



Club Español
e Iberoamericano
del Arbitraje

Comisión de

DISPUTE BOARDS

Índice

1	ARTÍCULOS	3
	Alex Wagemann Farfán	4
	Relación entre los Project Delivery Methods (PDM's) y los Dispute Boards a la luz de la realidad Latinoamericana	
	Luis Enrique Ames Peralta	16
	Legitimidad en los DB y JRD para emitir Medidas Provisionales o Cautelares	
	Telma Pires de Lima	22
	Enforcement of a Dispute Avoidance and Adjudication Board (DAAB) decision	
2	PRÓXIMOS EVENTOS	34

1

Artículos



Relación entre los Project Delivery Methods (PDM's) y los Dispute Boards a la luz de la realidad Latinoamericana



ALEX WAGEMANN FARFÁN¹

Abogado, Director de la Asociación Latinoamericana de Derecho de la Construcción

ABSTRACT

En los últimos años, los especialistas de la industria han ido desarrollando análisis multidisciplinarios que cruzan aspectos técnicos y de Project Management con asuntos de orden contractual y legal. En el presente artículo, el autor desarrolla la relación e influencia mutua entre los Project Delivery Methods, sus modelos contractuales correlativos y los Dispute Boards, primero en forma global y luego, en el ambiente Latinoamericano.

In recent years, industry specialists have developed multidisciplinary analysis that cross technical and Project Management aspects with contractual and legal issues. In this article, the author develops the relationship and mutual influence between the Project Delivery Methods, their correlative contractual models and the Dispute Boards, first in a global way and later, in the Latin American environment.

Key words: Project Delivery Methods; Dispute Boards; Collaborative tools; Latin America; Contracts; Construction Law;

INTRODUCCIÓN

En un mundo donde la industria de la construcción ha ido desarrollando progresivamente ciertos niveles de sofisticación a lo largo de los últimos años, uniendo los aspectos técnicos relacionados a la gestión de proyectos con asuntos de orden contractual, resulta inevitable comenzar a conectar nuevamente elementos multidisciplinarios. Lo anterior no debiera extrañar, puesto que, en general se ha observado una excesiva teorización en torno al fenómeno constructivo y una suerte de análisis compartimentado, donde cada área relacionada trata de desarrollar sus propias interpretaciones de manera aislada, sin traducirse ello en un mejor entendimiento de la propia industria ni en una resolución temprana de los conflictos.

1. Abogado de la Universidad de Chile, Master en Construction Law de la Universidad de Stuttgart y Diplomado en las Facultades de Ingeniería de la Universidad de Chile y Universidad de Santiago. Chairman del Grupo Mundial para Contratos de Construcción en la Confederación Internacional de Asociaciones de Contratistas. Exdirector de la Sociedad Chilena de Derecho de la Construcción. Destacado por Leaders League, Latin Lawyer, The Legal 500 y Whos Who Legal como Thought Leader para Latinoamérica en la categoría de Construcción.

En tal contexto, resulta necesario comprender que la construcción es una actividad eminentemente humana, que se interpreta y progresa sobre la base de aspectos teóricos asociados a la distribución de riesgos y responsabilidades contractuales, como asimismo, al control y administración de la gestión de los recursos durante el proceso de ejecución de aquello mismo que se ha convenido entre las partes intervinientes. Sin embargo, estos aspectos no siempre son conectados adecuadamente.

En concreto, a fin de materializar de forma óptima la administración de los recursos y de los procesos asociados a la construcción, los técnicos de la industria han desarrollado metodologías que permitan cumplir este objeto. A su vez, los especialistas contractuales han ido elaborando un marco conceptual asociado al control y administración de riesgos, creando modelos contractuales novedosos, con herramientas de gobernanza y soporte que permitan precisamente facilitar la gestión durante la ejecución de los proyectos. En el primer caso se encuadran, entre otras herramientas, los denominados “Project Delivery Systems” o “Project Delivery Methods” (concepto último que será utilizado en el presente trabajo); en tanto, en el segundo caso, se contemplan algunos mecanismos de soporte a la gestión contractual, dentro de los cuales se encuentran los Dispute Boards, Juntas de Resolución de Disputas, Paneles Técnicos o Comisión para la Resolución de Controversias, según sea el país o esquema contractual que se prefiera.

El presente trabajo busca precisamente establecer una conexión entre estos mundos y, particularmente, ambos institutos, tratando de identificar cuál es su influencia mutua, como asimismo, las potenciales consecuencias asociadas, en caso de que ello no ocurra.

CONCEPTO Y CLASIFICACIONES DE LOS PROJECT DELIVERY METHODS (PDM'S)

En el ámbito de la gestión de proyectos se han ido desarrollando diversas metodologías para la

adjudicación y administración de los mismos. Es así como, producto de un proceso de sistematización, la doctrina ha empezado a generar clasificaciones y agrupaciones en torno a ciertas actividades principales que caracterizan determinadas formas de hacer.

En este contexto, surgen los denominados “Project Delivery Systems” o “Project Delivery Methods”, en adelante indistintamente “PDM’s”, también conocidos en español como “Sistemas de Entrega del Proyecto”, aun cuando es más común el uso de la expresión inglesa. Tratándose de un área de conocimiento en pleno proceso de consolidación, es pertinente señalar que no hay uniformidad en la terminología, como tampoco la hay en sus respectivas clasificaciones, según se verá.

Desde el punto de vista conceptual, podemos entender un PDM en su forma más amplia, como el esquema o manera en la que se administra y organiza un proyecto, incluyendo en ello, la asignación de las responsabilidades contractuales pertinentes a las partes involucradas. En este sentido, cabe señalar que, tratándose de una materia que involucra múltiples disciplinas, tanto los especialistas del área legal como los expertos técnicos en construcción y Project Management se han aventurado a planear definiciones. Es así como, por ejemplo, Lukas Klee, en el ya conocido *International Construction Contract Law*, lo define como una “*forma de administración-gerenciamiento y organización de un proyecto de construcción*” (traducido por el autor)²; en tanto, la Asociación de Contratistas Generales de América (AGC of America) lo conceptualiza como “*el proceso comprensivo de asignación de responsabilidades contractuales para el diseño y construcción de un proyecto*”³ (traducido por el autor).

Existen otras múltiples definiciones en la doctrina; sin embargo, lo relevante en este punto es que existen ciertos patrones mínimos comunes en la forma en que tanto los técnicos como los expertos legales en construcción entienden la institución. Primero, involucra la definición del alcance de un

2. KLEE, L, “Form of construction project management and organization”, *International Construction Contract Law*, página 51.

3. AGC of America, *Project Delivery Systems for Construction: “A project delivery method is the comprehensive process of assigning the contractual responsibilities for designing and constructing a project”*, página 2.

proyecto; segundo, implica la determinación de las responsabilidades contractuales de las partes; tercero, define pasos o etapas en el ciclo global del proyecto, así como la interrelación entre los involucrados y, finalmente, determina las formas documentales en las que el proyecto será acordado (modelo contractual) y gestionado durante su ejecución, con el fin de otorgar certeza a las partes.

Tomando en consideración lo anterior, la industria ha ido a su vez desarrollando diversas clasificaciones de los PDM's, generando un abanico amplio de alternativas, que usualmente van de 4 a 8 categorías. No obstante, existe un aparente consenso al menos en las siguientes⁴:

Design-Bid-Build (DBB): Método tradicional de mayor uso en el mercado, mediante el cual el Propietario, una vez recibido el diseño o ingeniería ejecutado por un tercero, desarrolla una licitación competitiva para luego adjudicar a un Contratista, quien se hará cargo de la etapa de construcción.

Design-Build (DB): Bajo esta metodología, el Propietario adjudica a un solo Contratista las fases de diseño-ingeniería y construcción, sobre la base de cierta información previa entregada a este último, con distintos niveles de desarrollo, dependiendo del tipo de proyecto.

Construction Manager (CM): En este caso, se diferencian dos formas. En la primera, denominada "Construction Manager At-Risk", el Propietario acude a un Contratista de construcción durante la etapa de diseño o ingeniería para que este último revise el diseño y constructibilidad, comprometiéndolo a llevar a cabo el proyecto una vez determinado en conjunto el precio por la obra. En la segunda, conocida como "Construction Manager as Agent", el Dueño contrata por separado el diseño y la construcción, encargando al Construction Manager la gestión y apoyo en ambos procesos, sin estar a cargo directo de la ejecución de ninguna de estas dos actividades; no obstante, en algunas ocasiones se le encarga el desarrollo adicional de la ingeniería-diseño y procura, pasando a ser denominado como Contratista EPCM (*Engineering, Procurement & Construction*

Manager). Si bien existen algunas diferencias sustanciales entre ambas modalidades en lo referente a las tareas, así como en lo relativo a la distribución de riesgos, por motivos de extensión nos referiremos indistintamente a las dos.

Integrated Project Delivery (IPD): En esta modalidad existe una integración de equipos de trabajo, sistemas, gestión, roles y prácticas para optimizar los resultados de un proyecto. En algunos casos, aspectos de su filosofía se aplican de forma parcial sobre algunos de los PDM's anteriores y en otros, dan origen a modelos colaborativos completos.

Como es posible de anticipar, cada uno de los métodos anteriores tiene a su vez un correlato contractual propio. En efecto, dentro de las múltiples clasificaciones contractuales que la industria se ha ido dando a través de los años, destaca, para efectos de este análisis, la división de los tipos de contrato según su *objeto o contenido*, vale decir, referido a qué es lo que las partes asumen como obligación de hacer. Es así que tenemos, por ejemplo, los contratos de una sola actividad, en los que el Contratista solo desarrolla una tarea global específica (por ejemplo, diseño, construcción o mantenimiento con ingeniería aportada por el Dueño; o bien, administración de la construcción), para luego ir evolucionando en la complejidad de la tarea hacia las formas de Diseño y Construcción (D&B), Ingeniería, Procura y Construcción (EPC) e Ingeniería, Procura y Administración de la Construcción (EPCM), modelo muy popular en la industria minera.

Además, cabe en este punto señalar que, en los últimos años, con la irrupción de modelos de gestión colaborativos, surgen los "Multiparty Contracts" o "Contratos Multiparte", que se caracterizan por la utilización de un contrato común para todos los involucrados en un proyecto (Dueño, Ingeniero, Diseñador, Contratista), con cláusulas de renuncia a reclamaciones mutuas (no-fault clause) y una gobernanza colectiva.

Cada uno de estos modelos contractuales tiene, como ya se ha señalado, un correlato general con al-

4. AGC of America, *ibid*, prefacio x.

guno de los PDM's ya identificados previamente. Lo anterior puede ser observado en la siguiente figura:



Fig. 1 – Correlación entre los PDM's y diversos modelos contractuales (elaboración propia)

Como se aprecia de la figura anterior, el mercado ya dispone de modelos contractuales aptos para traducir la distribución de las responsabilidades contractuales de las partes involucradas de manera funcional para cada Project Delivery Method.

Sin embargo, hay también otro elemento que debe ser tomado en consideración, cual es, *la forma de pago* convenida en el respectivo contrato, como asimismo, su vínculo final con la respectiva asignación de riesgos. En efecto, existe una evidente conexión entre la responsabilidad contractual que se asume en un contrato con la forma en la que este último es pagado, de tal manera que, un tipo de contrato con una forma de pago impropia muy probablemente irá destinado al fracaso. Al respecto, la industria ha ido en general decantando en una gran clasificación que diferencia entre la modalidad de pago a suma o tanto alzado, el esquema de pago a precios unitarios y finalmente, el pago a costos reembolsables (también llamado algunas veces “pago por administración”, aun cuando esta expresión está más bien relacionada a la gestión que al pago).

El criterio de asignación de las formas de pago dependerá entonces del tipo de contrato de que se trate. Por ejemplo, en un proyecto donde la ingeniería/diseño, las compras y la construcción quedan en su conjunto en manos del Contratista, es razonable que este último asuma los riesgos asociados a tales actividades, de manera tal que un pago

a suma alzada, dividido por hitos o avance físico, resulta natural. Como contrapartida, en los casos en que un Contratista desarrolla únicamente labores de construcción, estando en manos del Dueño o Empleador la gestión de las demás actividades, pareciera lógico que el primero sea pagado bajo un esquema de precios unitarios por sobre una suma alzada, criterio que además es confirmado por los estándares internacionales más reconocidos en la industria, como se observa, por ejemplo, en el Libro Rojo de FIDIC⁵.

De lo anterior se concluye que existe una íntima relación entre los diversos PDM, las tipologías de contrato y las formas o modalidades de pago, factores que deben combinarse de manera armónica para que la gestión del proyecto se pueda llevar a cabo de manera eficiente y con una adecuada distribución de riesgos y responsabilidades. Dicha armonización puede observarse en la siguiente figura simplificada⁶:

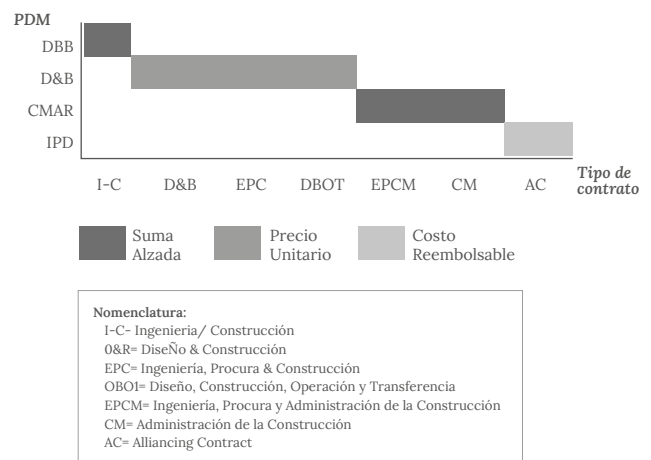


Fig. 2 – Relación entre los PDM's, tipos de contrato y modalidad de pago (elaboración propia)

Finalmente, un punto adicional dice relación con el *enfoque relacional* del PDM. En efecto, es posible identificar claramente que los PDM's de tipo *Design-Bid-Build*, *Design-Build* y *Construction Manager* obedecen a un criterio más bien tradicional, entendiendo por ello, un esquema

5. Una buena explicación sobre este punto puede ser encontrada en la subcláusula 14 de la Guía para la preparación de las Condiciones Particulares del Libro Rojo de FIDIC, versión 1999, página 12, en su versión en inglés.

6. Este criterio referente a la modalidad de pago adecuada al tipo de PDM se encuentra además ratificado, por ejemplo, por Lukas Klee. Al respecto, ver KLEE, L., *ibid*, páginas 51-52 y 61.

donde se plantea una relación entre dos partes con posiciones contrapuestas, en la que cada una tiene un interés diferente que hace valer en el proyecto, con sistemas de comunicación bidireccionales y estructuras de gobernanza o administración claramente separadas. Lo anterior, en contraposición al denominado *Integrated Project Delivery* o IPD, PDM que asume un enfoque de orden colaborativo, estructurado bajo un contrato multiparte que guarda bastantes semejanzas con el esquema de *Alliancing*, si bien tienen una estructura y origen diferente⁷. Esta diferenciación entre enfoque tradicional y colaborativo se encuentra debidamente ilustrado en un informe de Mc Kinsey & Co, denominado *Collaborative contracting: Moving from pilot to scale-up*, lanzado en enero de 2020⁸.

DONDE ENTRAN EN JUEGO LOS DISPUTE BOARDS EN UN PROJECT DELIVERY METHOD

Volviendo al informe de Mc Kinsey & Co, ya referido, resulta interesante la diferenciación que plantea entre un contrato colaborativo multiparte y un contrato con herramientas colaborativas. Mientras el primero se traduce en un documento contractual firmado por los participantes del proyecto, el segundo se expresa mediante asociaciones temáticas, tales como plataformas digitales, transparencia de datos y servicios compartidos, entre otros⁹.

Es precisamente en este contexto donde aparece la figura de los “Dispute Boards”, conocidos en español como “Comisión para la Resolución de Controversias”, en la traducción de los libros de FIDIC, como “Juntas de Resolución de Disputas”, institui-

das bajo la Ley 30.225 del Perú, o “Paneles Técnicos de Acompañamiento”, próximamente en Chile, de aprobarse el proyecto de modificación a su Reglamento para Contratos de Obra Pública (Decreto 75 de 2004, del Ministerio de Obras Públicas de la República de Chile).

En efecto, los Dispute Boards¹⁰ son típicamente caracterizados como *herramientas colaborativas* que pueden presentarse tanto en contratos o PDM’s de enfoque tradicional como colaborativo¹¹. La razón de ello parece evidente en el papel. No obstante, para comprender esta evidencia es necesaria una explicación previa.

Los Dispute Boards son una figura existente en el mundo de la construcción desde hace ya algunas décadas; sin embargo, no ha sido sino hasta años recientes en los que se observa un progresivo incremento en su uso, especialmente a nivel latinoamericano, primeramente, por la irrupción del acuerdo entre FIDIC y el Banco Mundial (y, por consecuencia, sus Bancos Multilaterales regionales) que hizo obligatorio el uso de su Libro Rosa (adaptación del Libro Rojo de 1999) a partir del año 2005, en los proyectos financiados por los Bancos Multilaterales de Desarrollo y; segundo, por la incorporación de los Dispute Boards en las legislaciones nacionales de diversos países, entre los cuales se encuentran Brasil, Perú, Costa Rica y muy posiblemente Chile. Uno de los elementos comunes, tanto en los modelos FIDIC como en las legislaciones antes referidas, es que el Dispute Board cumple una función de acompañamiento a las partes del proyecto, previniendo conflictos (*Standing*) y/o puede operar en una fase de controversia entre las mismas (*Ad-Hoc*). No obstante esta distinción, la tendencia en todos los

7. El modelo de *Alliancing* surge a principios de la década de 1990 en los campos de petróleo del Mar del Norte, siendo luego exportado a Australia y Nueva Zelandia; en tanto, el concepto de *Integrated Project Delivery* y el *multiparty contract* surgen en Estados Unidos alrededor de 10 años después. Un análisis comparativo puede ser revisado en el artículo de GRANSBERG, D, y JEONG, D, “*A Comparative Analysis of Alliancing and Integrated Project Delivery on Complex Projects: Parallel Systems Sharing a Common Objective*”, página 4.
8. McKinsey & Co: “*Collaborative contracting: Moving from pilot to scale-up*”, January 17, 2020. Disponible en: <https://www.mckinsey.com/business-functions/operations/our-insights/collaborative-contracting-moving-from-pilot-to-scale-up> (revisado el 18 de enero de 2024).
9. McKinsey & Co, *Ibid*.
10. La Cámara de Comercio Internacional (CCI) ha definido a un *Dispute Board* como: “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”. Cabe asimismo hacer presente que otras instituciones relacionadas, como la *Dispute Resolution Board Foundation* (DRBF) y FIDIC no entregan una definición sino, más bien, describen sus atributos. Ver, Centro Internacional de ADR de la Cámara de Comercio Internacional: *Reglamento relativo a los Dispute Boards*, 2015, página 2.
11. El Manual de la *Dispute Resolution Board Foundation*, del año 2019 expresa, por ejemplo, que: “Las reuniones periódicas con los equipos del proyecto promueven una comunicación abierta y un comportamiento colaborativo que preserva las relaciones contractuales” (“Regular DB meetings with project teams promote open communication and collaborative behavior that help preserve contractual relationships”). Ver DRBF, *Dispute Board Manual*, 2019, página 23.

ejemplos antes referidos es privilegiar la dimensión de acompañamiento, vale decir, su rol de facilitador en la generación de confianza, diálogo y colaboración entre las partes¹².

Por lo expuesto, existe ya un amplio consenso en la industria en atribuir a los Dispute Boards la condición de herramienta colaborativa, la que, tal como se ha indicado previamente, puede estar presente tanto en PDM's de tipo tradicional como colaborativo.

¿EN QUÉ TIPO DE PDM'S LOS DISPUTE BOARDS APORTAN MAYOR VALOR?

Ya habiéndose explicado que los Dispute Boards pueden estar presentes en todo tipo de PDM's, cualquiera sea la forma contractual que este último presente, surge de inmediato la duda acerca de en cuál de ellos podría aportar mayor valor, particularmente en su versión *standing*.

En este sentido, resulta interesante tomar en consideración un par de aspectos. En primer término, en las versiones 1999 de FIDIC, dentro de las cuales destacan, simplemente por mayor uso, los Libros Rojo (construcción desarrollada por el Contratista con ingeniería aportada por el Dueño), Amarillo (Contratista lleva a cabo el Diseño y Construcción) y Plata (Contratista diseña, desarrolla la procura o adquisición de suministros y construye), los *standing* Dispute Boards sólo se encontraban contemplados en el Libro Rojo. En consecuencia, bajo la lógica de FIDIC de ese momento, existía una mayor necesidad de participación continua por parte de este panel experto en relaciones donde el Contratista solo estaba a cargo de la construcción, vale decir, en contratos cuyo PDM era del tipo *Design-Bid-Build*, mientras que, en los demás casos, se estimaba que la función del Dispute Board quedaría por defecto remitida a la solución de controversias entre las partes¹³.

Esto implica, como consideración inherente, la percepción de un menor riesgo de conflictividad relacional en esquemas contractuales de tipo *Design & Build* (Libro Amarillo) o *EPC* (Libro Plata), por lo cual la función y, por lo tanto, el aporte de los Dispute Boards en dichos modelos, sería menor y no se justificaba entonces la forma *standing* por defecto, al menos en el tiempo en que se generaron estos estándares. Tal diferenciación, como se ha dicho, ha quedado superada en las versiones del año 2017, donde todos los modelos contractuales cuentan con un *Dispute Avoidance Adjudication Boards*, desde el inicio del proyecto; sin embargo, para efectos de análisis, este es un factor a tomar en consideración.

Un segundo elemento a tener en vista es la *incidencia de posibles conflictos en función de la modalidad de pago contractual*. En efecto, si bien no existe una estadística universal y confiable que permita sustentar una tesis al respecto, pareciera ser que la conflictividad se ve reducida en contratos de costo reembolsable, en contraposición a los contratos de serie de precios unitarios o de suma alzada.

No obstante, dentro de la exigua información disponible, destaca el estudio llevado a cabo por el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, que en el periodo 2010-2013 efectuó un seguimiento de los arbitrajes en construcción, caracterizando que el 73% de los contratos de construcción en esta instancia corresponden a aquellos con modalidad de pago a suma alzada, un 13% con modalidad combinada entre suma alzada-precios unitarios y un 7% a serie de precios unitarios¹⁴.

La información anterior debe ser a su vez analizada en conjunto con las clasificaciones de PDM's, en particular, el *Construction Manager* y el *Integrated Project Delivery*, cuya modalidad de pago natural corresponde a costos reembolsables y a no sumas alzadas o precios unitarios, salvo ex-

12. Incluso más, las últimas versiones 2017 de los modelos FIDIC, derechamente eliminan la figura de los Dispute Adjudication Boards "Ad-Hoc" y la sustituyen por los denominados *Dispute Avoidance Adjudication Boards*, los que operan bajo un esquema *standing* o de acompañamiento a partir del inicio y durante todo el transcurso del Proyecto, ratificando la tendencia global de la industria en este sentido. Ver FIDIC, Red Book, 2017, subcláusulas 1.1.22 y 21.1.

13. Por ejemplo, el Libro Plata de FIDIC determina que el nombramiento del Dispute Board se debe producir dentro del plazo de 28 días a contar de que una de las partes notifica a la otra de su intención de remitir la controversia al Dispute Board, de acuerdo con la subcláusula 20.4 del mismo documento. Ver FIDIC, Silver Book, 1999, subcláusula 20.2.

14. HELMLINGER, K., Seminario "Contratos de Construcción: Conflictos y Mecanismos de Resolución", Experiencia del CAM Santiago en Materia de Arbitraje y Mediación en la Construcción. En: IV Encuentro Mandante Contratista, página 37.

cepcionales casos, pudiendo concluirse, en términos generales, que las controversias se presentarían de manera más frecuente en PDM's donde la modalidad de pago convenida en su respectivo modelo contractual no corresponda a costos reembolsables. Lo anterior en todo caso no implica de modo alguno que en contratos con dicha modalidad de pago no se produzcan conflictos.

Finalmente, es menester preguntarse cuál es la incidencia de todas estas consideraciones al momento de considerar la implementación de un Dispute Board en un determinado proyecto. O bien, dicho de otra manera, si el Project Delivery Method elegido incide de alguna manera en la selección de un Dispute Board como herramienta de colaboración al proyecto.

Revisada la doctrina internacional, la respuesta es negativa. En efecto, si bien existe reconocimiento del hecho que el PDM seleccionado debiese tener alguna correlación con el método de resolución de controversias que se elija, en la práctica lo que se observa es que el diseñador del modelo contractual no hace este análisis y simplemente instituye un esquema de resolución en función de otras consideraciones¹⁵. Un interesante análisis sobre este punto se encuentra en el artículo denominado "The influence of Procurement Methods on Dispute Resolution Mechanism choice in construction" el que señala, en su parte final, que:

"La literatura revisada confirma el impacto de los PDM en la frecuencia de las disputas y en la selección del mecanismo de resolución de disputas. Algunas conclusiones deducibles de las discusiones previas son las siguientes. Primero, todo proyecto de construcción tiene el potencial de presentar disputas independientemente del PDM utilizado. Segundo, los mecanismos descritos para lidiar con tales dis-

*putas a menudo no se seleccionan teniendo en cuenta los principios que sustentan la relación creada por el PDM. De hecho, un análisis de las disposiciones de los estándares contractuales sobre resolución de disputas revela que el arbitraje, la adjudicación / dispute board - esencialmente métodos de ADR vinculantes- son los principales métodos de resolución de disputas que a menudo se describen independientemente del PDM utilizado"*¹⁶.

La conclusión anterior debe motivar cierta reflexión, particularmente a quienes tienen a cargo el diseño de contratos. Aparentemente, dentro del proceso de estructuración contractual, no se toma en consideración la mayor-menor aptitud o utilidad de un Dispute Board en función del PDM que será puesto en marcha; simplemente se adopta una cláusula estándar y se aplica. Lo anterior parece ser un error, considerando el hecho de que, como se ha explicado previamente, existen factores que permiten discriminar tanto la forma como el modo de operación del Dispute Board en base al modelo contractual referido al respectivo PDM.

En efecto, la falta de este análisis previo impide en la práctica seleccionar al panel experto más adecuado, en aquellos esquemas contractuales en donde podría aportar mayor valor. Por ejemplo, de acuerdo con la información revisada, el uso de un *standing* Dispute Board resulta evidentemente útil en PDM's del tipo *Design-Bid-Build*, reduciendo su potencial aporte en la medida que se avanza hacia métodos más colaborativos, como el *Integrated Project Delivery*, dejando a los métodos *Design-Build* y *Construction Manager* en una condición intermedia, dependiendo de un análisis que considere otros factores, por ejemplo, la modalidad de pago convenida. Lo anterior no guarda en todo caso relación con la condición de base, cuál es, que los Dispute Boards, en cualquiera de

15. Un ejemplo de lo anterior se observa, por ejemplo, en la Guía del Propietario para Project Delivery Methods, emitido por la Construction Management Association of America (CMAA), que no menciona este punto dentro de los factores relevantes a considerar. Ver: CMAA, An Owner's Guide to Project Delivery Methods (2012), página 31.

16. Ver: MANTE, N., ANKRAH & HAMMOND: "The influence of procurement methods on dispute resolution mechanism choice in construction" (2012), en SMITH, S.D., (Ed) Procs 28th Annual ARCOM Conference, 3-5, septiembre 2012, Edinburgo, RU, Association of Researchers in Construction Management, página 986: Texto original: "The literature reviewed confirms the impact of procurement methods on dispute frequency and the selection of DRM. Some key conclusions deducible from the above discussions are as follows. Firstly, every construction project has the potential to encounter disputes regardless of the procurement method used. Secondly, mechanisms outlined to deal with such disputes are often not selected with the principles undergirding the relationship created by the procurement method in mind. Indeed, an analysis of standard form contract provisions on dispute resolution reveals that arbitration, adjudication/dispute board - essentially binding ADR methods- are the main DRMs often outlined regardless of the procurement method used".

sus formas, representan una herramienta que ayuda a las partes de un proyecto a resolver sus diferencias sin tener que llegar a una instancia de judicialización. Tal es así, que la Dispute Resolution Board Foundation reconoce su aplicabilidad también en entornos colaborativos, haciendo sí algunas prevenciones¹⁷.

Todo lo expuesto tiene también correlato en la doctrina; por ejemplo, en el artículo denominado “Alternative Dispute Resolution Methods Used in Alliance Contracts”. Si bien el documento no se refiere exactamente al *Integrated Project Delivery*, su autor se refiere a la dimensión colaborativa, indicando lo siguiente:

“El *Project Alliance Delivery Method*, como una forma de contratación relacional, es en sí mismo un camino para evitar la ocurrencia de disputas. Al tener todas las partes que trabajar juntas en una organización temporal – compartiendo todos los riesgos, utilidades y pérdidas – el *Project Alliance Delivery Method* conduce a las partes a colaborar unas con otras”¹⁸.

Asimismo, cabe hacer presente que la relación entre los Dispute Boards y los contratos de Alliancing no siempre ha sido pacífica. Tal es el caso de Australia, en donde se ha observado una cierta resistencia a su uso conjunto, principalmente debido a que ambas “*alliances and DRBs are used on similar types of projects, meaning that they can be perceived as rivals*” (alianzas y DRBs son utilizadas en similares tipos de proyectos, lo que significa que son percibidas como rivales). No obstante, no se aprecia en la práctica motivo alguno para que no operen de manera conjunta, más allá de la falta de una cuidadosa y rigurosa aplicación para su idoneidad¹⁹.

Finalmente, lo ya señalado puede ser resumido en la siguiente figura explicativa:

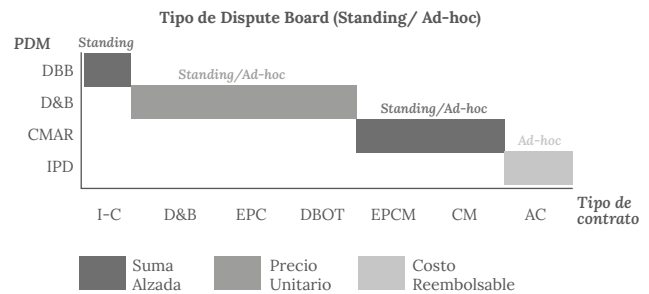


Fig. 3 –Relación entre PDM's, Dispute Boards, tipo de contrato y modalidad de pago (elaboración propia)

¿CÓMO APLICA TODO LO ANTERIOR A LA REALIDAD LATINOAMERICANA?

Como consideración inicial, es importante destacar que nuestro subcontinente tiene un grado de confianza interpersonal que podríamos describir como francamente bajo. En efecto, en el periodo 1995-2015, Latinoamérica presenta un nivel global de confianza promedio cercano al 17%²⁰. O bien, dicho en otras palabras, solo 1,7 de cada 10 personas confían en la persona con quien tienen que interactuar. Esta condición se extrapola a todo tipo de relaciones e instituciones.

La información anterior no debe pasar desapercibida, por lo siguiente: si entendemos que la posición inicial de las partes es de manifiesta desconfianza hacia la otra, ello necesariamente se verá traducido tanto en una distribución de riesgos inequitativa, como asimismo, en una postura antagónica y defensiva. Esta situación se traduce entonces, en la práctica, en la selección natural de PDM's de estructura tradicional, con un desplazamiento natu-

17. En efecto, la DRBF expresa: “While a DB can also be effective in a collaborative environment, the DB process needs to maintain a respectful distance between itself and the parties, to preserve its neutrality and maintain its objectivity. In short, Partnering and DBs can co-exist in a contract as long as the parties understand and accept the different but complementary roles inherent in the two processes”. (“Mientras un DB puede ser también efectivo en un entorno colaborativo, el proceso del DB necesita mantener una respetuosa distancia entre sí mismo y las partes, para preservar su neutralidad y mantener su objetividad. En suma, Partnering y DB pueden coexistir en un contrato en la medida que las partes entiendan y acepten los roles diferentes pero complementarios en los dos procesos”) Traducido por el autor. Ver DRBF, *Ibid*, página 103.

18. Ver, KOOLWIJK, J, “Alternative Dispute Resolution Methods Used in Alliance Contracts”, en “*Journal of professional issues in Engineering Education and Practice*”. © ASCE, enero 2006, página 46: “The project alliance delivery method, as a form of relational contracting, is in itself a way to prevent disputes from happening. By having all parties working together in one temporary organization—sharing all risks, profits, and losses—the project alliance delivery method drives these parties to collaborate with each other”.

19. GERBER, G: “Alliances and dispute review boards: Best firends or worst enemies?”, *Australian Journal of Civil Engineering*, Vol. 10, N.º 1, página 63.

20. Latinobarómetro: La confianza en America Latina 1995-2015 – 20 años de opinión pública latinoamericana, página 4.

ral de los riesgos hacia una de las partes y en el posible rechazo de herramientas colaborativas.

Esta misma correlación puede apreciarse al momento de determinar el método de resolución de disputas en función del nivel de confianza existente entre las partes, donde, en la medida que dicho nivel es menor, existe una tendencia por parte del diseñador del contrato a no utilizar los Dispute Boards, recurriendo a esquemas más tradicionales tales como el arbitraje. En efecto, en un estudio estadístico referido al efecto de la cultura, el riesgo y la confianza en la selección de los métodos de resolución de disputas para contratos internacionales de construcción, el autor destaca lo siguiente:

La Figura 4-10 muestra el porcentaje de proyectos en los que se indicaron diferentes métodos de resolución de disputas en el contrato categorizado, basado en diferentes niveles de confianza del proyecto: confianza baja, neutral y alta. Para proyectos de baja confianza, el arbitraje tuvo la mayor frecuencia, seguido de negociaciones, mediación, litigio y adjudicación, mientras que DAB/DRB no se empleó en absoluto.

En proyectos de confianza neutral, el arbitraje tuvo la mayor frecuencia, seguido de las negociaciones, DRB/DAB, mediación, litigio y adjudicación. En cuanto a los proyectos de alta confianza, el arbitraje tuvo la frecuencia más alta, seguida de adjudicación, DRB/DAB y mediación y negociación. El litigio no se utilizó en proyectos de alta confianza²¹.

Dicho lo anterior, resulta entonces capital preguntarse qué mecanismos resultan eficientes para administrar la desconfianza inicial entre las partes, producto de esta condición cultural propia de la región, mutando hacia una relación de mayor confianza y colaboración. A este respecto, dentro de las soluciones posibles y, para efectos de este análisis, surgen naturalmente dos: la primera, consiste en una migración hacia los PDM's de carácter

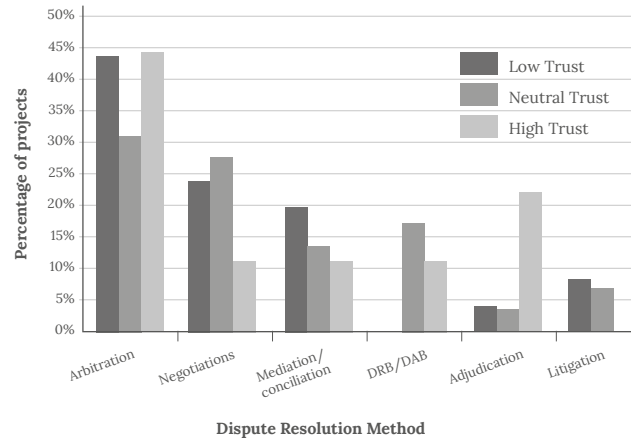


Figure 4-10: Percentage of projects in which DRMs was stated in contract in projects with different trust levels between parties.

colaborativo puesto que, como ya se ha mencionado, contienen en sí mismos un esquema de gobernanza que fuerza a las partes a dialogar durante la ejecución del proyecto, tomando decisiones y riesgos mutuos. Sin embargo, no se advierte que esta migración resulte fácil, tanto por razones culturales como por límites de orden legislativo, especialmente en las obras que deben ser desarrolladas en el sector público, donde intervienen factores presupuestarios y políticos referidos a la forma de asignación de riesgos.

La segunda alternativa, es la inclusión de herramientas colaborativas que no impliquen necesariamente la introducción de un PDM con un esquema contractual colaborativo, a diferencia de, por ejemplo, intentar implementar un contrato multiparte. Dicho de otra manera, resultaría razonable optar por mantener un PDM de tipo tradicional, pero introduciendo herramientas colaborativas en su modelo contractual correlativo. Esta última opción es la que se ha podido apreciar en Latinoamérica, particularmente con la introducción de herramientas tecnológicas que propenden a la integración, como el caso del *Building Information Modelling* (BIM) o bien, la incorporación de los Dispute Boards en materia de contratación pública. Al

21. Traducido por el autor. Ver MOUSTAFA GAD, G., "Effect of culture, risk, and trust on the selection of dispute resolution methods in international construction contracts. Thesis for Major in Civil Engineering", Iowa State University (2012), páginas 95-96: "Figure 4-10 shows the percentage of projects in which different DRMs were stated in the contract categorized, based on different project trust levels—low, neutral, and high trust level. For low trust projects, arbitration had the highest frequency, followed by negotiations, mediation, and litigation and adjudication, while DAB/DRB was not employed at all. In neutral trust projects, arbitration had the highest frequency, followed by negotiations, DRB/DAB, mediation, litigation, and adjudication. As for high trust projects, arbitration had the highest frequency, followed by adjudication, DRB/DAB and mediation, and negotiation. Litigation was not used in high trust projects".

efecto, si bien existe un reconocimiento global de la necesidad de introducir cambios en los marcos contractuales hacia esquemas que permitan instaurar mayores niveles de confianza entre las partes, dado el persistente incremento en el nivel de conflictividad existente en la industria, en especial en el sector público²², lo cierto es que dichos cambios se han ido desarrollando de manera progresiva y no a través de cambios radicales en los sistemas de contratación existentes.

Por lo anterior, esta introducción de herramientas colaborativas ha ido teniendo éxito en los últimos años; sin embargo, no se observa un mayor progreso en la introducción de PDM's colaborativos mediante un marco legal en Latinoamérica que los instaure – incluso de forma limitada para cierto tipo de proyectos – a diferencia de lo ocurrido con los Dispute Boards, que ya están siendo objeto de regulación legal en los países de la región, como ocurre en los casos de Perú, Brasil, Costa Rica y próximamente, Chile²³. Asimismo, en respaldo de lo anterior, también se ha observado en algunos estudios estadísticos, que la selección de un PDM por sí mismo, como factor aislado, no tiene mayor incidencia en la severidad o frecuencia de los conflictos o reclamaciones²⁴.

Por lo anterior, al momento de efectuar un análisis propio para la realidad latinoamericana, es posible inferir, primero, que la selección de los PDM's responderá preferentemente al nivel de confianza existente y a la distribución de riesgos que el Propietario desee, que usualmente lo llevará al esquema más tradicional posible, dada la desconfiada realidad regional y, segundo, que, en función de lo anterior, la inclusión de los Dispute Boards en dicho modelo representará un real aporte en la medida que apunte precisamente a gestionar la posición antagónica inicial que las partes tendrán en el proyecto, de manera tal que sería preferible el uso en su forma *standing* por sobre su modalidad *ad-hoc*. Lo expuesto cambiaría ligeramente las

consideraciones generales para la Figura 3 anterior, según se observa a continuación:

CONCLUSIONES

La tendencia global en el mundo de la construcción ha ido progresivamente retornando desde los aná-

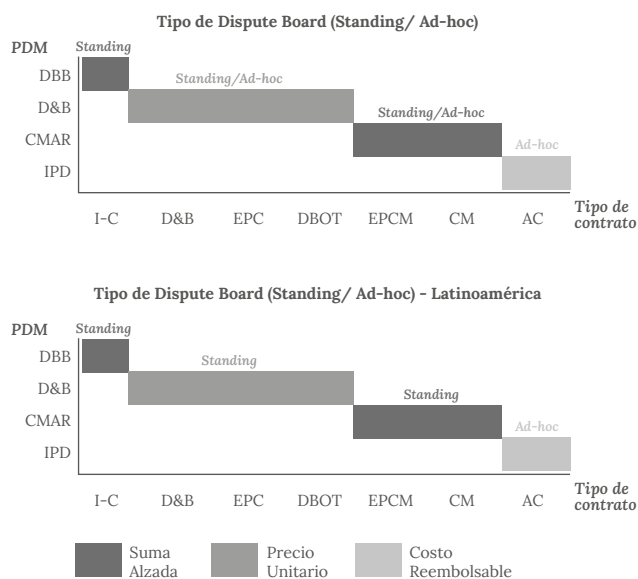


Fig. 4 – Comparación entre PDM y Dispute Boards Ad-Hoc/Standing, aplicado a Latinoamérica (elaboración propia)

lisis sectoriales hacia visiones multidisciplinarias e integradas. En tal contexto, cada día con mayor frecuencia se van produciendo estudios cruzados que combinan la revisión de aspectos técnicos y de gestión con dimensiones contractuales, legales, e incluso culturales, como intenta hacerlo el presente artículo.

En concreto, se observa que existe una clara correlación entre los Project Delivery Methods (PDM's) y un determinado modelo contractual que le sirve de expresión. Es así que, por ejemplo, un PDM del tipo *Design-Build-Build* se traduce generalmente en contratos donde el Contratista desarrolla únicamente la construcción o el diseño; o bien, en el

22. Por ejemplo, en el caso de Chile, en el periodo 2010-2015, los juicios de construcción se quintuplicaron, según consta en el informe encargado por la Cámara Chilena de la Construcción el año 2016 al estudio Wagemann. Ver: <https://www.latercera.com/noticia/montos-juicios-la-construccion-alcanzan-549-del-contrato-original/> (revisado en sitio web el 18 de enero de 2024).

23. En este mismo sentido, referido al Alliancing, pero a nivel global, ver: KLEE, L., *ibid.*, página 61.

24. BASHETTIYAVAR, G., "Comparing claims and disputes performance between traditional Project Delivery Method and Alternate Project Delivery Methods" (2018), página 66.

otro extremo, un PDM del tipo *Integrated Project Delivery* se verá reflejado en un contrato multiparte. Asimismo, estos modelos contractuales también tienen una relación natural con la modalidad de pago seleccionada para los mismos.

Por su parte, existe también un correlato claro entre el PDM seleccionado y los Dispute Boards, tanto en la decisión de implementación como en su forma de operación (*standing* o *ad-hoc*). Sin embargo, la evidencia internacional aplicada sobre los estándares de mayor uso muestra que, a pesar de dicha relación, al momento de elegir un PDM, no se estudia de manera profunda la influencia que tal conexión puede tener en el mejor desarrollo de un proyecto, limitándose el diseñador-redactor del contrato a incorporar por defecto los Dispute Boards, usualmente en la cláusula de resolución de conflictos. Lo anterior impide en la práctica determinar cuál es el panel experto que puede aportar mayor valor en función del PDM elegido.

A su vez, la revisión de una serie de factores y mencionados en este trabajo permite afirmar que los Dispute Boards en su forma *standing* generan mayor valor en PDM's de tipo tradicional (*Design-Bid-Build* y *Design-Build*); en tanto, su aporte es menor en PDM's de tipo colaborativo, donde potencialmente podrían revestir un formato *ad-hoc*. No obstante, ello no implica que su función no sea claramente beneficiosa en cualquiera de los PDM's que se implemente.

Finalmente, aplicado este análisis a la realidad latinoamericana, las conclusiones generales no presentan grandes variaciones. Sin embargo, dada la condición propia de desconfianza de la región, en donde las posiciones de las partes a partir del inicio del proyecto son antagónicas, como asimismo, la tendencia a optar por esquemas contractuales tradicionales, pareciera preferible avanzar en formatos de Dispute Boards *standing*, cualquiera sea el PDM que se determine, dada la evidente utilidad que tienen estos paneles de expertos en el establecimiento de líneas de comunicación sanas y equilibradas entre las partes, como también, en la prevención de conflictos, aspecto base en la conservación de las confianzas.

BIBLIOGRAFÍA

AGC of America: "Project Delivery Systems for Construction – 3d Edition" - ISBN: 978-1-936006-28-1 - (2011)

BASHETTIYAVAR, G: "Comparing claims and disputes performance between traditional Project Delivery Method and Alternate Project Delivery Methods". Thesis for the Degree of Master of Science Colorado State University (2018). Disponible en: https://mountainscholar.org/bitstream/handle/10217/189362/Bashettiyavar_colostate_0053N_14743.pdf?sequence=1 (revisado el 18 de enero de 2024)

Centro Internacional de ADR de la Cámara de Comercio Internacional: "Reglamento relativo a los Dispute Boards" (2015). Disponible en: <https://iccwbo.org/news-publications/arbitration-adr-rules-and-tools/2015-dispute-board-rules-spanish-version/>

Construction Management Association of America: "An Owner's Guide to Project Delivery Methods" (2012). Disponible en: <https://www.cmaanet.org/sites/default/files/inline-files/owners-guide-to-project-delivery-methods.pdf>

DRBF: Dispute Board Manual: "A guide to Best Practices and Procedures" - E-book, November 2019, ISBN: 978-1-943070-69-5 (2019)

FIDIC Red Book – First Edition 1999 - ISBN 2-88432-022-9 (1999)

FIDIC Red Book- Second Edition 2017 - ISBN 978-2-88432-084-9 (2017)

FIDIC Silver Book – First Edition 1999 - ISBN 2-88432-021-0 (1999)

GERBER, G.: "Alliances and dispute review boards: Best friends or worst enemies?". Australian Journal of Civil Engineering, Vol 10, N° 1. Páginas 57-66 (2012). Disponible en: https://www.academia.edu/1550136/Alliances_and_Dispute_Review_Boards_Best_Friends_or_Worst_Enemies

GRANSBERG, D y JEONG, D.: "A Comparative Analysis of Alliancing and Integrated Project Delivery on Complex Projects: Parallel Systems Sharing a Common Objective" (2019). Disponible en: https://lib.dr.iastate.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1230&context=ccee_pubs

HELMLINGER, K.: "Experiencia del CAM Santiago en Materia de Arbitraje y Mediación en la Construcción". En: IV Encuentro Mandante Contratista. Seminario "Contratos de Construcción: Conflictos y Mecanismos de Resolución". Página 37 (2013). Disponible en: <https://library.co/document/z3l8mg7z-compendio-mandante-contratista-joc-cpg-v4-0.html>

KLEE, L: "International Construction Contract Law" - ISBN 978-1-118-71790-5 (hardback)- Wiley (2015)

KOOLWIJK, J: "Alternative Dispute Resolution Methods Used in Alliance Contracts". In: Journal of professional issues in Engineering Education and Practice © ASCE / enero 2006. Páginas 44-46. Disponible en:

<http://alliancecontractingelectroniclawjournal.com/wp-content/uploads/2017/04/Koolwijk-J.-2006-%E2%80%98Alternative-Dispute-Resolution-Methods-Used-in-Alliance-Contracts%E2%80%99.pdf>

La Tercera.com: <https://www.latercera.com/noticia/montos-juicios-la-construccion-alcan->

[zan-549-del-contrato-original/](#) (revisado en sitio web el 18 de enero de 2024)

Latinobarómetro: "La confianza en America Latina 1995-2015 - 20 años de opinión pública latinoamericana". Revisado el 18 de enero de 2024 en www.latinobarometro.org

MANTE, NDEKUGRI, ANKRAH & HAMMOND: "The influence of procurement methods on dispute resolution mechanism choice in construction" (2012). En SMITH, S.D. (Ed) Procs 28th Annual ARCOM Conference, 3-5, septiembre 2012, Edinburgo, RU, Association of Researchers in Construction Management. Páginas 979-988. Disponible en:

https://www.arcom.ac.uk/-docs/proceedings/ar2012-0979-0988_Mante_Ndekugri_Ankrah_Hammond.pdf (revisado el 18 de enero de 2024)

McKinsey & Co: "Collaborative contracting: Moving from pilot to scale-up", enero 17, 2020. Disponible en: <https://www.mckinsey.com/business-functions/operations/our-insights/collaborative-contracting-moving-from-pilot-to-scale-up> (revisado el 18 de enero de 2024)

MOUSTAFA GAD, G.: "Effect of culture, risk, and trust on the selection of dispute resolution methods in international construction contracts". Thesis for Major in Civil Engineering, Iowa State University (2012). Disponible en: <https://dr.lib.iastate.edu/entities/publication/ed58ba81-7ab7-4dfe-8295-ad412f6dcd38>

Legitimidad en los DB y JRD para emitir Medidas Provisionales o Cautelares



LUIS ENRIQUE AMES PERALTA¹

Abogado, Mediador, DAB, Adjudicador, Arbitro de diversas instituciones arbitrales.

1. ¿QUÉ ES UN DISPUTE BOARD?

Un medio alternativo de resolución de conflictos que cada vez cobra mayor importancia en el rubro de la construcción es el Dispute Board (DB). Según la Cámara de Comercio Internacional (en adelante ICC), los Dispute Boards son “un órgano permanente compuesto por uno o tres miembros, creados al inicio o a la firma de un contrato, los cuales serán utilizados para prevenir o superar cualquier desacuerdo o conflicto que surja durante la ejecución de una obra”; asimismo, la ICC en su Reglamento Relativo a los Dispute Boards² los clasificó tripartitamente, siendo estos: Dispute Review Boards (DRBs), Dispute Adjudication Boards (DABs) y Combined Dispute Boards (CDBs).

En cuanto a sus funciones y diferencias tenemos que un DRB ayudará a las partes a evitar desacuerdos, los resolverá mediante una asistencia formal y emitirá conclusiones sobre las desavenencias, teniendo como mecanismo la emisión de recomen-

daciones de carácter voluntario; a diferencia del anterior, el DAB también cumple con las mismas funciones, pero este emitirá decisiones las cuales serán de obligatorio cumplimiento para las partes. Finalmente, un CBD, tal y como su nombre lo menciona, se conforma como un medio híbrido compuesto entre un DAB y un DRB, emitiendo, según fuese el caso, recomendaciones o decisiones.

Asimismo, su clasificación también se da según el número de miembros que lo conforma, pudiendo ser: DB unipersonal, constituido por un solo miembro; DB tripartito, conformado por tres miembros; y DB múltiple, conformado por más de tres miembros, pero siempre en número impar. Conforme al momento de su instalación, tenemos otra clasificación: i) DBs Permanentes (Standing Dispute Boards), son aquellos que se caracterizan por estar conformados desde el inicio del contrato, es decir, desde el inicio de la ejecución del proyecto de construcción, brindando seguimiento contractual y previniendo disputas; estos generalmente son catalogados como la

1. Member of the International Construction Law Association, Asociado del International Centre for Dispute Resolution (ICDR). Latin American and Caribbean Users' Council London Court of International Arbitration (LCIA). The Society of Construction Law Member. Miembro del Singapore Institute of Arbitrators - MSI Arb. Member del Chartered Institute of Arbitrators - MCI Arb, del Club Español del Arbitraje - CEA. Especialista en Arbitraje, Contrataciones del Estado, Junta de Resolución de Disputas, Gestión Contractual, Derecho Administrativo y Construcción por la: Pontificia Universidad Católica de Paraná - Brasil, Universidad San Pablo - España (CEU Real Instituto Universitario de Estudios Europeos, el Centro Internacional de Arbitraje, Mediación y Negociación - CIAMEN y el Chartered Institute of Arbitrators - CI Arb), Consejo General de la Abogacía Española, International Chamber of Commerce - ICC Spain, Centro Internacional de Arbitraje de Madrid - CIAM, Universidad Austral - Argentina, American University Washington College of Law, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad del Pacífico, Universidad ESAN, PUCP, PMI y FIDIC.

2. Cámara de Comercio Internacional - ICC: Reglamento Relativo a los Dispute Boards, Fishburn, Francia, página 17.

forma más eficiente de aprovechar un DB. ii) DBs Ad Hoc, a diferencia del anterior, estos se instalan en el momento en que las partes requieran asistencia del DB, dejando de funcionar una vez haya sido resuelta la disputa. iii) DBs Mixtos (Formula Fomilenio II – El Salvador), esta clasificación conforme lo explica Roberto Hernández en “Dispute Boards: Teoría y práctica” se refiere a que la Formula Fomilenio II de El Salvador, utilizada en contratos FIDIC, expresa un uso diferente del DB, de esta manera la conformación de un DB será unipersonal, permanente y con un monto determinado; en caso exista una disputa que exceda este monto, el DB será integrado por dos miembros más convirtiéndose en un DB tripartito. El cargo de presidente lo asumirá el miembro del DB que acompañó inicialmente y una vez resuelta la disputa el DB tripartito desaparecerá y volverá a su naturaleza inicial de un DB unipersonal y permanente; la finalidad de este modelo es evitar incurrir en gastos mayores y tener una mayor eficiencia en los proyectos.

2. PERÚ, JUNTA DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS (JRD)

Los Dispute Boards, a diferencia de la doctrina internacional, en el Perú adoptan el nombre de Junta de Resolución de Disputas (en adelante JRD) y una de sus principales peculiaridades es que su creación no parte de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, sino de una imposición normativa, siendo esta la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones con el Estado, misma que le acuña el término de JRD.

En el reglamento de la Ley N° 30225 se establece que la finalidad de una JRD es que “las partes logren prevenir y/o resolver eficientemente sus controversias durante la ejecución de la obra, desde el inicio del contrato hasta la recepción total de la obra”. En cuanto a la designación de sus miembros podemos hallar en el artículo N° 207, lo siguiente: La JRD que esté conformada por un solo miembro, este deberá ser -obligatoriamente- ingeniero o arquitecto con conocimiento de la normativa aplicable al contrato; en caso este conformado por 3 miembros, el Presidente debe reunir este mismo requisito, ser ingeniero o arquitecto.

Finalmente, la Ley N° 30225 se encuentra complementada con la Directiva N° 012-2019-OSCE/CD, la cual desarrolla complementos normativos respecto a su constitución, administración y desarrollo de la JRD, de esta manera en la Directiva encontramos los requisitos que debe cumplir un Centro para que Administre JRD's (Art. 7.1), el deber de información de los miembros de la JRD y de las partes (Art. 7.5 y 7.8), los lineamientos de ética que están regulados en el artículo 20 apartados de la a – h, entre otros.

3. D.L. 1444 ¿QUÉ PUEDE Y QUÉ NO PUEDE HACER UNA JRD?

El 16 de septiembre del año 2018 la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones con el Estado fue reformada mediante el Decreto Legislativo N° 1444, que modificó los artículos N° 45.3, 45.4, 45.6, 45.7 y 45.8. De esta manera, en cuanto a la JRD, se modificó lo siguiente: 45.3) En las contrataciones de obra, las partes pueden recurrir a la JRD de acuerdo al valor referencial y demás condiciones previstas en el reglamento; lo más importante de esta modificación, es que expresamente se menciona que las decisiones de la JRD son vinculantes para las partes. 45.4) Las decisiones de la Entidad o de la Contraloría General de la República respecto a la aprobación o no de la ejecución de las prestaciones adicionales, así como de las pretensiones referidas al enriquecimiento sin causa, pago de indemnizaciones o cualquier otro que se origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o parciales, no puede ser sometido ni a conciliación, arbitraje menos a Junta de Resolución de Disputas; aunque parezca increíble, toda decisión tomada por la Entidad o la Contraloría General respecto a lo mencionado en el artículo, no podrá ser sometido a ningún medio alternativo de resolución de conflictos. 45.6) Los medios de solución de controversias deben ser iniciados por la parte interesada en cualquier momento previo a la fecha de pago final. 45.7) Luego del pago final, las controversias solo pueden estar referidas a vicios ocultos en bienes, servicios u obras y a las obligaciones previstas en el contrato que deban cumplirse con posterioridad al pago final. Finalmente, 45.8) Podrán ser sometidas a JRD todas las controversias que surjan durante la ejecución de la obra hasta su recepción y, ante la existencia de desacuerdo con las decisiones

emitidas, se podrán someter a arbitraje posterior al plazo de 30 días hábiles de recibida la obra, en caso surjan controversias posteriores a la recepción de la obra, también podrán ser sometidas a arbitraje en el mismo plazo.

4. LA IMPLEMENTACIÓN DE UN DB, A PARTIR DE LOS CONTRATOS FIDIC

La implementación de los DBs en los contratos estandarizados se da de diferentes maneras. Por ejemplo, en el caso de los contratos FIDIC, el Libro Rojo y el Libro Dorado (1999) establecen que el DB es permanente, el cual acompañará a las partes desde la suscripción del contrato y durante la ejecución del proyecto; a diferencia del Libro Amarillo y el Libro Plata (1999) que establecen un Dispute Board Ad Hoc, el cual será designado por las partes, pero solo aparecerá ante el surgimiento de una disputa, desactivándose una vez resuelta.

Adicionalmente de las condiciones de tratarse de un DB permanente o *Ad Hoc*, los modelos de los libros Amarillo, Plata y Rojo generan una condición especial, el agotamiento del DB como condición necesaria y previa para iniciar un arbitraje, de hecho, este aspecto también se encuentra reflejado en la normativa peruana.

Finalmente, se debe tener en cuenta que las cláusulas de un DB en los contratos FIDIC deben estar complementadas con las Condiciones Generales del Acuerdo de Resolución de Conflictos³ y con las Reglas Procedimentales FIDIC.

5. PROBLEMÁTICA DE LA TUTELA CAUTELAR

A partir de los conceptos desarrollados, estos me permiten exponer una problemática actual, la vulneración de la tutela cautelar en el sector construcción.

En el artículo N° 251.1 del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado (Decreto Supremo N° 344-2018) se estipula como requisito previo para iniciar un arbitraje, el agotar a la Junta de Resolución de Disputas. En este sentido, ante el supuesto de darse una resolución contractual por parte de una Entidad a un Contratista, este último deberá esperar un plazo aproximado de 46 días; para que la JRD resuelva la citada reclamación, conforme lo establecido en la Directiva N° 012-2019-OSCE/CD en sus artículos N° 7.12, 7.13, 7.14, 7.15 y 7.16⁴. Sin embargo, al tratarse de una resolución contractual existe el riesgo latente de la posible ejecución de las cartas fianzas por parte de la Entidad, convirtiéndose dicha situación en un lamentable mala práctica; por otro lado, y a modo de supuesto, el contratista podría optar por solicitar una medida cautelar a nivel judicial teniendo como resultado la posibilidad de estos dos supuestos: en el primero, el juez pueda declararse incompetente para amparar la solicitud cautelar, puesto que quien debe resolver cualquier conflicto surgido en el contrato es la JRD (teniendo en consideración que según la normativa aplicable en el Perú constituir la JRD es un requisito previo para poder iniciar un arbitraje); en el segundo supuesto, el juez puede otorgar la medida cautelar bajo el amparo del derecho constitucional de tutela jurisdiccional, de ser este el caso el contratista tendría un plazo de 10 días para iniciar el arbitraje y uno de 90 días para la constitución del Tribunal Arbitral, conforme el inciso N° 4 del art. 47 del Decreto Legislativo N° 1071 que norma el arbitraje (el suscrito considera que este supuesto sería inviable; ya que considero que el Poder Judicial no sería legítimo para resolver la citada controversia).

Evidentemente, y como mencioné en un inicio, este último supuesto caería en una antinomia normativa, porque, para iniciar un arbitraje, se debe previamente agotar a la JRD, por tanto solo sería posible con la configuración de la segunda parte del art. 251.1 del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, donde se puede iniciar un

3. FIDIC, Condiciones de Contratación para la Construcción para Trabajos de Ingeniería y Edificación diseñados por el Cliente (Suiza: FIDIC, 1999), páginas 65-74.

4. Estos artículos explican lo siguiente: En el Perú, las obras cuyo importe sea mayor a 20 millones de soles deben contar, obligatoriamente, con una JRD; esta JRD es administrado y organizado por un Centro de Resolución de Conflictos. Por tanto, para que la parte interesada someta una disputa a la JRD, esta debe presentar al Centro que la administra una petición, la cual será notificada en el plazo de 3 días. Posterior a ello, la otra parte tendrá el plazo de 15 días para contestar la petición. La JRD determinará si es necesario llevar a cabo la petición mediante una audiencia o no, de serlo deberá mediar un plazo no mayor a 10 días entre la contestación y la audiencia. Finalmente, la JRD emitirá su decisión al Centro dentro de los 15 días siguientes a la fecha de la última audiencia respectiva y este, notificará a las partes en el plazo de 3 días desde su recepción.

arbitraje cuando la JRD a) no se haya conformado, b) no haya emitido una decisión dentro del plazo previsto, c) se haya disuelto o d) haya sido recepcionada totalmente la obra.

De esta manera, queda en evidencia la vulneración de una garantía constitucional como lo es la tutela cautelar; ya que, la parte que requiera una tutela jurisdiccional efectiva tendría ciertas limitaciones a causa de un conflicto normativo, en el cual, pese a que inicialmente pueda ser amparada, normativamente termina siendo ilegítima; por lo que, ante el supuesto señalado, existe la posibilidad que le ejecuten las cartas fianzas al contratista.

6. EL ALCANCE DE UNA POSIBLE SOLUCIÓN: “MEDIDAS PROVISIONALES”

Ante esta problemática, una posible solución podría ser la aplicación de las medidas provisionales emitidas por la JRD; y es que, así como en el arbitraje el árbitro puede emitir medidas cautelares a razón de su jurisdicción, (sin el ánimo de ingresar a tallar en este tema ya que la jurisdicción arbitral peruana es reconocida por la Constitución), un DB también puede emitir medidas provisionales para salvaguardar su finalidad y rol fundamental, la continuidad de la obra.

De hecho, en el *Handbook of Arbitration* de la ICC se señala lo siguiente:

“Conforme lo establecido en el artículo 20.4 del Libro Rojo, un Dispute Board puede ordenar medidas interinas y de conservación en el contexto de sus poderes de adjudicación. En este sentido, el alcance de las medidas que un Dispute Board puede otorgar serían amplios... al punto de ordenar al empleador realizar adelantos o pagos de hitos, a fin de aliviar las necesidades de flujo de caja del contratista”.

Esto nos permite conceptualizar que la finalidad esencial de un DB y, conforme se especificó en un inicio, es la *continuidad del proyecto*, pues este de-

berá prevenir y/o superar cualquier conflicto que surja durante la ejecución de la obra.

Además, las Reglas Procedimentales FIDIC, según el modelo del libro escogido, también establecen que un DB puede emitir medidas provisionales, por ejemplo, en la subcláusula 20.4 del Libro Rojo FIDIC de 1999, se establece lo siguiente:

Subcláusula N° 20.4:

“... las partes pueden remitir su disputa a la Adjudication Dispute Boards (DAB), la cual tendrá 84 días para tomar una decisión”.

Asimismo, en la cláusula 5 – g de las Reglas de Procedimiento anexas a las Condiciones generales del Contrato se estipula que:

“El DAB decide sobre cualquier medida provisionales, como medidas provisionales o conservatorias”.

Recordemos que los contratos FIDIC cuentan con la característica de otorgar soluciones que son internacionalmente conocidas y aceptadas para la ejecución de distintos tipos de proyectos de construcción, además sus disposiciones son compatibles con los ordenamientos jurídicos tanto del common law como del civil law⁵.

Finalmente, en el Reglamento de la ICC relativo a los Dispute Boards, en el artículo 15 se señala lo siguiente:

“Artículo N° 15:

Facultades del DB

El procedimiento ante el DB se regirá por el Reglamento y, en caso de silencio de éste, por las normas que las partes o, en su defecto, el DB determinen. En particular, en ausencia de acuerdo entre las Partes a este respecto, el DB está facultado, *inter alia*, para:

- Decidir sobre cualquier remedio temporal, como una medida provisional o cautelar”.

5. Véase Figueroa Valdés, Juan Eduardo (2013).

De esta manera, si bien una medida provisoria de un DB no puede ser comparado con la decisión de fondo de una controversia, tampoco se puede justificar su incumplimiento, puesto que la solicitud de esta surge a partir de una necesidad apremiante, de la tutela cautelar provisional o temporal.

7. UNA MIRADA DESDE LA PERSPECTIVA INTERNACIONAL

Con el ánimo de respaldar esta posición, la óptica internacional nos ofrece un alcance jurisprudencial con el caso PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK vs. CRW Joint Operation, en el cual el Tribunal de Apelación de Singapur conformado por los jueces **Menon CJ, Gary Born y Chan Sek Keong** concluyó que las partes que hayan firmado un contrato que contenga una cláusula de Resolución de Conflictos -en el presente caso el contrato había sido celebrado mediante un contrato FIDIC bajo el modelo del Libro Rojo (Cláusula 20.4: Resolución de conflictos)- debían de cumplir con cualquier decisión que el DB haya tomado de manera rápida, incluso si no se hubiera determinado el fondo de la disputa.

El presente caso, surge a razón de que PGN y CRW celebran un contrato para el diseño, suministro, instalación, pruebas y puesta en servicio de un gasoducto para transportar gas natural desde Sumatra del sur a Java occidental (Indonesia). En el contrato se detalla que, si alguna de las partes se encontraba insatisfecha con una decisión del DAB podía enviar un NOD (Notificación de insatisfacción) a la otra parte; y que, tras recibirse la decisión del DAB y no llegar a un acuerdo, se iniciaba el arbitraje. De esta manera fue que ambas partes sometieron 13 controversias al DAB, las cuales fueron resueltas; sin embargo, PGN presentó una disconformidad respecto a la decisión N° 03. Por su parte, CRW, no habiendo tenido éxito en su solicitud de cumplimiento de la decisión N° 03, inició un arbitraje en el año 2009. Este tendría como consecuencia un laudo final que posteriormente sería anulado, y, pese a ello, CRW iniciaría un segundo arbitraje en el 2011, el cual tampoco tuvo un

resultado favorable llegando CRW hasta el Tribunal de Apelaciones de Singapur, el cual marcaría una clara distinción entre laudos parciales, laudos provisionales y laudos definitivos, siendo su análisis el siguiente: El laudo parcial se caracteriza por resolver definitivamente parte del litigio de las partes, dejando algunas reclamaciones para su ulterior consideración o para etapas posteriores del mismo. El laudo provisional decide sobre una cuestión preliminar relevante para la resolución de dichas reclamaciones, este tipo de laudo no decide sobre la reclamación sustantiva de las partes, sino que se dicta con el ánimo de proteger a una de las partes respecto a los daños que se puedan ocasionar durante el proceso judicial o arbitral como, por ejemplo, el mantener el status quo o preservar bienes y pruebas. Finalmente el laudo definitivo es aquel que resuelve una demanda o asunto mediante un arbitraje con efecto preclusivo, además, se trata de un laudo que ha alcanzado un grado suficiente de firmeza en sede arbitral, este laudo es aquel que resuelve todas las reclamaciones restantes.

Lo importante del caso en cuestión, además del interesante análisis sobre los laudos parciales, provisionales y definitivos, es el alcance le da el Tribunal a las decisiones emitidas por un DAB, de esta manera el Tribunal reconoce que las partes tienen la obligación afirmativa y contractual de cumplir con prontitud una decisión tomada por el DAB, es decir, que ante un supuesto de tutela cautelar en el que un DB con sus facultades y competencias correspondientes emita una decisión o ampare una tutela cautelar, las partes tendrían la obligación de cumplirla.

8. PRINCIPALES REGLAMENTOS DE INSTITUCIONES QUE ADMINISTRAN JRD EN PERÚ

Finalmente, para concluir el presente análisis acompaño algunos artículos de las principales instituciones que administran JRDs en Perú; asimismo, a modo de referencia mencionamos el Reglamento de ICC de Dispute Boards, en los cuales se regula la posibilidad que las JRDs y Dispute Boards puedan emitir medidas temporales, provisionales y cautelares, respectivamente.

1) **International Chamber of Commerce – Reglamento de Dispute Boards**

“Artículo 19

La Exposición de la Demanda debe incluir:

- cualquier solicitud de **medidas provisionales o cautelares**”.

“Artículo 20

Contestación y documentos adicionales:

- una exposición de los asuntos para los cuales la Parte que contesta solicita la Conclusión del DB, incluyendo cualquier solicitud de **medidas provisionales o cautelares**”.

2) **Reglas de Procedimiento anexas a las Condiciones generales del Contrato – FIDIC (Libro Rojo)**

El DAB decide sobre cualquier medida provisionales, como medidas provisionales o conservatorias.

3) **Colegio de Ingenieros del Perú – Consejo Departamental de Lima Centro de Arbitraje y Resolución de Disputas Reglamento de JRD** (<https://cdlima.org.pe/wp-content/uploads/2023/09/Reglamento-de-JRD-Obras-Publicas-CIP-.pdf>)

“Artículo 22: Facultades de la JRD:

2. En particular, ante ausencia de acuerdo entre las Partes, la JRD se encuentra facultada, entre a otras, para:

(...)

i) Decidir, ordenar y/o dictar toda clase de medida temporal, provisoria, transitoria o de conservación”.

4) **Cámara de Comercio de Lima – Reglamento de JRD del Centro Nacional e Internacional de la CCL** (https://www.arbitrajeccl.com.pe/wp-content/uploads/2023/10/Reglamento-JRD_-Ultima-Ver_-27.11.2020-2.pdf)

“Artículo 15° Funciones:

1. Los miembros de la JRD cumplen con las siguientes funciones:

(...)

b) Emitir decisiones sobre solicitudes de medidas cautelares o provisionales”.

“Artículo 31° Otras medidas necesarias:

La JRD está facultada para adoptar decisiones sobre cualquier aspecto urgente con carácter temporal o provisorio, con sujeción al artículo 33. El no acatamiento de estas decisiones, constituye incumplimiento contractual”.

5) **Centro de Arbitraje y Junta de Resolución de Disputas “ANKAWA – Internacional”** (https://www.ankawainternacional.org/wp-content/uploads/REGLAMENTO_DE_LA_JUNTA_DE_RESOLUCION_DE_DISPUTAS_2020.pdf)

“Artículo 18° Facultades de la JRD:

(...) interrogar a las partes, a sus representantes y a cualquier testigo que considere pertinente; y **tomar las medidas necesarias para el ejercicio de sus funciones**”.

6) **Reglamento de Junta de Disputas del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (CARC-PUCP)** (<https://cdn01.pucp.education/carc/wp-content/uploads/2020/12/29153738/rr-1314-2020.pdf>)

“Artículo 22° Facultades de la JD (JRD):

(...) a sus representantes y a cualquier testigo que considere pertinente, contratar peritos y **tomar las medidas necesarias para el ejercicio de sus funciones**”.

Por todo lo expuesto, puedo concluir que las JRDs tendrán legitimidad para pronunciarse sobre las medidas cautelares o temporales a razón del Reglamento al que se hayan sometido; lo cual, es una potestad (elección de la institución que administra JRDs) que tienen las partes contratantes.

Enforcement of a Dispute Avoidance and Adjudication Board (DAAB) decision



TELMA PIRES DE LIMA

Lawyer, Senior Counsel at PLMJ Advogados, SP, RL

1. INTRODUCTION

Dispute boards are generally solely a creature of contract, and they are particularly important in the construction sector. They can operate proactively, particularly if they are in place from the outset of the project, and their aim is to identify and address potential disputes before they escalate. This preventive approach helps in managing conflicts at an early stage, preventing disruptions, contributing to maintaining projects on schedule and to avoiding the need for more formal and time-consuming dispute resolution procedures. Resolving disputes through a dispute board can be more cost-effective and time-efficient than traditional litigation or arbitration, as dispute boards operate with less formality and offer flexibility in tailoring procedures to suit the specific needs of a project and to provide a swift process, minimising the expenses associated with prolonged le-

gal proceedings and the negative impact on project stakeholders. Ultimately, dispute boards aim to preserve relationships between project parties and can foster communication and promote cooperation among them, which can be crucial for the success of future projects.

The inclusion of dispute board provisions in widely used standard forms of contracts, such as those by FIDIC,¹ and their endorsement by international organisations like the ICC and the Multilateral and Unilateral Development Banks, contributes to their global recognition and acceptance as a valuable alternative dispute resolution mechanism. This is especially so in the context of construction and infrastructure projects where timely and efficient conflict resolution is crucial for project success. This standardisation enhances predictability and promotes a consistent approach to dispute resolution across projects and jurisdictions.

1. Other standard forms of contracts that provide for dispute boards include the New Engineering Contract Fourth Edition (NEC4), the Chartered Institute of Arbitrators (CIArb) and the Joint Contracts Tribunal (JCT).

In this respect, attention must be paid to the fact that, despite their international character, there is not a large or homogenous body of (international) case law concerning the interpretation, for instance, of FIDIC contracts, including their dispute boards provisions. Furthermore, to a very large extent the interpretation of those contracts falls to be determined according to the laws of the country that govern such contracts² and the meaning or application of a given standard form under one law may well be different under the laws of a different legal system.³ Despite the clear upsides of dispute boards as an alternative dispute resolution mechanism if used effectively, the enforceability of their decisions is a major issue. In the survey released by Queen Mary University of London in November 2019 about Driving Efficiency in International Construction Disputes, respondents were asked why, in their experience, international construction disputes had continued to international arbitration after pre-arbitral dispute resolution procedures had taken place. In their answers, 23% of respondents stated that this was due to it being difficult or even impossible to enforce dispute board decisions.⁴

This article will focus on the enforcement of a DAAB decision through its referral to arbitration and then on the enforcement of the tribunal's decision in that regard. Given that much of the case law and guidance on dispute boards concerns the interpretation and application of the FIDIC dispute board provisions, this article will further focus on the enforcement of DAAB⁵ decisions rendered under those FIDIC provisions, notably the FIDIC Conditions of Contract for Construction for Building and Engineering Works designed by the Owner, otherwise known as the FIDIC Red Book.⁶

2. ENFORCEMENT THROUGH ARBITRATION OF THE PARTIES' CONTRACTUAL OBLIGATION TO PROMPTLY COMPLY WITH A DAAB DECISION

Subclause 21.4.3 of 2017 FIDIC Conditions of Contract provides that the DAAB decision will be binding on both parties, who must promptly comply with it whether or not a party gives a notice of dissatisfaction with respect to such decision. The DAAB decision is binding when made and remains so unless and until revised by an amicable settlement or arbitration award. That is to say, the existence of a contractual obligation of prompt compliance is independent of whether the parties have issued a notice of dissatisfaction. As Ragnar Harbst and Volker Mahnken put it, *“Even though the responding party files a notice of dissatisfaction, it still needs to comply with the decision ordering it to pay. It must then try its luck in arbitration to get its money back.”*⁷ It is the theory of “comply now, argue later”.

However, a dispute board is neither a judicial court nor an arbitral tribunal. Hence, the potential enforceability of its decisions results from the contract.⁸ In this regard, the United Nations Conference on International Commercial Arbitration's Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 1958⁹ states in its article I (1) that it only applies to the recognition and enforcement of arbitral awards. Indeed, a dispute board Decision, in itself, cannot be enforced by the above Convention.

The amendments introduced in the 2017 FIDIC Conditions of Contract gave the DAAB a central role in the dispute avoidance and resolution process in a clear effort to promote the voluntary prompt com-

2. Christopher R. Seppälä, *The Development of a Case Law in Construction Disputes Relating to FIDIC Contracts*, (2009) ICLR 105.

3. Julian Bailey, *Construction Law*, Volume I, 3rd Edition (2020), p. 146.

4. Queen Mary University of London, Pinsent Masons, 2019 International Arbitration Survey – Driving Efficiency in International Construction Disputes, p. 21. Hereinafter, 2019 QMUL Survey.

5. The 1999 FIDIC standard forms provide for a Dispute Board Adjudication (DAB). To emphasise the dispute avoidance aspect of the DAB, the 2017 FIDIC amendment changed its name to Dispute Avoidance and Adjudication Board (DAAB).

6. Hereinafter, FIDIC Conditions of Contract.

7. R. Harbst and V. Mahnken, *ICC Dispute Board Rules: The Civil Law Perspective*, in *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Vol. 72 (4), Chartered Institute of Arbitrators (CIArb); Kluwer Law International 2006.

8. Lindy Patterson QC and Nicholas Higgs, *Dispute Boards*, 39 *Essex Chambers*, *Global Arbitration Review*, 2019, p. 6; Gaëlle Filhol, *Avoiding and Resolving Disputes through Dispute Boards*, *ICC Dispute Resolution Bulletin* 2018 Issue 3, p. 12.

9. Hereinafter, *New York Convention*.

pliance with and enforcement of DAAB decisions.¹⁰ One powerful incentive is the new express right set out in Subclauses 16.1(d) and 16.2.1(d) for the contractor to suspend and terminate the contract in the event of the employer's failure to comply with a DAAB decision, whether binding (in the sense that a notice of dissatisfaction was given in due time) or final and binding (in the sense that no notice of dissatisfaction was given in due time and the DAAB decision is pending amicable settlement or its review in arbitration). Furthermore, the 2017 FIDIC Conditions of Contract introduced a new Subclause 21.7. The first paragraph of this subclause made it clear that the parties are required to act or make payment on the DAAB decision, regardless of whether a notice of dissatisfaction is issued, and if the dissatisfied party does not comply with the DAAB decision, the failure to comply itself may be referred to arbitration. After years of discussion over the wording of Subclause 20.7 of 1999 FIDIC Conditions of Contract, it is now specified and clear that the failure to promptly comply with both "*binding*" and "*final and binding*" DAAB decisions can be referred to arbitration proceedings and enforced through arbitration.

Moreover, Subclause 21.7 expressly empowers the arbitral tribunal to enforce a DAAB decision through the use of "*summary or other expedited procedure*" by means of "*an interim or provisional measure*

or an award". It further specifies that any interim or provisional measure or award enforcing a decision of the DAAB which has not been complied with, whether such decision is binding or final and binding, may also include an order or award of damages or other relief.

This represents a definitive effort to address the challenges encountered previously under the 1999 Edition when enforcing DAB decisions that were final but not yet binding. In fact, the subject matter of the enforceability of a DAB decision under the 1999 FIDIC Conditions of Contract, in particular the remedy for non-compliance with a temporarily binding decision, is highly debated by legal scholars and international case law¹¹ and has given rise to different positions and contributed to the difficulties of enforcement.

The case which has prompted the re-thinking of the DAB enforcement process under a contract based on 1999 FIDIC Conditions of Contract was a long-running dispute in the Singapore courts usually referred to as the Persero case.¹² The parties' dispute gave rise to the question of whether and in what manner the decision of a DAB, which has been the subject of a notice of dissatisfaction under Subclause 20.4 and thus has not become final and binding, may be enforced by an arbitral award.

10. According to the FIDIC Golden Principles, 2019, "unless there is a conflict with the governing law of the Contract, all formal disputes must be referred to a Dispute Avoidance/Adjudication Board (or a Dispute Adjudication Board, if applicable) for a provisionally binding decision as a condition precedent to arbitration. If the Contract provides for a Dispute Avoidance/Adjudication Board (DAAB) or a Dispute Adjudication Board (DAB), then it complies with this golden principle if permitted by the applicable Laws. If there is no Dispute Avoidance/Adjudication Board or Dispute Adjudication Board provided for, it does not comply with this golden principle. The following modifications to the FIDIC Conditions of Contract do not comply with this golden principle: deleting all the clauses in the General Conditions that refer to the DAAB/DAB and/or restricting the ambit of disputes that can be referred to the DAAB/DAB to exclude certain determinations of the Engineer.
11. See Christopher R. Seppälä, Commentary on Recent ICC Arbitral Awards dealing with Dispute Adjudication Boards under FIDIC Contracts, ICC Bulletin, 2015, Issue 1, pp. 32-33, and Taner Dedezeade, Mind the Gap: Analysis of Cases and Principles Concerning the Ability of ICC Arbitral Tribunals to Enforce Binding DAB Decisions under the 1999 FIDIC Conditions of Contract, International Arbitration Law Review, 2012, Issue 4, pp. 148-151.
12. The Persero case can be resumed as follows:
 - I. PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK ("PGN") and CRW Joint Operation ("CRW") entered into a contract where PGN engaged CRW to design a pipeline to convey natural gas from South Sumatra to West Java. The contract had adopted (with modifications) the standard provisions of 1999 FIDIC Conditions of Contract;
 - II. Several disputes arose between the parties, and they submitted the matter to a DAB. The DAB ordered PGN to pay US 17,298,834.57 and PGN issued a notice of dissatisfaction;
 - III. After CRW repeatedly asked PGN for the amounts awarded under the DAB and PGN repeatedly refused to pay them, CRW commenced an arbitration on 13 February 2009. PGN did not file a counterclaim and merely sought a declaration that "(a) DAB No 3 was not final and binding; (b) PGN was not obliged to pay CRW the Adjudicated Sum; and (c) PGN had not breached any of its obligations under the Conditions of Contract in refusing to pay CRW that sum.". The majority of arbitrators, in 2009, agreed with CRW;
 - IV. Then, CRW obtained a leave to enforce the final award in the same manner as a court judgment. PGN applied to have the final award set aside on various grounds. The judge found in favour of PGN and set aside the final award;
 - V. CRW appealed against the decision to set aside the final award. In its decision issued on 13 July 2011 (Persero I), the Court of Appeal upheld the decision that the 2009 majority arbitrators had exceeded their jurisdiction in failing to consider the merits of the parties' underlying dispute before issuing the final award;
 - VI. Subsequently, CRW commenced a second set of arbitration proceedings in October 2011. The arbitral tribunal held that the DAB decision was binding and enforced it through an interim award;
 - VII. Afterwards, PGN applied to set aside the order of the interim award. The judge held that none of PGN's grounds of challenge (i.e., excess of jurisdiction, breach of natural justice and/or breach of the parties' agreed arbitral procedure) were sustainable;
 - VIII. Finally, on 27 May 2015 in Persero II, the Civil Court of Appeal of Singapore denied PGN's appeal.

There is an understanding among some legal scholars and international case law that Subclause 20.7 of the 1999 FIDIC Conditions of Contract contains a gap¹³ as it only expressly addresses the situation where a party fails to comply with a final and binding decision of the dispute adjudication board, and does not expressly address the situation where a party fails to comply with a binding but not final decision of the dispute adjudication board.

Nael G. Bunni sustains that “*the gap that exists in the present Sub-Clause 20.7 [...] is that created when a DAB’s decision has not become final & binding (i.e. where one of the Parties is dissatisfied with the decision), and the Party against whom the decision was made fails to comply with it. In such circumstances, there is no solution offered within Clause 20 other than simply treating the non-compliant party as being in breach of contract.*”¹⁴ Jeremy Glover & Simon Hughes also supports this understanding, stating that “*Sub-clause 20.7 only deals with the situation where both parties are satisfied with the DAB decision. If not (i.e. if a Notice of Dissatisfaction has been served) then there is no immediate recourse for the aggrieved party to ensure the DAB decision can be enforced.*”¹⁵ In this context, where there is no prompt and decisive mechanism to promptly enforce a decision of the DAB that has become final and binding, Nael G. Bunni suggested that there is no remedy offered, other than that of treating the non-compliant party as being in breach of contract and, accordingly, liable for damages.¹⁶

In contrast, other commentators point out that Subclause 20 of the 1999 FIDIC Conditions of Contract does not expressly exclude non-compliance with binding but not final dispute adjudication board decisions from arbitration and interpret it as allowing enforcement of such binding but not final dispute adjudication board decisions through arbitration.

Notably, Christopher R. Seppälä acknowledges the gap (as identified by Nael G. Bunni) but opines that it was not FIDIC’s intention that binding decisions of a DAB should not be enforced by arbitration, in the sense that “*Nothing was intended to be implied about merely a ‘binding’ decision as it was obvious, or so it was thought at the time – that such a decision, together with the dispute underlying it, could be referred to arbitration ... it was unnecessary to deal with binding decisions, as it was clear – or so it was thought – that, as these had been the subject of a notice of dissatisfaction, these could, by definition, be referred to arbitration under Sub-Clause 20.6.*”¹⁷ In his opinion, “*Under the 1999 FIDIC Contracts, the decision of a DAB [...], whether binding or final and binding, creates a contractual obligation, that is, for example, to pay promptly whatever may be due by the decision [...]. Consistent with this, breach of an obligation to pay an amount awarded by a decision gives rise to liability in damages. In a FIDIC contract, enforcement accords with the “pay now, argue later” commercial purpose of such a DAB decision, which serves the vital objective of safeguarding cash flow in the construction industry, especially that of the contractor, who is usually the receiving party.*”¹⁸

The discussions concerning Subclause 20.7 of 1999 FIDIC Conditions of Contract were so heated that, on 1 April 2013, FIDIC released a Guidance Memorandum to Users of the 1999 FIDIC Conditions of Contract. In particular, it was explained that it was released due to a substantial number of arbitral tribunals finding Subclause 20.7 to be unclear on the issue of whether a party may refer to arbitration the failure of the other Party to comply with a dispute board decision that is binding but not final.

In light of the foregoing, FIDIC recommended “*the enforcement of the DAB decisions that are binding and not yet final, which is that in the case of fai-*

13. Persero I supported the existence of a “theoretical gap in the immediate enforceability of a DAB Decision”, PT Perusahaan Gas Negara TBK v CRW Joint Operation (2011) SGCA 33 [Persero I], § 66.

14. Nael G. Bunni, *The Gap in Sub-Clause 20.7 of The 1999 FIDIC Contracts for Major Works*, 2005, p. 1.

15. Jeremy Glover & Simon Hughes, *Understanding the New FIDIC Red Book: A Clause-by Clause Commentary* (Sweet & Maxwell, 2006), §§ 20-053 – 20-054, p. 395.

16. Nael G. Bunni, *The Gap in Sub-Clause 20.7 of the 1999 FIDIC Contracts for Major Works*, 2005, p. 5.

17. Christopher R. Seppälä, *Sub-Clause 20.7 of the FIDIC Red book does not justify denying enforcement of a ‘binding’ DAB decision*, 2011, Volume 6, Issue 3, *Construction Law International*, p. 17.

18. Christopher R. Seppälä, Chapter 12: *Recent Case Law on Dispute Boards*, in *Dispute Prevention and Settlement through Expert Determination and Dispute Boards*, Dossier of the ICC Institute of World Business Law, Vol. 15, Kluwer Law International; International Chamber of Commerce 2017, p. 118.

lure to comply with these decisions, the failure itself should be capable of being referred to arbitration under Sub-Clause 20.6 [Arbitration], without Sub-Clause 20.4 [Obtaining Dispute Adjudication Board's Decision] and Sub-Clause 20.5 [Amicable Settlement] being applicable to the reference.”¹⁹

In order to achieve that, FIDIC recommended that the 1999 FIDIC Conditions of Contract be amended through the replacement of Subclause 20.7 in its entirety with “In the event that a Party fails to comply with any decision of the DAB, whether binding or final and binding, then the other Party may, without prejudice to any other rights it may have, refer the failure itself to arbitration under Sub-Clause 20.6 [Arbitration] for summary or other expedited relief, as may be appropriate. Sub-Clause 20.4 [Obtaining Dispute Adjudication Board's Decision] and Sub-Clause 20.5 [Amicable Settlement] shall not apply to this reference.”²⁰

The issuance of this non-binding recommendation gave further floor to those arguing the actual existence of a gap in Subclause 20.7 of the 1999 FIDIC.²¹

As mentioned above, the revised wording of Subclause 21.7 first paragraph of 2017 FIDIC Conditions of Contract has eliminated any difficulty in this respect, as it provides for the enforceability through arbitration of any decision of the DAAB whether binding or final and binding.

3. ADEQUATE PROCEDURAL MECHANISM: INTERIM OR PROVISIONAL MEASURE OR PARTIAL AWARD?

If the decision of a DAAB is not voluntarily complied with, the party wishing to benefit from it

must refer the matter to arbitration. The question then arises as to what kind of decision the arbitral tribunal can make on a DAAB decision, whether binding or final and binding.

As mentioned above, Subclause 21.7 first paragraph of 2017 FIDIC Conditions of Contract empowers the arbitral tribunal to enforce a DAAB decision, whether binding or final and binding, “by way of summary or other expedited procedure” and to do so by an interim or provisional measure or an award, as may be appropriate under applicable law or arbitration rules.

If the DAAB decision not voluntarily complied with is binding and final (because it is not the subject of a notice of dissatisfaction given in due time), the successful party may refer the failure itself directly to arbitration under Subclause 21.6, as provided in Subclause 21.7. The former second paragraph now excludes a final and binding decision of the DAAB from being opened up, reviewed or revised by the arbitral tribunal, which means the arbitral tribunal lacks jurisdiction to do any of these things. That is to say, the arbitrator(s) is (are) bound by a final and binding decision of the DAAB under Subclause 21.4.4.²² and the successful party must thus pursue the issuance of a final award for the purposes of the New York Convention.

If the DAAB decision not voluntarily complied with is binding but not final (because it is the subject of a notice of dissatisfaction given in due time), the successful party may refer the failure itself directly to arbitration under Subclause 21.6, as provided in Subclause 21.7. The question then is what is the appropriate instrument to enforce the parties’

19. FIDIC Guidance Memorandum to Users of the 1999 Conditions of Contract, 1 April 2013.

20. FIDIC Guidance Memorandum to Users of the 1999 Conditions of Contract, 1 April 2013.

21. In the words of the dissenting judgment of Persero II, “the purpose of the FIDIC Guidance Memorandum is to make explicit FIDIC’s intention to recommend “changes” [emphasis added] to the 1999 Red Book, including amending cl 20.7 to provide for summary or expedited relief in cases of non-compliance with binding but non-final DAB decisions. Specifically, FIDIC recommended amending cl 20.7 to provide for such noncompliance to be directly referred to arbitration without the parties having to first go through the steps set out in cl. 20.4 and 20.5. The scope of the type of dispute which could be referred to arbitration under cl 20.6 was enlarged by the changes to cl 20.7 recommended by FIDIC. The contents of the recommended amendment to cl 20.7 makes FIDIC’s intention in this regard clear beyond doubt. In my view, the FIDIC Guidance Memorandum is a clear and unambiguous acknowledgement by FIDIC that cl 20.6, without the recommended amendment to cl 20.7, is not applicable to any dispute relating to a failure to comply with a binding but non-final DAB decision, nor to any dispute as to whether or not such a DAB decision is enforceable by an interim award. Such DAB decisions have to be enforced by court proceedings instead as intended by the drafters of cl 20.6. In this connection, I should add that the FIDIC Guidance Memorandum vindicates Prof Bunni’s, rather than Mr Seppälä’s, opinion on the scope of cl 20.6. The FIDIC Guidance Memorandum does not apply and cannot be used to interpret the scope of cl 20.6 of the Conditions of Contract in the present case.”. PT Perusahaan Gas Negara TBK v CRW Joint Operation (2015) SGCA 30 [Persero II], § 184.

22. Christopher R. Seppälä, *The FIDIC Red Book Contract: An International Clause-by-Clause Commentary*, Wolters Kluwer, 2023, pp. 1254, 1264-1265.

obligation to comply with the binding but not final DAAB: partial award or interim measure through an interim award? The discussion is of great importance, given that it is undisputed that a partial award prevents the tribunal from revisiting the matters decided in the award and, as general rule, is enforceable under the New York Convention, but the same cannot unequivocally be affirmed regarding the enforcement of interim awards.

The ICC Rules do not provide a definition of partial award or interim award. Nonetheless, the ICC used the following terminology for the purposes of its Final Report on Interim and Partial Awards: “an ‘interlocutory decision’ is one which, not necessarily in the form of an award, is made prior to the last or sole award; an ‘interim award’ is a general term used to describe any award made prior to the last award in a case; a ‘partial award’ is a binding determination, in the form of an award, on one or more (but not all) of the substantive issues.”²³

A partial award, as per article 2(v) of the ICC Rules is, by its very nature, a final decision on a certain subject. A “partial award” is an arbitral decision that finally disposes of part, but not all, of the parties’ claims in an arbitration. However, it leaves some claims for further consideration and resolution in future proceedings in the arbitration,²⁴ either because of its nature or because it concerns an identifiable and quantifiable part of the claim that can be separated from the rest of the dispute.²⁵ As a consequence, the partial award has preclusive effect, which bars the parties from relitigating, and the arbitral tribunal from revisiting, the matters decided in the award.²⁶ A partial award

also has *res judicata* effect and is subject to setting aside proceedings. Moreover, it is capable of being recognised and enforced.²⁷

Regarding interim awards, Gary Born points out there is sometimes unfortunate confusion about what an interim award is. In practice, the term “interim award” is often used synonymously with “partial award,” in the sense that an award is made that disposes of certain claims for relief, prior to a decision being made on all the issues in the arbitration (i.e., the award is made at an interim stage in the arbitration).²⁸ Moreover, the term “interim award” is sometimes used to refer to a decision that does not dispose finally of a particular claim, but instead only decides a preliminary issue relevant to disposing of such claims in the future, without granting (or denying) relief on that claim. As such, the better view is that these so-called “interim awards” do not dispose, finally or otherwise, of any claim for relief, and should be subject to neither annulment nor recognition and enforcement.²⁹ Finally, the term “interim award” is also sometimes used with respect to decisions granting provisional relief. In this case, an award is “interim” because it is subject to subsequent revision by the arbitral tribunal, either in the final award or in a subsequent, revised decision on provisional measures. The better characterisation is that the final resolution of one of the parties’ underlying claims for relief is a partial award, and that the grant (or withholding) of provisional measures is not a partial award and is instead an “award of interim relief” or “interim award”.³⁰

In practice, a partial award is appropriate when the tribunal is deciding on part of the claims before it

23. Final Report on Interim and Partial Awards of the ICC Commission on International Arbitration, International Court of Arbitration Bulletin, 1990, Volume 1, No. 2, § 11. Hereinafter, ICC Report.

24. Gary Born, International Commercial Arbitration, Chapter 23: Form and Contents of International Arbitral Awards, 3rd edition, Kluwer Law International, 2021, pp. 3263-3266.

25. Rolf Trittman, When Should Arbitrators Issue Interim or Partial Awards and or Procedural Orders?, in Journal of International Arbitration, Kluwer Law International 2003, Volume 20 Issue 3, p. 258.

26. Gary Born, International Commercial Arbitration, Chapter 23: Form and Contents of International Arbitral Awards, 3rd edition, Kluwer Law International, 2021, pp. 3263-3266.

27. Daniel Girsberger and Nathalie Voser, Chapter 7: The awards in International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives, 4th Edition, p. 426.

28. Gary Born, International Commercial Arbitration, Chapter 23: Form and Contents of International Arbitral Awards, 3rd Edition, Kluwer International, 2021, p. 3269.

29. Gary Born, International Commercial Arbitration, Chapter 23: Form and Contents of International Arbitral Awards, 3rd Edition, Kluwer International, 2021, p. 3269.

30. Gary Born, International Commercial Arbitration, Chapter 23: Form and Contents of International Arbitral Awards, 3rd Edition, Kluwer International, 2021, pp. 3269-3270.

– in a final and dispositive manner – while interim awards are usually resorted to when the relief sought is limited in time and may be reversed by a final award. Both types of decisions are rendered in the form of awards, and the choice between these instruments depends solely on the circumstances of the case and the relief sought.

The ICC Report gives guidance on how arbitrators should approach interim and partial awards as follows: *“In general, the Working Party was of the opinion that in ICC arbitrations the presumption should be in favour of a single final award which decides all of the claims and issues to be determined; and that except when the parties have indicated a joint wish to the contrary, the arbitrator should examine the justification for issuing an interim or partial award in a critical manner and should not do so unless there are circumstances which weigh clearly in favour of taking this course. These circumstances should be set out in the interim or partial award itself.”*³¹

In determining whether or not it is appropriate to render a partial or interim award, the arbitral tribunal will consider the circumstances of the specific case. In particular, it will consider whether the matter to be decided in the partial or interim award can be clearly distinguished from other aspects of the dispute; whether the matter to be decided is ripe for decision, i.e., whether further evidence needs to be taken or pleadings submitted, and whether the partial or interim award would contribute to simplifying the proceedings and reducing costs. Partial awards will usually be appropriate in the event of clearly independent claims which can be adjudicated separately from, and without prejudice to, the rest of the dispute.³²

In this regard, Subclause 21.6 expressly establishes that *“The arbitrator(s) shall have full power to open up, review and revise [...] any decision of the DAAB (other than a final and binding decision) relevant to the Dispute. [...] Neither Party shall be limited in the proceedings before the arbitrator(s) to the evidence or arguments previously put before the DAAB to obtain its decision. [...] Any decision of the DAAB shall be admissible in evidence in the arbitration”*. Arbitration following a DAAB decision is not a form of appeal in which the DAAB determination is scrutinised. Rather, the tribunal will rehear the dispute and decide it afresh.³³⁻³⁴ Accordingly, matters that have been adjudicated within a DAAB decision could be entirely reassessed by the arbitral tribunal. Additionally, insofar as the parties could make new submissions to the arbitral tribunal, the case that would be presented to the arbitrators could indeed be essentially different from the one previously referred to and decided by the DAAB. In this context, the decision of the DAAB has no specific evidentiary value and will have to be evaluated by the arbitral tribunal together with all the other evidence submitted by the parties.³⁵

In this respect, the better view is that the tribunal should allocate the burden of proof in the light of its assessment of the applicable substantive law.³⁶ In fact, given that the burden of proof is a substantive matter, one should resort to the governing law.

It goes without saying that the principle that every party bears the burden of proof for the facts supporting its claim can be dated back to Roman law and today the burden of proof is a commonly accepted rule providing that a party relying on a particular fact has the burden of establishing that fact.³⁷ The principle that each party must prove to

31. ICC Report, 1990, Volume 1, No. 2, § 35.

32. Martin Molina, Chapter 2, Part II: Commentary on Chapter 12 PILS Article 188 [Decision on the merits: partial award], in Manuel Arroyo (ed), *Arbitration in Switzerland: The practitioner's Guide*, Kluwer Law International, 2013, pp. 181-182.

33. Ellis Baker, Ben Mellors, Scott Chalmers, Anthony Lavers, *FIDIC Contracts: Law and Practice*, Informa Law, 2009, p. 551, §§ 9.214-9.215.

34. Harbst Ragnar and Mahnken Volker, *ICC Dispute Board Rules: the Civil Law Perspective*, *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Kluwer Law International 2006, Volume 72 Issue 4) p. 317.

35. Giovanni Di Folco, Chapter 3: Relevance and Probative Value of Dispute Adjudication Boards in Arbitration Proceedings, in Crina Baltag and Cosmin Vasile (eds) *Construction Arbitration in Central and Eastern Europe: Contemporary Issues*, Kluwer Law International, 2019, pp. 36-38.

36. Gary Born, *International Commercial Arbitration*, Chapter 15: Procedures in International Arbitration, Kluwer Law International, 3rd Edition, 2021, p. 2489.

37. Bartosz Kruzewski and Robert Moj, Chapter 21: Documents in Construction Dispute, in *The Guide to Construction Arbitration*, Stravos Brekoulakis and David Brynmor Thomas QC, *Global Arbitration Review*, 3rd Edition, 2019, p. 247.

the satisfaction of the tribunal the factual veracity of its allegations has been described as a general principle of law, admitted as such in international jurisprudence. Both parties will need to prove what they are entitled to.

While not directly relevant to the DAAB, which is generally solely a creature of contract, the numerous reported cases in the UK and elsewhere dealing with statutory adjudication may in some cases provide, by analogy, guidance in relation to dispute boards.³⁸ In this regard, legal scholars and case law³⁹⁻⁴⁰ sustain that once the decision has been formally challenged by the bringing of subsequent litigation or arbitration, the successful party is not entitled to rely on the existing decision as having any status whatsoever, let alone one that changes or displaces the ordinary burden of proof. In fact, the burden of proof remains with the party making the initial claim and the adjudicator's decision, once challenged, is of no effect whatsoever. That is to say, the burden of proof is unaffected by the adjudicator's decision.⁴¹⁻⁴²

The fact that the burden of proof will not shift to the successful party goes in favour of the understanding that a partial award is not the adequate procedural mechanism for the enforcement of a binding but not final DAAB decision.

Those who find it inappropriate for a party to seek either a final award or a partial final award in relation to the enforcement of a binding but not final DAAB decision reason that this would amount to giving a final award in relation to interim relief and such an award is not likely to be enforceable. Moreover, a partial award would have the effect

of rendering final and binding a decision that was always only intended to have binding-only status. Furthermore, a partial award concerning sums owed at DAAB level has the effect of finally resolving payment of sums owed at DAAB level when such sums will be revisited in arbitration, resolving an issue which is yet to be resolved. Lastly, the final entitlement of a party to money can only be definitively resolved in arbitration by the arbitral tribunal in its final award.⁴³

With regard to a decision of the DAAB that requires the payment of an amount by one party to the other party, the 2017 FIDIC Conditions of Contract amended Subclause 21.4.3 to specify that this amount will be immediately due and payable. It also specifies that if there are reasonable grounds for the DAAB to believe that the payee will be unable to repay this amount in the event that the decision is reversed in arbitration, the DAAB may, at the request of a party, require the payee to provide an appropriate security in respect of such amount.

With reference to case law, in ICC Case 16119, the arbitral tribunal recognised that it could issue an interim award ordering payment subject to possible revision in the final award. Similarly, in ICC Case 18320 the sole arbitrator had refused to enforce the DAB decision by way of a final award but acknowledged that such a decision may be enforced on a provisional basis by way of an interim award or interim measure.⁴⁴

On the other hand, in ICC Case 16948, after the contractor had referred the dispute arising from the employer's failure to pay certain DAB decisions back to the DAB for a decision before beginning ar-

38. Christopher R. Seppälä, *The FIDIC Red Book Contract: An International Clause-by-Clause Commentary*, Wolters Kluwer, 2023, p. 1213.

39. The issue of whether an adjudicator's decision shifts the burden of proof was first addressed by the courts in the Scottish case of *City Inn Ltd v Shepherd Construction Ltd*, *City Inn Ltd v. Shepherd Construction Ltd*. [2001] ScotCS 187 [58] (Lord MacFayden). In this case, it was decided that where a party issues proceedings for an adjudicator's decision to be overturned, then the cause of action is heard anew and the adjudicator's decision has no bearing on the case unless the parties agree otherwise, nor does it reverse the burden of proof in any subsequent litigation. In other words, it is not incumbent on the losing party to show that the adjudicator's decision was not justified.

40. A number of cases that have followed *City Inn* have accepted that the burden of proof remained unaffected by the adjudicator's decision. See *CFW Architects (A Firm) v Cowlin Construction Ltd* [2006] EWHC 6 (TCC).

41. Peter Coulson, *Coulson on Construction Adjudication* (Second Edition), paragraphs 14.47-14.48.

42. Iain Drummond, *Adjudication Challenges: Prescription and Practical Considerations*, 2015, p. 2.

43. Taner Dedezeade, *Mind the Gap: Analysis of Cases and Principles Concerning the Ability of ICC Arbitral Tribunals to Enforce Binding DAB Decisions under the 1999 FIDIC Conditions of Contract*, *International Arbitration Law Review*, 2012, Issue 4, p. 153.

44. Christopher R. Seppälä, *Commentary on Recent ICC Arbitral Awards dealing with Dispute Adjudication Boards under FIDIC Contracts*, *ICC Bulletin*, 2015, Issue 1, p. 32.

bitration, the tribunal enforced the latter decision by way of a final arbitral award.⁴⁵ Furthermore, a sole arbitrator in ICC Case 15751 made a partial final award to the effect that a party should be required to pay the sum decided by the DAB and interest from the date when payment was due by way of damages for breach.⁴⁶

4. ENFORCEMENT OF INTERIM OR PROVISIONAL MEASURES

As mentioned above, it is undisputed that, when rendered, a partial award prevents the Tribunal from revisiting the matters decided in the award and, as a general rule, is enforceable under the New York Convention. The same cannot unequivocally be affirmed regarding the enforcement of interim awards, as most courts take the view that true interim awards, which are not final adjudications and which can be overturned by the arbitral tribunal at a later stage, are not enforceable under the New York Convention.⁴⁷

If a binding but not final DAAB decision is not voluntarily complied with and the party wishing to benefit from it refers the dispute to arbitration and obtains an interim award in its favour, the question then arises as to whether or not that decision is enforceable under the New York Convention.

The New York Convention itself does not describe enforceable awards in any way that expressly includes or excludes interim awards.

Some authors posit that recognition and enforcement under the New York Convention of what is essentially an interlocutory order, modifiable by the arbitral tribunal in accordance with changes of circumstances but rendered in the form of an award, must remain doubtful. They find that there

is a certain flaw in attempting to use the New York Convention, which was designed to ensure enforcement of decisions which put an end to a dispute, or at least part of a dispute, to secure enforcement of a decision which might, for instance, seek to preserve the *status quo* until a final arbitration award can be rendered.⁴⁸

Other authors advocate that only orders which finally settle one or more of the issues which have validly come within the jurisdiction of the arbitral tribunal should qualify for recognition and enforcement under the New York Convention. They find that the word “final” implies that once the issue has been adjudicated it would no longer be possible, not even if the tribunal wished, to reopen the issue. As far as the arbitral procedure is concerned, those issues are *res judicata*. It is clear that even though the content of interim measures of protection may at times coincide with the content of the final award settling the disputes between the parties, interim measures differ radically from final awards. By definition, interim measures are temporary in nature, while one of the main features of awards is that they decide definitively one or more of the disputes submitted to the jurisdiction of the arbitral tribunal. Accordingly, the enforceability of interim measures under the New York Convention should therefore be dismissed out of hand.⁴⁹

In contrast, Gary Born expresses that the better view is that provisional measures should be and are enforceable as arbitral awards under generally applicable provisions for the recognition and enforcement of awards in the New York Convention and most national arbitration regimes. Provisional measures are “final” in the sense that they dispose of a request for relief pending the conclusion of the arbitration, which should be sufficient to justify treating such measures as “awards.” In this

45. Christopher R. Seppälä, Commentary on Recent ICC Arbitral Awards dealing with Dispute Adjudication Boards under FIDIC Contracts, ICC Bulletin, 2015, Issue 1, p. 32.

46. Taner Dedezade, Mind the Gap: Analysis of Cases and Principles Concerning the Ability of ICC Arbitral Tribunals to Enforce Binding DAB Decisions under the 1999 FIDIC Conditions of Contract, International Arbitration Law Review, 2012, Issue 4, p. 149.

47. Kronke, Nacimiento, Otto and Port, Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. A global Commentary on the New York Convention, 2010, p. 155.

48. W. Laurence Craig, William W. Park and Jan Paulsson, International Chamber of Commerce Arbitration, 3rd Edition, 2000, § 26.05.

49. Emmanuel Gaillard and Dominico di Pietro, Enforcement of Arbitration Agreements and international arbitral awards the New York Convention in practice, 2008, p. 150.

author's opinion, there is no reason that the term "award" should not include reasoned, signed decisions by arbitrators on requests for provisional measures when Contracting States have (almost universally) recognised the authority of arbitrators to grant such relief.⁵⁰ Additionally, the author finds it is also important to the efficacy of the arbitral process for national courts to be able to enforce provisional measures. If this possibility does not exist, then parties will be more willing to refuse to comply with provisional measures, resulting in precisely the harm that such measures were meant to avoid.⁵¹ In line with this understanding, some US courts have enforced arbitral interim measures because they finally dispose of a particular request relating to the dispute, even if the measure does not itself resolve part of the dispute.⁵²

Nevertheless, even in the absence of a statutory provision to that effect, other jurisdictions remain reluctant to follow this.⁵³ In fact, among those jurisdictions whose courts have addressed this interpretive question, a majority appears to have found that tribunal-ordered interim measures (even when styled as "interim awards") were not enforceable under the New York Convention.⁵⁴ In the *Resort Condominiums International* case,⁵⁵ the court found that an award under the New York Convention must be binding on the parties in that it determines at least all or some of the matters referred to the arbitrator for decision. The court contrasted this with an interim measure which, by its nature, may be rescinded, suspended, varied or

reopened by the tribunal that pronounced it.⁵⁶ The UNCITRAL Secretariat reported a similar view, at least as of 1999, and there is also a substantial body of commentary concluding that provisional measures are not recognisable or enforceable as "final" arbitral "awards" under either the New York Convention or national arbitration legislation.⁵⁷

Many national arbitration statutes do not expressly address the judicial enforceability of tribunal-ordered provisional measures, thus leaving their enforcement to general statutory provisions regarding arbitral awards. Some jurisdictions have enacted special legislation providing for judicial enforcement of tribunal-ordered provisional measures, under the UNCITRAL Model Law or otherwise. Relatedly, the Model Law was revised in 2006 (the "2006 Model Law") to provide a special regime for enforcement of "orders" of provisional relief.⁵⁸

The 2006 Model Law sought to establish one comprehensive regime addressing both arbitral interim measures and their judicial enforcement. The drafters also included in the 2006 Model Law several provisions in response to the temporary nature of interim measures, starting with a clause confirming that a tribunal having granted an interim measure may at any time "modify, suspend or terminate" it. The improved guidance to tribunals was in fact linked to the goal of improving the enforcement of interim measures.⁵⁹

50. Gary Born, *International Commercial Arbitration*, Chapter 17: Provisional Relief in International Arbitration, 3rd Edition, Kluwer International, 2021, p. 2704.

51. Gary Born, *International Arbitration: Law and Practice*, 3rd Edition, Chapter 11: Provisional Measures in International Arbitration, Kluwer Law International, 2021, pp. 253-254.

52. James E. Castello and Rami Chahine, *Enforcement of Interim Measures*, *The Guide to Challenging and Enforcing Arbitration Awards*; *Global Arbitration Review*, pp. 136, 143-144.

53. James E. Castello and Rami Chahine, *Enforcement of Interim Measures*, *The Guide to Challenging and Enforcing Arbitration Awards*; *Global Arbitration Review*, pp. 110-111.

54. James E. Castello and Rami Chahine, *Enforcement of Interim Measures*, *The Guide to Challenging and Enforcing Arbitration Awards*; *Global Arbitration Review*, pp. 134-135, footnote 13.

55. *Resort Condominiums International Inc. v. Ray Bolwell and Resort Condominiums, Pty Ltd.*, Case No. 389 (Queensland Sup. Ct., 29 October 1993), excerpts reprinted in *XX Yearbook Commercial Arbitration*, Kluwer, 1995, 629.

56. James E. Castello and Rami Chahine, *Enforcement of Interim Measures*, *The Guide to Challenging and Enforcing Arbitration Awards*; *Global Arbitration Review*, p. 136.

57. Gary Born, *International Commercial Arbitration*, Chapter 17: Provisional Relief in International Arbitration, 3rd Edition, Kluwer International, 2021, p. 2702.

58. Gary Born, *International Commercial Arbitration*, Chapter 17: Provisional Relief in International Arbitration, 3rd Edition, Kluwer International, 2021, pp. 2698-2699.

59. James E. Castello and Rami Chahine, *Enforcement of Interim Measures*, *The Guide to Challenging and Enforcing Arbitration Awards*; *Global Arbitration Review*, pp. 141, 142.

According to the UNCITRAL, nearly 120 jurisdictions have adopted legislation based on the Model Law, but less than half of those have adopted the 2006 revisions. Thus, the 2006 amendments to the UNCITRAL Model Law have not been widely adopted.

The efficacy of injunctive relief mainly depends on the tools available in each jurisdiction to force compliance with the judicial injunction or to sanction a party's failure to comply.⁶⁰ Hence, prior to favouring one form over the other, parties and arbitrators should also consider, in addition to the law of the seat, the substantive and procedural law of those states where enforcement of the requested interim measure might be sought.⁶¹

5. CONCLUSION

Any initiative that promotes early dispute prevention is commendable. In practice, the advantages of a DAAB must be evaluated based on two key factors: probability of compliance with the DAAB decision or amicable resolution and cost. To assess these two key factors, one of the few available sources of data on the use of dispute boards is the website of the Dispute Resolution Board Foundation,⁶² whose database identifies projects mainly from the United States. It has, however, been observed that the use of the dispute boards in the United States is different from that in most other parts of the world in that they are review boards giving nonbinding advisory opinions rather than adjudication boards which produce contractually binding decisions.⁶³

With regards to costs, the DRBF reports that they range from 0.05% of the final construction con-

tract cost for relatively dispute-free projects, to a maximum of 0.25% for difficult projects with disputes. Considering only projects that refer disputes to the DB or that had difficult problems, the cost ranges from 0.04% to 0.26% with an average of 0.15% of the final construction contract cost.⁶⁴ A rule of thumb base cost price for a dispute board is said to be between 0.1% – 0.2% per year of the total project cost.⁶⁵ Finally, as a general guideline, the World Bank, suggests that the budget for dispute boards should typically be in the range of 0.1% to 0.3% of the contract price.⁶⁶

With regard to the benefits associated with compliance with the DAAB decision or amicable resolution, the DRBF reports that 85-98% of recommendations/decisions have not gone on to further arbitration or litigation.⁶⁷ One should also consider the findings of the 2019 QMUL Survey. In particular, when asked how often parties voluntarily comply with pre-arbitral decisions (in general), respondents' answers were split, with 41% of respondents reporting that parties do not voluntarily comply with pre-arbitral decisions, 31% of respondents reporting compliance half of the time, and only 28% of respondents reporting frequent compliance.⁶⁸ Interestingly, 40% of respondents of the 2019 QMUL Survey indicated that the outcomes of arbitration proceedings usually align with those of pre-arbitral decisions, 36% choosing half the time and 25% infrequently, an indication of the relative consistency between pre-arbitral decisions and arbitral awards.⁶⁹

Due to the current fragmented approach worldwide, the enforcement of interim measures is-

60. James E Castello and Rami Chahine, *Enforcement of Interim Measures*, *The Guide to Challenging and Enforcing Arbitration Awards*; Global Arbitration Review, p. 148.

61. James E Castello and Rami Chahine, *Enforcement of Interim Measures*, *The Guide to Challenging and Enforcing Arbitration Awards*; Global Arbitration Review, p. 151.

62. Hereinafter, DRBF.

63. Julian Bailey, *Current Issues with FIDIC Adjudication Board*, *Society of Law Construction*, 2015, p. 23, footnote 49.

64. Queen Mary University of London, *Pinsent Masons, 2019 International Arbitration Survey – Driving Efficiency in International Construction Disputes*, p. 20.

65. Doug Jones, *Dispute Boards: Preventing and Resolving Disputes*, DRBF Singapore Conference, 2014, p. 14.

66. *World Bank Guidelines: Procurement of Goods, Works, and Non-Consulting Services under IBRD Loans and IDA Credits & Grants by World Bank Borrowers*.

67. https://www.dr.org/index.php?option=com_content&view=article&id=91:db-faqs&catid=20:site-content.

68. Queen Mary University of London, *Pinsent Masons, 2019 International Arbitration Survey – Driving Efficiency in International Construction Disputes*, p. 18.

69. Queen Mary University of London, *Pinsent Masons, 2019 International Arbitration Survey – Driving Efficiency in International Construction Disputes*, p. 20.

sued by arbitral tribunals remains uncertain and inconsistent, and hence the related enforceability of a DAAB decision. Therefore, it is key to encourage voluntarily and prompt compliance with DAAB decisions. In order to accomplish this, Subclause 21.7 of 2017 FIDIC Conditions of Contract sets out that it is possible for an interim or provisional measure or award enforcing a decision of the DAAB to include an order or award of damages or other relief. Additionally,

with the new express right set out in Subclauses 16.1(d) and 16.2.1(d) of 2017 FIDIC Conditions of Contract, it is also possible for the contractor to suspend and terminate the contract in the event of the employer's failure to comply with a DAAB decision, whether binding or final and binding. These two possibilities will undoubtedly play an important role in achieving the recognition of the DAAB as an effective alternative dispute resolution mechanism.

2

Próximos Eventos



Próximos eventos sobre Dispute Boards:

MAYO

01.05.2024-03.05.2024

DRBF 23rd Annual International Conference & Workshops. Presencial, Washington, DC, EEUU.*

02.05.2024

Capítulo colombiano del CEIA, *Juntas de resolución de conflictos, dispute boards vs. amigable composición: mejores prácticas y puntos en común*. Presencial, Cámara de Comercio de Bogotá - CCB Calle 76 No. 11-52, 7:00 horas. Inscripciones: administracion@clubarbitraje.com

14.05.2024

DRBF Central American Webinar Series “Los miembros del Dispute Board, serie 1”, webinar. 16:00 (UTC+2).*

JUNIO

05.06.2024

UKA International Construction Adjudication & Arbitration Conference 2024. Presencial, 1 Wimpole Street, Londres, W1G 0AE Reino Unido, 08:30 - 18:30 BST.**

05.06.2024

Dispute Avoidance for International Projects - different perspectives. Presencial y virtual, Evento parte del “*London International Disputes Week 2024*”, 11:00-12:30 BST.

11.06.2024

DRBF Central American Webinar Series “Los miembros del Dispute Board, serie 2”. Webinar. 16:00 (UTC+2).*

13.06.2024-14.06.2024

Administration & Practice Workshop focused on DRBs - DRBF Region 1 / US and Canada practice with non-binding recommendations, webinar. 14:30-17:00 ET (UTC-5).*

JULIO

18.07.2024

Dispute Review Board Chair: Roles and Responsibilities Workshop. webinar. 11:00- 17:00 ET (UTC-5). Para asistir a este webinar se ha de asistir también a las sesiones de 13 y 14 de junio.*

AGOSTO

13.08.2024

DRBF Central American Webinar Series “Los miembros del Dispute Board, serie 3”, webinar. 16:00 (UTC+2).*

27.08.2024-29.08.2024

Taller de Administración & Práctica de los DB, webinar. 19:00-22:00 (UTC).*

SEPTIEMBRE

12.09.2024

DRFB Regional Conference, Sídney, Australia. Por determinar.*

19.09.2024

DRBF Insights -Sustainability Webinar: Floating Offshore Wind, webinar. Por determinar.*

MÁS INFORMACIÓN:

* <https://www.drb.org/events-at-a-glance-menu>

** <https://www.eventbrite.co.uk/e/uka-international-construction-adjudication-arbitration-conference-2024-tickets-796056816367#:~:text=The%20UK%20Adjudicators%202024%20Adjudication,issues%20in%20adjudication%20and%20arbitration.>

