerdo, pero la aseveración "empieza a haber una cultura diferente de hablar en Latam", de ninguna manera se puede "imputar" exclusivamente a la aparición de los DBs.
  - o **Imprescindible las habilidades blandas**  
¿Cuál es la fuente de esa aseveración de "imprescindible las habilidades blandas"<sup>18</sup>? No existe relación entre habilidades blandas y el uso de la "prevención".
  - o **Hacer una función preventiva implica mucho más esfuerzo y dedicación, es trabajar con las partes con sus prejuicios, intereses, deseos y metas.**  
No es una novedad, no es una sorpresa: es totalmente claro para quienes somos expertos y entendemos el tema evitar/prevenir disputas.
  - o **Los DBs aportan a la eficiencia en la gestión de los "Proyectos" de Inversión Pública**  
Interesante conocer como los DBs aportan a la eficiencia en la gestión de los "Proyectos" de Inversión Pública: los proyectos NO son sujetos de DBs, Claims o Arbitrajes y en todo caso, si hablamos de contratos de proyectos de inversión pública bajo la Ley de Contrataciones del Perú, entendemos que se estarían refiriendo a las Juntas de Resolución de Disputas (JRD).

- o **No todo se resolvería con entrenamientos y capacitaciones.**

Esto, a raíz de aseveraciones de un connotado abogado de actuar latinoamericano e DBs, como *"La concientización, una vez que ya hemos sido entrenados y capacitados tenemos que entender que ninguna capacitación en ningún entrenamiento ve todas las condiciones y todas las hipótesis que pueden existir, yo estoy seguro de que todos mis compañeros y su servidor seguimos aprendiendo diariamente de nuevas condiciones, de nuevas situaciones, ninguna relación contractual es igual ningún cliente, bueno ni siquiera el mismo cliente con diferentes representantes es igual"*.

- **Composición del directorio DRBF de la Región 4 Latinoamérica**

Preocupa que en Latam, exista 1 (un) solo ingeniero en el directorio, contrario sensu el resto de la regiones, en que existe mayoría de ingenieros.

La respuesta que hemos recibido es que "no existen suficientes ingenieros interesados.

Regiones	Países	Miembros Directorio	Ingenieros	Abogados	Otros
<b>Executivo</b>		8	5	3	
<b>Region 1</b>	US, Canada & the Caribbean	9	6	2	1
<b>Region 2</b>	Africa, Asia, Europe	12	6	5	1
<b>Region 3</b>	Australia & New Zealand	14	9	4	1
<b>Region 4</b>	Latin America	6	1	4	1
Total general		49	27	18	4

## CONCLUSIONES

- **Límite de acción del actuar de los abogados en su rol como miembros de los DBs**

- o El ingeniero sabe de los aspectos técnicos, las particularidades del terreno/sitio en que se desarrollarán los trabajos de maquinaria, rendimientos de cuadrillas y es muy cercano a

<sup>18</sup> Carlos López: "Las habilidades blandas tienen como fin lograr la confianza da las partes en los miembros, que es el primer paso para lograr que la prevención funcione, para evitar así que se produzca la disputa contractual. Si se logra discernir a tiempo y las partes confían en lo que el DAB puede opinar o recomendar, la disputa no se producirá".

los orígenes de los cambios que un contrato normalmente tiene.

- o Los abogados en general no conocen (ni tienen porque conocer) los aspectos técnicos del contrato, pero si están en capacidad de evaluar y decidir sobre las obligaciones jurídicas de los contratos.
- o Una definición del actuar de los ingenieros y abogados en su rol como miembros en los DBs, queda definida cuando en el concepto controversial bajo valuación del DB, los ingenieros miembros del DB no pudieron resolver el desacuerdo técnico y en consecuencia, ese es el comienzo del camino legal para resolver vía interpretación contractual.
- **Participación de los abogados**  
*(transcrito de una participación pública del connotado ingeniero peruano Carlos López A. cuando se le preguntó sobre la participación de abogados en procesos de DBs)*

“El grado de participación llamados indirectos, son las áreas legales de los abogados en estas en estas lides. El solo hecho de que (*en este webinar*) haya más abogados que ingenieros, demuestra cuál es la concepción que tienen sobre estos mecanismos: esto no es un mecanismo legal, no es un arbitraje.

Antes de decir cuál debe ser el grado de participación, ¿deben participar los abogados, o no deben participar? Las controversias en los contratos de ejecución de obra en un 90% y tal vez más, son de origen técnico, la génesis del conflicto nace en una situación técnica y los abogados no están en la capacidad de analizar el punto técnico en conflicto, sino solamente sus consecuencias contractuales: la formación que los abogados tienen, es de resolver el conflicto de la discrepancia, no de la solución y además los ingenieros estamos acostumbrados a resolver en el campo en el momento en que la obra se está ejecutando las situaciones que se van presentando, Resumiendo, ¿deben participar? ¡Sí! pero de lejos.”