

# EFECTO LEGAL DE LAS DETERMINACIONES DE LOS *DISPUTE BOARDS*: UN COMENTARIO

*Francisco González de Cossío*\*

Los *Dispute Boards* permiten obtener una ‘Determinación’ que evite o resuelva problemas en controversias de construcción, o reduzca sus costos. Su efecto *exacto* varía atendiendo a la especie de *Dispute Board* escogido. Sin embargo, las implicaciones jurídicas, utilidad y estrategia que detonan despiertan dudas y diferencias de opinión. A continuación se comentarán.

## I. TIPOS DE DETERMINACIONES

Distingamos entre las Recomendaciones, las Decisiones y las Opiniones:

1. **Recomendación:** aquella emitida por los *Dispute Review Boards*, misma que las partes no están obligadas a acatar, a menos que no hayan emitido Notificación de Desacuerdo — en cuyo caso se convierten en obligatorias.<sup>1</sup>
2. **Decisión:** aquella emitida por los *Dispute Adjudication Boards*. Las partes están obligadas a acatar, aún ante una Notificación de Desacuerdo.<sup>2</sup>
3. **Opinión:** consejo carente de valor jurídico alguno. No es obligatorio, ni a las partes ni al *Dispute Board*. Es un instrumento que no busca cristalizarse jurídicamente en nada—por eso no tiene que emitirse

---

\* GONZÁLEZ DE COSSÍO ABOGADOS, S.C. ([www.gdca.com.mx](http://www.gdca.com.mx)) Observaciones bienvenidas a [fgcossio@gdca.com.mx](mailto:fgcossio@gdca.com.mx).

<sup>1</sup> Artículo 4 del Reglamento Relativo a los *Dispute Boards* del Centro Internacional de ADR de la Cámara de Comercio Internacional (“**Reglamento de Dispute Boards**”).

<sup>2</sup> Artículo 5 del Reglamento de *Dispute Boards*.

Notificación de Desacuerdo. Busca servir de guía para resolver problemas, sin generar efectos jurídicos.

Este último es menos explorado y citado, probablemente por que no es uno de los enunciados *expressis verbis* en el Reglamento de *Dispute Boards*. Sin embargo, la Cláusula 4(k) del Apéndice al FIDIC *Red Book* dice:

The Member shall... be available to give ***advice and opinions***, on any matter relevant to the Contract when requested by both the Employer and the Contractor subject to the agreement of the Other Members...

(énfasis añadido)

El séptimo párrafo de la subcláusula 20(2) dice:

If at any time the Parties so agree, they may jointly refer a matter to the DAB for it to give its ***opinión***. ...

(énfasis añadido)

Pero además de su ubicación textual, la posibilidad de emitir estos fallos debe entenderse implícita en la función de los *Dispute Boards*.

Expuestos los instrumentos, comentemos su efecto.

## II. EFECTO DE LAS DETERMINACIONES

Las Decisiones<sup>3</sup> y las Recomendaciones carentes de Notificación de Desacuerdo<sup>4</sup> son obligatorias. (Por facilidad, aludiré a ambas como “*Determinación Obligatoria*”). El significado y efecto de una Determinación Obligatoria es objeto de diferencia. Hay quien ha entendido que ello significa que tienen fuerza de *res iudicata*. (Después de todo, ¿cómo entender el adjetivo ‘obligatorio’?) Otros difieren explicando que su única fuerza es ‘contractual’. Y de entre éstos existen matices y diferencias de apreciación sobre lo que significa.

---

<sup>3</sup> Artículo 5(2) del Reglamento DB CCI.

<sup>4</sup> Artículos 4(2) y 4(3) del Reglamento DB CCI.

Se propone que, de las nociones mencionadas, hay una claramente errónea (§a), y una aceptable conceptualmente, pero que genera problemas (§b). Por ende, propondré otra (§c).

#### A. FUERZA DE COSA JUZGADA

La postura que atribuye a la Determinación Obligatoria fuerza de cosa juzgada no sólo malentende la naturaleza de los *Dispute Boards*, sino que es justamente lo que se buscó que no sucediera. De allí que se usara el término ‘obligatoriedad’ y no ‘finalidad’—dos conceptos con un contenido jurídico diverso.

Hay quien indica que es imposible dar dicho efecto a la Determinación Obligatoria puesto que no son producto de un proceso. Coincido con la premisa mas no con la conclusión. Coincido en que no son producto de un ‘proceso’, pero la fuerza de cosa juzgada puede devenir de otros motivos,<sup>5</sup> inclusive contractuales: justamente la naturaleza de los *Dispute Boards*. Por ende, el motivo debe descansar en otras consideraciones.

#### B. OBLIGATORIEDAD DEFINITIVA

El adjetivo ‘obligatoria’ ha invitado considerar que la Determinación Obligatoria tiene por efecto que el tema decidido ha quedado resuelto *en definitiva*. No puede analizarse de nuevo. Constituye un elemento adicional de la relación contractual. Una cláusula nueva. Ha colmado un vacío o aclarado una ambigüedad contractual. Por ende, la Determinación tiene fuerza ‘contractual’: vincula a las partes en lo subsecuente.

Postulo que, aunque defendible, no es la verdadera naturaleza ni efecto. La utilidad de los *Dispute Boards* reside en que permiten obtener fallos en tiempo real—es decir, en forma paralela a la obra y coetánea a los

---

<sup>5</sup> Por ejemplo, recuérdese el efecto jurídico de la transacción. (Artículo 2953 del Código Civil Federal.)

hechos que le dan lugar—evitando los costos que resultaban de tener que acudir a mecanismos que *ex post facto* emitan un fallo suma-cero. *Pero ello no quiere decir que sean los mejores fallos posibles.* Quién tiene razón bajo el Derecho (incluyendo contratos aplicables) es una cuestión que el *Dispute Board* puede (y con frecuencia tiende a) no estar habilitado para hacer. Sea por el tiempo del que dispone,<sup>6</sup> su composición,<sup>7</sup> la forma en que el problema le es planteado,<sup>8</sup> el resultado no es uno que merezca ser tildado de *final*. Contiene un paso o medida considerado necesario—o por lo menos conveniente—para aminorar problemas, mas no para definir quién tiene la razón. Y así debe entenderse. Si se le diera un efecto diverso al descrito—obligatorio hasta que el árbitro decida lo contrario—se le estaría dando un efecto diverso de aquel para el cual fue creado.

### C. OBLIGATORIEDAD TEMPORAL

Aceptado qué *no* es (cosa juzgada ni obligatoriedad definitiva), ¿qué es? ¿Qué significa que el contenido de la Determinación sea ‘obligatorio’? ¿Su contenido vincula al juez o tribunal arbitral que conozca de ello? ¿Puede obviarla? ¿Descartarla *in toto*? De ser ésta última la respuesta correcta, ¿de qué sirve la Determinación?<sup>9</sup>

Postulo que el efecto jurídico de la Determinación Obligatoria es que *tiene que ser acatada durante la vida contractual y hasta que el juzgador correspondiente (árbitro o juez) determine a quién asiste el Derecho en la*

---

<sup>6</sup> Recuérdese que tiene que emitirse en 90 días (Artículo 20 del Reglamento DB CCI). Dada la complejidad de los problemas que se someten a su conocimiento, es previsible que el fallo no sea el mejor en lo sustantivo, sólo en lo temporal.

<sup>7</sup> Bien puede suceder que los Miembros que encarnen el *Dispute Board* no sean abogados; o aún siéndolo, su orientación analítica será manejar un problema, no decir a quién asiste el Derecho.

<sup>8</sup> El planteamiento en las audiencias ante el *Dispute Board* puede entendiblemente estar orientado a manejar y encausar un problema, no a prevalecer jurídicamente.

<sup>9</sup> Inclusive podría cuestionarse si merece el adjetivo ‘obligatorio’.

*controversia en cuestión*. Es decir, debe ser obedecida *temporalmente*: hasta que exista un fallo que dirima la disputa, pero la Determinación no modifica los derechos y obligaciones de las partes. Esto último puede ocurrir únicamente ya que un órgano jurisdiccional aquilate las pretensiones a la luz del derecho aplicable, y decida en consecuencia.

La postura que propongo se contrapone a una opción que es atractiva, pero en mi opinión diversa a la *raison d'être de un Dispute Board*: entender la Determinación Obligatoria como la figura que los ingleses llaman “*contract adaptation*” o “*supplementation*”, los franceses “*arbitrage contractuelle*”, los holandeses “*binden advies*” y los italianos “*arbitrato irrituale*”: una forma de colmar lagunas del contrato.<sup>10</sup> Una herramienta que sirve para ajustar la relación jurídica a las vicisitudes y retos que impone el tiempo, a sabiendas que todo contrato es “incompleto”.<sup>11</sup> Ello —aunque interesante y útil— no es lo que buscan los *Dispute Boards*.

Es por ello que, en resumen, deseo postular que el único efecto que tienen las Determinaciones Obligatorias (es decir, las Decisiones y las Recomendaciones que no han recibido Notificación de Desacuerdo) es que son:

1. **Temporalmente obligatorias**; es decir, tienen que ser observadas durante la obra, y hasta en tanto el juez o árbitro con jurisdicción no decida lo contrario;
2. **Sin que ello afecte el contenido obligacional** de la relación contractual de las partes, lo cual será materia del litigio o arbitraje que tenga lugar; y

---

<sup>10</sup> Algo similar a la posibilidad que contempla el Código Civil Federal que un tercero fije el precio del objeto materia de una compraventa, estando las partes obligado al mismo (Artículos 2251 y 2252 del Código Civil Federal).

<sup>11</sup> El adjetivo se apalanca en las noción de “Contratos Incompletos” que le mereció a Oliver E. Williamson el Premio Nobel de Economía de 2009. Para abundar sobre ello, véase ARBITRAJE, Ed. Porrúa, 2011, p. 121.

3. **No vinculan al juzgador o tribunal arbitral**, quienes pueden decidir que la razón y el Derecho asiste a una parte distinta de aquella que favorece la Determinación Obligatoria.<sup>12</sup>

Dicha postura no sólo es la más fiel a la naturaleza de los *Dispute Boards*, sino que además tiene ventajas—a lo cual ahora paso.

### III. IMPLICACIONES

Expuestas las opciones, se vislumbran tanto ventajas como desventajas. Es decir, ninguna es *per se* superior a otra. Se trata de instrumentos diversos para objetivos diversos. Los motivos son muchos, y no los agotaré en esta nota. Lo que aquí abordaré es una preocupación frecuentemente observada al momento de decidir qué tipo de *Dispute Board* usar (DRB, DAB, o CDB): el temor de la cristalización de posturas, que puede ser dañina en el contexto del litigio o arbitraje eventual. Es decir, que el carácter ‘obligatorio’ de la Decisión o Recomendación carente de Notificación de Desacuerdo cristalice su contenido en la mente del juez o tribunal arbitral que conozca de la disputa.<sup>13</sup>

La preocupación es tanto legítima como digna de meditación y cuidado. El que la forma en que se exponga el problema ante el *Dispute Board* tenga por resultado afectar la defensa del cliente al momento del arbitraje es delicado. Y ello puede acontecer por muchos motivos. Por ejemplo, por que se hagan aseveraciones durante las audiencias ante los *Dispute Boards* sin

---

<sup>12</sup> Aunque el cumplimiento de la Determinación Obligatoria sea algo a tomar en cuenta como parte del fondo de la disputa, por ejemplo en el contexto de la distribución de costas y cuantificación de daños y perjuicios. Este punto merece ser ponderado. Si por ejemplo la Determinación buscaba evitar un efecto bola de nieve de costos, y una parte no la acató, el que eventualmente haya prevalecido en el arbitraje puede no excusar de indemnizar por los costos que generó al no acatar la Determinación, de haber podido éstos ser obviados observándola. (Y lo inverso puede o no ser cierto, dependiendo de las características de la controversia.)

<sup>13</sup> Una preocupación escuchada con frecuencia. Y no carece de mérito. Después de todo, si el *Dispute Board* está conformado por expertos, es fácil que un tribunal arbitral compuesto por abogados sienta una predisposición a deferir al fallo contenido en la determinación.

contar con asesoría jurídica y que las mismas sean citadas durante el arbitraje con miras a restar fuerza a la postura en vías de ser defendida.

Un caso particular de la preocupación es que, existiendo una Determinación, al margen de que la misma no sea obligatoria (*vgr*, una Recomendación), reciba deferencia injustificada. Recuérdese que se trata de una ‘sugerencia’ que no es ‘obligatoria’. Si esto no queda claro al tribunal arbitral, puede inadvertidamente darse un peso injustificado a las conclusiones del fallo contenido en la Determinación.

La preocupación continúa inclusive en las Decisiones. Recuérdese que, en materia de *Dispute Boards*, *obligatoriedad* no es igual a *finalidad*. Por ende, aunque *obligatorias*, puede acontecer que no merezcan ser *deferidas* en el contexto de la solución final de la controversia. De nuevo, de no estar esto claro en la mente del tribunal arbitral, puede atribuírsele efectos injustificados en el contexto de las determinaciones de hecho que haga el tribunal arbitral.

Si a ello se suma que la discusión durante la emisión de la Determinación puede no ser jurídica, sino orientada a resolver un problema técnico surgido durante la disputa—un perfil argumentativo muy distinto—el riesgo puede ser importante.<sup>14</sup>

Es ante todo lo anterior que la postura por la que abogo es de utilidad: aminora el riesgo apuntado, además de mejor-concebir y utilizar el instrumento de los *Dispute Boards*.

---

<sup>14</sup> De hecho, puede suceder que la discusión ante el *Dispute Board* sea con poca o nula asistencia jurídica. Después de todo, es probable que el objeto de la misma sea técnico, no jurídico.